

Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ?

Michel van de Kerchove

DANS **DROIT ET SOCIÉTÉ** 2013/2 n° 84 , PAGES 411 À 432

ÉDITIONS **ÉDITIONS JURIDIQUES ASSOCIÉES**

ISSN 0769-3362

ISBN 9782275028781

DOI 10.3917/drs.084.0411

Date de mise en ligne : 06/09/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2013-2-page-411?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Éditions juridiques associées.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Études

Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ?

Michel van de Kerchove

Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Facultés universitaires Saint-Louis, 43 boulevard du Jardin botanique, B-1000 Bruxelles

<vandeckerchove@fussl.ac.be>

■ Résumé

La présente contribution porte, pour l'essentiel, sur la place qu'occupe la recherche de la vérité dans le procès pénal et sur les écarts éventuels par rapport à une telle recherche dans le cadre de procédures « para-judiciaires » alternatives impliquant des solutions consensuelles ou négociées du conflit né de la commission d'une infraction pénale. En abordant le concept de vérité judiciaire dans une perspective critique, l'article tente de mettre en lumière les caractères spécifiques d'une telle recherche de la vérité, ainsi que ses limites. À cette fin, il confronte successivement la notion de vérité « juridique », de vérité « judiciaire » et de vérité « para-judiciaire » par rapport à la notion de vérité en général et de vérité scientifique en particulier.

Procès pénal – Vérité judiciaire – Vérité juridique – Vérité para-judiciaire – Vérité scientifique.

■ Summary

Judicial and Para-judicial Truth in Criminal Matters: Which Truth?

This article is essentially focused on the place of the search for truth in the criminal trial and the limits of this search in “para-judicial” procedures involving consensual or negotiated solutions of the conflict generated by a criminal offense. Examining the concept of judicial truth in a critical perspective, the article tries to shed light the specificity and the limits of such a search for truth. To this tend, it confronts the concepts of legal, judicial and “para-judicial” truth with the concepts of truth in general and scientific truth in particular.

Criminal trial – Judicial truth – Legal truth – “Para-judicial” truth – Scientific truth.

Bien qu'elles soient étroitement liées, deux questions seront évoquées successivement dans cette contribution¹ : celle de la nature de la « vérité » juridique, judiciaire et « para-judiciaire », comparée à celle de la vérité scientifique (I) ; celle de la place – exclusive ou non – qu'occupe la vérité au niveau de la finalité des procédures issues de la commission d'une infraction pénale – la vérité est-elle leur seul objectif ? –, ainsi que celle des limites éventuelles imposées à la recherche de la vérité – ces procédures tendent-elles ou devraient-elles idéalement tendre à manifester toute la vérité –² (II) ?

I. Quelle vérité ?

Même si « nous voulons que la vérité soit au singulier », selon l'expression de Paul Ricoeur, « l'esprit de vérité est de respecter la complexité *des* ordres de vérité ; c'est l'aveu du pluriel »³. Dès lors, sous le couvert d'une définition unique, simple et traditionnelle, comme « l'adéquation entre la pensée et l'objet de la pensée » ou l'« accord de notre discours avec la réalité »⁴, se dissimulent en fait la pluralité et la complexité inhérentes à une telle adéquation ou à un tel accord qui, on l'admettra facilement, n'a pas le même sens, selon les domaines abordés, lorsqu'on parle de vérité scientifique, de vérité philosophique, de vérité éthique, de vérité esthétique, voire de vérité romanesque ou, enfin, de vérité judiciaire. Par ailleurs, le concept de vérité paraît également « pluriel », selon le qualificatif qu'on lui adjoint. Si, traditionnellement, on distingue une vérité « matérielle » ou substantielle⁵, conçue comme une forme d'adéquation entre une proposition et la réalité à laquelle elle se réfère, et une vérité « formelle »⁶, conçue comme l'absence de contradiction entre différentes propositions, on parle également aujourd'hui de vérité « procédurale »⁷, mettant l'accent sur le respect des procédures selon lesquelles on aboutit à une certaine représentation du réel, voire de vérité « conventionnelle »⁸, mettant l'accent sur le consensus dont bénéficie une telle représentation. À l'exception de la vérité « formelle », dont nous ne traiterons pas, car elle nécessiterait une contribu-

1. Le présent article constitue la version française d'une contribution qui paraîtra en espagnol dans Germán SUCAR et Jorge CERDIO (eds.), *Derecho y verdad*, Madrid, Barcelone : Marcial Pons, coll. : « Filosofía y derecho » (ouvrage collectif en trois volumes). Je remercie vivement les responsables de cette recherche collective, pour laquelle cet article a été rédigé, de m'avoir autorisé à publier sa version française avant la publication de sa version espagnole.

2. À cet égard, cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, 24 (1), 2000, p. 95 et suiv. Un certain nombre d'idées contenues dans cet article se trouvent reprises ici, mais sous une forme plus développée.

3. Paul RICOEUR, *Histoire et vérité*, Paris : Seuil, 1955, p. 156 et 175.

4. *Ibid.*, p. 143.

5. À cet égard, cf. notamment German SUCAR, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid : Marcial Pons, 2008, p. 105 et suiv.

6. Cf. notamment André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris : PUF, 1962, V^o « Vérité », p. 1199 qui, citant Kant, se réfère à « l'accord de la connaissance avec elle-même ».

7. Cf. notamment Alessandro BARATTA et Ralf HOHMANN, « Vérité procédurale ou vérité substantielle ? », *Déviance et société*, 24 (1), 2000, p. 91 et suiv.

8. Cf. notamment Sergio MOCCIA, « Vérité substantielle et vérité du procès », *ibid.*, p. 114.

tion entière à elle seule, nous serons amenés à évoquer ici ces différentes dimensions de la vérité.

1.1. Vérité scientifique et vérité juridique

Vérité scientifique

Si, conformément à une certaine tradition dominante dans les sociétés occidentales contemporaines, l'on prend la vérité scientifique comme « modèle » ou « paradigme » de la vérité, on pourrait être tenté de croire que l'on se trouverait, dans ce contexte spécifique, en présence d'un modèle unique et absolu de vérité. À la multiplicité et à la dispersion des savoirs spontanés, certaines conceptions de la connaissance scientifique, telles que le cartésianisme, ont en effet prétendu pouvoir identifier une instance unique et suprême capable de développer une connaissance définitive du réel sous forme d'un petit nombre de lois universelles et immuables⁹. Il en va partiellement de même pour le néopositivisme qui se fonde sur l'idée de l'« unité de toutes les sciences, qui s'obtiendrait par une réduction à la fois méthodologique et théorique de toutes les disciplines à la physique »¹⁰.

Cette vision moniste a cependant fait l'objet, ces dernières décennies, de critiques multiples qui ont progressivement fait place à un pluralisme fondamental. À l'idée de hiérarchisation des savoirs et de suprématie, voire d'exclusivité, de certains d'entre eux, se substitue l'idée qu'une pluralité de discours rationnels ou de « systèmes interprétatifs » différents¹¹ sont susceptibles, à partir de « règles de jeu » distinctes, de reconnaître la part du singulier et du contingent dans le réel¹², ainsi que la valeur à la fois relative et complémentaire des éclairages projetés sur celui-ci¹³. On souligne qu'il devient difficile « de parler de "la" science en toute généralité..., car le domaine de la connaissance scientifique se fragmente en sous-domaines dont chacun a sa spécificité et ses présuppositions propres »¹⁴, qu'« une...unification plus ou moins directe des méthodes semble hors de question aujourd'hui et peut-être pour toujours »¹⁵ et que, « en dépit de l'ambition traditionnellement unitaire de la pensée, les multiples facettes d'un problème, les questionnements divers suscités par l'examen d'un objet, les langages privilégiés pour décrire les phénomènes cor-

9. À cet égard, cf. notamment Edgard MORIN, « Épistémologie de la complexité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1, 1984, p. 51.

