

Introduction*

Les spécialistes de l'histoire de l'art expliquent à propos des « faux » et des « contrefaçons » qu'il ne s'agit pas, en réalité, de dire que tel ou tel tableau est « faux », mais que c'est le récit autour de ce tableau qui est faux ou erroné. Cette remarque vaut tout autant pour la preuve : il s'agit bien d'un récit ou d'un raisonnement spécifique qui vise à établir une certitude. Mais, dans le domaine du droit, cette preuve n'a pas toujours besoin de dévoiler une vérité objective ou de se rapporter à une quelconque réalité. En revanche, quel que soit le système de preuve, celle-ci doit être établie conformément à des conditions préalablement déterminées et c'est uniquement du respect de ces conditions que la preuve tire sa force. Comme l'a montré Jean-Philippe Lévy, trois grands systèmes de preuves peuvent être identifiés dans l'histoire : la preuve surnaturelle, la preuve réglementée et la preuve libre¹. À partir du moment où il n'est presque plus fait appel à la preuve surnaturelle pour fonder les jugements, une réflexion sur la preuve comme mode de découverte de la vérité peut émerger. Cela a été le cas, en droit médiéval et dans l'Ancien droit, avec le système de la preuve « réglementée » ou système de « preuves légales », puisque le recours à la preuve s'imposait uniquement lorsque les faits n'étaient pas notoires². Autrement dit, le droit de la preuve était dans ces cadres articulé à une théorie de l'évidence et c'était seulement à défaut de l'évidence de l'existence des faits, parfois établie par l'aveu, que la loi prenait le relais et établissait une hiérarchisation des différents modes de preuve (écrits, témoignages, présomptions, etc.) en termes de force probante. Comme l'écrivent les auteurs du *Droit de la preuve*, « le domaine de la preuve était délimité en creux par celui de la notoriété », il était inutile de prouver ce qui était notoire.

Avec le passage de ce système de la preuve réglementée à celui de la liberté de la preuve, la vérité n'est plus exclusive de la preuve. Bien au contraire, la preuve devient un mode d'établissement de la vérité. Ce passage à la liberté de la preuve, également appelée « système de la preuve morale » et qui s'opère en droit français – clairement en droit pénal, moins nettement en droit civil – au moment de la Révolution, suppose en effet que l'établissement de la vérité s'affranchisse des étapes et des critères imposés par le système antérieur. Le juge, devenu l'acteur central

* Nous souhaitons adresser nos plus vifs remerciements à Élodie Djordjevic et à Martin Hullebroeck pour leur aide extrêmement précieuse dans la confection intellectuelle et matérielle de ce numéro. Nous remercions également très vivement Anne Simonin et Gregory Bligh pour leur aide et leurs conseils avisés.

¹ J.-Ph. LÉVY, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996, p. 3-11.

² E. VERGÈS, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, p. 51. Pour un historique synthétique du droit de la preuve, *ibid.*, p. 43-71.

dans l'appréciation de la preuve, doit se fier à sa seule conscience³. Ainsi, le récit permettant d'établir une certitude peut être construit de plusieurs manières et emprunter différentes voies – selon la subjectivité, l'intériorité, voire l'intimité (« intime conviction ») de chacun – posées comme étant d'égale valeur. Autrement dit, parce que tous les modes de preuves acquièrent une force probatoire égale, contrairement à ce qu'établissait le système de la preuve réglementée, c'est le procès lui-même qui devient le mode d'établissement de la certitude. Ce changement de paradigme, particulièrement net en droit pénal, est généralement compris comme une démocratisation du droit de la preuve. L'opération permettant d'établir la vérité n'est plus réservée à l'élite savante ou fixée par des rituels religieux. La force épistémique de l'« évidence » vantée par les Lumières trouve un écho dans la valeur égale accordée par les tribunaux aux jugements individuels⁴. Le jury populaire institué en 1791 en offre une bonne illustration, puisque la vérité recherchée porte sur des faits objectifs et que la décision est dictée par l'intime conviction des jurés. Cette évolution démocratise le droit de la preuve en deux sens : d'une part, elle reconnaît aux citoyens une égale compétence dans l'appréciation et la qualification des faits et, d'autre part, la référence à des faits objectifs les protège contre les sentences arbitraires. Sitôt que la procédure répond aux exigences de la raison, rien ne justifie plus de la soustraire au contrôle du sens commun. C'est paradoxalement au moment où la preuve se libère d'un certain nombre de contraintes que se renforce l'exigence d'une correspondance entre les motifs de la décision et la détermination de faits antérieurs et extérieurs au procès.

