

Institut Grand-Ducal

ACTES
de la Section
des Sciences Morales et Politiques

KINSCH Patrick

Probabilité et certitude dans la preuve en justice (08.12.2008)

Volume XII



**Luxembourg
2009**

Séance du 8 décembre 2008

PROBABILITÉ ET CERTITUDE DANS LA PREUVE EN JUSTICE

par
Patrick Kinsch

Né en 1962, Patrick Kinsch est avocat au barreau de Luxembourg depuis 1988. Il a été professeur associé à l'Université Robert Schuman de Strasbourg et est actuellement professeur invité à l'Université du Luxembourg.



Les tribunaux cherchent à fonder leurs jugements sur des faits qui correspondent à la réalité. Pourtant, le processus probatoire n'aboutit pas toujours et nécessairement à la vérité : constat désabusé peut-être mais constat réaliste, auquel parviennent ceux qui étudient les mécanismes de la preuve en justice et aussi, parfois, ceux qui les subissent. Aussi bien, il est admis que la preuve judiciaire, « comme toute preuve historique, ne peut conduire à une certitude absolue ». Mais dire qu'en raison des limitations inhérentes à la procédure judiciaire, l'appréciation des preuves en justice consiste toujours, ultimement, à peser des probabilités plutôt qu'à retenir des certitudes géométriques ne répond pas à la question essentielle : de quel degré de probabilité le juge est-il censé se contenter ?

Table des matières

Introduction.....	3
I. – La justice pénale : consensus sur le critère de la preuve	7
A. – « Beyond a reasonable doubt »	7
B. – Qu'est-ce qu'un doute « raisonnable » ?	13
II. – La justice civile : vraisemblance ou certitude morale ?	18
A. – Les deux principaux modèles de définition du critère de la preuve en matière civile	18
B. – Le cas du droit français, belge ou luxembourgeois	22
III. – Un problème transversal : la preuve purement statistique	31

PROBABILITÉ ET CERTITUDE DANS LA PREUVE EN JUSTICE*

1. Nous partirons d'un postulat de base : l'idée que, lorsqu'il s'agit des faits pertinents pour rendre un jugement, la recherche de la vérité n'est pas indifférente aux tribunaux. Les tribunaux, dirons-nous non sans plausibilité, cherchent à découvrir la vérité et à rendre leurs jugements en fonction de la vérité découverte. Cette idée est indispensable à la confiance du public à l'égard de la justice et, au-delà, à la représentation que la justice se fait d'elle-même¹.

Il est vrai qu'il existe (*ailleurs*, évidemment) un autre type de justice, celui d'une justice autoritaire qui privilégie, par rapport au souci de la vérité, soit des considérations politiques, soit la commodité des magistrats. L'exemple – négatif – de la subordination de la justice au politique se rencontre dans les actes du plus célèbre procès de l'humanité, ou du moins de celui qui a été le plus célèbre de l'humanité, un procès politique, lointain dans le temps et dans l'espace, devant un juge qui cumulait les fonctions judiciaires avec des fonctions administratives et ne fournissait ainsi aucune garantie d'impartialité. Le dialogue suivant aurait eu lieu entre le juge et l'accusé :

Le juge : « Toi, tu es donc roi ? »

* *Ont été intégrés dans le texte écrit de cette conférence des passages destinés à la publication dans une contribution qui paraîtra, sous le titre « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », dans les Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr (De code en code, Dalloz 2009).*

1 « Il semble difficilement concevable » – selon un arrêt de la Cour d'appel du 12 mai 2004 (*Pas. lux.* 32, 537, 542) qui rejette l'idée que le droit au procès équitable impliquerait un droit de s'opposer à la recevabilité de certains témoignages – « qu'il faille entendre par procès équitable au sens de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, celui dans lequel, au nom précisément des droits de l'homme, la justice serait à rendre à partir d'une "vérité" laissée délibérément incertaine, fictive, alors pourtant qu'il reste des moyens de preuve réguliers à exploiter ». – On peut certes vouloir contester que la preuve en justice tend à la recherche de la vérité, mais on le fera alors d'un point de vue sociologique (et pessimiste) plutôt que normatif : v. spéc. X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, 1994 (le véritable but du système probatoire ne serait pas la découverte de la vérité mais la légitimation de l'activité de l'institution judiciaire).

L'accusé répond : « C'est toi qui dis que je suis roi. Moi, si je suis né et si je suis venu dans le monde, c'est pour rendre témoignage à la vérité. Quiconque est de la vérité entend ma voix. »

Pilate (puisque c'est de lui qu'il s'agit) lui dit : « Qu'est-ce que la vérité ? »².

Très peu de personnes apprécient ce type de juge, qui affiche ouvertement son mépris de la vérité (Nietzsche, il est vrai, dans l'*Antéchrist*, relève que ce « Qu'est-ce que la vérité ? » est la seule parole des Evangiles qui ait une quelconque valeur³).

2. Un autre exemple d'un juge indifférent la vérité est un exemple le cas échéant plus sympathique, celui du juge Bridoye qui apparaît chez Rabelais, dans le *Tiers Livre*. Ce juge a l'habitude de « sentencier les procés au sort des dez », c'est-à-dire de ne pas statuer sur les pièces du procès mais, pendant son délibéré, de jeter les dés, d'abord pour le demandeur puis pour le défendeur et de donner raison à celle des parties qui a obtenu le plus de points. Pendant quarante ans, on le remarquera, tous ses jugements ont été confirmés en appel (dans 2.309 cas pour être précis), sauf un seul, le dernier en date. Appelé à comparaître devant la juridiction d'appel et interrogé sur sa pratique curieuse par le grand Président Trinquamelle (« Quels dez mon amy entendez-vous ? »), le juge se montre impénitent et même impertinent, en faisant observer au Président qu'il se sert des « dez des jugements. Et des quelz dez vous aultres messieurs ordinairement usez en ceste vostre Court souveraine, aussi font tous aultres juges en decision des procés »⁴.