10. Vittorio VILLA, *La science du droit* (trad. par Odile Nerhot et Patrick Nerhot), Bruxelles : Story-Scientia ; Paris : LGDJ, 1990, p. 31. Cf. également Cornelius CASTORIADIS, *Les carrefours du labyrinthe*, Paris : Seuil, 1978, p. 200 qui caractérise la tentative du Cercle de Vienne d'unification de la science de la manière suivante : « la recherche d'une unité épistémologique entre disciplines était inspirée par une philosophie physicaliste, qu'elle visait en même temps à fonder ».

11. Henri ATLAN, *À tort et à raison. Intercritique de la science et du mythe*, Paris : Seuil, 1986, p. 261.

12. Edgard MORIN, « Épistémologie de la complexité », art. cité, p. 51.

13. Cf. notamment Ilya PRIGOGINE et Isabelle STENGERS, *La nouvelle alliance. Métamorphose de la science*, Paris : Gallimard, nouvelle édition, 1986, p. 313. Dans le même sens, Paul AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2, 2008, p. 625 et suiv.

14. Jean LADRIÈRE, « Le statut de la science », in *Encyclopaedia universalis*, t. 16, Paris : Encyclopaedia universalis, 1985, p. 552.

15. Cornelius CASTORIADIS, *Les carrefours du labyrinthe, op. cit.*, p. 200.

respondants, les logiques concurrentes mobilisent des optiques et des systèmes de représentation tout à fait irréductibles les uns aux autres », « l'unité et la diversité », devant alors « se retrouver conciliées au sein d'une *unitas multiplex* »¹⁶, signe par excellence de la complexité. En découle un « pluralisme méthodologique »¹⁷ fondamental qui n'« assigne à aucune discipline scientifique le rôle de modèle absolu de scientificité »¹⁸ et qui fait en sorte que « la nouvelle unité du savoir ressemble un peu, pour cela, à un archipel avec quelques passages irréguliers d'île en île »¹⁹. Il en résulte également une nouvelle conception de la vérité scientifique que certains n'ont pas hésité à qualifier de « pluralisme de vérités »²⁰, tout en soulignant combien elle se trouve affectée simultanément de « relativité »²¹.

Vérité juridique

Qu'en est-il de la vérité « juridique » ? Même si elle est affectée de limites, il convient à cet égard de partir de la distinction établie notamment par Kelsen entre la « science du droit » et son objet, le droit lui-même. Selon les termes de Kelsen, en effet : « Les propositions normatives (*Sollsätze*) formulées par la science du droit – qui décrivent le droit, mais n'obligent ou n'autorisent personne à quoi que ce soit, peuvent être vraies ou fausses, alors que les normes (*Sollnormen*) posées par l'autorité juridique – qui obligent et qui habilent les sujets de droit – ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non valables²². »

En ce qui concerne les normes juridiques elles-mêmes, comme on le sait cependant, la question de savoir si elles peuvent être considérées comme vraies ou fausses est l'objet de controverses et oppose, dans l'histoire de la philosophie du droit et de la philosophie morale, les partisans du « non », comme Kelsen, et les partisans du « oui », pour reprendre l'expression de Georges Kalinowski²³ qui s'est lui-même résolument rangé parmi ces derniers. Sans aborder spécifiquement cette question générale, sur laquelle on ne reviendra qu'incidemment à propos de la question de la « vérité judiciaire », nous exprimerons clairement notre réticence à adhérer à la thèse « cognitiviste » selon laquelle la vérité d'une norme juridique se fonderait soit sur son évidence analytique, soit sur la possibilité de la déduire d'une norme première, considérée elle-même comme évidente²⁴. Une telle position n'implique cependant pas nécessairement l'adhésion à un « volontarisme » de type

16. Jacques ARDOINO, « La complexité », in Edgard MORIN (dir.), *Le défi du XXI^e siècle. Relier les connaissances, Paris, du 16 au 24 mars 1998, Journées thématiques conçues et animées par Edgard Morin*, Paris : Seuil, 1999, p. 445.

17. Vittorio VILLA, *La science du droit*, op. cit., p. 34 et suiv.

18. *Ibid.*, p. 49.

19. Giuliano TORALDA DI FRANCA et Massimo PIATTELLI PALMARINI, *Livelli della realta*, cité par Vittorio VILLA, *La science du droit*, op. cit., p. 50.

20. Cf. notamment Serge GUTWIRTH et Éric NAÏM-GESBERT, « Science et droit de l'environnement. Réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34, 1995, p. 33 et suiv. et références citées.

21. *Ibid.*, p. 41.

22. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. par Charles Eisenmann), Paris : Dalloz, 2^e éd., 1962, p. 100.

23. Georges KALINOWSKI, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon : Emmanuel Vitte, 1967, p. 23 et suiv.

24. Telle est la thèse développée notamment par Georges KALINOWSKI, *ibid.*, p. 243 et suiv.

kelsénien, car la justification rationnelle d'une telle norme peut parfaitement relever d'un raisonnement de type argumentatif qui, sans aboutir à la conclusion que la norme adoptée est vraie ou fausse, est susceptible d'aboutir à la conclusion que son adoption est « raisonnable » ou non et se fonde sur de « bonnes » ou de « mauvaises » raisons²⁵.

En ce qui concerne les propositions formulées par la science du droit, en revanche, le problème se pose en des termes partiellement différents, que nous évoquerons un peu plus longuement, bien qu'il ne s'agisse pas de la question centrale dont nous entendons traiter ici. Parallèlement aux conceptions « monistes » de la science en général que nous avons déjà évoquées, on doit tout d'abord rappeler que ce monisme affecte aussi partiellement la connaissance du droit. Il se traduit d'abord, de manière souvent diffuse, par l'idée que « la fonction de connaissance » du droit constitue la « seule fonction essentielle » du juriste²⁶, les autres rôles – de création et d'application du droit – n'étant pas toujours réservés « aux seules personnes appelées juristes »²⁷. Cette affirmation, cependant, n'est évidemment fondée que si l'on vise cette forme très spécifique de connaissance du droit que l'on appelle la « doctrine »²⁸, dans les pays de langue française, et la « dogmatique juridique »²⁹, notamment dans les pays germaniques et slaves, et qui correspond précisément à la connaissance que les juristes ont du droit en tant que « spécialistes » de cette discipline. En suggérant que la connaissance du droit est réservée aux juristes, on avalise dès lors implicitement la tradition diffuse selon laquelle « la doctrine monopolise la connaissance du juridique »³⁰ et mérite seule la qualification de « science du droit ». Ce monisme épistémologique et méthodologique connaît cependant des formes plus explicites et élaborées. L'une de ses versions les plus représentatives réside incontestablement dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen qui entend fonder sa conception de la science du droit sur une rigoureuse unité à la fois de méthode – descriptive, à l'exclusion de toute perspective tant explicative que normative – et d'objet – le droit positif, à l'exclusion tant des faits sociaux que du droit naturel³¹. La remise en question de cette conception moniste, que nous avons

25. Cf. notamment Chaïm PERELMAN, « Une théorie philosophique de l'argumentation », in ID., *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles : Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 23 : « Seule une théorie de l'argumentation, philosophiquement élaborée, nous permettra, je l'espère, de reconnaître, entre l'évident et l'irrationnel, l'existence d'une voie intermédiaire, qui est le chemin difficile et mal tracé du raisonnable. »

26. Lucien FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège : Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978, p. 197.

27. *Ibid.*, p. 190.

28. Cf. notamment Zygmunt ZIEMBIŃSKI, *La doctrine, source d'unification internationale du droit*, in *Rapports polonais. XI^e Congrès de droit comparé*, Ossolineum, 1986, p. 9 qui rappelle que ce terme est peu usité en anglais et en polonais.

29. Georges KALINOWSKI, *Querelle de la science normative (une contribution à la théorie de la science)*, Paris : LGDJ, 1969, p. 1. Sur les origines du terme, cf. notamment Jean-François PERRIN, *Qu'est-ce que la dogmatique juridique ?*, in *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart. Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag*, Berlin : Duncker & Humblot, 1987, p. 49 et suiv.