Ainsi établi, le droit de la preuve est soumis au regard de la communauté et requiert son approbation ; il se structure alors très largement comme un « reflet du monde social ». En effet, ce qu'il y a de commun dans les jugements ne s'explique pas seulement par la faculté dont sont également dotés les hommes (ces sentiments qui logent naturellement dans le cœur de tous), mais par leur imputation possible à l'individu moyen, qui représente l'opinion de la société tout entière. Par conséquent, ce que le droit de la preuve transpose à travers différentes techniques, c'est bien le sens commun, le standard, le jugement ordinaire ou encore celui de l'homme « normal ». En d'autres termes, la preuve s'ancre directement dans la société et tire très précisément sa force de ce lien. Ce dernier peut être transcrit dans le droit par la loi (rationalisation), comme dans le cas des présomptions prévues par le Code civil ou dans les avertissements adressés aux membres d'un jury populaire. Et c'est bien parce que le droit de la preuve possède une force légitimante autonome fondée sur son rapport privilégié à la société – il fixe en effet des règles permettant de recueillir « le sens commun » – qu'il permet aux jugements et, *in fine*, à la justice d'être acceptés par tous.

C'est ainsi que, comme le montre Nefeli Lefkopoulou dans sa contribution⁵, à travers différents exemples issus du droit comparé, la justice constitutionnelle, dont

³ J.-Ph. LÉVY, « Preuve », in D. ALLAND et St. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003.

⁴ On pourrait rapprocher ces évidences qui trouvent leur siège dans le sens commun des « sentiments que la nature a gravés dans le cœur de chaque individu » et que devrait se contenter de « rappeler » la Déclaration de 1789 (« Présentation de la constitution de M. Lafayette », 11 juillet 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 221).

⁵ Voir *infra*, N. LEFKOPOULOU, « La légitimation du procès constitutionnel par la preuve. Étude de contentieux constitutionnel comparé ».

la problématique légitimité démocratique est régulièrement posée, peut recevoir l'« approbation de la communauté ». Selon l'auteur, cette force légitimante tient autant au droit substantiel de la preuve (son lien avec la vérité) qu'au droit formel de la preuve (une procédure probatoire « équitable »). Ces deux aspects font d'ailleurs écho à la distinction classique entre les deux composantes de la légitimité démocratique, qui s'attache pour l'une à la qualité intrinsèque d'une décision et pour l'autre au respect du procédé inclusif et égalitaire permettant d'y parvenir⁶. Plus encore, le système de la preuve libre pourrait traduire, dans ce contexte judiciaire très particulier, l'idée d'une coïncidence de ces composantes, c'est-à-dire d'un procédé (la prise en compte du jugement de tous, sur un mode réel ou hypothétique) et d'un accès privilégié à la vérité.

Toutefois, ce lien direct entre la preuve dans le régime de la preuve libre et la légitimité démocratique doit largement être questionné. C'est toute l'ambition de ce numéro de *Droit & Philosophie* que de mettre à l'épreuve ce lien afin d'en mesurer la force et d'en vérifier l'exactitude. Comme en témoignent les différentes contributions au numéro, la légitimité que confèrent à la preuve l'« évidence » – comme mode de connaissance – et l'ancrage social – que permet la référence, à l'intérieur de la procédure judiciaire, à ce que penserait l'homme moyen – s'avère plus fragile qu'il n'y paraît. Il s'agit dans ce volume d'explorer ces réserves, suivant trois axes principaux.

