

La preuve judiciaire et la liberté du juge

« La chose jugée est tenue pour vérité » (« *Res judicata pro veritate habetur* ») : cet adage latin contenu dans le Digeste¹ sert aux juristes pour expliquer l'autorité de la chose jugée. Une fois épuisées les éventuelles voies de recours, une décision judiciaire ne peut plus être remise en question, pour d'évidentes raisons de sécurité juridique. Cet aphorisme éclaire aussi la nature de la « vérité » judiciaire, une vérité fabriquée *a posteriori* pour trancher un litige né de faits antérieurs. Le juge ne découvre pas une vérité préexistante, il établit une vérité nouvelle – et désormais incontestable – dans le monde du droit, un monde artificiel même s'il est bien évidemment en prise avec la réalité. Pour ce faire, toute juridiction est appelée à combiner, dans un ensemble souvent complexe, des éléments de fait et des éléments de droit. Par exemple, l'établissement d'une filiation – avec toutes les conséquences juridiques de ce lien de droit – ne peut se résumer à la preuve biologique de la maternité et de la paternité : l'examen de multiples faits (le traitement donné à l'enfant, la charge de son entretien et de son éducation, une adoption à la suite d'un abandon...) est souvent nécessaire pour créer une filiation de caractère beaucoup plus social que physique. L'usage des preuves qui servent à construire cette vérité judiciaire n'obéit pas aux mêmes règles que celles s'imposant aux scientifiques. À la différence du chercheur, le juge est obligé de trancher – sinon il y a déni de justice –, et dans un délai souvent limité – le « délai raisonnable » qui est aujourd'hui le droit positif en Europe, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, le juge est confronté aux prétentions par définition antagonistes des parties – le demandeur et le défendeur en matière civile, la partie publique qui poursuit et l'accusé en matière pénale –, qui peuvent commettre des erreurs involontaires (en envisageant les faits de leur seul point de vue) ou volontaires (en recourant au mensonge). La dissimulation de preuves est le but de tous ceux qui cherchent à réaliser le « crime parfait ».

Les conditions particulières de la recherche de la preuve par le juge expliquent les « erreurs » judiciaires ou ce qui peut apparaître comme tel aux non-juristes : une condamnation pour meurtre alors que le cadavre de la victime n'a pas été retrouvé ou un verdict d'innocence alors que les preuves présentées paraissaient accabler l'accusé. Récemment, des films réalisés sur les procès aux États-Unis de O.J. Simpson (acquitté en 1995 après l'audition de soixante-douze témoins de l'accusation et la production de tests ADN) ou de l'écrivain Michael Peterson (condamné pour le meurtre de sa femme en 2003, le procès ayant donné lieu à la série documentaire *Souçons*, de Jean-Xavier de Lestrade) ont montré, de manière saisissante, que l'accumulation devant un jury d'éléments matériels et de témoignages, pendant des heures et des heures d'audience, pouvait accroître les incertitudes au lieu de conduire à une conviction largement partagée. La preuve judiciaire suppose le doute et une décision qui met légalement fin aux questions. La conviction des juges et/ou des jurés s'arrête à un point donné : « *beyond reasonable doubt* », comme disent les juristes de *common law*. Mais si les personnes qui jugent sont passées « au-delà du doute raisonnable », cela ne signifie pas qu'elles ont atteint la vérité.

Dans une perspective historique, cette conscience du rôle du juge dans l'examen des preuves – et des devoirs qui lui incombent, ainsi qu'aux témoins appelés à participer à l'œuvre de justice – est très ancienne. Chacun sait que le faux témoignage est proscrit par le huitième commandement du Décalogue : il est puni de la peine encourue par l'accusé (souvent la mort) dans le Deutéronome ; il en est de même dans le *Code de Hammurabi* (vers 1750 avant J.-C.), code qui punit le juge qui change son jugement, témoignage de l'ancienneté de l'autorité de la chose jugée. Le Deutéronome interdit également la condamnation sur un seul témoignage et requiert les déclarations de deux ou trois témoins² (exigence que l'on retrouve dans le Nouveau Testament³). Le droit romain a confié expressément au juge le soin d'apprécier les preuves – selon sa conscience (« *ex sententia animi sui* ») d'après le texte⁴ d'un rescrit de l'empereur Hadrien au II^e siècle après J.-C. Si la loi des Douze Tables condamnait déjà le faux témoignage en 450 avant Jésus-Christ, les règles recueillies par la compilation de Justinien dix siècles plus tard dessinent les contours d'un droit des preuves, notamment du témoignage (avec à nouveau la règle des deux témoins⁵).

