

1. Entre culture et droit de la preuve - Au confluent du droit substantiel et du droit processuel, la preuve est l'une des techniques les plus fondamentales du droit. Idem est non esse et non probari, l'adage est célèbre et résume à lui seul son importance. En outre, la technique probatoire est un parfait révélateur, au sens photographique du terme, du caractère culturel du droit. La culture peut s'entendre de « (...) tout l'ensemble ethnographique qui, du point de vue de l'enquête, présente, par rapport à d'autres, des écarts significatifs » (1), écarts significatifs qui renvoient à l'art, aux moeurs, à la science, au langage, à la politique, à la technique ... La culture française, spécialement, se caractérise par sa conception de l'égalité, de la tradition et de l'étatisme (2). A ce titre, il existe des traditions probatoires.

2. Les considérations extrajuridiques du droit de la preuve - Cette forte dimension culturelle du droit de la preuve justifie l'importance des considérations extrajuridiques. Le droit de la preuve ne peut être embrassé dans toute sa complexité qu'à la condition de se livrer également à une approche historique, anthropologique, sociologique, économique ou philosophique. En effet, la fonction de la preuve avant d'être d'ordre juridique est d'ordre social comme en attestent les précieuses réflexions de Henri Lévy- Bruhl. En outre, la preuve est un risque pour les contractants et pour les justiciables. Ce risque peut être géré par le contrat ou être imputé à l'une des parties par la loi ou par le juge. En tant que risque à canaliser, il devient un objet d'étude primordial pour ceux qui se livrent à une analyse économique du droit en général et du procès en particulier. L'approche culturelle permet, en outre, de mieux apprécier la pertinence de l'opposition traditionnelle entre civil law et common law. D'ailleurs, ces différences de tradition ne peuvent être mises en lumière sans une étude historique de la question probatoire. Cette opposition a, pendant un temps du moins, servi d'épine dorsale à la répartition des différents systèmes juridiques probatoires. La convergence des cultures aboutit aujourd'hui sinon à un rapprochement, du moins à une mutation des systèmes de common law et de civil law. Cette opposition ne constitue plus le seul critère scientifique de classification. Ce numéro de la revue Henri Capitant est ainsi l'occasion de démontrer, par les différentes lectures qu'elle propose, que le droit français de tradition romano- germanique, à l'instar de nombreux pays d'Europe, n'a rien à envier au système de common law traditionnellement présenté comme étant plus « efficace ». Le droit français a su mettre en place un droit de la preuve qui concilie au mieux l'efficacité et la loyauté. Cette pensée globale du droit de la preuve amène à mieux saisir le rapprochement des différentes procédures qu'il s'agisse des procès civil, pénal ou administratif.

3. Convergence des questions posées dans les différents systèmes juridiques - Les questions que soulève le droit de la preuve sont assez similaires quel que soit le système juridique étudié. Quant aux fins poursuivies par les différents systèmes probatoires, elles convergent avec le temps. En revanche, il est vrai que les réponses apportées à ces questions et les moyens d'atteindre ces fins varient selon les systèmes. Qu'il soit question des systèmes de civil law ou de common law, la preuve amène à s'interroger sur la place respective des parties, des tiers et du juge, arbitre ou autorité chargée de régler un différend. Se pose également la question de l'incidence des nouvelles technologies, celle de la place à accorder aux droits fondamentaux qu'ils soient de nature substantielle ou processuelle, celle de savoir si la question probatoire doit privilégier l'efficacité ou la loyauté, la vérité ou l'équité ... Ces questions interrogent tous les systèmes juridiques qui tentent par des moyens variables d'y apporter des réponses.

4. Les fondements juridiques de la preuve - Ces soubassements extrajuridiques de la preuve rejaillissent directement sur ses fondements juridiques. Ainsi du mouvement de fondamentalisation du droit et de pulvérisation des droits subjectifs. Outre le fait qu'il existe un droit au procès équitable au sein duquel la preuve occupe une place importante, il émerge surtout avec force l'idée d'un droit à la preuve, suggéré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et consacré formellement par certaines décisions de la Cour de cassation. A ce mouvement de fondamentalisation du droit de la preuve s'ajoute la problématique des progrès scientifiques permettant de se rapprocher de l'idéal d'une vérité absolue. En termes probatoires, cela invite à revenir sur la finalité première de la preuve: est-elle guidée par la recherche de la vérité? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une vérité au sens des sciences exactes ou existe-t-il une vérité juridique toute relative? N'y a-t-il pas d'ailleurs d'autres finalités qui s'opposent à la recherche, coûte que coûte, de cette vérité telles que l'équité, le secret, la loyauté, la dignité de la personne? A l'analyse, le droit de la preuve révèle donc la place parfois résiduelle qui est accordée à la recherche de la vérité. Moins que la vérité, il est souvent question de vraisemblable, de vraisemblance ou de conviction dans le cadre d'une procédure équitable.

