

La distinction entre 'la preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente ?

Olivier Leclerc

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc. La distinction entre 'la preuve en droit' et la 'preuve en science' est-elle pertinente ?. E. Truilhé-Marengo. Preuve scientifique, preuve juridique, Larcier, pp.55-77, 2012, Droit des technologies. halshs-00656191

HAL Id: halshs-00656191
https://shs.hal.science/halshs-00656191

Submitted on 7 Jan 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La distinction entre la « preuve en droit » et la « preuve en science » est-elle pertinente ?

Olivier Leclerc
Maître de conférences à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense (IRERP / EA 4419)

paru in E. Truilhé-Marengo (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, coll. « Droit des technologies », 2012, pp. 53-76.

Introduction

La distinction entre la « preuve en droit » et la « preuve en science » est-elle pertinente ? Les juristes reconnaissent volontiers à la preuve *juridique* des caractères propres, irréductibles à ceux de la preuve en science[1] ou dans les autres science sociales, comme l'histoire[2]. La signification prêtée à la preuve juridique mérite toutefois d'être précisée. Deux acceptions peuvent en être distinguées.

La preuve en droit peut d'abord être comprise comme formant un secteur de la preuve en science : la preuve rapportée dans les sciences juridiques. La preuve est alors envisagée dans les sciences, y compris dans les sciences juridiques. La « preuve en science » évoque en effet d'abord la preuve dans les sciences de la nature, dans ce que l'on appelle parfois les sciences « exactes », les sciences « dures » : comment est administrée la preuve dans un laboratoire de chimie, de biologie, de physique, de mathématiques ? Mais la question se pose avec la même acuité dans les sciences de l'homme et de la société, et à ce titre pour les *sciences juridiques*.

Il est certes permis d'objecter que « l'assertion 'le droit est une science' est, au

---

1 Ex. H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Études de sociologie* juridique, Paris, Marcel Rivière, 1964, pp. 22 et s. ; P. Louis-Lucas, « Vérité matérielle et vérité juridique », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 583-601 ; *Le juge et la vérité*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, t. XXVI, 1978 ; P. Fories, « Introduction au droit de la preuve », dans Ch. Perelman et P. Fories (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1981, pp. 7-26 ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 239, 1994, préf. J. Ghestin ; S. Goldberg, *Culture clash. Law and science in America*, New York University Press, 1994, spéc. p. 13-20 ; G. Busino, « La preuve dans les sciences sociales », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLI, n° 128, 2003, spéc. p. 22.

2 Pour une discussion sur cette question, v. Aubry et Rau, *Droit civil français*, 5e éd. par E. Bartin, t. XII, 1922, § 749 (les notes sont de Bartin) ; N. Rescher and C. B. Joynt, « Evidence in History and in the Law », *The Journal of Philosophy*, vol. 56, n° 13, 1959, pp. 561-578 ; M. Taruffo, *La prueba de los hechos [La prova dei fatti giuridice]*, trad. J. Ferrer Beltrán, Madrid, Editorial Trotta, 2002 [1992], spéc. pp. 336 et s. ; W. Twining and I. Hampsher-Monk (eds.), *Evidence and Inference in History and the Law. Interdisciplinary dialogues*, Northewestern University Press, 2003.

moins équivoque, au pire aberrante »[3], voire « assez dérisoire »[4]. Ce débat a retenu de longue date l'attention des juristes[5] et a alimenté les discussions sur la vocation des sciences de la nature à offrir un modèle pour la science du droit[6]. Quelle que soit la position que l'on adopte à ce sujet, il reste toutefois possible d'employer la formule « science du droit » pour désigner *a minima* « les pratiques intellectuelles »[7] dont le droit, entendu comme phénomène social, est l'objet : « la *recherche relative au droit* ('recherche juridique') s'entend donc de l'ensemble des *activités intellectuelles* – ou *disciplines – visant à produire un supplément de connaissance ou de compréhension du droit comme de son inscription dans la société* »[8]. Aussi bien, la recherche sur le droit et celle menée dans les sciences de la nature peuvent-elles toutes deux être envisagées comme des *activités* de production de connaissances sur un objet, sans qu'il soit indispensable de

---

[3] A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 1, 2010, spéc. p. 185.

[4] P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz* 1997, chron., p. 337, spéc. p. 338.

[5] Cf. dossier « Les sciences du droit », *Le Courrier du CNRS*, n° 75, 1990 ; E. P. Haba, « Sciences du droit – quelle 'science' ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Archives de philosophie du droit*, t. 36, 1991, pp. 165-187 ; P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, « Leviathan », 1994, spéc. les « propos introductifs » de P. Amselek, pp. 7 et s. ; E. Picard, «'Science du droit' ou 'Doctrine juridique' », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 119-171 ; Dossier « La recherche en sciences juridiques », *Sciences de l'homme et de la société (CNRS)*, n° 54, 1999 ; J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 103-119 ; Dossier « La recherche sur le droit et la justice », *Recherche Droit et Justice*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n° 32, 2009.

[6] Sur ce « monisme méthodologique » érigeant les sciences de la nature en parangon de la science du droit, voir notamment : V. Villa, *La science du droit*, trad. O. Nerhot et P. Nerhot, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1990 ; B. Jurdant, « Le désir de scientificité », *Alliage*, n° 41-42, 1999, pp. 146-155 ; A. Haquet, « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ? », *Droits*, n° 30, 2000, pp. 163-181 ; O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, n° 128, 2003, pp. 129-144 ; D. Bourcier, « À propos des fondements épistémologiques d'une science du droit », in *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », pp. 69-74 ; G. Grach, « La place de la méthode expérimentale dans la science du droit », *RRJ*, n° 2, 2010, pp. 691-708.

[7] A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *loc. cit.*, p. 185. Pour une typologie de ces activités savantes, v. le même article, spéc. pp. 186 et s. V. également H. Rottleuthner, « Legal Theory and Social Science », in A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*, Dordrecht, D. Reidel, 1984, spéc. pp. 525 et s.

[8] A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *loc. cit.*, p. 186. L'auteur de poursuivre : « La légitimité de ces activités n'a nul besoin qu'on les baptise 'sciences juridiques'. Nous les dirons simplement '*savantes*', puisqu'elles tendent à constituer ou enrichir des savoirs (ne serait-ce que celui de l'état du droit en vigueur sur un point déterminé), cet adjectif permettant de les distinguer de celles – non moins intellectuelles – des praticiens du droit ». Comp. Ch. Atias, « Contre la 'recherche juridique' », *Les petites affiches*, n° 218, 2005, p. 5, qui récuse la formule de « recherche en droit » aux motifs qu'une appréciation axiologique n'en est jamais absente, que son objet est construit par le juriste qui s'y livre et que son exercice mobilise une instrumentation des plus réduites.

s'attacher aux caractères de ces énoncés eux-mêmes[9].

Mais si les juristes revendiquent une originalité de la preuve juridique, c'est principalement au motif qu'elle s'exerce dans un contexte spécifique – celui du procès – et est soumise à des règles – « le droit de la preuve » – auxquelles échapperait la science et qui feraient obstacle à ce que la décision du juge portant sur la preuve d'un fait puisse être dite vraie ou fausse. Les contextes différents dans lesquels s'inscrivent ces activités probatoires seraient ainsi source de leur irréconciliable spécificité.