Les historiens du droit considèrent que le haut Moyen Âge constitue une rupture avec l'emploi des ordalies, des épreuves auxquelles doivent se plier soit les seuls accusés (ordalie unilatérale de l'eau, du feu), soit les deux parties (ordalie bilatérale du duel judiciaire)⁶. Ces preuves, qui font appel au « jugement de Dieu », sont généralement qualifiées d'« irration-

nelles » ou de « surnaturelles », et les historiens s'interrogent sur les « raisons » (la croyance sincère dans l'intervention divine, l'emploi des ordalies comme menace psychologique ou comme moyen de pression sur les relations des parties) qui ont amené les juges – et pendant un certain temps les clercs – à croire en leur autorité. Avec la redécouverte des compilations de Justinien en Occident à la fin du XI^e siècle et la renaissance de l'étude du droit romain qui part de Bologne, les juristes (glossateurs puis commentateurs des textes romains) élaborent une « théorie des preuves légales », c'est-à-dire un ensemble de règles censées lier le juge pour l'amener d'une manière aussi objective que possible à la *probatio plenissima*, la preuve complète, réputée plus claire que le jour⁷. Ce système hiérarchisé des preuves – au sommet duquel se trouvait l'aveu, ce qui a justifié le recours à la torture dans l'Europe continentale – donne lieu à une forme de « droit commun » (*jus commune*) au début des Temps modernes, avant de céder devant les progrès de l'intime conviction, qui triomphe au XVIII^e siècle, notamment pendant la Révolution avec l'établissement du jury criminel en France. De son côté, le droit anglais connaît une histoire parallèle, mais séparée (du fait, notamment, du rôle du jury en matière civile et criminelle dès le XII^e siècle, puis du refus précoce du recours à la torture), avec l'établissement de règles de l'*evidence* destinées à encadrer les jurés, qui passent entre le XIV^e et le XVI^e siècle de la condition de témoins à celle de véritables juges. Les règles dites d'« exclusion » de certaines preuves évoluent au cours du temps, sous l'effet des contacts avec le droit savant de l'Europe continentale, de l'influence des écrits de Bentham et de la transplantation de la procédure accusatoire aux États-Unis (où il existe néanmoins un ministère public, dont une des fonctions est de réunir des preuves). Aujourd'hui, le droit des preuves a ses règles propres dans chaque système juridique en fonction de la tradition de chaque « famille de droit » et des évolutions technologiques les plus récentes.

De cette histoire, nous avons choisi de retenir deux moments au cours desquels les progrès scientifiques ont été susceptibles d'ébranler les convictions des juristes sur le droit des preuves : la longue période qui correspond au triomphe de la méthode empirique de recherche de la vérité, entre le XVII^e et le XIX^e siècle (I), puis les dernières décennies, qui ont vu la découverte de la structure de l'ADN et l'emploi généralisé des enregistrements de sons et d'images (II). Dans chacun de ces contextes, des pressions se sont exercées pour rapprocher la preuve judiciaire de la preuve scientifique : dans le premier cas, l'empirisme scientifique a plutôt renforcé la liberté des juges, alors que le scientisme actuel paraît la menacer plus sérieusement.