5. Les linéaments du droit de la preuve - Une fois les fondements juridiques et extrajuridiques de la preuve mis en lumière, il devient possible d'étudier les linéaments du droit de la preuve qui sont, eux aussi, d'une grande subtilité. Traditionnellement, en droit français, une trilogie structure le système probatoire: l'objet de la preuve - que doit-on prouver? - la charge de la preuve - qui doit prouver? - et les modes de preuve - comment peut-on ou doit-on prouver? -. A vrai dire, une autre trilogie quelque peu modifiée peut être proposée: l'objet de la preuve, l'administration de la preuve et l'admission de la preuve. Ce triptyque, s'il recouvre une part de dogmatisme au sens noble du terme, peut utilement servir de grille de lecture du droit positif français.

6. L'objet de la preuve - L'objet de la preuve, question souvent réduite à la distinction entre le fait et le droit ou entre l'acte juridique et le fait juridique, s'avère beaucoup plus riche d'enseignements. L'analyse de l'objet de la preuve est l'occasion d'insister sur le lien inextricable qui existe entre le droit substantiel et le droit processuel et la relativité subséquente entre le fait et le droit. A l'égard du juge, une illustration suffirait à en attester: le rôle de l'expertise. La répartition des rôles entre l'expert et le juge ne peut se satisfaire de la dichotomie du fait, en principe seul champ de compétence de l'expert, et du droit, de la compétence exclusive du juge. La réalité de l'expertise et du procès est plus complexe en raison de la porosité entre le fait et le droit. Enfin, l'objet de la preuve met en exergue les choix de politique juridique qui se trouvent en toile de fond des choix techniques. Il en est ainsi des présomptions légales dispensant une personne d'établir la preuve d'un acte ou d'un fait. L'explication est d'ordre politique.

7. L'administration de la preuve et les parties - Quant à l'administration de la preuve, elle intéresse les parties et le juge. A l'égard des parties, la question renvoie à la charge de la preuve. Qui devra prouver les faits allégués et qui devra en supporter les conséquences en cas de doute? L'adage *actori incumbit probatio* ne suffit pas à résoudre l'ensemble des problèmes posés. Grâce à la finesse de la pensée doctrinale, spécialement la notion de charge de l'allégation théorisée par Henri Motulsky et J. Chevalier, et grâce au relais d'un législateur audacieux, la question de la charge de la preuve a gagné en pragmatisme. En ce sens, la grande majorité des auteurs évincent la notion de charge de la preuve et lui préfèrent celle de risque de la preuve. Une approche réaliste du procès invite effectivement à penser la preuve en termes de risque: en cas de doute,

quelle partie doit succomber au procès? Encore faut-il se mettre d'accord sur les critères permettant d'attribuer ce risque de la preuve. Les propositions sont nombreuses allant de la promotion accordée à la situation acquise au critère de l'aptitude à la preuve en passant par la référence à la notion de normalité. A vrai dire, il est difficile de trouver un critère dominant. A l'analyse, ces critères apparaissent plutôt comme de simples indices. De surcroît, l'attribution du risque de la preuve est souvent moins le fruit d'un raisonnement logique que le produit d'un choix politique. En fonction de la politique probatoire choisie, les autorités attribueront le risque de la preuve à l'une ou l'autre partie. En prenant conscience de cette dimension politique, la question du risque de la preuve gagne en cohérence.

8. L'administration de la preuve et le juge - L'administration de la preuve n'est pas la chose des parties. Elle concerne également le juge. Faisant preuve d'une « neutralité active », selon l'expression de Jacques Normand, le juge, notamment avant et pendant le procès, qu'il soit civil, pénal ou administratif, participe au processus probatoire au moyen, notamment, des mesures d'instruction. Une question fondamentale se pose aujourd'hui: la place de l'expert et, spécialement, le respect lors de l'expertise du principe du contradictoire (3). L'étude de l'administration de la preuve à l'égard du juge ne peut se passer, enfin, d'une étude sur l'instrumentalisation de l'article 145 CPC, le référé probatoire, devenu l'outil d'une véritable stratégie processuelle. Cet instrument permet d'ordonner des mesures d'instruction légalement admissibles à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (...) ». Cette technique est désormais souvent utilisée pour dissuader la partie adverse d'engager une procédure au fond. Cette confrontation de l'administration de la preuve et du juge est en définitive la traduction d'un procès qui n'est plus inquisitoire ou accusatoire mais contradictoire (L. Cadiet), dans le respect des principes du procès équitable, notamment du principe du contradictoire, tendance que l'on observe dans de nombreux systèmes juridiques européens.