La symétrie n'est alors plus de mise : l'opposition recouvre celle de la preuve *dans les sciences*, d'une part, et de la preuve *dans le procès*, de l'autre. Sont donc mis en regard la preuve dans *une activité de connaissance* avec la preuve dans *une activité juridictionnelle*, consistant à trancher des litiges. La preuve en droit se trouve ainsi réduite à la preuve dans le procès, ce qui rend la comparaison avec la preuve en science difficile et peut même faire douter de sa pertinence. Plus précisément encore, les juristes français s'intéressent pour l'essentiel aux règles du droit positif qui encadrent l'administration de la preuve en justice. La preuve en droit se trouve ainsi non seulement assimilée à la preuve dans le procès mais aussi cantonnée au *droit de la preuve en justice*. Échappent par contrecoup à l'analyse les multiples dimensions de l'activité probatoire en justice qui ne sont pas expressément visées par les normes juridiques en vigueur[10] : la psychologie de la conviction, la rhétorique probatoire, l'argumentation statistique, l'appréciation des preuves scientifiques...

Entendue dans ces deux acceptions, la preuve juridique désigne ainsi aussi bien la preuve dans l'activité savante prenant le droit pour objet que la preuve dans le procès. Sa spécificité doit alors être envisagée dans ces deux contextes : dans chacun d'entre eux, y a-t-il lieu de délimiter un concept de preuve *juridique* distinct et indépendant du concept de preuve utilisé dans les sciences en général ?

---

[9] Cette orientation rejoint la distinction proposée par V. Villa entre deux acceptions de la connaissance. D'une part, la « connaissance-activité » qui « permet de qualifier la connaissance comme une 'œuvre collective', relativement aux membres d'une communauté déterminée (scientifique ou sociale) et non à chaque individu ; elle se présente ainsi comme une pratique sociale (ou jeu linguistique) guidée par des règles qui ont comme objectif l'acquisition et l'élaboration de stocks d'informations sur un milieu spécifique d'expérience (...) ». D'autre part, la « connaissance-produit » qui « permet de qualifier la connaissance comme 'un ensemble coordonné d'énoncés' qui sont d'un ordre et d'un degré différents (énoncés conceptuels, métaphysiques, évaluatifs, théoriques, etc.) et dont le rapport avec l'expérience concerne l'ensemble dans sa globalité » (V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, *op. cit*., spéc. pp. 281-282).

[10] La consultation des manuels destinés aux étudiants montre assez que l'enseignement universitaire de la preuve en droit porte pour l'essentiel sur les règles formulées dans le Code civil, en particulier pour la preuve en justice des actes juridiques, et sur celles recueillies dans les Codes de procédure civile et pénale. Pour une approche différente de l'enseignement du droit de la preuve : v. W. Twining, « Taking facts seriously », in W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, 1990 et les contributions réunies dans P. Roberts and M. Redmayne (eds.), *Innovations in Evidence and Proof: Integrating Theory, Research and Teaching*, Hart Publishing, 2007.

La question sera abordée aussi bien à propos de la preuve dans les sciences (I) que de la preuve dans le procès (II).

I- La preuve dans les sciences en général et dans les sciences juridiques en particulier

Par quels mécanismes et à quelles conditions un énoncé – sur la nature, sur le droit – est-il considéré comme prouvé ? Les sciences de la nature et la science du droit se prêtent à un rapprochement : qu'est-ce qui *fait preuve* dans ces activités savantes ? Des différences apparaissent-elles à ce sujet entre les sciences de la nature (A) et la science du droit (B), entendues comme des activités de production de connaissances ?

A- Cette interrogation a reçu depuis longtemps une attention soutenue à propos des sciences de la nature. L'histoire des sciences a exploré de manière très fine la manière dont les énoncés scientifiques sont produits, sont soumis à la critique, circulent, emportent la conviction, sont contestés et remis en cause. Trois monographies particulièrement stimulantes illustrent, même très partiellement, la richesse de ces travaux.

L'étude de Steven Shapin et Simon Schaffer consacrée à la controverse qui s'est élevée dans les années 1660 et 1670 entre Robert Boyle et Thomas Hobbes à propos des travaux du premier sur les propriétés de l'air constitue une référence incontournable[11]. Marquant l'émergence d'une nouvelle recherche sur les controverses scientifiques[12], les auteurs analysent la manière dont Boyle et Hobbes se sont opposés à propos de la méthode d'administration d'une preuve expérimentale. La méthode expérimentale promue par Boyle pour établir des connaissances nouvelles est vivement critiquée par Hobbes. L'ouvrage met en lumière les *technologies* employées par Boyle pour créer des « faits pneumatiques » et emporter ainsi la conviction sur l'exactitude des résultats expérimentaux qu'il produit. Les énoncés formulés par Boyle sont simultanément le produit d'une « technologie matérielle » (la machine appelée « pompe à air »), d'une « technologie littéraire » (les modes de communication employés pour exposer et faire connaître les résultats expérimentaux produits par la pompe à air) et d'une « technologie sociale » (les conventions et les liens entre les philosophes

[11] S. Shapin et S. Schaffer, *Leviathan et la pompe à air. Hobbes et Boyle entre science et politique [Leviathan and the Air-Pump. Hobbes, Boyle, and the Experimental Life]*, trad. T. Piélat avec la collab. de S. Barjansky, Paris, La découverte, coll. « Textes à l'appui », 1993 [1985].

[12] Parmi les études fondatrices de ce courant de recherche, on mentionnera, outre l'étude de Shapin et Schaffer : D. Nelkin, *Controversy. Politics of Technical Decision*, Sage Publications, 1979 ; M. Rudwick, *The Great Devonian Controversy*, The University of Chicago Press, 1985 ; H. Collins, *Changing Order. Replication and Induction in Scientific Practice*, The University of Chicago Press, 1985 ; A. Rip, « Controversies as Informal Technology Assessment », *Knowledge: Creation, Diffusion, Utilization*, vol. 8, n° 2, 1986, pp. 349-371. Pour une présentation générale : D. Pestre, « L'analyse de controverses dans l'étude des sciences depuis trente ans. Entre outil méthodologique, garantie de neutralité axiologique et politique », *Mil neuf cent*, n° 25, 2007, pp. 29-43.

de la nature présents lors des expériences de Boyle et attestant de l'exactitude de ses résultats). La production de connaissances scientifiques au moyen de la méthode expérimentale de Boyle repose à la fois sur des supports matériels, sur des formats textuels d'exposition des résultats[13] et sur des modes de socialisation (l'*ethos* de la science[14] prend ici la forme de l'*ethos* propre au gentleman dégagé des soucis matériels[15]). La formulation d'un énoncé factuel à partir d'un dispositif expérimental suppose une consolidation[16], qui prend appui aussi bien sur des dispositifs matériels que sur des liens tissés entre des savants qui partagent des savoir-être.