30. Maurice BOURJOL, Philippe DUJARDIN, Jean-Jacques GLEIZAL et al., *Pour une critique du droit*, Alençon : Maspero-Presses universitaires de Grenoble, 1978, p. 94.

31. À ce sujet, cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », in Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (adaptée de l'allemand par Henri

déjà évoquée concernant la science en général, a cependant également affecté la science du droit. Ainsi, comme l'a fait remarquer G. Kalinowski, « il existe plusieurs sciences juridiques » : sciences « partiellement » ou « accidentellement » juridiques, d'une part, constituant « des parties de sciences telles que l'ethnologie, l'histoire, la sociologie ou la psychologie... qui s'étendent aussi aux normes juridiques et les étudient chacune de son propre point de vue » ; sciences « exclusivement » ou « essentiellement » juridiques, d'autre part, qui, se constituant en toute indépendance par rapport aux autres sciences, n'auraient que le droit pour objet d'étude³². En outre, celles-ci font encore l'objet d'une pluralité considérable de conceptions différentes : « soit la science des normes juridiques, soit la science du juste, soit la science de la conduite juridique, soit la science de la jurisprudence (au sens français du terme), soit encore autre chose ». Or, à l'encontre des conceptions monistes, l'auteur estime que « toutes ces études sont parallèlement possibles et non seulement elles ne s'excluent pas mais elles s'appellent mutuellement parce qu'elles se complètent »³³. Enfin, on peut encore souligner que la « doctrine » elle-même ne constitue pas un savoir homogène et qu'elle échappe de plus en plus au monopole des juristes. Son hétérogénéité, voire son caractère « protéiforme »³⁴, se reflète notamment dans la distinction traditionnelle qui est faite entre doctrine « *de lege lata* » et doctrine « *de lege ferenda* »³⁵ et qui l'inscrit indissociablement dans l'ordre de la connaissance et de l'action et la situe entre le registre théorique du « faire savoir » et le registre pratique du « savoir-faire »³⁶. Par ailleurs, on peut constater non seulement que la doctrine n'est plus l'apanage des professeurs de droit, mais encore qu'elle échappe de plus en plus au monopole traditionnel des juristes, ainsi que l'atteste notamment le rôle joué à cet égard par de nouvelles instances telles que, en France, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé³⁷ ou les « *law firms* » d'origine anglo-américaine³⁸.

En présence d'un tel pluralisme, s'il est facile d'admettre, selon une conception non cognitiviste des normes, que les propositions spécifiquement « normatives » formulées par la « science du droit », au sens large et diversifié du terme, ne sont ni

Thévenaz), Neuchâtel : Éd. de la Baconnière, 2^e éd. revue et mise à jour, 1988, p. 243 et suiv. ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 452 et suiv.

32. Georges KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, op. cit., p. 1.

33. *Ibid.*, p. 2.

34. Édouard VIEUJEAN, « Place de la doctrine dans le droit belge actuel », *Annales de droit de Louvain*, 1, 1997, p. 21.

35. Cf. notamment Françoise LEURQUIN-DE VISSCHER et Henri SIMONART, *Documentation et méthodologie juridiques*, Louvain-la-Neuve : Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1980, p. 187 ; Axel DE THEUX, Imre KOVALOVSKY et Nicolas BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2000, p. 214.

36. Cf. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir-faire" », *Annales de droit de Louvain*, 1, 1997, p. 31 et suiv.

37. Cf. notamment Jean-Christophe GALLOUX, « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », in Yves POIRMEUR et Alain BERNARD (dir.), *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, p. 241.

38. Cf. notamment Yves DEZALAY, « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », *ibid.*, p. 237.

vraies ni fausses, il convient cependant de ne pas admettre trop rapidement et sans regard critique, l'idée que les propositions « descriptives » ou « explicatives » relatives à une norme, formulées par la science du droit, au sens plus étroit du terme, seraient vraies ou fausses et qu'elles se prêteraient à une vérification aisée. C'est en effet ce que suggère un auteur comme Kelsen lorsqu'il affirme : « La réponse à la question de savoir si une telle norme est en vigueur dans un ordre juridique déterminé est susceptible d'être vérifiée – non pas sans doute directement, mais du moins indirectement – ; car, pour qu'elle soit en vigueur, il faut qu'elle soit créée par un acte susceptible d'être constaté empiriquement³⁹. »

À cette conception apparemment « naïve » de la vérification empirique, il convient d'opposer les réflexions critiques d'auteurs comme Popper qui ont dénoncé les illusions qu'elle inclut, substituant à l'idée de vérification l'idée de « falsifiabilité », conçue comme la possibilité de réfuter une théorie au moyen de tests empiriques, c'est-à-dire « de conclure de la vérité d'énoncés singuliers à la fausseté d'énoncés universels »⁴⁰. Repoussant par ailleurs l'idée d'énoncés de base purement observationnels, il conçoit ces énoncés singuliers comme des énoncés dont l'acceptation « résulte d'une décision ou d'un accord », en conformité avec « une procédure gouvernée par des règles »⁴¹. On soulignera le fait que la comparaison qu'établit Popper lui-même entre cette décision et le verdict d'un jury qui, par rapport à une question de fait, se prononce également « selon une procédure régie par des règles »⁴², relativise singulièrement l'opposition souvent excessive qu'on établit entre les sciences dites « empiriques » et la science juridique.

C'est dans cette perspective critique qu'il convient d'analyser les différentes tentatives menées par la science juridique en vue de trouver des « fondements empiriques » à ses énoncés⁴³. Outre la position de Kelsen, déjà évoquée succinctement, on citera à titre d'exemple une étude de Aleksander Peczenik consacrée aux fondements empiriques de la dogmatique juridique⁴⁴. Son analyse, malgré sa rigueur, semble en réalité révéler en creux en quoi ce fondement n'est que relatif et réside en grande partie dans un ensemble de présupposés de nature théorique, à partir desquels la science « interroge » l'expérience. L'auteur reconnaît ainsi que les énoncés relatifs à la signification des normes juridiques sont notamment tributaires du postulat de rationalité du législateur⁴⁵ et d'un compromis nécessaire entre le principe de stricte interprétation et le principe de justice⁴⁶. Or ces présupposés, non seulement ne constituent pas des énoncés observationnels, mais encore ne

39. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 100.

40. Karl Popper, *La logique de la découverte scientifique* (trad. par Nicole Thyssen-Rutten et Philippe Devaux), Paris : Payot, 1973, p. 38.

41. *Ibid.*, p. 105.

42. *Ibid.*, p. 109-110.

43. À cet égard, cf. notamment François Ost et Michel Van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviante et société*, 11 (2), 1987, p. 184-186.

44. Aleksander Peczenik, « Empirical Foundation of Legal Dogmatics », *Logique et analyse* (nouvelle série), 45, 1969, p. 32-64.

45. *Ibid.*, p. 41.