I. La théorie des preuves légales, élaborée au Moyen Âge et au XVI^e siècle, a donné lieu à une abondante littérature juridique, depuis les glossateurs, les commentateurs et les auteurs d'*ordines iudicarii* jusqu'aux rédacteurs de traités imprimés comme Ziletti (*Tractatus de testibus probandis vel reprobandis variorum auctorum*, Venise, 1573). Cette doctrine savante entendait établir un droit rationnel de la preuve, en évitant l'arbitraire du juge par le respect de principes directeurs, notamment en matière pénale : la nécessité pour parvenir à la condamnation d'une preuve complète résultant de l'aveu (complété d'indices, car l'on savait que des personnes pouvaient s'accuser faussement) ou de deux témoignages semblables (« *testis unus, testis nullus* »), la supériorité du témoignage sur l'écrit (« témoins passent lettres » sur la base notamment de la décrétale *Cum Iohannes Eremita* d'Innocent III entre 1206 et 1209), l'existence d'incapacités rendant les témoins inhabiles à déposer⁸.

Bien avant que cette théorie soit ridiculisée par Voltaire – qui stigmatisa les calculs destinés à ajouter les uns aux autres des quarts de preuve –, elle est ébranlée par la confiance croissante dans la preuve écrite – aboutissant au principe « lettres passent témoins », qui l'emporte en matière civile en France (ordonnance de Moulins, 1566) et en Angleterre (*Statute of Frauds*, 1677) – et par les « exigences » de la répression qui conduisent désormais à admettre le témoignage de personnes traditionnellement réputées « inhabiles » : les femmes (en tant que témoins de l'accusateur), les mineurs de moins de 20 ans, les personnes jugées infâmes, les parents, les domestiques... En France, dans le cadre de la procédure inquisitoire, la notion de témoins « reprochables » se substitue ainsi à celle d'« exclusion » et permet au juge de recueillir, s'il le décide opportun, le témoignage de mineurs ou de parents⁹. L'ordonnance de procédure criminelle de 1670 autorise le juge à recevoir les dépositions d'enfants en dessous de l'âge de la puberté (titre VI, art. 2) et ne rejette pas explicitement le témoignage de parents ou alliés, à la différence de l'ordonnance de 1667 pour la procédure civile. Dans les pays germaniques, tout en continuant à écarter la preuve par ouï-dire et à exiger pour une condamnation deux ou trois témoins « qui déposent sur leur véritable connaissance », la législation d'Empire élaborée sous Charles Quint – la *Caroline* de 1532 – permet l'emploi de la torture sur la base de dépositions de témoins mineurs ou inhabiles pour des crimes difficiles à prouver.

Du fait de l'importance donnée au jury, le droit anglais est réputé pour ses exigences en matière de preuves (*evidence*), notamment des règles strictes d'exclusion ou d'admission des témoins afin d'éviter que les jurés (présomés plus inexpérimentés que les juges) ne soient trompés¹⁰. Sous

l'influence des écrits de Locke (*An Essay Concerning Human Understanding*, 1690), se développe aussi en Angleterre toute une réflexion sur la meilleure méthode de recherche des preuves. La philosophie empirique, en contestant les principes d'Aristote, conduit à remettre en cause la possibilité de parvenir à des vérités essentielles. En revanche, il est envisagé de procéder « scientifiquement » à partir de constatations matérielles, de raisonnements par analogie et de recours à des présomptions pour parvenir à la conviction d'une relation probable entre une cause et un effet. Cette prudence méthodologique, appliquée aux sciences comme à la morale (la certitude morale est au-dessus de la simple opinion), conduit à davantage de pragmatisme en matière judiciaire. Le relâchement des règles sur l'exclusion des témoins s'explique aussi par une plus grande confiance dans la perspicacité des jurés et des juges, qui doivent forger leur conviction « au-delà du doute raisonnable »¹¹. L'interdiction du témoignage de toute personne ayant un intérêt dans la cause, y compris le demandeur, est d'abord écartée en matière pénale en faveur de la victime – qui ne peut pas se porter partie civile en Angleterre –, puis pour admettre le témoignage des enfants, mais sans serment et en ayant égard à leur maturité¹². L'évolution est liée, au XVIII^e siècle, à l'autorisation donnée aux accusateurs, puis aux accusés, de se faire assister d'un avocat capable de procéder à un interrogatoire contradictoire des témoins (*cross examination*). Sans renoncer totalement à l'exclusion de certaines preuves (comme le ouï-dire, *hearsay*), les nouvelles règles procédurales privilégient l'examen empirique des témoins dans une audience publique sur la recherche de preuves prédéterminées dans une instruction secrète, comme c'était le cas dans la France d'Ancien Régime.