2 *Jn 18, 37-38.*

3 § 46 : « Habe ich noch zu sagen, dass im ganzen neuen *Testament* bloß eine einzige Figur vorkommt, die man ehren muss? Pilatus, der römische Statthalter. [...] Der vornehme Hohn eines Römers, vor dem ein unverschämter Missbrauch mit dem Wort "Wahrheit" getrieben wird, hat das neue *Testament* mit dem einzigen Wort bereichert, das Wert hat, – das seine Kritik, seine Vernichtung selbst ist: "was ist Wahrheit!" ...».

4 *Tiers Livre, chap. XXXIX* (les états de service du juge Bridoye font l'objet de la fin du chapitre XXXVI). Le chapitre XXXIX tout entier, ainsi que les chapitres XL à XLII qui le suivent, sont rédigés de manière savoureuse (pour ceux qui apprécient l'humour rabelaisien), en parodie du style juridique de l'époque. Ainsi à la fin du chapitre XXXIX : « Cela faict (demandoit Trinquamelle) comment sententiez vous, mon amy ? – Comme vous aultres messieurs, respondit Bridoye. Pour celluy je donne sentence du quel la chanse, livrée par le sort du dez, judiciaire, tribunian, praetorial, premier advient. Ainsi commendent nos droictz, ff. qui po. in pig., l. potior. leg. creditor, C. de consul, l. j. et de reg. jur., in vj : Qui prior est tempore potior est jure ».

L'exemple – on hésiterait à parler d'un modèle – du juge Bridoye a l'avantage de nous rapprocher du thème de cette conférence. Le jeter de dés, c'est l'instrument du plus pur hasard, mais aussi un instrument qui est mesurable à l'aide du calcul des probabilités. Le juge Bridoye aura ainsi eu l'intuition que dans le jugement du litige, la probabilité joue un rôle éminent – mais il en aura tiré la conséquence, un peu indue, qu'il valait mieux laisser entièrement au hasard l'appréciation des faits, et même le jugement en droit des procès.

3. Le Code d'instruction criminelle et le Code de procédure civile ne prévoient pas le recours aux « dés des jugements », mais au contraire des mesures d'instructions subtilement réglementées. Néanmoins, il est généralement reconnu qu'il serait illusoire d'espérer atteindre, dans tous les procès, la vérité absolue quant aux faits. La parfaite certitude est étrangère à la preuve en justice et ce n'est que rarement que les tribunaux s'avancent plus loin, vraisemblablement trop loin, en énonçant, à l'exemple des juridictions administratives luxembourgeoises, que le juge doit vérifier si les faits « sont matériellement établis à l'exclusion de *tout doute* »⁵.

En réalité, les plus classiques des auteurs – Aubry et Rau, en matière civile – admettent que « la preuve judiciaire, qui, comme toute preuve historique, *ne peut conduire à une certitude absolue*, a pour objet de convaincre le juge, en cette qualité, de la vérité des faits sur lesquels elle porte »⁶, et Etienne Bartin, dans une note sous ce passage d'Aubry et Rau, ajoutera que « nous savons que la preuve judiciaire se ramène invariablement à une probabilité plus ou moins grande, à une vraisemblance plus ou moins accusée »⁷. La même idée se retrouve chez les meilleurs auteurs⁸ ; on ne les contredira pas.

5 *V. les nombreuses décisions citées à la Pas. ad. 2008, v^o Recours en annulation, n^o 13 ; comp., en jurisprudence française, exigeant une « absolue certitude », Colmar 24 juin 1994, J.C.P. 1995, II, 22462, 2^e esp., note Boulanger, en matière de preuve de l'absence de volonté matrimoniale dans le cadre d'une demande en annulation d'un mariage.*

6 *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. XII, Paris, 1922, § 749.

7 *Ibid.*, note 19bis (p. 84).

8 *J. Carbonnier, Droit civil, vol. I, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n^o 174 : « Prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car, dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité), du moins comme probable » ; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Paris, 1964, p. 22 ; v. aussi H. Batiffol, « Observations sur la preuve des faits » in *La preuve en droit* (Ch. Perelman et P. Foriers, dir.), Bruxelles, 1981, p. 302, 305, 308.*

Mais dire qu'en raison des limitations inhérentes à la procédure judiciaire, l'appréciation des preuves en justice consiste toujours, ultimement, à peser des probabilités plutôt qu'à retenir des certitudes géométriques ne répond pas à la question essentielle : de quel degré de probabilité le juge est-il censé se contenter ? Il existe une différence importante, et parfois décisive, entre un système qui n'admet que des preuves qui permettent au juge d'atteindre un degré de conviction qui relève de la (quasi-) certitude, et un système qui partirait au contraire de l'idée que c'est, de la version des faits du demandeur et de celle du défendeur, celle qui est en définitive, toutes preuves considérées, *la plus vraisemblable* qui doit l'emporter. Car c'est bien d'un système, et d'un système normatif, qu'il s'agit : en tout cas, répondre que « tout est une question d'intime conviction du juge, insusceptible d'un contrôle normatif » ne saurait être satisfaisant. Ce n'est pas à des juges, ou tribunaux, individuels qu'il appartient de résoudre, intimement et secrètement, cette question : c'est une question d'ordre juridique – aux soubassements politiques et éthiques⁹ –, et qui doit à ce titre être résolue par des règles préexistantes et prévisibles.