46. *Ibid.*, p. 43.

représentent pas des hypothèses susceptibles comme telles d'être contrôlées par l'expérience. Ils constituent de véritables « directives » à la lumière desquelles les données empiriques, en l'occurrence les textes juridiques, seront analysées. Il en va de même pour les énoncés relatifs à la validité des normes juridiques. Comme le montre très bien A. Peczenik lui-même, ces énoncés n'ont de « fondement empirique » qu'en rapport avec une certaine « théorie » de la validité juridique d'une norme⁴⁷. C'est notamment le cas pour la théorie « réaliste » développée par un auteur comme Alf Ross⁴⁸ qui identifie la validité d'une norme juridique avec son efficacité. À la lumière d'une telle théorie, il sera en effet possible de « contrôler empiriquement », tout au moins jusqu'à un certain point, l'affirmation qu'une norme juridique déterminée est valide. Encore faut-il ajouter que le contrôle de cette efficacité nécessite à son tour des précisions théoriques de plusieurs ordres, notamment quant à la nature et à l'importance quantitative des comportements dont on appréciera la conformité à la norme et quant à la signification de la norme elle-même. On peut ajouter que les considérations émises par Kelsen lui-même relatives à la « vérifiabilité » des propositions formulées par la science du droit se heurtent aux mêmes limites. Lorsqu'il affirme que « la réponse à la question de savoir si une telle norme est en vigueur dans un système juridique déterminé est susceptible d'être vérifiée »⁴⁹, Kelsen précise en effet que cette vérification ne peut se faire directement, mais seulement « indirectement », car « pour qu'elle soit en vigueur, il faut qu'elle soit créée par un acte susceptible d'être constaté empiriquement »⁵⁰. Implicitement, Kelsen paraît admettre ainsi la dépendance de ce contrôle empirique par rapport au présupposé théorique positiviste selon lequel on peut assimiler l'existence d'une norme juridique avec le fait qu'elle ait été « posée » par un acte de volonté. Il en découle clairement que la base empirique de la science du droit, comme de toute autre science, est fondamentalement relative. Comme l'a exprimé Popper de manière imagée : « La science ne repose pas sur une base rocheuse. La structure audacieuse de sa théorie s'édifie en quelque sorte sur un marécage. Elle est comme une construction bâtie sur pilotis. Les pilotis sont enfoncés dans le marécage, mais pas jusqu'à la rencontre de quelque base naturelle ou "donnée" »⁵¹. » Dans le cas d'une science herméneutique comme la science du droit⁵², cette relativité ne peut qu'être accrue, vu la présence de relais théoriques supplémentaires qui consistent en autant de critères, de règles et de théories inter-

47. *Ibid.*, p. 45.

48. Alf ROSS, *On Law and Justice*, Londres : Stevens & Sons, 1958, p. 70.

49. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 100.

50. *Ibid.*, p. 111.

51. Karl POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, *op. cit.*, p. 111.

52. On peut même souligner, à la suite de Anthony Giddens, la « double herméneutique » à l'œuvre dans ces sciences, dans la mesure où l'interprétation des matériaux juridiques par eux-mêmes anticipe l'interprétation que la science du droit est appelée à leur donner. À cet égard, cf. Anthony GIDDENS, *New Rules of Sociological Method: a Positive Critique of Interpretative Sociologies*, Londres : Hutchinson & Cie, 1976, p. 79 ; Vittorio VILLA, « Legal Sciences between Natural and Human Sciences », *Legal studies*, 4 (3), 1984, p. 258.

prétatives différentes. Le caractère « acceptable »⁵³ des solutions juridiques ouvertes par le sens retenu résultera dès lors d'une procédure de validation relevant davantage d'une « discipline argumentative »⁵⁴ que d'une vérification proprement empirique.

1.2. Vérité scientifique et vérité judiciaire

Par rapport au modèle de la vérité scientifique, il convient d'identifier certains traits qui différencient la vérité judiciaire et introduisent en elle ce que l'on présente souvent comme une forme spécifique de « relativité »⁵⁵.

Une première particularité réside dans le fait qu'à la différence de la vérité scientifique qui, à l'exception des énoncés purement analytiques, concerne des énoncés constatifs, la vérité judiciaire concerne, en tant que telle, des énoncés normatifs, même si ceux-ci sont partiellement fondés sur des jugements de réalité. Si l'on considère, en effet, que la « chose jugée » comprend « ce qui a été jugé en fait et en droit »⁵⁶, et qu'elle inclut ainsi, outre l'interprétation circonstancielle des lois applicables et la qualification juridique des faits, la constatation des faits, l'appréciation des preuves et la fixation éventuelle de la peine⁵⁷, force est d'admettre que la part des jugements constatifs ou de réalité sur lesquels se fonde la décision judiciaire, sans être négligeable, est relativement réduite. Plus fondamentalement, cependant, il apparaît qu'aucun de ces jugements, même ceux qui consistent dans l'établissement de la réalité matérielle des faits, ne possède une nature purement constative, dans la mesure où l'autorité juridique particulière – l'autorité dite de la chose jugée – qui s'attache à une telle constatation ainsi qu'aux autres jugements qui fondent la décision, lui confèrent une nature partiellement « normative » ou « performative » d'où il résulte qu'un tel jugement ne se contente pas de rendre compte d'une réalité préexistante, mais a partiellement pour effet que « la réalité se trouve immédiatement transformée par l'énonciation elle-même »⁵⁸. Pour re-

53. Chaïm PERELMAN, « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 17, 1972, p. 37.

54. Paul RICOEUR, « La métaphore et le problème central de l'herméneutique », *Revue philosophique de Louvain*, 70, 1972, p. 105.

55. Sur les rapports d'articulation entre vérité scientifique et vérité judiciaire, cf. notamment Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris : LGDJ, 2004.

56. Henri MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in ID., *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris : Dalloz, 1973, p. 201.

57. On rappellera qu'en matière pénale, le jugement est en réalité constitué de deux éléments distincts : l'établissement de la culpabilité de la personne poursuivie et la détermination de la peine appropriée et que, selon la conception traditionnelle qui s'est développée depuis la fin du XVIII^e siècle, il existe, à de très rares exceptions près, entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine une relation indissociable. Cependant, cette conception traditionnelle a progressivement fait l'objet de dérogations multiples, dont certaines sont anciennes. On songe ainsi à différents mécanismes d'ajournement du prononcé de la peine, de suspension du prononcé de la peine ou de déclaration de culpabilité sans prononcé de peine qui varient selon les systèmes juridiques. À cet égard, cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 287-221.

58. François RECANATI, *Les énoncés performatifs. Contribution à la pragmatique*, Paris : Minuit, 1981, p. 180 ; Georges A. LEGAULT, *La structure performative du langage juridique*, Montréal : Presses universitaires de Montréal, 1977, p. 466.

prendre l'expression de John R. Searle, de telles énonciations, de même que les autres *a fortiori*, ne se réduisent donc pas à l'accomplissement d'actes de nature « assertive », mais encore à ce qu'il a appelé des « déclarations », c'est-à-dire des actes « dont l'accomplissement réussi... provoque la mise en correspondance du contenu propositionnel avec la réalité »⁵⁹. Le fait que de telles énonciations assurent l'accomplissement d'actes appartenant simultanément à ces deux classes différentes – qu'il qualifie de « déclarations assertives » – permet à la fois de comprendre le bien-fondé partiel, mais aussi le danger de confusion inhérent à la présentation traditionnelle de l'autorité de la chose jugée comme présomption irréfragable de vérité. Si la dimension constative des jugements sur lesquels se fonde la décision judiciaire se prête logiquement à une évaluation en termes de vérité au sens scientifique, et justifie, au moins partiellement, l'attribution à la chose jugée d'une présomption de vérité⁶⁰, leur dimension normative ou performative, en revanche, ne permet une évaluation en termes de vérité que si l'on donne à cette notion un sens tout autre qui, à la limite, s'identifie avec des valeurs énoncées en termes d'autorité, de validité, de justice, ou de légitimité.

Cette distinction permet de lever l'ambiguïté inhérente à l'affirmation d'un auteur, selon laquelle « le jugement définitif ne peut pas juridiquement contenir d'erreur »⁶¹. Une particularité supplémentaire de la vérité judiciaire par rapport à la vérité scientifique réside en effet dans le fait que, à la différence d'un énoncé scientifique qui est fondamentalement « ouvert », c'est-à-dire « révisable », même s'il traduit les conclusions provisoires de son auteur, le jugement rendu par une juridiction est « fermé », au sens où il « interdit toute réouverture par la simple critique mais exige un acte par lequel le tribunal casse le jugement prononcé »⁶². Il n'est pas justifié, cependant, d'entretenir la fiction d'une vérité scientifique absolue inhérente aux décisions judiciaires pour rendre compte du fait que les jugements constatifs sur lesquels elles se fondent bénéficient juridiquement d'une présomption irréfragable de vérité et qu'elles bénéficient elles-mêmes d'une autorité qui, dans les limites fixées par la loi, est considérée comme irrévocable⁶³. Comme l'a justement fait remarquer Hart, on ne peut confondre « leur irrévocabilité et leur infaillibilité »⁶⁴.