En France, la critique des philosophes à l'égard de la théorie des preuves légales s'adressait à un système déjà moribond dans les dernières décennies du XVIII^e siècle. De plus en plus de juges se prononçaient selon leur intime conviction et cherchaient à contourner l'exigence d'une preuve complète, notamment en modérant les condamnations sur la base de demi-preuves. La condamnation en 1762 de Jean Calas à la peine de mort, précédée de la question préalable pour lui faire avouer son crime, était paradoxalement une manifestation de ce délitement des preuves légales : les juges auraient dû ordonner la question dite « préparatoire » (en cours d'instruction) pour faire avouer Calas et ensuite pouvoir le condamner ; en le jugeant coupable sans aveu (ou dans l'espoir démenti qu'il avouerait sur la roue), ils s'étaient prononcés selon leur intime conviction. Leur décision fut cassée par le Conseil du roi en 1765 pour violation manifeste du droit de la preuve.

Les révolutionnaires français, en adoptant l'institution du jury au criminel, font triompher définitivement la liberté de ceux qui jugent en

matière pénale. L'instruction rédigée pour les jurés en 1791 – et reprise de manière un peu moins développée dans le Code d'instruction criminelle de 1808 (article 342) – est restée le symbole le plus fameux de cette libération du carcan des preuves légales :

La loi ne demande pas aux jurés les moyens par lesquels ils sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve [...]. La loi ne leur dit point : *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins* [...], elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction ?*

Ce principe de l'intime conviction – renforcé par l'absence de motivation des verdicts des cours d'assises – doit être quelque peu nuancé. Le Code d'instruction criminelle conserve quelques règles particulières pour certains témoins : les enfants au-dessous de quinze ans, entendus sans prestation de serment ; les ascendants et descendants du prévenu, ses frères et sœurs ou alliés en pareil degré, son conjoint, qui ne peuvent être « appelés ni reçus en témoignage » ; de même que les dénonciateurs « dont la dénonciation est récompensée pécuniairement par la loi ». Toutefois, l'audition de ces personnes ne peut entraîner de nullité lorsque aucune opposition n'a été soulevée par le parquet, l'accusé ou la partie civile. La pratique des dépositions « à titre de renseignement » – sans serment – emporte assez vite ces exclusions. De plus, en matière civile, la preuve littérale est privilégiée quand elle peut être préconstituée – l'article 1341 du Code Napoléon prévoit en principe la rédaction d'un écrit pour tout acte sur des choses excédant 150 francs en 1804 –, avec cependant de nombreuses exceptions (notamment pour les délits et les quasi-délits, c'est-à-dire les accidents générateurs de responsabilité civile). Il faut ajouter que, en matière pénale, la liberté de la preuve s'étend aux juges professionnels (en matière correctionnelle), avec néanmoins l'obligation de motiver et la possibilité d'un contrôle de droit par la Cour de cassation.

En Angleterre, le début du XIX^e siècle est marqué par les travaux de Bentham : dans *The Rationale on Judicial Evidence* (1827), il se prononce en faveur d'un « testimoniomètre » pour évaluer la force des témoignages et considère le témoignage comme une preuve indirecte, souvent fausse. Toujours sur la base d'une philosophie empirique, Bentham ne croit pas à l'existence de preuves absolues ; il revendique par conséquent une grande liberté pour le juge et l'abandon des règles archaïques d'exclusion écartant par exemple le témoignage des membres des minorités religieuses. Sans qu'on puisse parler d'influence directe de Bentham, le droit anglais est allé dans cette direction d'un assouplissement des règles