4. Ce problème est évidemment important, mais il est remarquable qu'il n'a pas de véritable nom en droit français, belge ou luxembourgeois. C'est ce qui fait la première utilité d'une excursion en droit comparé : dans d'autres systèmes juridiques, il existe, sur ce point, des outils conceptuels bien plus élaborés.

En droit anglo-américain, c'est la notion de *standard of proof* qui correspond à cette question ; dans les droits germaniques, il sera question du *Beweismaß*. Traduisons. Littéralement, « standard of proof » donne « standard de preuve » ou « norme de preuve », deux expressions dont nous avouerons qu'elles nous semblent bien trop abstraites pour être retenues sans nécessité¹⁰. « Beweismaß » donne, littéralement, « mesure de la preuve », ce qui pourrait être une traduction acceptable. Mais la méthode préférable

9 A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005, p. 12 et s. (l'auteur met l'accent sur la dimension politique et morale de cet aspect du droit de la preuve, par opposition à la dimension plutôt épistémologique qui reviendrait à d'autres aspects de ce droit).

10 Néanmoins, la première expression est proposée à titre de traduction, ou plutôt d'« anglicisme difficilement évitable s'agissant d'une notion qui n'est pas connue du droit français », par A.-L. Sibony et E. Barbier de la Serre, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTD eur.* 2007, 205, 205-206. La seconde apparaît dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada : *v. ainsi les versions anglaise et française de l'arrêt R. c. Russell [2000] 2 R.C.S. 731* qui a trait au « sens de la norme de preuve en matière pénale et [à] son application ».

peut-être, en tout cas la plus empirique, s'inspirera de la jurisprudence plurilingue de certaines juridictions nationales¹¹ ou internationales. En Suisse, le *Beweismaß* correspond au « degré de la preuve »¹², ce qui est une excellente traduction. Néanmoins nous emploierons ici la traduction de *standard of proof* par « critère de la preuve », qui se trouve utilisée par deux juridictions internationales qui travaillent en français et en anglais, la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme¹³.

5. A partir de là, cette conférence sera divisée en trois parties :

- la première sera consacrée à la justice pénale, où nous verrons qu'il y a un véritable consensus, en droit comparé, sur le critère de la preuve ;
- la deuxième aura trait à la justice civile, où au contraire il existe une différence importante entre deux systèmes radicalement opposés ;
- la troisième enfin ajoutera quelques remarques sur un problème transversal, celui de l'utilisation explicite des outils de la statistique et des mathématiques pour calculer la valeur des preuves.

I.– La justice pénale : consensus sur le critère de la preuve

A.– « Beyond a reasonable doubt »

6. Pour définir le critère de la preuve en matière pénale, il n'y a pas de meilleure formule que celle qui est traditionnellement utilisée en droit anglo-américain : l'accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit démontrée « au-delà de tout doute raisonnable » (*beyond*

11 En écartant néanmoins la jurisprudence canadienne et sa « norme de preuve » (cf. la note précédente).

12 *TF* 19 décembre 2006, *ATF* 133 III 81, 88-89; *v. aussi* F. Hohl, « *Le degré de la preuve* », *Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg, 1991, p. 125 et s., et du même auteur *Procédure civile*, t. I, Berne, 2001, n° 1057 et s.

13 *C.I.J.*, arrêt du 26 février 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, par. 202 et s. utilise les expressions « critère d'établissement de la preuve » (par. 208) ou « critère [s'appliquant à la preuve] » (par. 209) ; *C.E.D.H.*, arrêt du 28 février 2008, *Saadi c. Italie [GC]*, n° 37201/98 mentionne le « critère de preuve » (§ 122), mais aussi le « niveau de preuve » (§ 140). L'expression « critère de la preuve » apparaît dans l'arrêt de la Cour européenne du 30 juin 2008, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, § 64. – Pour être complet, on relèvera qu'en droit communautaire, la référence au « niveau de preuve » ou « degré de preuve » paraît usuelle : *C.J.C.E.* 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. I-987, points 37* respectivement 41 ; *v. également le considérant 5 du règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, J.O.C.E. L1 du 4 janvier 2003*.

a reasonable doubt)¹⁴. La formule a été développée en Angleterre au XVIII^e siècle ; elle était fermement en place lors des procès pour trahison qui eurent lieu en Irlande vers 1795 où elle fut utilisée tant par les avocats que par les juges, et avait été préparée par l'évolution de la jurisprudence et, au-delà, par le mouvement des idées¹⁵. Mais son intérêt particulier tient à ce qu'elle correspond à une idée en substance commune aux différents systèmes juridiques. D'abord quant à sa rationalité profonde. Si dans le cadre du processus probatoire des erreurs sont inévitables, les tribunaux doivent chercher à éviter un type d'erreur plus particulièrement : c'est la condamnation d'un innocent qui, bien plus que l'acquittement d'un coupable, trouble la confiance et le respect du public à l'égard de l'administration de la justice pénale ; et surtout un critère de la preuve moins exigeant méconnaîtrait le poids de la présomption d'innocence, ce que la Cour Suprême des Etats-Unis a appelé l'« intérêt transcendant » de l'accusé à sa liberté¹⁶. C'est pourquoi l'application, en matière pénale, de ce critère de la preuve est considérée en jurisprudence américaine comme seule conforme aux exigences constitutionnelles¹⁷.

Mais la conception fondamentale derrière cette formule n'a rien de particulièrement américain, ni de particulièrement anglais ; elle devrait caractériser, au contraire, la justice pénale dans tous les Etats de droit. Sans vouloir affirmer que l'Empire romain était en tous points conforme à cet idéal moderne, on peut relever que l'idée de base se rencontre même dans un texte de droit romain : le *Digeste* rapporte un rescrit de l'empereur Trajan selon lequel il valait mieux laisser impuni le crime d'un coupable plutôt que de condamner un innocent¹⁸.