59. John R. SEARLE, *Sens et expression. Études de théorie des actes de langage* (trad. de Joëlle Proust), Paris : Minuit, 1982, p. 57. En ce sens, cf. également Emmanuelle DANBLON, « Rhétorique de la chose jugée », *Semen*, 17, 2004, p. 6.

60. Sur l'origine de cette présomption, cf. Gilbert HANARD, « *Res iudicata pro ueritate habetur*. La naissance d'un concept », *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 15-28.

61. Léon MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *Revue trimestrielle de droit civil*, 28, 1929, p. 36.

62. Emmanuelle DANBLON, « Rhétorique de la chose jugée », art. cité, p. 5.

63. Cf. Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, op. cit., p. 372 : « Il est excessif d'affirmer que la décision judiciaire correspond à "LA" vérité : il ne s'agit que d'un effort tendant à se rapprocher de la vérité et répondant aux impératifs de stabilité sociale. »

64. Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit* (accompagnée d'une postface de Penelope A. Bulloch et Joseph Raz, trad. par Michel van de Kerchove), Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 160.

Une troisième particularité de la vérité judiciaire réside dans le type de raisonnement privilégié utilisé pour la manifester. Sans qu'on puisse nier radicalement l'importance d'une « démonstration contraignante » et « impersonnelle », fondée sur la déduction et la réfutation empirique, essentielle à la manifestation de la vérité scientifique, il faut bien admettre, comme l'a amplement souligné la nouvelle rhétorique, que ce type de raisonnement n'occupe qu'une place limitée dans l'élaboration de la décision judiciaire et que celle-ci se fonde davantage sur une « argumentation » dont la force de conviction plus ou moins grande a pour objet de susciter l'adhésion d'un juge dont le pouvoir d'appréciation est, dans des limites variables, inévitable⁶⁵. C'est sans doute Garat l'Ainé qui, au lendemain de la Révolution française de 1789, a formulé de la manière la plus explicite la conception syllogistique de l'acte de juger en termes de vérité. Il affirmait en effet : « Un syllogisme, pour être bon, doit : (1) dans la majeure, retracer une vérité générale avouée de tout le monde, et par conséquent la loi dans le syllogisme jugement ; (2) dans la mineure, déterminer le rapport singulier du sujet contentieux à la vérité générale et, par conséquent, dans le jugement syllogisme, le rapport de ce sujet, ou du fait contentieux à la loi ; car il n'y a d'autre vérité que celle que la loi détermine ; (3) dans la conséquence, déclarer ce que la loi ordonne du sujet contentieux ; car là encore, dans la majeure et la mineure, la loi seule est la vérité suprême qui règle tout⁶⁶. » Or, parmi les nombreuses critiques que l'on peut adresser à ce type de raisonnement⁶⁷, la principale réside sans doute dans le fait qu'il suggère l'indépendance des prémisses l'une par rapport à l'autre et ne rend pas compte de « la profonde unité du fait et du droit » dans le raisonnement judiciaire qui fait en sorte que « la description du fait subit nécessairement l'attraction du concept par l'intermédiaire duquel cette règle de droit désigne l'hypothèse à laquelle elle s'applique »⁶⁸. Toutes les tentatives réalisées pour fonder légalement, sur la base de la distinction du fait et du droit, la répartition des compétences en matière criminelle entre le jury et les juges professionnels, se sont d'ailleurs heurtées à cette difficulté incontournable⁶⁹. En outre, il ne tient pas non plus compte d'une fréquente rétroaction de la conclusion du raisonnement judiciaire sur les prémisses, au sens où « quand le résultat est inadmissible, pour l'une ou l'autre raison », « le juriste est amené à introduire une distinction, qu'il a peut-être omise en établissant les prémisses de son raisonnement »⁷⁰.

65. Chaïm PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », in ID., *Éthique et droit*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 696.

66. Opinion de M. Garat l'Ainé, député du pays de Labour, sur les plans présentés par MM. Duport et Sieyès à l'Assemblée nationale pour l'organisation du pouvoir judiciaire, Paris, l'an premier de la liberté, p. 30.

67. À cet égard, cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, 1988, p. 74 et suiv.

68. François RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles : Bruylant, 1966, p. 80. Jean-Marc LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société*, 38, 1998, p. 29 : « La vérité judiciaire se dégage d'une décision de justice qui applique la bonne qualification juridique à des faits avérés. C'est dire qu'elle passe par la recherche de la loi applicable au même titre que par celle des faits. »

69. À cet égard, cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE, « L'impact de la réforme sur la scission du procès pénal », in Christine GUILLAIN et Adeline WUSTEFELD (dir.), *La réforme de la Cour d'assises*, Limal : Anthémis, 2011, p. 135 et suiv. ; ID., *Quand dire, c'est punir, op. cit.*, p. 173 et suiv.

70. Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1976, p. 9.

Dans une telle perspective, loin d'apparaître comme le signe d'une carence ou d'une faiblesse, le caractère « contradictoire » de l'argumentation et la structure « dialogique »⁷¹ ou dialectique du procès constituent sans doute l'un des garants les plus réels de manifestation de la vérité judiciaire. À l'encontre d'un système inquisitoire où la manifestation de la vérité se fonde pour l'essentiel sur le caractère secret et unilatéral de l'instruction, par rapport auquel la contradiction ne produit qu'un « effet atténué », on a pu dire que, dans un système accusatoire⁷², « la contradiction est la construction même de la vérité judiciaire devant aboutir à une conclusion vraisemblable »⁷³. La vérité ainsi produite, cependant, résulte d'un choix entre des versions des faits, des qualifications juridiques, des interprétations et des conclusions potentielles qui, bien que souvent opposées, pouvaient être les unes et les autres rationnellement « défendables », ce qui permet de dire que « la vérité (au sens non judiciaire) est – sous des angles différents – des deux côtés »⁷⁴. Si la vérité judiciaire, quant à elle, s'inscrit dans une logique « binaire » vrai-faux ; raison-tort ; condamnation-acquittement – en raison de la conclusion nécessaire et autoritaire du procès, à peine de déni de justice, on ne peut oublier qu'elle s'inscrit dans une logique fondamentalement « dialectique » dans son processus de manifestation. Le caractère contradictoire du procès et cette dimension procédurale de la vérité judiciaire ont donc des liens profonds qui, en eux-mêmes, ne sont pas étrangers au type de vérité substantielle qu'une décision judiciaire peut produire, même si, comme nous le verrons, ce caractère peut également répondre à des exigences d'un ordre différent.

Une dernière particularité de la vérité judiciaire qu'on retiendra, enfin, réside dans le caractère plus ou moins réglementé du processus qui aboutit à sa manifestation, alors que la liberté du chercheur paraît être une caractéristique essentielle de la manifestation de la vérité scientifique⁷⁵. Sans doute cette affirmation peut-elle susciter deux types d'objections. La première est que la démarche scientifique n'est pas réellement libre, au sens où, outre les diverses contraintes externes qui pèsent objectivement sur elle, existent bien évidemment des principes rationnels, que Popper, comme nous l'avons déjà rappelé, a pu comparer aux règles régissant le procès, qui limitent la liberté du chercheur. Il faut reconnaître cependant que de

71. Concernant les rapprochements que l'on peut opérer à cet égard entre vérité scientifique et vérité judiciaire, cf. notamment Francis JACQUES, *Dialogiques*, Paris : PUF, 1979 ; Frédéric GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2009 ; Simone GOYARD-FABRE, « Les questions *quid facti* ? et *quid juris* ? Leur incidence sur la recherche de la vérité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2, 2008, p. 637 et suiv.

72. Sur le rapprochement progressif de ces deux systèmes, cf. notamment Françoise TULKENS, « Le temps des réformes en Europe : les grandes lignes de comparaison entre les systèmes nationaux », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris : PUF, 1992, p. 33 et suiv.