9. L'admissibilité de la preuve: liberté et ordre public - Enfin, l'admissibilité de la preuve est un miroir des valeurs qui traversent le droit de la preuve. Quels sont les modes de preuve admissibles? Pour répondre à cette question, une démarche axiologique s'impose: quelles sont les valeurs que l'on souhaite promouvoir? La première série de valeurs en conflit oppose la liberté contractuelle à l'ordre public. La preuve est un risque et, en ce sens, il faut le gérer et le répartir. Pour ce faire, il faut user sans en abuser des clauses contractuelles. Ces conventions relatives à la preuve ont un champ d'application qui se réduit aujourd'hui sous l'effet d'une recrudescence de l'ordre public. Recrudescence de l'ordre public de protection, tout d'abord, considérant les clauses relatives à la preuve comme des clauses abusives, clauses noires ou grises, selon les clauses concernées (art. R. 132-1 et R. 132-2 C. cons.). Recrudescence d'un ordre public ancré dans les droits de l'homme, ensuite, qui vient limiter la liberté contractuelle. Ainsi des conventions probatoires qui viendraient limiter les modes de preuve d'un fait juridique. La Cour de cassation n'hésite pas à solliciter les textes de la Convention européenne des droits de l'homme pour priver ces clauses de toute efficacité.

10. L'admissibilité de la preuve: efficacité et loyauté - La deuxième série de valeurs en conflit oppose l'efficacité à la loyauté. Faut-il privilégier la recherche de la vérité et mettre sur un piédestal l'efficacité des modes de preuve, notamment dans le domaine économique et dans le

domaine pénal, ou faut-il considérer qu'au-delà de la vérité s'impose un principe plus important de loyauté? Ce qui l'emporte de nos jours, hormis la situation des parties privées dans un procès pénal et de quelques autres exceptions, est l'idée qu'un processus probatoire juste est un processus gouverné par le principe de légalité et de loyauté. La loyauté gagne l'ensemble des procédures y compris celles qui se déroulent devant l'autorité de la concurrence et l'autorité des marchés financiers qui se sont laissées séduire par les principes qui dominent le procès civil s'éloignant ainsi un peu plus du modèle du procès pénal. Hors le cas de la loyauté, l'impératif de vérité se heurte parfois à des valeurs jugées plus importantes telles que la dignité des personnes, le respect de l'intimité de la vie privée ou le secret professionnel.

11. Les modes de preuve administrés - Une fois le cap de l'admissibilité franchi, encore faut-il déterminer quels sont les modes de preuves administrés. L'écrit constitue encore la reine des preuves. Cette prédominance de l'écrit doit beaucoup aux praticiens du droit. Aux notaires d'abord et à leur instrument, facteur de sécurité juridique, qu'est l'acte authentique; aux avocats, demain peut-être, qui proposent un acte contresigné à la force probante supérieure à celle d'un simple acte sous seing privé. L'objet de tous les tourments réside principalement aujourd'hui dans la combinaison de la preuve et des nouvelles technologies. La preuve électronique, quoi qu'en disent les textes, n'est pas identique à la preuve sur support papier et les interrogations sur la sécurité de ces preuves électroniques se multiplient. Enfin, comment aborder les preuves administrées sans évoquer quelques mots sur les preuves non écrites qui, malgré leur classicisme, continuent de susciter le débat. Tel est le cas du témoignage, de l'aveu ou du serment.

12. Entre modernité et humanité - Le droit de la preuve est un miroir du droit privé en général et des questions sociales dominantes: essor des droits fondamentaux, emprise du modèle du marché, perturbation causée par les progrès technologiques ... Le droit français a su, tant bien que mal, prendre ces problèmes à bras le corps pour construire un droit de la preuve combinant modernité et humanité et la lecture des morceaux choisis de ce nouveau numéro de la Revue Henri Capitant finira probablement de convaincre les plus pessimistes.

---

(1) C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1958, p. 325.

(2) E. Jeuland, *Preuve judiciaire et culture française*, *Droit et Cultures*, n° 50, 2005, p. 149 et s., spéc. n° 6 et s.

(3) V. sur ce point, Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et 11-18.710, J.C.P. (G), n° 46, 12 Novembre 2012, 1200, note S. Amrani-Mekki.