14 *Cross and Tapper on Evidence*, 11^e éd., Oxford, 2007, p. 169 et s.; *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul (Minn.), 2006, vol. II, § 341, p. 490 et s.

15 B. Shapiro, « *To a Moral Certainty* »: *Theories of Knowledge and Anglo-American Juries, 1600-1850* », 38 *Hast. L.J.* 153 (1986) et, du même auteur, le premier chapitre de *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkeley/Los Angeles, 1991. On trouvera dans les écrits de M^{me} Shapiro une archéologie très précise du concept du *reasonable doubt* et de ses racines philosophiques et théologiques à partir du XVI^e siècle anglais.

16 *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 525-526 (1958) ; *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970).

17 V. notamment les arrêts cités à la note précédente, ainsi que *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994). Ces arrêts font application de la notion constitutionnelle de *due process*.

18 *Dig. 48, 19, 5 (Ulpien)*, « *divus Traianus [...] rescripsit : satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* ». – Pour d'autres références anciennes, des provenances les plus diverses, v. W.M. Best, *A Treatise on the Principles of Evidence*, 2^e éd., Londres, 1854, § 49, note (k), p. 48.

7. Il est certes possible de voir des choses différemment, mais ce sera moyennant renonciation à l'idée même d'Etat de droit et de libertés publiques – renonciation qui, lorsqu'elle intervient dans un but sécuritaire, peut constituer une tentation permanente et potentiellement actuelle¹⁹, mais que nous préférions illustrer par des exemples anciens. Joseph de Maistre, ancien magistrat et grand contre-révolutionnaire, donne dans ses *Soirées de Saint-Pétersbourg*, au début du XIX^e siècle, sa propre théorie de la « loi divine et visible pour la punition du crime », assurée « sur toute la surface du globe par une action constante de tous les gouvernements de la terre ». Mais qu'en est-il d'une affaire comme l'affaire Calas, dans laquelle avait été exécuté (selon Voltaire, non selon de Maistre) un innocent ? Voici la réponse donnée par le Comte qui, dans les *Soirées*, paraît être le porte-parole de Joseph de Maistre :

« Ne vous excusez pas, car vous me rendez service en me faisant penser à ce jugement fameux qui me fournit une preuve de ce que je vous disais tout à l'heure. Rien de moins prouvé, messieurs, je vous l'assure, que l'innocence de Calas. Il y a mille raisons d'en douter, et même de croire le contraire [...].

Mais laissons là *Calas*. Qu'un innocent périsse, c'est un malheur comme un autre, c'est-à-dire commun à tous les hommes. Qu'un coupable échappe, c'est une autre exception du même genre. Mais toujours il demeure vrai, généralement parlant, qu'il y a sur la terre un ordre universel et visible pour la punition temporelle des crimes »²⁰.

Il est clair qu'avec une conception comme celle-là, qui fait apparaître l'impunité d'un coupable comme un malheur ni plus, ni moins important que la condamnation et même l'exécution d'un innocent, un autre critère de la preuve que l'exigence d'une preuve au-delà de tout doute raisonnable se justifie parfaitement ; on peut en déduire, avec une logique sécuritaire

19. S. Azizi, « *Un voile sur la liberté* », *Ann. dr. lux.* 17 (2007-2008) 17.

20. J. de Maistre, *Les Soirées de Saint-Pétersbourg ou Entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence* [1821], rééd. Paris, Robert Laffont, 2007, p. 471-472. Cf., dans la même veine, l'opinion du « celebrated Dr. Paley » (W. Paley, *Moral and Political Philosophy*, 1785) citée et critiquée par Best, *op. cit.* (note 18), p. 49 : « *The security of civil life, which is essential to the value and the enjoyment of every blessing it contains ... is protected chiefly by the dread of punishment. ... Courts of justice should not be deterred from the application of these rules by every suspicion of danger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather to reflect, that he who falls by a mistaken sentence, may be considered as falling for his country* », etc.

froide, qu'il suffit de 50% de probabilité pour retenir la culpabilité de l'accusé (ou peut-être, pour tenir compte de ce qui reste – dans ce système – de la présomption d'innocence, de 51%)²¹. Ou, à la limite, il peut suffire de moins de 50% dans les cas les plus graves ; Beccaria rappelait à la fin du XVIII^e siècle « cet axiome de fer », « cette maxime affreuse », ce « principe révoltant », mais affirmé par les criminalistes de son temps, selon lequel « dans les délits les plus atroces, c'est-à-dire, les moins probables, les plus légères circonstances suffisent, et le juge peut se mettre au-dessus des lois »²².

8. Aujourd’hui au contraire, au moins sur le plan normatif (c'est-à-dire en faisant abstraction de la psychosociologie des juges et des jurés criminels²³), et au-delà des différences de formulation dans le droit positif des différents pays, il n'est admis nulle part qu'une personne soit condamnée pénalement par un tribunal qui éprouverait un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé²⁴. Ce principe est considéré, par la jurisprudence strasbourgeoise, comme faisant partie de la garantie d'un procès pénal équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵ ; il vaut évidemment aussi en droit français, belge ou luxembourgeois – même s'il y est parfois indûment obscurci par la notion d'« intime conviction du juge ». La confusion autour de la notion d'intime conviction provient de la formulation élégante, mais insuffisante, de ce qui était l'article 342 du Code d'instruction criminelle français, consacré à la procédure devant la cour d'assises – et par conséquent abrogé en droit luxembourgeois par la

21 *Solution que nous retrouverons, mais en tant qu'élément du droit positif (anglo-américain), à propos du critère de la preuve en matière non plus pénale mais civile, infra, n° 16.*

22 C. Beccaria, *Des délits et des peines* [1764], rééd. Paris, Flammarion, 1979, § VIII, p. 65, note : « *In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi* ».