73. Jean-Cassien BILLIER, « La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire », <<http://www.raison-publique.fr/article193.html>>, 14 février 2010.

74. Pierre HUGONET, *La vérité judiciaire*, Paris : Litec, 1986, p. 11.

75. Chaïm PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », *op. cit.*, p. 698 ; Jean-Marc LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », art. cit., p. 23 ; Jean-Pierre LE CROM et Jean-Clément MARTIN, « Présentation du dossier "Vérité historique, vérité judiciaire" », *Droit et société*, 38, 1998, p. 10.

telles limites rationnelles sont intrinsèques à la démarche scientifique elle-même et inspirées par un souci exclusif de manifestation de la vérité qui découle du simple fait que liberté n'est pas synonyme d'arbitraire. La deuxième objection consiste à rappeler, inversement, que la preuve en droit n'est pas toujours réglementée et, qu'en matière pénale, certains ordres juridiques contemporains, comme le droit français, prétendent consacrer le principe de la liberté de la preuve. Certains auteurs ont d'ailleurs ajouté que « l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité impose le principe »⁷⁶. À cette objection, cependant, il convient de répondre que, même si plus aucun ordre juridique contemporain ne consacre encore, en matière pénale, un système de preuve légale comparable à celui de l'ancien régime et si le système consacré en cette matière est généralement moins réglementé qu'en matière civile, il n'en reste pas moins certain que, même lorsque la preuve est dite libre, légalement, toutes les preuves ne sont pas admissibles et tous les moyens ne sont pas bons pour les réunir⁷⁷. En outre, les limites fixées par la loi, comme nous le verrons, ne s'inspirent pas du seul souci de manifester la vérité. Il en résulte que tant le « degré » que le « type » de vérité atteints par le procès pénal s'en trouvent nécessairement affectés.

1.3. Vérité judiciaire et vérité para-judiciaire

Une évolution importante qui affecte la mise en œuvre contemporaine du droit pénal consiste dans le développement de formes de justice consensuelle, voire négociée⁷⁸, qui se situent souvent en dehors du procès pénal proprement dit. Relèvent notamment d'une justice « consensuelle », qui accorde une place plus ou moins importante au consentement de l'auteur de l'infraction au règlement du conflit, ce que l'on appelle en Belgique la « transaction pénale » et la « transaction administrative »⁷⁹, ou, en France, la « composition pénale »⁸⁰ et la « comparution

76. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, Paris : Cujas, 4^e éd., 1979, n° 128. Concernant les rapports divers entre la vérité et la preuve en droit, cf. également le propos humoristique de Xavier LAGARDE, « D'une vérité l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gazette du Palais*, 202-203, 22 juillet 2010, p. 6 : « là où les juristes français croient à la vérité mais ne prennent pas la preuve au sérieux, les *lawyers* de *Common Law* ne croient pas à la vérité mais prennent la preuve au sérieux ».

77. Cf. notamment Mireille DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits*, 23, 1996, p. 56 ; Georges LEVASSEUR, « Le droit de la preuve en droit pénal français », in Chaïm PERELMAN et Paul FORTIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1981, p. 176 ; Robert LEGROS, « La preuve légale en droit pénal », *ibid.*, p. 157-158.

78. Cf. notamment Françoise TULKENS et Michel VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529-579 ; Michel VAN DE KERCHOVE, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris : Dalloz, 2008, p. 187 et suiv.

79. Cf. notamment Henri-D. BOSLY, *La transaction en matière pénale*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1985.

80. Cf. notamment Sylvie GRUNWALD et Jean DANET, *La composition pénale : une première évaluation*, Paris : L'Harmattan, 2005.

sur reconnaissance préalable de culpabilité »⁸¹. Relèvent davantage d'une justice « négociée », qui reconnaît à l'auteur de l'infraction un pouvoir plus ou moins grand de discussion quant au contenu du règlement du conflit, des procédures telles que le *plea bargaining* anglo-américain⁸² ou encore la médiation pénale⁸³, telle qu'elle est consacrée actuellement dans de nombreux pays. Dans la mesure où ces formes de justice « alternatives » se développent la plupart du temps, non pas en lieu et place, mais à « l'ombre » de la justice pénale⁸⁴, dont l'intervention reste nécessaire, ne fût-ce qu'en cas d'échec, voire en amont, de celles-ci, et qu'elles font souvent intervenir, à défaut d'un juge, un représentant du ministère public, il paraît pertinent de parler de justice « para-judiciaire ». Si des considérations instrumentales sur lesquelles nous reviendrons sont invoquées à l'appui de ce phénomène, il est clair, cependant, que des conséquences très spécifiques en découlent sur le plan de la manifestation de la vérité. En effet, si l'on peut, en un certain sens élargi, parler ici de consécration d'une vérité « conventionnelle » ou « négociée », selon le cas, il semble préférable d'admettre que le souci de vérité, comme tout objectif de justice au sens rétributif du terme, s'efface partiellement devant d'autres préoccupations dont la valeur peut, à certaines conditions, être jugée supérieure. Parmi ces conditions figurent sans aucun doute le caractère réel et éclairé du consentement du prévenu, de même que, en cas de négociation impliquant la victime et le prévenu, le respect de l'égalité des parties concernées. On peut dès lors en conclure que l'idée de vérité ne disparaît pas entièrement dans un règlement « para-judiciaire » du conflit. En particulier, l'exigence du caractère « éclairé » du consentement du prévenu laisse entendre qu'une représentation fautive de la réalité pourrait affecter sa validité et que, même si un règlement consensuel peut impliquer par hypothèse des concessions, et donc des écarts par rapport à la « vérité », ceux-ci doivent s'opérer non sans doute « en conformité avec » ou « à la lumière » d'une règle de droit, mais à tout le moins « en référence à » ou « à l'ombre de » celle-ci⁸⁵. En effet, de la même façon qu'une transaction implique, en amont des concessions réciproques acceptées par les parties, une représentation la plus exacte possible aussi bien des faits que du droit en vigueur, en référence à laquelle ces parties consentiront, pour des raisons diverses, à abandonner certaines de leurs prétentions⁸⁶, il

81. Cf. notamment Ioannis PAPADOPOULOS (dir.), « *Plaider coupable* ». *La pratique américaine, le texte français*, Paris : PUF, 2004.

82. Cf. notamment Albert W. ALSCHULER, « Plea Bargaining and its History », *Columbia Law Review*, 79, 1979, p. 1 et suiv.

83. Cf. notamment Robert CARIO (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, Paris : L'Harmattan, 1998 ; Christophe MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*, Waterloo : Kluwer, 2010.

84. Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Paris : Odile Jacob, 1996, p. 230.

85. L'expression est de Robert H. MNOOKING et Lewis KORNHAUSER, « Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce », *Yale Law Journal*, 81, 1979, p. 950 et suiv. Cf. également Étienne LE ROY, « Les pratiques de médiation et le droit : spécificité de la problématique française contemporaine », *Annales de Vaucresson*, « Les paradoxes de la médiation », 29, 1988, p. 66 qui parle du « syndrome du réverbère » à propos de la conception traditionnelle selon laquelle tout conflit devrait nécessairement être réglé à la lumière du droit, plutôt que dans l'ombre de celui-ci.

86. Cf. Évelyne SERVERIN, Pierre LASCOURMES et Thierry LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris : Eco-

apparaît que, dans le cadre d'un règlement « para-judiciaire », les règles de droit, comme une certaine représentation des faits, peuvent parfaitement être utilisées comme « référents pour l'action »⁸⁷, comme « repères »⁸⁸ ou comme critères de « détermination du champ de la négociation »⁸⁹. C'est la raison pour laquelle le caractère éclairé du consentement suppose en principe une information préalable suffisante de l'auteur de l'infraction, comme l'a prévu par exemple le nouveau Code pénal français⁹⁰, même si la sanction d'un défaut d'information paraît relativement incertaine en droit interne⁹¹. Par ailleurs, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 novembre 2004 a clairement considéré que la renonciation à exercer une voie de recours contre une condamnation, sur base d'informations inexacts fournies par un avocat général, constituait une violation de l'article 6 § 1 de la Convention⁹², ce qui accrédite l'exigence d'un consentement éclairé en cette matière.