1) Premièrement, le lien entre le système de la preuve libre et la légitimité démocratique cède assez rapidement face à d'autres sources d'autorité considérées comme légitimes en démocratie. C'est par exemple le cas lorsque le juge sollicite l'avis d'un expert, comme le souligne la contribution d'Alessia Farano⁷. De quelle manière, en effet, le juge doit-il incorporer les « faits scientifiques » dans l'établissement de la preuve judiciaire ? Certains systèmes font du juge un simple « récepteur » de ces faits, au nom d'une « distance épistémologique infranchissable⁸ ». D'autres, au contraire, le laissent apprécier ces données en toute autonomie, voire l'autorisent à ne pas en tenir compte. Un dernier modèle fait du juge le gardien de l'expertise, chargé, sans se prononcer sur le fond, d'établir des critères pour identifier la fiabilité d'une thèse scientifique et les conditions sous lesquelles elle peut jouer un rôle dans l'affirmation d'un fait probatoire. Dans le premier cas, l'auteur suggère que le système de preuve légale s'apparente à celui de l'ordalie, puisque la découverte de la vérité se joue sur une autre scène, à l'extérieur du procès. Dans les deux autres cas, la liberté d'appréciation du juge ne permet-elle pas de négliger les faits objectifs, sapant du même coup leur force légitimante ? Le tableau d'un conflit entre légitimité scientifique et légitimité démocratique est toutefois à nuancer, à suivre l'auteur, puisque la notion de « fait notoire » est utilisée pour créditer une théorie scientifique (les effets cancérigènes de l'amiante, par exemple) au motif qu'elle est largement acceptée par le « sens commun »⁹.

⁶ J. ROUSSIN, *Fonder la légitimité démocratique : conceptions majoritaires, constitutionnelles et épistémiques de la démocratie*, Thèse de doctorat sous la direction de J.-F. Spitz, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 28 septembre 2016.

⁷ V. A. FARANO, « L'évaluation de la preuve scientifique ».

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

Dans un tout autre contexte, l'examen des procédures du droit pénal talmudique, mené par Stefan Goltzberg¹⁰, fait aussi apparaître la preuve comme point de jonction entre la peine et la légitimité par le consentement. Pour condamner l'accusé, il faut prouver qu'une mise en garde lui a été adressée juste avant l'infraction afin d'établir le caractère intentionnel de son acte. Sans cela, on ne peut écarter l'hypothèse qu'il ignorait la loi. On décèle toutefois, à l'intérieur du système de droit, une tension entre cette stricte procédure et les exemptions prévues par les textes. Là encore, c'est au contact d'autres figures d'autorité comme l'érudit ou le sage contestataire qu'est levée l'obligation de suivre la procédure fixée par le droit de la preuve. À l'issue de cette étude, le statut positif ou naturel des règles peut être interrogé à la lumière de leurs exemptions.

2) Deuxièmement, le lien privilégié entre le système de la preuve libre et la démocratie repose sur l'idée discutable selon laquelle une procédure débarrassée de toute contrainte conduirait spontanément et naturellement à la vérité. On comprend la portée démocratique d'une méthode parfaitement transparente, dans laquelle les faits s'imposent par la seule force de l'évidence, sans raisonnements sophistiqués, sans critères de recevabilité trop lourds. À la portée de tous, le raisonnement doit apparaître comme le résultat d'une prise en compte réelle ou hypothétique des jugements ordinaires. C'est encore ce lien qui explique la jonction entre les deux batailles que mène Jeremy Bentham : la défense d'un système de preuve « naturel » et l'élimination des règles excluant certaines catégories de témoins (les femmes, les enfants). Autrement dit, assouplir la technique probatoire aurait tout à la fois une valeur démocratique – inclusive et égalitaire – et des vertus épistémiques, fondées sur l'examen par tous les moyens disponibles des diverses manifestations de la vérité.

Il reste que la plus libre des procédures est réglée par le droit, pour la seule raison que le fait à établir est un fait judiciaire. Frederik Schauer a bien illustré cette idée s'agissant de la procédure accusatoire en *common law*. Bien qu'elle apparaisse comme le moyen le plus naturel de découvrir les faits, par la confrontation directe entre les éléments fournis par les parties, elle n'a rien d'évident, ni d'universel. Elle résulte plutôt d'une conviction sur la bonne marche à suivre pour déterminer les faits, exactement comme l'image du libre marché des idées brandie pour justifier la liberté d'expression trahit une croyance sur la bonne manière de s'approcher de la vérité. Dans les deux cas, un examen croisé paraît fécond¹¹. Mais ces méthodes ont beau être convaincantes, elles reposent sur des hypothèses que le droit a transposées dans les règles qui encadrent le procès. Autrement dit, les intuitions qui semblent les mieux partagées et donc les plus démocratiques doivent être mises en musique par une partition qui n'est autre que le droit de la preuve. Il en va ainsi des règles qui excluent les ouï-dire ou la référence aux comportements passés. Cela peut même s'avérer d'autant plus nécessaire que le jury n'est pas constitué de professionnels, mais d'hommes ordinaires, facilement impressionnables¹². Par conséquent, la production de l'évidence est elle aussi un artifice, ce qui n'enlève d'ailleurs

¹⁰ V. St. GOLTZBERG, « La preuve de l'élément intentionnel par la mise en garde. Éléments de philosophie de droit pénal talmudique ».