23 Pour des doutes sur le critère de la preuve réellement appliqué, v. en doctrine italienne M. Taruffo, « *Rethinking the Standards of Proof* », 51 Am. J. Comp. L 659, 665 (2003) ; F. Stella, *Giustizia e modernità*, 3^e éd., Milan, 2003, p. 115 et s.

24 Cf. les rapports nationaux sur « *La preuve en procédure pénale comparée* », actes d'un séminaire international de droit comparé (Syracuse, 1991), *Rev. int. dr. pén.* 1992, p. 11-390.

25 C.E.D.H., arrêt du 6 décembre 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, Série A n° 146, § 77. *Indice supplémentaire de son acceptation générale au niveau international, le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable est expressément utilisé dans l'art. 87(A) des règlements de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et dans l'art. 66 (« Présomption d'innocence »), par. 3 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.* Cf. Liber Fausto Pocar, vol. I, Milan, 2009, p. 432-433.

loi du 17 juin 1987, mais maintenu en Belgique sous sa forme originale, et en France sous la forme légèrement modifiée de l'article 353 du Code de procédure pénale :

« Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations :

La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : “Avez-vous une intime conviction ?” ».

Or il est reconnu par la doctrine française qu'en réalité l'article 353 ne fait que consacrer le principe de la liberté des preuves en matière pénale et n'a pas trait au critère de la preuve²⁶. Compte tenu de son arrière-plan historique (le Code d'instruction criminelle date de 1808), le texte constitue simplement une réaction à l'égard du système de la « preuve légale » de l'Ancien Droit, où les preuves étaient tarifées et ne laissaient en principe aucun pouvoir d'appréciation au juge – tel témoignage valant une demi-preuve, si bien qu'il fallait le témoignage de deux témoins pour confondre l'accusé, et ainsi de suite²⁷.

26 M. Delmas-Marty, « *La preuve pénale* », *Droits* 23 (1996) 53, 59-60. Depuis 2000, l'art. 304 C. pr. pén. français prescrit au président de la cour d'assises de rappeler au jury que le doute doit profiter à l'accusé – donnant ainsi un indice de ce qui est en matière pénale le véritable critère de la preuve.

27 Le texte original de l'article 342 C. instr. crim. en porte des traces, en précisant : « La loi ne leur dit point : “Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins” ; elle ne leur dit pas non plus : “Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve, qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices” ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : “Avez-vous une intime conviction ?” ».

De même les jurisprudences belge²⁸ et luxembourgeoise²⁹ ont pris leurs distances par rapport à la conception qui ferait de l'intime conviction des juges un substitut purement subjectiviste à l'exigence d'une preuve qui ne laisse plus de place à un doute raisonnable. Au Luxembourg, un arrêt de principe de la Cour d'appel énonce que

« s'il est généralement admis que le juge pénal fonde sa décision sur l'intime conviction, il faut cependant que cette conviction résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés dans les formes ; qu'en d'autres termes, sa conviction doit être l'effet d'une preuve, conclusion d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable »³⁰.

9. En définitive, le critère de la preuve en matière pénale est la certitude des faits sur lesquels porte l'accusation – ou plus précisément, pour employer un terme au charme un peu désuet, leur certitude morale, ce terme étant destiné à désigner le degré de certitude suffisant pour les besoins de la vie pratique, qui ne laisse précisément plus de place au doute raisonnable³¹. Mais, au juste :

28 Cass. 10 novembre 1992, Pas. b. 1992, I, 1247 ; 23 décembre 1998, aff. Agusta-Dassault, Pas. b. 1998, I, 1256, 1279.

29 Cour d'appel 4 novembre 1974, Pas. lux. 23, 40 ; 14 juin 2002, Codex 2003, 22 ; 29 novembre 2005, BIJ 2006, 123.

30 Cour d'appel 4 novembre 1974, préc. L'arrêt poursuit « que la vraisemblance, même très grande, surtout lorsqu'elle ne résulte comme en l'espèce que d'une preuve circonstancielle, ne saurait à elle seule former la conviction du juge pénal, puisque cette preuve est par nature indirecte, complexe et fragmentaire, rendant peu sûres les inférences tirées du concours des indices recueillis contre le prévenu ; que la vraisemblance du fait imputé au prévenu peut finalement n'être qu'un concours de circonstances fondé sur une preuve par indices non pas univoques, mais équivoques ».

31 C. Beccaria, *op.cit.* (note 22), §VII, p. 60-61 ; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., t. IV, Paris, 1866, § 1760. L'expression « certitude morale » reste utilisée actuellement, occasionnellement, en droit italien et dans le droit du Massachusetts (McCormick, *op. cit.* [note 14], p. 492-493 n. 9). L'inconvénient de l'emploi contemporain du terme « certitude morale » est qu'il est susceptible d'être compris (à tort) dans le sens d'un renvoi à une conviction subjective ou émotionnelle, raison pour laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis en désapprouve certaines utilisations dans des instructions aux jurys : *Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990) ; *comp. Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 13-17 (1994).

B.– Qu'est-ce qu'un doute « raisonnable » ?

10. C'est en essayant de répondre avec précision à cette question que l'on trouve des réponses tantôt rassurantes, tantôt inquiétantes. Une chose est acquise : la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » ne signifie pas la preuve au-delà de tout doute tout court. Même en matière pénale, la vérité absolue et la certitude géométrique ne sont pas atteignables³². Néanmoins, l'importance de la présomption d'innocence est telle que l'absence d'un doute raisonnable devrait être appréciée de manière rigoureuse et exigeante. Mais l'est-elle toujours ?