On mentionnera ensuite l'étude de Mario Biagioli portant sur la façon dont Galilée rapporta la preuve de ses découvertes astronomiques[17]. Comment Galilée a-t-il pu, s'interroge-t-il, cesser d'être un obscur professeur de mathématiques en charge d'une pension pour étudiants à Padoue pour devenir, six années plus tard, un savant de renom à Florence, et se heurter enfin à la censure de l'Inquisition pour son soutien aux thèses coperniciennes[18] ? L'étude de Mario Biagioli s'inscrit dans la perspective des travaux d'histoire des sciences déterminés à rompre avec la tradition historiographique expliquant le succès d'une découverte par le « génie » de son auteur[19]. Adoptant une démarche plus impartiale[20], Biagioli décrit avec

---

[13] Sur ces questions, voir également J. V. Golinski, « Language, discourse and science », in R. Olby, G. Cantor, J. Christie, M. Hodge (eds.), *Companion to the History of Modern Science*, Routledge, 1990, pp. 110-123, spéc. pp. 117 et s. ('rhetorical' approaches) ; P. Dear, « Narratives, Anecdotes, and Experiments: Turning Experience into Science in the Seventeenth Century », in P. Dear (ed.), *The Literary Structure of Scientific Argument: Historical Studies*, University of Pennsylvania Press, 1991, pp. 135-163.

[14] Sur cette notion, cf. R. K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Free Press, 1968, spéc. pp. 606 et s.

[15] La place de la sociabilité dans l'acquisition du crédit scientifique a été explorée de façon détaillée par S. Shapin dans son important ouvrage *A Social History of Truth. Civility and Science in Seventeenth-Century England*, The University of Chicago Press, 1994. Voir également, sur la tension entre le savant et le gentleman : S. Shapin, « "A Scholar and a Gentleman": The Problematic Identity of the Scientific Practitioner in Early Modern England », *History of Science*, n° 29, 1991, pp. 279-327. V. aussi : B. J. Shapiro, *A Culture of Fact. England, 1550-1720*, Cornell University Press, 2000, spéc. pp. 117-133.

[16] Le moment auquel une expérience peut être dite « terminée » n'est jamais exempt de discussions : faut-il recommencer la procédure expérimentale ? Les résultats obtenus sont-ils les signes d'une découverte nouvelle ou d'un artefact produit par l'expérimentateur ?... Sur les stratégies argumentatives attachées à l'achèvement d'une expérience : cf. P. Galison, *Ainsi s'achèvent les expériences. La place des expériences dans la physique du XX^e siècle [How Experiments End]*, trad. B. Niquevert, Paris, La Découverte, 2002 [1987]. Sur celles relatives à la réplication d'une expérience : H. Collins, *Changing Order*, *op. cit.*, spéc. les études de cas présentées aux chapitres 3 à 5.

[17] M. Biagioli, *Galileo's Instruments of Credit. Telescopes, Images, Secrecy*, The University of Chicago Press, 2006. Voir aussi M. Biagioli, *Galileo, Courtier: The Practice of Science in the Culture of Absolutism*, University of Chicago Press, 1993.

[18] M. Biagioli, *Galileo's Instruments of Credit*, *op. cit.*, p. 1.

[19] Dans cette même perspective et dans le contexte français : v. B. Latour, *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Paris, La Découverte, 2001 ; M. Atten et D. Pestre, *Heinrich Hertz. L'administration de la preuve*, Paris, PUF, 2002.

[20] Et plus « symétrique », pour reprendre les termes de David Bloor, au sens où les mêmes types de causes sont mobilisées pour expliquer les croyances « vraies » et les croyances « fausses »

minutie la manière dont Galilée a établi son crédit et diffusé des connaissances nouvelles. La force de conviction de Galilée ne repose pas seulement sur l'originalité de ses découvertes. Elle prend aussi appui sur des instruments matériels (lunette astronomique, compas...), des techniques argumentatives et narratives (compte-rendus d'observation, représentation graphique de ses observations, politique de publication...), des relais d'autorité (articulation avec les arguments théologiques), la conservation d'une position privilégiée par le maniement du secret sur les techniques de fabrication des lunettes astronomiques... L'étude montre que les modes d'administration de la preuve retenus par Galilée en tant qu'auteur et découvreur étaient perpétuellement reconfigurés et redéployés suivant les espaces sociaux dans lesquels il évoluait et les interlocuteurs auxquels il s'adressait (des étudiants, des lecteurs, la cour des Médicis, le tribunal d'Inquisition...). Ainsi, écrit l'auteur, « dans le même temps que Galilée construisait de nouveaux instruments et formulait de nouvelles affirmations, il construisait l'économie au sein de laquelle ses affirmations pourraient emporter la conviction »[21]. L'autorité scientifique reconnue à Galilée ne procède ainsi pas seulement de ses découvertes et des techniques qu'il a mises au point ; elle suppose, pour être acquise et pour être maintenue, le recours à des technologies et à des savoir-faire incluant des alliances de renfort, des techniques d'expression, des financements, l'occupation de positions institutionnelles, etc.

L'étude que Lorraine Daston et de Peter Galison consacrent à la représentation de la nature dans les atlas naturalistes[22] place, enfin, la présentation des résultats d'une activité de connaissance et la mise en forme de ses objets dans une perspective historique. Les auteurs retracent l'émergence d'une « vertu épistémique », aujourd'hui cardinale : l'objectivité scientifique. « L'objectivité scientifique a une histoire »[23] ; plus récente, du reste, que celle de la science ou de la vérité : elle n'est perçue comme un corolaire de la pratique de « la science » que depuis le XIX^{e} siècle[24]. Cette vertu nouvelle s'est développée en lien avec des techniques et des savoir-faire : la tenue d'un cahier de laboratoire chronologique, le dessin sur papier millimétré, la dissociation des postures d'observateur et d'expérimentateur[25]... Cette représentation visuelle de la nature « telle qu'elle est », cette « épistémologie de l'œil »[26] est décrite à la lumière de l'histoire des atlas naturalistes, qui constituent des supports majeurs de la pratique des sciences de la nature en ce qu'ils donnent à voir de manière systématique ses *objets de travail*. Ils sont aussi les relais de la formation *disciplinaire* des savants[27]. En cela, les

(D. Bloor, *Knowledge and Social Imagery*, The University of Chicago Press, 2^{d} ed., 1991, spéc. p. 7).

21 M. Biagioli, *Galileo's Instruments of Credit. op. cit.*, p. 3.

22 L. Daston et P. Galison, *Objectivity*, New York, Zone Books, 2007.

23 *Ibid. eod. loc.*, p. 17.

24 *Ibid. eod. loc.*, pp. 28 et s.

25 *Ibid. eod. loc.*, p. 38. Ces attitudes et savoir-faire nouveaux, cet *ethos* du savant, sont indissociables de l'émergence de la vertu scientifique nouvelle d'objectivité : « il est peut-être concevable qu'une épistémologie puisse exister sans un ethos, mais nous n'en avons encore jamais rien rencontré de tel » (p. 40).

26 *Ibid. eod. loc.*, chap. 1, p. 17.