¹¹ Fr. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. St. Goltzberg, Paris, Dalloz, 2018, p. 207.

¹² *Ibid.*, p. 208.

rien à son caractère démocratique, bien au contraire. Voilà ce qu’enseigne Julia Rudolph dans « Crediting Women », en interrogeant le décalage entre le pouvoir des femmes dans les transactions commerciales de l’Angleterre du XVIII^e siècle et le peu de crédit que l’on accorde à leur témoignage au tribunal. Qu’il s’agisse de fiabilité ou de compétence, les motifs de ce discrédit révèlent que ce qui est en jeu n’est pas la naturalité de la preuve mais sa rationalité, c’est-à-dire la façon dont le droit construit les conditions d’accès à la vérité, ou du moins traduit la représentation que s’en fait un monde social hiérarchisé.

Pour être légitime et pouvoir neutraliser les contestations que pourrait susciter sa décision, le juge doit donc s’éloigner de cette prétention à connaître la vérité¹³. Il doit présenter des gages et ces gages ne peuvent être autre chose que des gages de rationalité juridique, qui n’ont rien de naturel. À cet égard, le *Rationale of Judicial Evidence* de Bentham tel qu’il est ici analysé par Jean-Pierre Cléro¹⁴ est très éloquent : la preuve relève du langage et du domaine de la fiction. Ce sont les calculs de probabilités qui expriment le mieux la force de la preuve. Celle-ci ne tient pas à la vérité, conçue comme une correspondance pure entre les mots et les choses, mais à la chance d’emporter l’adhésion du plus grand nombre, du jugement normal ou standard¹⁵. Dans le même ordre d’idées, la contribution d’Olivier Leclerc¹⁶ montre à quel point il importe de comprendre que le droit de la preuve est affaire de langage : la preuve ne peut se comprendre que dans le cadre de raisonnements « à partir de propositions de fait qui sont les signifiés des éléments de preuve réunis¹⁷ », mais la spécificité de cette inférence dans les raisonnements probatoires est précisément qu’elle a un ancrage social, au sens d’une « expérience commune » vécue. Et quoi de plus révélateur de cette expérience commune que les présomptions, au cœur de la contribution de Rémy Libchaber¹⁸ ? Dans ce texte, l’auteur expose les différentes fonctions que peuvent avoir les présomptions : « fonction de représentation de l’homme dans le cadre civil¹⁹ », fonction politique²⁰, fonction d’anticipation d’une vérité établie sur des bases statistiques²¹ et « purement opératoire » lorsqu’elles interviennent pour « faire fonctionner le droit substantiel sans l’intervention d’un juge²² ». Qu’elles soient simples ou irréfragables, les présomptions sont déterminées par la loi et c’est par leur biais que la société se fait entendre. Appréhendées de cette façon, « elles sont le reflet d’une conception idéologique de l’individu », miroir du monde social introduit dans l’enceinte des juridictions pour donner une légitimité aux décisions qui y sont prises. Une question reste en suspens : de quels ressorts démocratiques peut se prévaloir un tel artifice ? Est-il légitime parce qu’il est représentatif du jugement moyen que formeraient les membres

¹³ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996.

¹⁴ J.-P. CLÉRO, « Quelques éléments de la théorie de la preuve dans le *Rationale of Judicial Evidence* ».

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ O. LECLERC, « Les inférences dans les raisonnements probatoires ».

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ R. LIBCHABER, « Les présomptions, entre fonction probatoire et droit substantiel ».

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

de la communauté politique ? Parce qu'il est réglé par une procédure qui pourrait recevoir l'assentiment de tous ? Ou, en dernière instance, parce qu'il offre les garanties que l'on attend d'un procès équitable en démocratie, c'est-à-dire en raison des résultats qu'il a toutes les chances de produire ?

3) Cette dernière hypothèse est loin d'être certaine. En effet, et c'est notre troisième point, le système de la liberté de la preuve peut parfaitement se retourner contre la démocratie et en particulier contre ces valeurs qui accompagnent le projet démocratique et que sont les droits de l'homme et les libertés publiques. Plusieurs contributions à ce numéro illustrent un aspect précis de cette problématique de la portée politique du droit de la preuve *en* démocratie et des effets de celui-ci sur la protection des droits dits démocratiques.