d'exclusion. Les Juifs (dès le XVIII^e siècle), puis les dissidents religieux (les quakers et les séparatistes en 1833, les athées en 1869) sont autorisés à témoigner par « affirmation » et non plus sous serment. Des lois de 1869 et 1884 admettent le témoignage des enfants sous serment, avec des exceptions. De manière générale, le juge peut désormais procéder à un interrogatoire « préalable » de témoins réputés « incompetents », et si un tel témoignage est jugé irrecevable à la suite d'une objection, le jury est seulement averti de ne pas en tenir compte. À partir de 1867, l'accusé lui-même peut être questionné comme témoin sur le siège aménagé au côté du juge¹³.

L'exigence d'une preuve « légale » a ainsi considérablement diminué, comme sur le continent : seuls restent exclus du témoignage les conjoints (mais non les autres parents ou les domestiques), les aliénés, les condamnés et les personnes investies de certaines fonctions. Les règles du système « accusatoire » ou contradictoire (*adversarial system*) sur l'interdiction des *leading questions* et l'exclusion des témoins convaincus de collusion sont destinées à faire jaillir la vérité par un strict respect des droits de la défense. La preuve judiciaire – qui conduit à l'intime conviction des jurés – est censée se construire à l'intérieur de l'enceinte judiciaire et non par une recherche scientifique des preuves. Les jurés, comme les juges, sont appelés à juger en tant qu'« hommes privés » en fonction de leur intime persuasion : ils conservent ainsi une large liberté d'appréciation au nom du sens commun, chaque personne raisonnable étant apte à peser empiriquement la valeur des preuves.

II. Au tournant du XX^e et du XXI^e siècle, le principe de la « liberté » de la preuve judiciaire l'a emporté, spécialement en matière pénale, dans pratiquement tous les systèmes juridiques, atténuant les différences entre pays de droit civil et pays de *common law*. En France, l'article 427 du Code de procédure pénale affirme : « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». En matière civile, les règles contenues dans le Code civil (articles 34 et suivants sur les actes d'état civil, article 310-3 sur la filiation, articles 1315 à 1369 sur la preuve des obligations) et le Code de procédure civile encadrent beaucoup plus strictement le droit de la preuve. Pour les actes juridiques, dont la preuve peut être préconstituée, la prédominance de la preuve littérale demeure, avec aujourd'hui un seuil de 1 500 euros à partir duquel aucune preuve par témoins ne peut être, en principe, reçue « contre et outre le contenu aux actes ». Il ne faut pas exagérer, néanmoins, la portée impérative de ces règles de preuve pour le juge : non seulement les parties

peuvent écarter par leur accord l'application de l'article 1341 du Code civil (elles renoncent alors à la preuve écrite, ce qui reste relativement fréquent en matière commerciale), mais le juge a de multiples moyens de recourir à une reproduction « fidèle et durable » d'un titre (article 1348, alinéa 2 que la jurisprudence applique aux photocopies) ou à un « commencement de preuve par écrit » (ce qui peut s'appliquer à un écrit non signé, voire à un enregistrement de la voix). Le système de la preuve préconstituée ne s'applique pas, de toute manière, aux faits juridiques comme par exemple les accidents générateurs de responsabilité civile : il revient alors au juge de se servir des preuves « imparfaites » comme les témoignages, les présomptions de fait, les aveux extrajudiciaires ou le serment des parties. Il est remarquable de constater combien le serment civil – laïcisé, mais donnant lieu à sanction pénale – est tombé en désuétude : sous la forme du serment décisoire déferé par l'une des parties à l'autre (dans ce cas, l'affirmation de la partie qui prête le serment tranche le litige et le juge est lié ; le serment est ainsi un pari, source de risques pour ceux qui ne croient pas à la parole donnée) ou sous la forme du serment « supplétoire » déferé par le juge (qui, lui, ne fait pas preuve parfaite)¹⁴. La liberté du juge reste considérable et elle s'est même accrue depuis la loi du 5 juillet 1972 – insérant dans l'article 10 du Code civil la règle selon laquelle « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité » – et le nouveau Code de procédure civile entré en vigueur en 1976. Avec cent quatre-vingt-treize articles sur la production des preuves, ce code a donné au juge civil des pouvoirs d'instruction considérables pour obtenir la production de pièces, des vérifications par des personnes mandatées (un huissier pour un constat d'adultère, par exemple), la comparution des témoins ou des parties elles-mêmes, les consultations et expertises de techniciens...