27 *Ibid. eod. loc.*, spéc. pp. 48 et s.

atlas naturalistes constituent une représentation graphique substituée aux choses, qui les rend connaissables ; ces images représentent le savoir sur la nature autant que la nature elle-même : « derrière la fleur, le flocon de neige, le magnétogramme solaire, il n'y a pas seulement le scientifique qui voit et l'artiste qui représente ; il y a aussi une certaine manière collective de savoir »[28]. Au cours de la période étudiée (début XVIII^{e} siècle-mi-XX^{e} siècle), les auteurs soulignent une évolution profonde des modes de représentation objective de la nature. Celle-ci est d'abord pensée comme la figuration de spécimens « caractéristiques » : bien qu'extrêmement préoccupé de fidélité à la nature, l'artiste en charge du dessin se doit de sélectionner les échantillons et de « corriger », sous le contrôle étroit du naturaliste commanditaire, l'exemplaire qu'il a sous les yeux pour gommer les traits trop particuliers, les anomalies et en donner une « image raisonnée ». Le début du XIX^{e} siècle voit l'apparition d'atlas privilégiant une « objectivité mécanique », parfois grâce à l'usage de la photographie, préservée des retouches de l'artiste ou du savant mais exposée au risque de laisser figurer des irrégularité ou des artefacts. Au tournant du XX^{e} siècle, l'idée se diffuse que la figuration imagée est par elle-même impropre à garantir l'objectivité et qu'elle doit être abandonnée au profit de représentations graphiques des structures. Les atlas connaissent alors une nouvelle évolution, soit en direction d'une mise en forme ouvertement construite par l'auteur à partir de son savoir-faire et de ses compétences, soit vers des représentations produites par ordinateur et donc issues autant de l'expérience que de la théorie.

De ces trois études d'histoire des sciences, on retirera avant tout des interrogations pour la pratique de la science du droit : quelles sont les *modes de socialisation* requis afin d'emporter la conviction d'un auditoire de juristes à propos d'un énoncé sur le droit (la question devrait sans doute être affinée selon les types d'auditoires) ? Quels sont les *supports textuels et matériels* qui renforcent le crédit de tels énoncés ? Comment sont *représentés* les objets que se donne la science du droit ?

B- Le constat s'impose : ces questions restent peu explorées du côté de la science du droit. Trop rares sont les travaux critiques, en particulier en langue française, qui s'intéressent à la manière dont les juristes savants prétendent *faire preuve* lorsqu'ils formulent un énoncé sur le droit.

1) Le pessimisme de cette appréciation peut être tempéré par l'identification de travaux qui explorent la manière dont des juristes universitaires assoient l'autorité de leurs énoncés sur le droit, convainquent de leur exactitude, administrent la preuve de leurs assertions. Ces recherches illustrent le développement d'une histoire intellectuelle des sciences humaines et sociales[29], parmi lesquelles les

[28] *Ibid. eod. loc.*, p. 53.

[29] V. notamment C. Blanckaert, L. Blondiaux, L. Loty, M. Renneville, N. Richard (dir.), *Histoire des sciences de l'homme. Trajectoires, enjeux et questions vives*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; Ch. Topalov, « 'Expériences sociologiques' : les faits et les preuves dans les thèses de Maurice Halbwachs (1909-1913) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 1, 1999, pp. 11-46.

sciences juridiques trouvent leur place[30]. Un article récent de Frédéric Audren et Catherine Fillon[31] décrit ainsi avec minutie les mécanismes, les relais, les instruments employés par un juriste comme Louis Josserand pour renforcer le crédit accordé à ses propositions et consolider sa position institutionnelle au sein de ce qu'il est convenu d'appeler « la doctrine ». Les auteurs développent ainsi une « histoire de la doctrine » : « rejetant une démarche purement philologique, l'histoire de la doctrine travaille, avant tout, à élucider *les modalités, les formes et les usages de la reconnaissance savante* »[32]. Ainsi, les positions exprimées par les juristes savants ne tirent pas leur force de leurs seules « qualités intrinsèques, argumentatives » : « c'est parce que certains opinions sont jugées intéressantes et utiles *par d'autres auteurs* qu'elles deviennent, à leur tour, des *ressources* mobilisables, qu'elles circulent et se propagent dans le champ doctrinal »[33].

D'autres travaux portent sur la manière dont les objets de la science juridique sont *représentés*, ce qui à la fois en permet l'étude et assure la formation d'un corpus disciplinaire transmis par l'enseignement universitaire. Ainsi, à propos de « la jurisprudence », qui est érigée comme objet central de connaissance sur le droit au tournant du XX^{e} siècle[34], Évelyne Serverin montre les « *procédés de reproduction et de diffusion* des jugements et arrêts visant à faire connaître leur contenu juridictionnel, ainsi que les commentaires qui tendent à dégager les principes sous-jacents, et l'ensemble du cadre juridique qui organise cette reproduction et cette diffusion »[35]. Sont ainsi décrits les supports de l'information jurisprudentielle, les modes de sélection des décisions, les choix de mise en forme et de présentation qui président à la publication de ces « recueils de jurisprudence », par le prisme desquels les juristes universitaires sont habitués à *voir* l'objet « jurisprudence » et à l'enseigner à leurs étudiants.

Quelles qu'en soient les raisons, la rareté de ces travaux est avant tout un signe de la faible réflexivité des juristes sur leur propre activité de production et de mise en forme de connaissances sur le droit[36]. Michel Villey en fait la confession :

---

30 V. par ex. le dossier de la *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* consacré à *La science juridique, entre politique et science humaine (XIX^{ème}-XX^{ème} siècles)* (n° 4, 2001), coord. par F. Audren et J.-L. Halperin ; C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^{e} République*, Paris, Éditions Kimé, tome I, 2003 et tome II, 2005 ; F. Audren, « Explorer les mondes de la science sociale en France », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2006, pp. 3-14, et les références citées. V. également : Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004.

31 F. Audren et C. Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ.*, n° 1, 2009, pp. 39-78.

32 *Ibid. eod. loc.*, p. 40.

33 *Ibid. eod. loc.*, p. 40.

34 Voir le texte inaugural du premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* dans lequel Adhémar Esmein appelle de ses vœux que « la doctrine (…) prenne la jurisprudence pour son objet principal d'étude » (A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.*, 1902, spéc. p. 11).

35 E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, coll. « Critique du droit », 1985, spéc. pp. 289 et s.

36 Il est vrai que le même grief pourrait être formulé à l'encontre des scientifiques. Il est ainsi remarquable que les études mentionnées plus haut à propos de l'activité scientifique émanent

« Demandez sur quoi repose notre prétendue science du droit, comment se justifient nos méthodes, quelles sont les sources de nos connaissances, qui saura répondre ? […] Le juriste omet de justifier, de fonder sa méthode de travail ou de nous expliquer pourquoi les solutions devraient être tirées de telle ou telle source »[37]. Mais cette carence est aussi révélatrice du fait que les sociologues du droit se sont plus volontiers attachés à l'étude des professions judiciaires, à leur structuration et aux modes de socialisation qui assurent leur reproduction[38], qu'à la profession de ceux qui produisent des connaissances sur le droit.

2) Un tel constat appelle réaction. Une réflexion sur les conditions de la preuve dans la science du droit est un impératif[39], y compris pour les juristes eux-mêmes. L'activité savante prenant le droit pour objet doit pour cela être considérée comme une activité de production de connaissances, au même titre que d'autres. Cette orientation se heurte à plusieurs difficultés. Deux d'entre elles méritent d'être signalées.

En premier lieu, de tels travaux viennent buter sur le fait que nombre de juristes savants se pensent surtout comme membres de « la doctrine », sans se préoccuper d'appartenir à une « communauté scientifique ». L'origine et les caractères de ce que l'on appelle en France « la doctrine » ont été étudiés de près dans une perspective historique et comparée[40]. Cette structuration de l'activité savante sur le droit en « doctrine » plutôt qu'en « communauté scientifique » fait-elle obstacle à une réflexion sur les conditions de preuve d'un énoncé sur le droit ? Sans doute pas. Mais les débats, parfois vifs, portant sur la question de savoir si « la doctrine » peut être qualifiée d'« entité »[41] ou si elle est constituée d'« êtres singuliers pensant sur le droit, pour le droit »[42] éloignent plus qu'ils ne rapprochent de la question de savoir quelles sont les conditions de production, d'expression et

---

d'historiens des sciences (principalement inscrits dans la perspective d'une analyse critique).