Parmi les objectifs poursuivis par un règlement para-judiciaire du conflit né d'une infraction pénale, par ailleurs, figure notamment la substitution à une justice rétributive d'une justice restitutive ou restauratrice qui, quoique différente, n'est pas nécessairement moins juste⁹³. S'il convient, dès lors, de distinguer, comme nous l'avons d'emblée suggéré, les différentes formes de vérité susceptibles d'entrer en jeu, il convient également de distinguer les différentes formes de justice que l'on peut entendre promouvoir. Si certaines formes de vérité paraissent entretenir des liens étroits avec certaines formes de justice, il n'en va pas nécessairement ainsi pour d'autres. Ainsi pourrait-on soutenir qu'une vérité substantielle semble s'accorder davantage à une justice rétributive imposée, tandis qu'une vérité conventionnelle s'accordera davantage à une justice consensuelle, et une vérité procédurale à une justice négociée.

nómica, 1987, p. 4 : « La transaction permet certes d'écarter l'application stricte des règles de droit substantielles, mais elle reste dominée par la *référence* à ces mêmes règles. Elle intervient comme moyen d'aménager les *solutions* à apporter à un conflit, à partir d'un même corpus de règles. »

87. *Ibid.*, p. 64.

88. Étienne LE ROY, « Les pratiques de médiation et le droit : spécificité de la problématique française contemporaine », art. cité, p. 69.

89. Laura CARDIA-VONÈCHE et Benoît BASTARD, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris : Syros-Alternatives, 1990, p. 43.

90. À cet égard, cf. notamment Françoise ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, 2002, p. 508.

91. *Ibid.*

92. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Marpa Seeland B.V. and Metal Welding B.V. v. The Netherlands*, § 50 et 51, 9 novembre 2004.

93. Au sujet des concepts de restitution et de restauration, cf. notamment Françoise TULKENS, Michel VAN DE KERCHOVE, Yves CARTUYVELS et Christine GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo : Kluwer, 9^e éd., 2010, p. 61 et suiv. ; Michel VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 262 et suiv. et références citées.

II. Rien que la vérité et toute la vérité ?

II.1. Vérité et poursuite d'autres valeurs

La manifestation de la vérité apparaît-elle comme un objectif central, voire exclusif, du procès pénal ?

Cette question fondamentale a reçu, on le sait, des réponses très contrastées. D'une part, on citera Jeremy Bentham qui, critiquant la procédure de son temps qui, selon lui, a « certainement toute autre vue que la recherche de la vérité »⁹⁴, estimait que « le juge n'est que l'ami de la vérité »⁹⁵ ou Faustin Hélie pour qui « la procédure pénale n'a qu'un but, la recherche de la vérité »⁹⁶, ou encore John Spencer, Barbara Deleuze et David Vorms pour qui, derrière les divergences entre les systèmes de preuve, « se cache un but unique : la manifestation de la vérité »⁹⁷, auteurs parmi lesquels se rangent également un grand nombre de pénalistes pour qui la manifestation de la vérité constitue la finalité essentielle du procès pénal⁹⁸. D'autre part, à l'extrême opposé, bien qu'ils visent l'un et l'autre le droit civil, et non le droit pénal, on citera le propos bien connu de Henri Rousseau selon lequel « le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit. On fait la guerre pour imposer la paix, on fait un procès pour aboutir à la chose jugée »⁹⁹, ainsi que l'opinion de Xavier Lagarde selon laquelle « la compréhension du système légal de la preuve au moyen de l'idée de vérité n'a pas vocation à s'inscrire dans une réflexion critique »¹⁰⁰.

À ces deux réponses extrêmes et partiellement simplificatrices, il convient de substituer, semble-t-il, une réponse qui rende compte de la complexité du procès pénal et de la pluralité des objectifs qui lui sont raisonnablement assignables. Si la recherche de la vérité occupe traditionnellement, parmi ces objectifs, une place non négligeable, il convient d'admettre qu'elle ne saurait exclure la poursuite d'autres objectifs légitimes qui apparaîtront inévitablement comme autant de limites à cette recherche¹⁰¹. À titre d'exemple, on citera l'objectif de sécurité juri-

94. Jeremy BENTHAM, « Traité des preuves judiciaires », in E. DUMONT (dir.), *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. 2, *Peines et récompenses*, Bruxelles : L. Hauman & Cie, 1829, p. 285.

95. *Ibid.*, p. 391.

96. Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. 2 (éd. augm. par J.S.G. Nypels et L. Hanssens), Bruxelles : Bruylant-Christophe et Cie, 1865.

97. John SPENCER, Barbara DELEUZE, et David VORMS, « La preuve, une question inclassable », *Archives de politique criminelle*, 15, 1993, p. 37.

98. On citera par exemple Herman BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles : Bruylant, 1972, p. 10-12 ; Raoul DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles : Swinnen, 1988, p. 108.

99. Henri ROUSSEAU, Note sous trib. Nice, 18 novembre 1937, *Sirey*, 1939, II, p. 16

100. Xavier LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996, p. 33.

101. En ce sens, cf. notamment Paul FORIERS, « Considérations sur la preuve judiciaire », in Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1981, p. 318 : « Le procès, visant à rétablir l'ordre social troublé [...] est réglementé par la société et la systématique probatoire est, elle-même, construite en fonction des valeurs que toute société considère comme essentielles. Sans doute, la vérité sera une de ces valeurs, mais [...] elle peut également se heurter à d'autres valeurs qui paraissent tout compte fait plus essentielles » ; Chaïm PERELMAN, « La preuve en droit », *ibid.*, p. 714 : « les techniques de la preuve et la vérité qu'elles doivent faire admettre [doivent être] conciliables avec d'autres valeurs considérées parfois, comme plus importantes ».

dique justifiant traditionnellement l'autorité de la chose jugée ainsi que, partiellement au moins, le respect de certains délais en matière de poursuites, d'instruction ou de jugement. On citera également l'objectif d'équité et d'égalité qui peut notamment conduire au rejet de certains modes de preuve qui, quoique susceptibles de manifester la vérité sur certains faits, n'auraient pas respecté le principe du contradictoire et de l'égalité des armes. On citera enfin le respect de droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée faisant obstacle au recours à des écoutes téléphoniques dépourvues de base légale ou le droit à la dignité de la personne d'où résulte le rejet de moyens de preuve obtenus par la torture ou par des traitements inhumains ou dégradants.

Dans chacun des cas, il est clair qu'un « souci de légitimité » supérieur au seul « désir de vérité » aura pour effet de « conduire à disqualifier une proposition qui serait pourtant de nature à établir la vérité, ou à l'inverse à imposer une proposition qui n'emporte pas la conviction du juge »¹⁰², ce qui confirme l'idée générale que « la vérité n'est pas la valeur suprême du droit »¹⁰³. En outre, d'un point de vue critique, rien ne permet d'affirmer qu'un « équilibre » quelconque entre ces exigences devrait être respecté. La seule question à trancher est celle de savoir quels sont les objectifs dont, au regard des valeurs admises dans une société démocratique, la protection doit l'emporter, et dans quelles limites, sur le souci de manifester la vérité.

II.2. Limites imposées à la recherche de la vérité

La question de savoir si « toute » la vérité doit être manifestée dans le cadre d'un procès pénal est évidemment partiellement liée à la précédente. À partir du moment où l'on admet, comme nous l'avons suggéré, que la vérité substantielle peut entrer en conflit avec d'autres valeurs au profit desquelles elle peut légitimement être, pour partie, sacrifiée, il va de soi qu'une des conséquences inévitables réside dans le fait que toute la vérité ne sera pas – ou risque de ne pas être – manifestée¹⁰⁴. Conséquence qui n'est pas critiquable en soi, mais qui le serait seulement si un tel sacrifice était réalisé, soit de manière arbitraire, soit au profit d'objectifs dont la valeur ne paraît pas supérieure à la vérité sacrifiée ou dont la protection ne paraît pas rendre ce sacrifice nécessaire.