11. Commençons par le droit anglais. La définition classique du critère de la preuve (d'ailleurs tant en matière pénale qu'en matière civile) figure dans un jugement du juge Denning dans l'affaire *Miller v. Minister of Pensions* de 1947³³. Le jugement explique que le degré de la preuve n'a pas besoin d'atteindre la certitude, mais qu'il doit atteindre « un haut degré de probabilité » (« a high degree of probability »). La preuve au-delà de tout doute raisonnable ne signifie pas la preuve au-delà de l'ombre d'un doute (« beyond the shadow of a doubt »), car

« the law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice ».

Il y a preuve au-delà de tout doute raisonnable, énonce le juge Denning, lorsque les preuves présentées contre l'accusé sont si fortes qu'elles n'admettent plus qu'une « possibilité éloignée en sa faveur », qu'il est possible d'écartier avec la phrase « bien sûr que c'est possible, mais ce n'est pas probable du tout ». Ses explications sont devenues classiques³⁴. Evidemment, elles permettent de faire entrer une part de subjectivité dans l'appréciation du caractère raisonnable du doute. Ne pas se laisser influencer par des possibilités fantaisistes (« fanciful possibilities »), pour ne pas mettre en danger la protection de la communauté contre les crimes, peut signifier simplement ne pas aller jusqu'à admettre systématiquement

³² Cf. *Victor v. Nebraska*, préc., p. 14 : « the beyond a reasonable doubt standard is itself probabilistic ».

³³ [1947] 2 All E.R. 372.

³⁴ Au point d'être citées et approuvées dans un jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (cf. supra, note 25), T.P.I.Y. 12 juin 2007, Procureur c. Milan Martic, IT-95-11-T, par. 21, note 19.

n’importe quel doute, fût-il de nature philosophique ou méthodique³⁵, et dépourvu de caractère pratique ; cette approche sera acceptable pour tous les juges, sinon pour tous les philosophes. Mais la formule peut signifier aussi, pour d’autres juges ou d’autres jurés, adopter une politique robuste – trop robuste – à l’égard de leurs propres doutes³⁶.

12. Les solutions d’autres systèmes juridiques se caractérisent, eux aussi, par une marge d’appréciation au profit des juges.

En droit allemand, la jurisprudence exigera à la fois un élément subjectif, la conviction du juge portant sur la culpabilité de l’accusé – cette conviction doit, quant à elle, correspondre à une certitude subjective³⁷ – et un élément objectif, la « haute probabilité » des faits reprochés à l’accusé³⁸ ; pendant

³⁵ *Du type du doute dont fait état Descartes dans la première de ses Méditations métaphysiques* [éd. fr. 1647], rééd. Paris, Pléiade, 1953, p. 272 : « Je supposerai donc qu’il y a, non point un vrai Dieu, qui est la souveraine source de vérité, mais un certain mauvais génie, non moins rusé et trompeur que puissant, qui a employé toute son industrie à me tromper. Je penserai que le ciel, l’air, la terre, les couleurs, les figures, les sons et toutes les choses extérieures que nous voyons, ne sont que des illusions et tromperies, dont il se sert pour surprendre ma crédulité. Je me considérerai moi-même comme n’ayant point de mains, point d’yeux, point de chair, point de sang, comme n’ayant aucun sens, mais croyant faussement avoir toutes ces choses ».

³⁶ Un contre-exemple, dans le bon sens, est l’arrêt d’une Cour d’appel australienne qui annule une condamnation pour appel téléphonique malveillant, prononcée par un jury au vu de l’identification technique de l’appelant comme étant, avec une vraisemblance de 99,96%, l’auteur de l’appel téléphonique, jointe à l’instruction du juge au jury selon laquelle la preuve au-delà de tout doute raisonnable ne signifie pas la preuve « beyond any skerrick of a doubt, beyond any theoretical possibility of a doubt » ; selon la Cour d’appel, la probabilité, de 0,04%, d’une erreur dans l’identification technique de l’accusé signifiait que « [t]here was a real possibility, albeit only a very slight one, that the telephone call trace was inaccurate. Viewed in isolation that evidence would necessarily have raised a reasonable doubt », si bien que l’instruction du juge était de nature à induire le jury en erreur : R. v. Chedzey (1987) 30 A. Crim. R. 451, 464. Pour une autre décision australienne qui, dans l’intérêt de la protection de la présomption d’innocence, critique la référence, pourtant classique, aux « possibilités fantaisistes », v. R. v. Krasniqi (1993) 69 A. Crim. R. 383.

³⁷ Cf. A. Schoreit, *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 5^e éd., Munich, 2003, § 261, n^o 2.

³⁸ Cf. BGH 19 janvier 1999, NJW 1999, 1562, 1564 – acquittement de l’accusé par la Cour fédérale elle-même, au regard des circonstances de fait constatées par les juges du fond : « Bei dieser Sachlage fehlt endgültig eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung durch die Angeklagten, die aber nach der Rechtsprechung des BGH Voraussetzung für eine Verurteilung wäre [...] und nicht allein durch die, für die Verurteilung freilich zusätzlich erforderliche, subjektive richterliche Überzeugung ersetzt werden kann. Deshalb kann von Rechts wegen eine sichere Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten nicht gewonnen werden ».

longtemps cet élément objectif était défini en jurisprudence comme une « probabilité confinant à la certitude (« Eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit »³⁹) et la formule paraît rester populaire parmi les juristes allemands. Cette combinaison d'un élément subjectif d'intime conviction avec un élément objectif, mais imprécis, de haute probabilité, porte en elle un potentiel de dérive, similaire à celui du droit anglais.