Dans les pays de *common law*, le droit de l'*evidence* accorde aussi une grande latitude aux juges et aux jurés, avec un recul quasi constant des règles d'exclusion de certaines preuves. Au Royaume-Uni, où le jury civil a pratiquement disparu, des lois de 1968, 1972, 1989, 1995 et 1997 (cette dernière donnant lieu à une sorte de code des *civil procedure rules*) ont réduit le nombre des restrictions à l'admission de certaines preuves (par exemple, le témoignage des enfants est reçu à partir du moment où ils comprennent le sens du serment). En matière pénale – où le jury reste présent, mais uniquement pour les crimes –, les multiples réformes affectant les pouvoirs de la police et la procédure ont vidé de presque toute leur substance les interdictions touchant le témoignage du conjoint (qui peut être sollicité même contre l'accusé), l'ouï-dire (*hearsay*) et les preuves relatives aux antécédents (*bad character*) de l'accusé¹⁵. Le juge garde, en revanche, un pouvoir discrétionnaire pour écarter du débat les preuves qui

pourraient avoir un effet préjudiciable sur l'esprit des jurés. Aux États-Unis, où le jury civil a été maintenu pour une minorité d'affaires (il faut tenir compte du grand nombre de transactions qui mettent fin aux procès), les règles fédérales et étatiques de l'*evidence* laissent également une grande liberté aux juges. En matière pénale, les exclusions héritées de l'histoire apparaissent comme des coquilles vides : l'interdiction de l'ouï-dire n'est plus absolue et des juristes considèrent que la règle fait beaucoup de bruit pour rien¹⁶.

Si la liberté du juge est menacée de se voir restreinte, ce n'est pas par l'effet direct de la loi, mais par l'accélération des progrès des moyens scientifiques de preuve qui peuvent paraître conduire à une vérité incontestable, y compris pour ceux qui tranchent les procès. Les preuves dites « scientifiques » ne sont pas une nouveauté et leur développement n'a pas cessé, depuis le XIX^e siècle, d'alimenter la réflexion sur la preuve judiciaire, notamment en matière criminelle. Mais le débat s'est longtemps placé sur le terrain de la valeur des expertises en matière de médecine légale, de graphologie, d'empreintes digitales, d'emploi des armes à feu ou de substances empoisonnées, sans parler des investigations psychologiques. Il suffit de penser au rôle de Bertillon dans l'introduction de ces nouvelles techniques en France et au discrédit que lui valut son expertise dans l'affaire Dreyfus. La découverte de l'ADN et des multiples usages qui peuvent être faits des empreintes génétiques, les progrès réalisés dans l'exploitation des enregistrements du son et de l'image, la sécurité croissante des mécanismes de transmission informatique, les raffinements des tests psychologiques ont incontestablement changé la donne depuis une cinquantaine d'années avec l'avènement de preuves dotées d'un très haut degré de probabilité¹⁷.

En matière civile, le droit de la filiation est sans doute le plus affecté par cet envahissement de la preuve scientifique. Alors que le législateur français a pris le parti, dans la loi bioéthique de 1994, de limiter l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à la recherche médicale ou au cadre judiciaire d'un procès justifiant une mesure d'instruction prise avec le consentement préalable et exprès de la partie concernée (article 16-11 du Code civil), la jurisprudence n'a pu résister aux demandes de plus en plus pressantes de trancher les litiges sur la base d'un test ADN. Une décision de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 28 mars 2000), confirmée depuis par une jurisprudence constante, considère que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. À la demande d'une partie, le juge est ainsi entraîné à admettre un moyen de preuve qui ne pourra guère être discuté par la suite : les autres modes de preuve (acte de naissance, acte de reconnaissance et surtout possession d'état qui pourrait établir une filia-