Une première illustration de cet enjeu est apportée par la contribution de Marie Goupy²³. L'auteur démontre en effet qu'en neutralisant le système de la preuve « morale » en matière d'attribution (établissement des faits par un jury populaire), la législation révolutionnaire (loi martiale) repose en réalité non sur une logique schmittienne d'exception entendue comme faille du libéralisme, mais, au contraire, sur « l'évidence de la propriété et du commerce ». C'est donc à la faveur d'une neutralisation du droit de la preuve « morale » permise par une « stratégie de qualification » fondée sur l'évidence de certaines valeurs que le droit transpose en même temps qu'il le fonde ce que l'auteur appelle un « nouvel ordre social ». Dans ce nouvel ordre social, les libertés de manifestation et de réunion sont garanties à la condition de poursuivre une fin conforme à une certaine interprétation du droit naturel, ici la protection de la propriété et le commerce. Ce faisant, on voit bien que la volonté de la nation incarnée par la loi et fondée sur l'évidence du droit naturel (moderne), met à mal le droit de la preuve et encadre de ce fait très fortement la liberté de manifestation et de réunion qui deviennent tout sauf des instruments d'expression d'une opposition politique. En d'autres termes, il est des « cas limites » dans lesquels la « preuve libre » conditionne l'existence et l'exercice d'une liberté publique et où la logique de notoriété de l'Ancien droit dont il était question plus haut n'est jamais très loin. La théorie de l'évidence est donc réversible : elle peut aussi bien servir que desservir la démocratie.

Une deuxième illustration de cette question est apportée par la contribution de Xenia Chiaramonte²⁴, qui montre à quel point, dans certains procès contemporains, le droit de la preuve et en particulier le respect des principes qui sont au fondement du système de la preuve « libre » sont encore cruciaux pour l'exercice et la garantie de la liberté de manifestation et de réunion. L'exemple étudié par cette contribution est celui de la condamnation des manifestants opposés à la construction de la ligne à grande vitesse entre Lyon et Turin (« No-TAV Movement »). L'article met en lumière la fonction fondamentale du droit de la preuve dans l'établissement des faits en ce qu'il conditionne lui-même, là encore, la qualification de l'attribution. Dans ce cas précis, selon l'auteur, le droit de la preuve constitue la ligne de crête qui fait le départ entre, d'un côté, le droit pénal et, de l'autre, le droit des libertés

²³ M. GOUPY, « Preuve et évidence en droit : réflexion à partir de la loi Martiale et de son utilisation dans le contexte révolutionnaire français ».

²⁴ X. CHIARAMONTE, « The Right to Freedom of Assembly under the Test of Criminal Evidence. An Italian Case of Political Justice ».

publiques, et l'on voit bien à quel point le respect du droit de la preuve est une composante déterminante du projet démocratique.

À l'inverse, il est intéressant d'interroger, avec la contribution de Thomas Boccon-Gibod qui entreprend de mettre en lumière la cohérence et l'ampleur de l'« histoire foucaldienne du discours judiciaire²⁵ », la pertinence de l'opposition des systèmes accusatoire et inquisitoire lorsqu'on en vient à l'aveu. Il est en effet aujourd'hui commun de penser, en raison des évolutions du droit processuel français sous l'impulsion de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (notamment sur la garde à vue), que le système accusatoire serait une sorte d'antidote contre l'aveu (surtout quand il est obtenu sous la violence) et serait plus respectueux des droits de la défense. Or, dans sa démonstration, Thomas Boccon-Gibod insiste sur le caractère structurel de l'aveu pour tout système pénal - qu'il soit accusatoire ou inquisitoire -, de même que sur son lien privilégié avec la souveraineté populaire²⁶.

Plus qu'un discours judiciaire articulant savoir et pouvoir, le droit de la preuve établit donc un lien entre vérité objective et vérité(s) subjective(s) et, à ce titre, revêt, comme l'écrit Rémy Libchaber à propos de la présomption, une fonction « expressive²⁷ ». Associant, ainsi, par définition, la subjectivité individuelle à la production normative, le droit de la preuve est-il alors *intrinsèquement* démocratique ? Parvenir à formuler cette question n'aurait pas été possible sans la richesse de la réflexion issue de la confrontation des regards des philosophes, des juristes et des historiens, rendue ici possible par la revue *Droit & Philosophie*.

Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise, CPJP)

Mathilde Unger (Université de Strasbourg, CEIE)

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*