37 M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, « Précis », 1975, p. 9 (cité par M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, F. Maspero, coll. « Textes à l'appui », 1977, p. 15, note 5).

38 Ex. L. Israël, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Fayard, 2005 ; A. Vauchez, *L'institution judiciaire remotivée : le processus d'institutionnalisation d'une 'nouvelle justice' en Italie (1960-2000)*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004 ; P. Mbongo et A. Vauchez, *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

39 Une invitation similaire est formulée par Norberto Bobbio : N. Bobbio, « Considérations introductives sur le raisonnement des juristes », *Revue internationale de Philosophie*, n° 27-28, 1954, fasc. 1-2, spéc. p. 83 : « Il serait à conseiller aux philosophes du droit, qui semblent montrer un amour excessif pour les formules générales, d'orienter leurs recherches, à l'instar de ce que faisaient les logiciens médiévaux, sur le relevé, la description et l'analyse des arguments utilisés par la plupart des spécialistes de la discipline juridique. Mais pour ce faire, il faut partir, plutôt que de classifications abstraites des Sciences, de l'étude patiente des livres des juristes, pour saisir ceux-ci 'à l'œuvre' ».

40 V. notamment CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993 ; Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*

41 Ph. Jestaz et Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *Recueil Dalloz* 1997, chron., p. 167.

42 L. Aynès, P.-Y. Gautier, F. Terré, « Antithèse de 'l'entité' (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *Recueil Dalloz* 1997, chron., p. 229.

de transmission de connaissances sur le droit. En effet, la participation à une communauté scientifique n'implique pas plus la fusion dans une entité, qu'elle ne permet l'isolement d'esprits pensants : elle se manifeste par l'insertion dans des liens institutionnels, le partage de savoir-faire et de résultats disciplinaires, la diffusion de formes de sociabilité et de professionnalité, le recours à des modes d'énonciation, etc. Ce sont ces éléments qui méritent, précisément, de recevoir attention. De la même façon, le débat portant sur la question de savoir si « la doctrine » constitue une simple « autorité » ou une « source du droit » concentre l'analyse sur l'*interaction* entre « la doctrine » et l'objet d'analyse qu'elle se donne, sans s'attacher aux conditions d'exercice et de production de l'activité « doctrinale » elle-même, ou pour le dire autrement aux modalités d'administration de la preuve au sein d'une communauté scientifique de juristes.

En second lieu, l'attention aux conditions d'énonciation d'une affirmation sur le droit conduit à souligner la place particulièrement importante qu'occupe parmi les juristes producteurs d'énoncés savants sur le droit le recours à l'argument d'autorité. La prégnance des mécanismes d'autorité dans l'administration de la preuve d'un énoncé sur le droit trouve une manifestation ancienne dans le droit romain. En vertu d'une constitution prise par Valentinien III en 426, dite « Loi des citations »[43], cinq jurisconsultes étaient institués comme sources d'un discours d'autorité sur le droit (Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin) ; en cas de divergence entre eux, le juge devait se rallier à l'opinion majoritaire ; en cas de partage, celle de Papinien recevait précellence. Rien de tel n'existe dans le droit positif français, mais la communauté des juristes confère toujours un poids remarquable à l'*autorité* comme mode de renforcement du crédit devant être accordé à un énoncé sur le droit : le point de vue exprimé par la « meilleure doctrine » ou la « doctrine autorisée » – en somme, les « grands auteurs »[44] – apparait bien souvent comme un soutien de poids, plus rarement exclusif, à l'appui d'un énoncé sur le droit. Reste alors à explorer ce qui fait que la « grandeur » d'un juriste, ce qui confère à son opinion un poids d'autorité. Les exemples de Galilée[45] comme celui de Louis Josserand[46] mentionnés plus haut suffisent à convaincre qu'il serait tout à fait insuffisant de réduire cette autorité à la seule excellence de leurs analyses juridiques.

En somme, si l'on s'attache à la *production de connaissances*, la preuve dans les sciences en général et dans la science du droit se prête à une analyse de même type et à l'usage d'outils similaires. Elle appelle l'attention sur des alliages institutionnels, littéraires et matériels propres à chaque discipline et variables au cours du temps. Ceux-ci ont été explorés avec une précision infiniment plus

---

43 A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2006, n° 123.

44 L'identification des « grands auteurs » dont l'autorité confère une force de conviction particulière au propos de qui les enrôle à son soutien mériterait d'être précisément observée. Pour une proposition en ce sens, v. Ph. Malaurie, « Les 'grands' juristes », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, *op. cit*., p. 79.

45 M. Biagioli, *Galileo's Instruments of Credit*, *op. cit*.

46 F. Audren et C. Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *loc. cit*.

grande à propos des sciences de la nature que dans la science du droit[47]. Mais, en dépit de ce différentiel d'intérêt académique, et au-delà des différences institutionnelles indubitables entre les disciplines, rien n'indique que la *notion* même de preuve doive présenter de spécificités selon qu'elle est administrée dans le cadre de l'activité de production de connaissances sur la nature ou sur le droit. La situation diffère, mais en partie seulement, lorsqu'on se tourne vers la preuve dans le procès.

II- La preuve dans le procès

Ce terrain est plus familier aux juristes : la « preuve en droit » est ici ramenée à la preuve en justice. Lorsqu'elle est administrée dans le procès, la preuve serait irréductiblement différente de la preuve en science. Cela tiendrait à ce que la preuve dans le procès est soumise à des règles de droit (le « droit de la preuve ») qui influent sur l'activité probatoire et viennent par là contraindre, voire empêcher, l'établissement de la vérité (A). L'existence de ces règles de preuve commande-t-elle pour autant de délimiter un concept spécifique de preuve dans le procès ? (B)

A- Lorsqu'elle est administrée dans le cadre du procès, la preuve est soumise à un ensemble de règles, plus ou moins détaillé selon les pays. L'incidence du « droit de la preuve » sur l'activité probatoire est en outre renforcée par l'application des règles de procédure propres au procès civil, pénal, administratif ou autre. La présence de ces règles est mise en avant par certains auteurs pour considérer qu'il existe une notion de preuve juridique propre à la preuve dans le procès[48]. Ainsi, pour Carnelutti, prouver ne signifie pas démontrer la véracité des faits contestés mais « déterminer ou fixer formellement les faits au moyen de diverses procédures » : « il ne s'agit pas d'une recherche de la vérité matérielle mais d'un processus de fixation formelle des faits »[49].

De cet ensemble normatif foisonnant, on ne livrera que quelques illustrations, qui sont bien connues[50]. Des règles déterminent la personne sur qui pèse la charge de la preuve. D'autres précisent les modes de preuve recevables ainsi que, dans certains cas, les conséquences que le juge doit en tirer. Certaines imposent des délais pour l'administration de la preuve dans le cours même du procès ou y font obstacle par l'effet de la prescription, de fictions ou de l'irrévocabilité d'une décision passée en force de chose jugée. Le principe dispositif confère, en outre, aux parties une large maîtrise sur l'objet même de la preuve, quand ce dernier n'est

---

47 Pour une exploration de « la fabrique du droit », mais dans le cadre de l'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat, v. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002.