Dans certains cas, le risque de ne pas manifester toute la vérité ne sera pas effectivement réalisé, dans la mesure où le rejet de certains modes de preuve illicites ou le fait de ne pas les avoir produits dans les délais requis, par exemple, n'empêcheront pas que d'autres éléments de preuve admissibles et suffisamment convaincants fassent toute la lumière sur les faits litigieux. Dans d'autres cas, au contraire, tels que l'hypothèse où les modes de preuves obtenus de manière irrégulière sont les

102. Mireille DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », art. cité, p. 54.

103. Slim LAGHMANI, « Le faux en droit et en théorie du droit », in Jean-Jacques SUEUR (dir.), *Le faux, le droit et le juste. Actes du colloque international des 13 et 14 novembre 2008. Faculté de droit de Toulon, Bruxelles* : Bruylant, 2009, p. 8.

104. À cet égard, cf. Antoine GARAPON, « La justice est-elle "délocalisable" dans les médias ? », *Droit et société*, 26, 1994, p. 85 qui, critiquant la tendance des médias à exiger la quête d'une vérité « totale », affirme : « La tyrannie des médias vient de cette éthique du "tout dire" et du "tout montrer", qui procède, en réalité, d'une conception mal comprise de la *transparence* ».

seuls à pouvoir étayer les poursuites ou le fait que l'autorité de la chose jugée et l'épuisement des voies de recours empêchent que le condamné puisse démontrer de manière convaincante une nouvelle version des faits, aboutiront effectivement à ce que toute la vérité ne se sera pas manifestée.

Conclusion

En guise de conclusion, c'est à la lumière des réflexions générales qui précèdent qu'il convient, semble-t-il, de porter un jugement sur un certain nombre d'évolutions récentes affectant le déroulement du procès pénal. Encore convient-il d'apercevoir qu'elles ne sont pas homogènes et suscitent, par conséquent, des questions critiques d'ordres différents.

Une première ligne d'évolution que nous retiendrons consiste dans l'admission élargie de preuves obtenues de manière illicite ou, tout au moins, au détriment de droits fondamentaux. C'est ainsi que la Cour de cassation belge a admis que le juge puisse prendre en considération comme preuve des éléments irrégulièrement produits à la triple condition que l'usage de la preuve ne compromette pas le droit à un procès équitable, qu'une règle de forme prescrite à peine de nullité n'ait pas été méconnue et que l'irrégularité commise n'ait pas entaché la fiabilité de la preuve¹⁰⁵. C'est ainsi également qu'en matière de criminalité organisée ou de terrorisme, les lois pénales récentes se sont multipliées qui « autorisent l'utilisation de dispositifs dérogatoires au droit commun et particulièrement intrusifs dans la vie privée que sont notamment les techniques d'infiltration policière ou les opérations *undercover*, la provocation policière, le témoignage anonyme, les écoutes téléphoniques, l'observation avec prise de photos à l'insu de l'intéressé, le contrôle des comptes bancaires, le contrôle visuel discret... L'extension de leur champ d'application tend cependant à généraliser l'exception »¹⁰⁶. Si une telle évolution s'inscrit clairement dans la ligne « utilitariste » d'une lutte plus efficace contre le crime, voire contre « certains » crimes, lorsqu'il s'agit de limiter cet élargissement à certains types d'infractions jugées particulièrement graves, elle prétend également se fonder sur une protection accrue des droits fondamentaux, consacrant une véritable « instrumentalisation des droits de l'homme à des fins sécuritaires »¹⁰⁷ et révélant le rôle ambivalent d'« épée » et de « bouclier » que ces droits peuvent jouer en matière pénale¹⁰⁸. Par ailleurs, il faut admettre qu'elle renforce ainsi les exigences de la vérité

105. À cet égard, cf. notamment Christian DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de la légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2005, p. 685-695.

106. Christine GUILLAIN et Damien VANDERMEERSCH, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 402.

107. *Ibid.*, p. 398.

108. À cet égard, cf. notamment Françoise TULKENS et Michel VAN DE KERCHOVE, « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in Frank VERBRUGGEN, Raf VERSTRAETEN, Dirk VAN DAELE et Bart SPRIET (dir.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Louvain : Universitaire Pers Leuven, 2005, vol. 2, p. 949-968 ; Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit.

(substantielle), mais au détriment d'autres valeurs (qu'on peut associer à une vérité dite procédurale) dont le sacrifice partiel peut susciter l'inquiétude. En termes de justice, si cette évolution contribue également à une érosion d'un modèle procédural qui avait progressivement conquis ses lettres de noblesse, elle favorise le rétablissement d'un modèle rétributif qui avait connu une régression manifeste.

La deuxième ligne d'évolution que nous évoquerons consiste dans la multiplication de procédures ou de mécanismes d'accélération de la justice pénale. De nature très diverse¹⁰⁹, les concrétisations de ce phénomène poursuivent également des objectifs et produisent des effets qui sont loin d'être homogènes¹¹⁰. Si l'accélération de la procédure n'est pas nécessairement incompatible avec un souci accru de manifestation de la vérité, car une certaine rapidité peut être un facteur favorable à « une bonne obtention des preuves », tant à charge qu'à décharge¹¹¹, il est certain qu'elle aboutit le plus souvent au résultat inverse, notamment en éliminant ou en réduisant certaines phases du procès consacrées à l'obtention ou à la discussion des preuves. Elle accorde fréquemment aussi une place accrue à l'aveu du prévenu, dont la force probante objective est, on le sait, éminemment relative et tributaire des circonstances qui l'accompagnent. Elle se traduit également, comme nous l'avons déjà rappelé, par la mise sur pied de mécanismes para-judiciaires de règlement du conflit accentuant le rôle du consentement, voire la faculté de négociation, de la personne soupçonnée d'avoir commis l'infraction. Non contente d'affaiblir généralement le degré de vérité substantielle issu du procès, elle risque également d'affaiblir nombre de garanties procédurales liées au procès traditionnel. Enfin, des considérations instrumentales liées à l'encombrement de la justice, doublées d'un souci accru de prévention générale, sont généralement invoquées pour justifier ce double sacrifice.

109. Concernant une présentation synthétique, cf. notamment Jean PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *Revue internationale de droit pénal*, 66, 1995, p. 323-342.

110. Cf. notamment Michel VAN DE KERCHOVE, « Accélération de la justice pénale et traitement en "temps réel" », in François OST et Mark VAN HOECKE, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and Law. Is it the Nature of Law to Last?*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 367-384.

111. Jean PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », art. cit., p. 323.

■ L'auteur

Recteur honoraire et Professeur émérite des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, Michel van de Kerchove y a notamment enseigné le droit pénal et la théorie générale du droit. Coprésident du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, il a consacré la plupart de ses recherches à une approche critique et interdisciplinaire du droit en général, et du droit pénal en particulier. Docteur *honoris causa* de l'Université de Genève, il a également enseigné au Centre universitaire de Luxembourg, à l'Université de Lille 2, à l'Université de Toulon et à l'Université de Liège. Outre de nombreux articles, traductions et directions d'ouvrages, il a notamment publié :

- *Introduction au droit pénal* (avec Françoise TULKENS, Yves CARTUYVELS et Christine GUILLAIN), Bruxelles : Kluwer, 9^e éd., 2010 ;
- *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles : Publications des FUSL, 2009 ;
- *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles : Publications des FUSL, 2005 ;
- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* (avec François OST), Bruxelles : Publications des FUSL, 2002 ;
- *Le droit ou les paradoxes du jeu* (avec François OST), Paris : PUF, 1992.