Le droit français (ou belge ou luxembourgeois) est lui-même susceptible de provoquer des inquiétudes, non pas, à nouveau, dans la définition théorique du critère de la preuve, mais dans ses applications pratiques potentielles. Certaines décisions sont rassurantes⁴⁰. Des descriptions de la pratique ou des opinions, pourtant émises par des personnes compétentes, le sont moins. Il en va ainsi d'une intervention de M. Pierre Truche, à l'époque procureur général à la Cour de cassation française, qui a fait observer 1^o que devant les juridictions collégiales, et même si l'un des magistrats est absolument convaincu de l'innocence du prévenu, l'opinion contraire des deux autres l'emporte ; 2^o qu'il n'est pas nécessaire, à la vérité, que cette opinion contraire se fonde sur une certitude absolue, puisqu'il suffit du haut degré de probabilité qui équivaut à la certitude judiciaire. « Alors une décision de condamnation est-elle faite d'un tiers de doute et de deux tiers de probabilité ? »⁴¹.

Autre illustration. M^{me} Michèle-Laure Rassat, professeur émérite des facultés de droit, spécialiste de droit criminel, par ailleurs favorable au rétablissement de la peine de mort, se plaint dans une chronique parue en 2007 dans la *Semaine juridique* de la constitutionnalisation de l'abolition de la peine de mort. Elle trouve que « c'est dommage et, dans un certain sens, irresponsable » ; elle propose de substituer à l'abolition un « système pénal rationnel », dans lequel « nous souhaiterions que le président de la République puisse décider de faire exécuter un tout petit nombre de condamnés dans une série d'hypothèses fixées avec une extrême précision [...] : que la sanction soit prévue par le texte d'incrimination ; que la participation du condamné aux faits soit acquise sans le moindre doute ; que

39 V. p. ex. BGH 25 septembre 1957, BGHSt 11, 1, 3. Cette formule en droit allemand a parfois été reprise en dehors des systèmes juridiques germaniques : v. ainsi les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, maintenu par Cass. 10 novembre 1992, Pas. b. 1992, I, 1247 (« vraisemblance approchant la certitude »).

40 Les trois arrêts luxembourgeois d'acquittement au bénéfice du doute cités supra, note 29, relèvent évidemment de cette catégorie.

41 P. Truche, « Le doute sur le fait ou Le problème de la preuve » in *Le doute et le droit*, Paris, 1994, p. 43, 48.

sa responsabilité ne puisse être discutée ; que la procédure se soit déroulée sans le moindre soupçon d'erreur ; que la condamnation à mort ait été prononcée ; que la cour d'assises ait admis la possibilité d'une exécution à titre de mesure de sûreté »⁴².

Chacun des éléments de cette liste, pour le dire prudemment, est de nature à donner lieu à réflexion. Concentrons-nous sur la question de la preuve : visiblement, pour l'éminente universitaire, la circonstance que la participation de l'accusé aux faits ne soit *pas* acquise sans le moindre doute, ou que sa responsabilité *puisse* être discutée, ou que le déroulement de la procédure donne lieu à des soupçons d'erreur, ne peut empêcher que son exécution (puisque le président de la république n'est censé l'autoriser que sous des conditions extraordinairement restrictives), mais non sa déclaration de culpabilité en elle-même, ni sa condamnation à une peine autre que la peine de mort.

13. C'est aux Etats-Unis que la question de la définition du degré que doit revêtir le doute pour pouvoir être qualifié « raisonnable » a fait l'objet, le plus intensément, d'études scientifiques et de décisions judiciaires. Un bon point de départ pour leur présentation est un jugement du juge Jack B. Weinstein, très spécialisé dans le droit de la preuve⁴³, dans une affaire *United States v. Fatico* de 1978⁴⁴.

Il rappelle d'abord les résultats d'une étude, à l'époque récemment publiée, sur l'approche pratique des magistrats américains face au critère du « doute raisonnable » : un tiers environ des juges sondés, auxquels il était demandé de quantifier ce critère en termes de pourcentage, l'avait placé à 100%, un autre tiers estimait qu'il se situait à 90-95% et la plupart des autres lui donnaient une valeur de 80-85%⁴⁵. En plus, le juge Weinstein a conduit son propre sondage, auprès de ses collègues immédiats au tribunal fédéral dont il faisait partie. Voici les réponses : 80%, 76%, 85%, 90%,

42 M.-L. Rassat, « Mort de la peine de mort », *J.C.P. 2007, Actualités*, 142.

43 Le juge Weinstein est juge à un tribunal fédéral de première instance, le *United States District Court for the Eastern District of New York*, et co-éditeur de l'un des principaux traités pratiques américains du droit de la preuve, *Weinstein's Federal Evidence*.

44 *United States v. Fatico*, 458 F Supp. 388 (E.D.N.Y. 1978). Le jugement a été confirmé en appel par un arrêt sans grand intérêt sur la question du critère de la preuve, 603 F.2d 1053 (2d Cir. 1979).

45 B. Underwood, « *The Thumb on the Scales of Justice : Burdens of Persuasion in Criminal Cases* », 86 *Yale L.J.* 1299, 1311 (1977).

90%, 85%, 95%, 85%, 85% et « Cannot Estimate Numerically »⁴⁶ – étant noté que Weinstein lui-même estimait que la preuve au-delà de tout doute raisonnable atteint un degré de probabilité plus haut que celui admis par la plupart de ses collègues⁴⁷.

Des études postérieures, et des arrêts de la Cour d'appel fédérale pour le 7^e circuit, ont situé à une probabilité de 90% au moins le seuil de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable »⁴⁸.