48 V. *supra*, note 1.

49 Cité par J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 24-25.

50 Pour une présentation générale en droit français, v. par ex. J. Ghestin, G. Goubeaux, avec la collab. de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4e éd., 1994, n° 633 et s. ; F. Ferrand, *Rep. Dalloz Procédure civile*, 1996, v° « Preuve ».

pas placé entre les mains de juges qui se voient reconnaître un pouvoir d'investigation.

Ces règles atténuent, parfois très fortement, la liberté de la preuve. Beaucoup y voient des obstacles à la recherche de la vérité matérielle[51], qu'ils identifient comme la finalité essentielle du procès[52]. Des auteurs comme Bentham et, après lui, Thayer ou Wigmore[53] ont manifesté une grande hostilité à l'égard de ce droit de la preuve, qui érige des obstacles à la recherche de la vérité dans le procès, et ont prôné son allègement, sinon sa disparition. La « science de la preuve » (*the science of proof*) qu'ambitionnait de construire Wigmore s'accommodait mal, en effet, de la présence de règles restreignant la liberté de la preuve. Ces auteurs partagent une conception de la preuve qui a pu être rattachée à une « tradition rationaliste »[54]. Celle-ci se caractérise par une croyance en la possibilité d'atteindre une connaissance vraie sur les faits dans le procès, au moyen d'une méthode rationnelle, reposant sur les probabilités et mettant en œuvre un raisonnement inductif, appliquée à un ensemble d'éléments de preuve aussi vaste que possible. Même si ces auteurs se sont heurtés aux « règles d'exclusion » d'éléments de preuve justifiées par la célérité de la justice ou la protection des droits individuels, une interrogation demeure : peut-on dire que l'existence de ces règles fait naître une spécificité de la preuve administrée en vue et dans le cadre du procès ?

B- En première analyse on sera tenté de répondre par la négative, tant il est vrai que la preuve en science est elle aussi une activité réglée, dans laquelle toutes les preuves ne sont pas recevables sans conditions[55]. Sans même évoquer le droit de la recherche, la preuve en science est soumise aux règles de fonctionnement des revues à comité de lecture, aux délais imposés par les contrats de recherche, à des

---

[51] Voir L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Philosophy and Law », 2006, qui considère le procès pénal, avant tout, comme un « *epistemic* engine » (pp. 2 et s.). Voir aussi Sentis Melendo : « le droit et la preuve (…) sont des termes antagoniques. La preuve est liberté » (cité par J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, p. 36).

[52] Les opinions sont plus nuancées à propos du procès civil. L'idée est assez répandue que la finalité première du procès pénal serait la découverte de la vérité dans l'intérêt de l'ordre public, alors que le procès civil viserait avant tout à la résolution des disputes privées. Sur ces questions et leur incidence sur l'analyse des règles de preuve : v. M. Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, spéc. pp. 110 et s.

[53] Sur ces auteurs, cf. W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, 1990, spéc. pp. 15 et s.

[54] Les points d'accord entre les auteurs associés à ce courant de pensée sont systématisés par W. Twining, *Rethinking evidence*, *op. cit.*, pp. 32-91. Sur les liens entre les options théoriques sur la possibilité d'une détermination vraie des faits dans le procès et les conceptions de la preuve, v. aussi M. Taruffo, *La prueba de los hechos [La prova dei fatti giuridice]*, trad. J. Ferrer Beltrán, Madrid, Editorial Trotta, 2002 [1992], spéc. pp. 21-87 ; M. Taruffo, « Consideraciones sobre prueba y motivación », en M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 32 et s.

[55] Pour une prise en compte de l'encadrement normatif de l'activité scientifique, v. R. Encinas de Munagorri, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD civ.* 1998, p. 247.

règles éthiques...[56]. Plus d'un demi-siècle de recherches sur l'activité scientifique, de Thomas Kuhn aux *Sciences and technology studies* contemporaines[57], devrait prémunir contre la représentation inexacte d'une activité scientifique s'exerçant à l'abri de toute forme de normativité, comme une pure activité de l'esprit. En cela, l'existence de règles sur l'administration de la preuve ne saurait, à elle seule, singulariser la preuve juridique : dans l'activité scientifique, comme dans le procès, l'administration de la preuve appelle le recours à des procédures, à des supports matériels et textuels, à des formats d'exposition, de narration et d'argumentation[58]...

Ces premiers éléments de réponse ne suffiraient toutefois probablement pas à convaincre les tenants du courant rationaliste évoqué plus haut. Ces derniers considèreraient sans doute que l'activité probatoire y renvoie trop largement à la recherche de la *conviction* du juge au détriment de la recherche de la vérité matérielle, faisant ainsi échapper la décision de ce dernier sur la preuve à tout contrôle[59]. Toutefois, y compris dans la perspective du courant rationaliste, l'existence de règles sur la preuve ne fait pas obstacle à la possibilité pour le juge de prendre une décision rationnelle sur la preuve. De ce point de vue, la spécificité de la preuve juridique apparaît des plus réduites. La démonstration peut en être apportée à partir des travaux d'auteurs qui revendiquent leur appartenance à cette tradition, comme Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier ou Jordi Ferrer Beltrán. Si ceux-ci admettent la nécessité de prendre en compte l'existence des règles processuelles et les limites temporelles qu'elles introduisent, ils n'en déduisent pas pour autant la nécessité de délimiter un concept spécifique de preuve[60].

---

[56] V. notamment, sur la place du droit dans l'espace de la science : S. Silbey and P. Ewick, « The Architecture of Authority: the Place of Law in the Space of Science », in A. Sarat, L. Douglas, M. M. Umphrey, *The Place of Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003, pp. 75-108.

[57] Pour un panorama de ces évolutions, on pourra se reporter à B. Matalon, *La construction de la science. De l'épistémologie à la sociologie de la connaissance scientifique*, Lausanne, Delachaux et Niestlé, 1996 ; D. Pestre, « Pour une histoire sociale et culturelle des sciences. Nouvelles définitions, nouveaux objets, nouvelles pratiques », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 50, n° 3, 1995, pp. 487-522.

[58] Sur ces questions : cf. notamment W. L. Bennett et M. S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgment in American Culture*, Rutgers University Press, 1981 ; W. Twining, *Rethinking Evidence*, Northwestern University Press, 1990, spéc. pp. 249 et s. ; Th. Scheffer, « Materialities of Legal Proceedings », *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 17, 2004, pp. 365-389.

[59] Sur ces débats : W. Twining, *Rethinking Evidence*, Northwestern University Press, 1990, spéc. pp. 92-152.

[60] Rappr. R. Encinas de Munagorri, « Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies », in *Applied Ethics at the Turn of the Millenium. IVR World Congress, 1999*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2001, spéc. p. 12 : l'auteur considère la preuve comme « une notion qui s'applique à la fois au domaine de la science et du droit », mais qui s'exerce dans des « contextes de justification » très différents. V. également P. Poncela, « Regards sur la vérité judiciaire », *Archives de philosophie du droit*, n° 29, 1984, pp. 175-183 ; M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit*., spéc. pp. 330 et s.