tion de nature plus sociale que biologique) risquent bien d'être disqualifiés devant le verdict des tests sanguins. Le juge s'est toutefois préservé un espace de liberté à travers le motif légitime de ne pas procéder à l'expertise : il peut refuser l'examen génétique quand il estime la paternité suffisamment établie par d'autres preuves ou quand il considère la demande comme fantaisiste. La loi intervient également pour empêcher la recherche en maternité (et donc le recours à la preuve biologique) en cas d'accouchement sous X (article 326 du Code civil) ou, depuis 2004, pour interdire les prélèvements sur les cadavres (article 16-11, sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant). Il reste néanmoins, chez beaucoup de juristes, l'inquiétude d'une prédominance de la vérité biologique et, plus généralement (y compris dans d'autres matières civiles ou commerciales), d'une soumission du juge à l'expert, faisant disparaître la singularité de la preuve judiciaire.

En matière pénale, la situation née des progrès de la police technique et scientifique (organisée en tant que telle depuis 1985) est encore plus contrastée. Le droit français, depuis la loi du 18 mars 2003 (modifiant la loi du 15 novembre 2001 sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques et suivant le modèle du dépistage d'alcoolémie), sanctionne pénalement (jusqu'à un an d'emprisonnement et/ou 15 000 euros d'amende) le refus de se soumettre à des prélèvements d'empreintes génétiques dans le cadre d'une enquête judiciaire. Le verrou du consentement de la personne, déjà écarté pour les personnes condamnées pour certains délits et pour les matières génétiques qui se seraient détachées du corps de l'individu concerné, a en pratique sauté, comme c'est le cas en droit allemand¹⁸. Les juges – et les jurés en cas de procès d'assises (l'instruction lue avant que la cour se retire pour délibérer fait toujours prévaloir l'intime conviction, selon l'article 353 du Code de procédure pénale) – restent néanmoins libres d'apprécier les preuves obtenues légalement par ces examens génétiques. S'agissant des enregistrements audio et vidéo, ils peuvent être utilisés dans l'instruction et produits au procès à condition qu'il n'y ait pas d'atteinte à la vie privée (tel n'est pas le cas pour des propos injurieux tenus au téléphone et enregistrés par la victime), ni d'illégalités commises notamment par la police (écoutes téléphoniques sans l'autorisation d'un juge, enregistrement effectué à son insu des propos d'une personne suspecte, pressions psychologiques ou physiques exercées pour susciter des aveux). Les droits de *common law* connaissent des règles très comparables : les juges britanniques ont le devoir d'écarter les preuves obtenues par violence ou déloyauté¹⁹ et la jurisprudence de la Cour suprême s'est attachée aux États-Unis à développer depuis les années 1960 l'irrecevabilité des preuves illégalement obtenues (*exclusionary rule*)²⁰. Les divers systèmes judiciaires des pays démocratiques

essaient ainsi de résister aux dérives, notamment celles d'une preuve « pseudo-scientifique » arrachée à l'accusé (le recours aux sérums de vérité est depuis les années 1920 une tentation récurrente, qui a pu trouver un peu de crédit devant les tribunaux du Kentucky et du Colorado, comme devant ceux de quelques États de l'Union indienne) ou d'un retour aux méthodes « éprouvées » de la torture (il faut rappeler que la France a été condamnée à deux reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour l'emploi de telles méthodes lors de gardes à vue).