L'analyse prend pour point de départ le principe de liberté de la preuve[61], tel qu'il s'est progressivement imposé aussi bien dans les pays de *common law*[62] que dans les droits européens[63]. Ce principe permet que tous les éléments de preuve pertinents soient présentés au destinataire de la preuve (le juge, le jury) et évalués par lui. Les règles sur la preuve s'analysent alors comme des exceptions à ce schéma général. Est-il pour autant impossible d'atteindre des conclusions vraies dans le cadre du processus judiciaire, *du fait que cette activité est soumise à des normes* ?

Jordi Ferrer Beltrán[64] invite à distinguer trois types de règles sur la preuve. Les deux premiers n'impliquent, selon lui, nullement une spécificité de la notion de preuve lorsqu'elle est appliquée au procès. Il s'agit d'abord des règles relatives à l'*activité probatoire* : elles déterminent le moment auquel la preuve doit être apportée, la forme que doit prendre sa présentation, la personne qui en supporte la charge, etc. Il s'agit ensuite des règles qui portent sur les *moyens de preuve*. Celles-ci définissent les moyens de preuve recevables et irrecevables, déterminent la forme qu'ils doivent revêtir. La présence de telles règles n'est en rien un obstacle à ce que le juge puisse décider rationnellement qu'il existe, *au vu des éléments de preuve disponibles*, des éléments d'appréciation suffisants en faveur de l'énoncé sur un fait formulé par une partie[65]. Il convient, en effet, de distinguer le temps de la réunion des preuves et celui de l'appréciation par le juge de leur valeur[66]. Les règles qui limitent la recevabilité des éléments de preuve réduisent bien l'ensemble des preuves disponibles, et de ce fait amoindrissent la probabilité que la décision prise par le juge sur la preuve des faits soit exacte. Mais, il reste possible pour le juge, à la lumière de ces éléments de preuve, de dire rationnellement, au moment de sa décision, qu'il existe des éléments suffisants en

---

61 J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, spéc. pp. 44 et s. ; W. Twining, *Rethinking Evidence*, *op. cit.*, spéc. pp. 196 et s. ; M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, spéc. pp. 358 et s.

62 Pour une discussion critique sur ce point : v. M. Damaška, « Free proof and its detractors », *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 343-357.

63 Sur la diffusion du principe de liberté de la preuve au sein des pays « continentaux », v. M. Taruffo, *La prueba*, trad. L. Manríquez et J. Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008, spéc. pp. 132-137 ; C. Tournier, « Le rayonnement du principe de la liberté des preuves en droit pénal comparé », *RRJ*, n° 3, 2008, pp. 1403. Pour une critique de cette réduction de l'empire des règles d'exclusion (et des protections qui y sont attachées) : cf. M. Gascón Abellán, « ¿'Freedom of proof'? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita », *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 52, 2005, pp. 74-85.

64 J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, *op. cit.*, spéc. pp. 45 et s.

65 M. Taruffo, *La prueba*, *op. cit.*, p. 29 : « L'énoncé sur les faits formulé par les parties a, jusqu'à l'adoption de la décision, le statut épistémique de 'l'incertitude'. En réalité, cet énoncé n'est pas autre chose que la formulation d'une hypothèse sur un fait : la partie qui la formule affirme qu'elle est vraie ; mais il appartient au seul juge de décider de sa vérité ou de sa fausseté. Pendant le procès, cette hypothèse est incertaine : elle peut être vraie ou fausse. D'une certaine façon, la fonction de la preuve est d'aider le juge à résoudre ce problème, en lui offrant l'information nécessaire pour décider rationnellement si les hypothèses faites à propos des faits matériels en procès sont vrais ou faux » (traduit par nos soins).

66 Sur cette distinction, cf. J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, pp. 41-49.

faveur de la proposition de fait émise par une partie et de la déclarer prouvée[67]. Une telle affirmation de l'existence d'éléments suffisants en faveur de l'énoncé sur les faits proposé par une partie est ainsi susceptible d'être dite vraie ou fausse[68].

Aux côtés de ces règles portant sur la réunion des preuves, d'autres visent l'appréciation par le juge de la valeur, de la force probante des éléments de preuve réunis[69]. Elles reconnaissent au juge un pouvoir d'appréciation plus ou moins important. Dans un système de preuve libre, le juge se voit expressément conféré pleine liberté pour apprécier les éléments de preuve qui lui sont présentés. En droit français, la règle de « l'intime conviction » (art. 427 C. proc. pén.) établie pour le procès pénal signifie que le juge n'est soumis à aucune limitation de nature juridique dans l'appréciation qu'il fera des preuves disponibles[70]. Il en va de même de la preuve des actes de commerce à l'égard des commerçants (art. L. 110-3 C. com). Pour le procès civil, la règle n'est exprimée qu'indirectement puisque les dispositions de l'article 1341 du Code civil s'analysent comme des règles spéciales instituant une exception.

Cela étant, cette liberté conférée au juge ne l'autorise pas à livrer une appréciation irrationnelle des éléments de preuve disponibles : il est tenu par les règles générales de rationalité et de logique[71]. Certains systèmes juridiques énoncent expressément que le juge doit apprécier les éléments de preuve qui lui sont présentés de manière rationnelle[72], sans du reste que ces règles de logique, de raison et d'expérience se trouvent explicitées[73]. Une telle règle n'est pas formulée

---

67 J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, *op. cit*., p. 47. V. également M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit*., spéc. pp. 343-349.

68 Ce qui n'implique pas nécessairement que l'énoncé sur le fait disputé soit lui-même vrai (J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, *op. cit*., p. 46 et note 31). En effet, il ne s'agit pas de savoir ici si l'activité probatoire permettra *effectivement* d'établir la vérité d'un fait mais plus exactement de déterminer si l'existence de règles sur l'activité probatoire empêche la mise en œuvre d'une notion de preuve permettant de tirer des conclusions vraies à partir d'un ensemble donné d'éléments de preuve.

69 Pour une présentation de la distinction classique dans la théorie analytique de la preuve entre la réunion des preuves, l'appréciation de la force probante, la décision sur les faits prouvés et la décision judiciaire subséquente, cf. T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, 2d ed., Cambridge University Press, 2005, p. 230 et l'article original de D. Schum, « Probability and the processes of discovery, proof, and choice », *Boston University Law Review*, vol. 66, n° 3-4, 1986, spéc. p. 830-846.

70 M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit*., p. 396 ; M. Gascón Abellán, *Les hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2010 [1999], p. 142.

71 V. M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, spéc. pp. 387-402 ; J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, pp. 53 et s.

72 Voir notamment la règle de *sana crítica racional* instituée en Espagne et dans certains systèmes juridiques d'Amérique latine : articles 316. 2 (appréciation de l'interrogatoire des parties), 348 (appréciation du rapport d'expertise) et 376 (appréciation des déclarations des témoins) de la *Ley de Enjuiciamento Civil* espagnole ; article 386 du *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* argentin ; articles 187, 216, 261, 264 et 278 du *Código de Procedimiento Civil* colombien...