Un large consensus se dégage dans la jurisprudence des pays démocratiques – et de la Cour européenne des droits de l'homme – pour considérer que le respect des règles du procès équitable, c'est-à-dire d'une procédure contradictoire avec égalité des armes pour les parties, est une condition nécessaire à la recevabilité des preuves, quelles qu'elles soient. La liberté de la preuve n'est pas conçue comme une arène pour l'arbitraire du juge, mais comme le moyen de préserver la nature propre de la « vérité judiciaire ». Celle-ci doit être produite dans les meilleures conditions de sincérité et de publicité possibles pour conduire à ce qui doit rester essentiel : le pouvoir souverain du juge d'apprécier les faits pour dire le droit. En 1745, dans l'affaire « Omychund v. Barker » (où il était question d'admettre le témoignage de personnes refusant de jurer sur la Bible), lord Hardwicke affirmait qu'il n'y avait pour les juges et les « sages en droit » (« *sages of the law* ») qu'une seule règle générale de preuve : la meilleure preuve que la nature du procès permettrait (« *the best that the nature of the case will allow* »). Y a-t-il plus belle contribution de l'empirisme anglais à la définition de la preuve judiciaire ?

Jean-Louis HALPÉRIN
jean-louis.halperin@ens.fr
École normale supérieure, Paris

NOTES

1. D. 50, 17, 207.
2. Deutéronome 17,6.
3. Matthieu 18,16 ; Jean 8,17.
4. D. 22, 5, 3, 2.
5. C. 4, 20, 9 ; D. 22, 5, 1, 2 et 12.

Jean-Louis Halpérin

6. Henri Lévy-Bruhl, *La Preuve judiciaire. Essai de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1963 ; Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, New York, Clarendon Press, 1986.

7. Jean-Philippe Lévy, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », in *La Preuve, Recueils de la Société Jean-Bodin*, XVII, 1965, p. 137 *sq.*

8. André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, t. II, p. 111 *sq.* ; Jean-Louis Halpérin, « L'instrumentalisation de la preuve testimoniale dans la procédure criminelle », in B. Garnot (dir.), *Les Témoins devant la justice. Une histoire des statuts et des comportements*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 23-29.

9. Bernard Schnapper, « *Testes inhabiles*. Les témoins reprochables dans l'ancien droit pénal », in *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 145-175.

10. John H. Langbein, « The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution », in A. Padoa-Schioppa (dir.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1987, p. 32-33.

11. Barbara J. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkeley, University of California Press, 1991.

12. Geoffrey Gilbert, *Law of Evidence*, Londres, 1777 (4^e éd.), p. 144.

13. David Bentley, *English Criminal Justice in the Nineteenth Century*, Londres, Hambledon Press, 1998.

14. Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2006 (5^e éd.), p. 383-385. Les auteurs relèvent cependant un petit regain du serment décisoire.

15. Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

16. Charles P. Nemeth, *Law and Evidence. A Primer for Criminal Justice, Criminology, Law and Legal Studies*, New Jersey, Prentice Hall, 2001, p. 22.

17. Cour de cassation, *Le Droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, Paris, La Documentation française, 2000.

18. Gaëlle Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et Vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 135.

19. Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence, op. cit.*, p. 59, 390 (confession obtenue par une promesse fallacieuse d'impunité).

20. L'application de cette règle aux cours d'État (et pas seulement aux juridictions fédérales) débute avec l'arrêt « Mapp v. Ohio » en 1961 ; voir Elisabeth Zoller, *Grands Arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 617 *sq.*

RÉSUMÉ

Souvent présenté comme la réunion des procédés visant à établir la vérité factuelle, le droit des preuves constitue plutôt un ensemble de procédures destinées à prévenir et surtout à trancher les procès. Historiquement, la typologie juridique des preuves et le choix de leur emploi sont liés aux questions d'organisation judiciaire et aux débats sur le pouvoir des juges. La rationalisation a consisté à préférer, dans bien des cas, l'encadrement de la décision judiciaire, par la définition de preuves légales ou objectives, aux règles permettant aux juges de faire état de leurs propres informations ou de s'appuyer sur leur conscience. En même temps, l'institution du jury, telle qu'elle a été pratiquée en Angleterre puis sur le continent européen, a redonné toute son importance à l'intime conviction. L'histoire de la preuve judiciaire est celle de l'évolution diachronique et géographique de ces constructions de règles s'adressant prioritairement aux juges.