73 Pour une tentative de clarification, v. notamment J.-C. Cabanas Garcia, *La valoración de las pruebas y su control en el procesos civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Editorial Trivium, 1992, spéc. pp. 132-141.

en droit français. De plus, l'appréciation souveraine des juges du fond sur la matérialité des faits peut sembler les placer à l'abri de tout contrôle sur ce point. Cependant, de tels errements par les premiers juges seraient susceptibles d'être détectés en appel. Leur décision serait aussi exposée à la censure de la Cour de cassation pour dénaturation des éléments de preuve, en particulier des preuves documentaires. De même, un raisonnement illogique ou irrationnel sur les preuves soutenu par une partie pourrait se heurter à la contestation de l'autre à l'occasion de la mise en œuvre du principe de la contradiction, soit dans la formation des preuves (témoignages, expertises...), soit dans leur discussion. La teneur des règles de raison et de logique que doit suivre le juge dans l'appréciation qu'il fait des preuves demeure peu explorée par les juristes. Les auteurs qui s'y sont essayés[74] prennent appui, pour l'essentiel, sur les travaux de philosophes des sciences (notamment Carl G. Hempel) pour étendre au contexte judiciaire les critères de corroboration des hypothèses dégagés par la philosophie des sciences. Les critères de scientificité identifiés par la philosophie des sciences à propos de l'activité savante se trouvent ainsi transposés à l'administration de la preuve dans le procès, du moins lorsque la preuve est libre.

La situation diffère en revanche dans les systèmes de preuve légale. Ceux-ci se caractérisent par la présence de règles sur le *résultat probatoire*, par lesquelles le législateur attribue *ex ante* un résultat probatoire donné à un *type* de moyen de preuve (ex. un acte authentique, un acte sous seing privé, un aveu...), et non à un élément de preuve individualisé (ex. tel acte authentique, tel acte sous seing privé, tel aveu...). Constatant la présence de ce mode de preuve, le juge est tenu d'en tirer les conséquences que la loi prévoit et de déclarer le fait prouvé. De ce fait, ainsi que le remarque Jordi Ferrer Beltrán[75], la *notion de preuve* utilisée dans un système de preuve légale diffère de celle mise en œuvre lorsque la preuve est libre : alors que dans ce dernier cas, la preuve résulte de l'appréciation (qui peut être soumise à un contrôle de rationalité) d'un ou de plusieurs *éléments de preuve individualisés*, elle est le résultat d'un *type de mode de preuve* lorsque la preuve est légale. Il en résulte que la décision du juge selon laquelle un fait est prouvé (énoncé déclaratoire de fait prouvé) ne résulte pas d'une appréciation des éléments de preuve disponibles : elle « n'est pas autre chose que la conséquence juridique attachée par une norme juridique à la preuve de l'occurrence d'un fait et (...), par conséquent, *elle n'est pas susceptible d'être dite vraie ou fausse* »[76]. En cela, « la principale différence entre les énoncés déclaratoires de faits prouvés pris en

[74] Voir notamment L. Ferrajoli, *Derecho y razón . Teoría del garantismo penal [Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale]*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. Carlos Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, prólogo de N. Bobbio, Madrid, Editorial Trotta, 1995 [1989], spéc. pp. 141 et ss. ; M. Gascón Abellán, *Les hechos en el derecho*, *op. cit.*, pp. 144-167 ; D. González Lagier, « Los hechos bajo sospecha. La objetividad de los hechos y el razonamiento judicial », in P. Comanducci e R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto*, Turin, Giappichelli, 2000, pp. 69-87 ; D. González Lagier, « Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II) », *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 47, 2003, spéc. pp. 41-45 ; J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, spéc. pp. 61 et s.

[75] J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, *op. cit.*, pp. 50 et s.

[76] *Ibid. eod. loc.*, p. 54 (italiques ajoutées).

compte par les juges pour trancher les litiges qui leur sont soumis dans un système de preuve légale par rapport à un système de preuve morale, résiderait dans l'impossibilité d'attribuer valeur de vérité ou de fausseté aux premiers »[77].

Conclusion

Ainsi que l'illustrent les travaux de Jordi Ferrer Beltrán, les auteurs inscrits dans la tradition rationaliste de la preuve reconnaissent bien une spécificité de la preuve en droit, qui est susceptible de justifier l'affirmation selon laquelle la preuve juridique (entendue ici comme la preuve dans le procès) présente un caractère irréductible à l'activité probatoire orientée vers la production de connaissances scientifiques. Cependant, cette spécificité n'est pas générale. Elle n'existe que dans la sphère où la preuve est régie par un système de preuve légale : lorsque le droit positif comporte des règles sur l'appréciation des éléments de preuve par le juge, celui-ci n'évalue pas le caractère suffisant des éléments de preuve présentés pour pouvoir considérer que le fait contesté est prouvé ; il se borne à constater l'existence d'un mode de preuve prévu par la loi et à en tirer les conséquences légales. Ainsi, alors que son appréciation du caractère suffisant des *éléments de preuve* présentés est susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire de rationalité, la déduction qu'il tire de l'existence d'un *mode de preuve* ne se prête qu'à un contrôle de légalité.

La spécificité de la preuve juridique est ainsi bornée par l'étendue de la preuve légale dans le procès. Or, l'histoire du droit de la preuve montre que l'appréciation libre de la preuve, traditionnellement ancrée dans les pays de *common law*, s'est progressivement imposée dans les pays de droit romano-germanique[78], à mesure de la structuration d'une profession judiciaire digne de recevoir la confiance[79] et contre les errements de laquelle il n'était plus nécessaire de se prémunir par une arithmétique légale de la preuve (les preuves pleines, les demi-preuves, les quart de preuves[80]...), et à mesure de la solidification d'une profession notariale organisée. En France, la preuve légale ne s'épanouit plus que dans quelques secteurs résiduels – mais dont l'importance est loin d'être négligeable : la preuve des actes juridiques dont la valeur excède 1 500 euros[81] (art. 1341 et s. C. civ.), la preuve par aveu judiciaire (art. 1356 C. civ.) ou par serment décisoire (art. 1365 C.

---

77 *Ibid. eod. loc.*, p. 54. V. également J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, p. 46.

78 C. Tournier, « Le rayonnement du principe de la liberté des preuves en droit pénal comparé », *loc. cit.*, p. 1414 : « (…) quels que soient les pays, il n'existe pas de séparation nette entre le système de preuves légales et celui de la preuve morale (il s'agit d'une distinction théorique). Que l'on se trouve dans le système romano-germanique ou dans celui de la Common law, tous admettent le principe de la libre appréciation des preuves. (…) Au-delà de la réglementation spécifique de la preuve selon les pays, la règle générale est bien le principe de la liberté des preuves associé à la liberté de juger selon son intime conviction (...) ».

79 Cf. M. Taruffo, *La prueba*, *op. cit.*, spéc. p. 134.

80 Cf. J.-Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Sirey, « Annales de l'Université de Lyon », 1939.

81 Décret n° 2004-836 du 20 août 2004, *JO* 22 août 2004.

civ.), et enfin, la preuve des contraventions (art. 537, al. 1 C. proc. pén.).

En dehors de ces cas de figure, la tradition rationaliste conduit logiquement à nier que la preuve juridique présente une *nature* différente de celle de la preuve administrée dans le cadre de l'activité scientifique. Toutes deux sont encadrées par des règles, plus ou moins nombreuses et contraignantes ; toutes deux appellent une appréciation des preuves disponibles pour déterminer le degré de corroboration d'une hypothèse de fait contestée. En cela et pour l'essentiel, la preuve en science comme la preuve en droit – que l'on entende par là la preuve dans le procès ou la preuve dans la production de connaissances sur le droit – méritent d'être considérées au moyen d'un appareillage conceptuel similaire prêtant attention à la manière dont le destinataire de l'activité probatoire *apprécie* la preuve, *raisonne à partir des éléments de preuve disponibles* et *décide* qu'un fait est prouvé.