Certes, dans la plupart des cas de déclaration de culpabilité, la culpabilité de l'accusé sera évidente. Mais s'il faut prendre au sérieux les estimations qui se déduisent de ses études, sondages et décisions, leur signification est que, si pour un juge donné il suffit de 90% de probabilité pour éliminer tout doute raisonnable, il y aura sur 100 accusés dont le cas est douteux, 10 accusés en moyenne qui seront condamnés à tort, afin de pouvoir condamner 90 accusés qui le méritent⁴⁹. Il conviendra de l'expliquer aux

46 p. 410.

47 p. 409 (et v. les développements aux pp. 410-411). Est-il lui-même l'auteur de la réponse « Cannot Estimate Numerically » ? Le jugement ne l'indique pas. Le juge Weinstein souligne en tout cas (p. 411) que « [t]he high probability required in criminal cases, however, does not mean that most guilty people who are tried are acquitted. In almost all cases the guilt is so clear or the doubt so great that precise quantification is of no moment. In some few instances which this court would roughly estimate on the basis of experience as no more than one in ten cases it may make a difference whether the trier's perception of the standard is 80, 90, 95, or 99% ».

48 *Brown v. Bowen*, 847 F2d 342, 345-346 (7th Cir. 1988) ; *Branion v. Gramly*, 855 F2d 1256, 1263, note 5 (7th Cir. 1988), citant C.M.A. McCauliff, « *Burdens of Proof : Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees* », 35 Vand. L. Rev. 1293, 1325-1332 (1982) (moyenne des estimations données lors d'un sondage de juges fédéraux). V. cependant la mise en garde contre l'expression en termes numériques du critère de la preuve en matière pénale, dans une opinion individuelle jointe à un arrêt de la même Cour d'appel fédérale : *United States v. Hall*, 854 F2d 1036, 1044-1045 (7th Cir. 1988) – mise en garde d'autant plus remarquable qu'elle émane du juge Richard Posner, l'un des pionniers du controversé mouvement « law and economics » aux Etats-Unis (cf. R. Posner, « *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration* », 2 *Journal of Legal Studies* 399, 410-415 (1973), sur l'analyse économique de la « optimum probability of convicting the innocent ») et qui n'est pas hostile, par principe, à l'emploi de méthodes mathématiques et statistiques dans l'appréciation des preuves, v. *infra*, notes 124 et 128.

49 En rapprochant ce calcul sommaire des données d'expérience dont fait état le juge Weinstein dans son jugement précité (supra, note 47), selon lequel ce n'est que lors du jugement d'une accusation pénale sur dix environ que la question de la probabilité requise se pose réellement (les autres neuf cas relevant d'une culpabilité évidente, ou d'un doute évident), on aboutit à un innocent condamné sur 100 accusés. Le chiffre ainsi obtenu est-il réaliste ? optimiste ?

10 innocents condamnés ; et on se félicitera que ce genre de sondage ne reçoit pas une plus ample publicité.

II.– La justice civile : vraisemblance ou certitude morale ?

14. Que l'on trouve rassurante ou au contraire inquiétante la *pratique* du critère de la preuve en matière pénale, il est certain en tout cas que les différents systèmes juridiques sont d'accord sur sa définition théorique : preuve au-delà de tout doute raisonnable. Le même consensus de principe sur le critère de la preuve n'existe plus en matière civile, où on peut constater des différences profondes, et très éclairantes, entre les systèmes juridiques.

A.– Les deux principaux modèles de définition du critère de la preuve en matière civile

15. Il existe des droits – ceux, typiquement, de l'Europe continentale – qui exigent le même haut degré de conviction du juge en matière civile que celui qui correspond au critère de la preuve en matière pénale : seuls des faits établis avec certitude, ou avec ce haut degré de probabilité qu'on appelait naguère la certitude morale, peuvent être retenus par le juge civil. A défaut de preuve certaine ainsi comprise, la partie qui avait la charge de la preuve succombera dans ses préentions. Telle est, par exemple, la solution généralement admise en droit suisse⁵⁰ ou en jurisprudence allemande⁵¹. Les règles relatives à la charge de la preuve servent, dans

50 *TF* 17 décembre 1970, *ATF* 96 II 314, 318 (« avec une certitude pratique, avec une probabilité confinant à la certitude ») ; 29 janvier 2004, *ATF* 130 III 321, 324 (« absence de doutes sérieux ») ; *v. aussi* *F. Hohl*, *op. cit.* (note 12). Mais le droit suisse connaît aussi, dans certains cas, un « degré de la preuve » atténué, *cf. infra*, n° 21.

51 *BGH* 17 février 1970, *BGHZ* 53, 245, 253-254, sur la notion (sous-jacente au § 286 du code de procédure civile) de volle richterliche Überzeugung, pleine conviction du juge quant à la vérité des faits allégués. – La majorité de la doctrine allemande est d'accord à considérer que le même haut degré de conviction est exigé en matière civile qu'en matière pénale (*G. Walter*, *Freie Beweiswürdigung*, *Tübingen*, 1979 ; *H. Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, *Munich*, 1983, p. 58 et s. ; du même auteur *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3^e éd., 2008, § 286, n^os 35 et s.). Une opinion minoritaire, influencée par le droit anglais et américain (*cf. W. Habscheid*, « *Beweislast und Beweismaß* », *Festschrift für Gotfried Baumgärtel*, *Cologne*, 1990, p. 105, 118), est favorable à la preuve sur base de vraisemblances : *v. l'article classique de G. Kegel*, « *Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit* », *Festgabe für Heinrich Kronstein*, *Karlsruhe*, 1967, p. 321 et s. ; *ou encore* *H.-J. Musielak*, « *Das Örvirktsprinzip. Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit* », *Festschrift für Gerhard Kegel*, *Francfort*, 1977, p. 451 et s.

cette conception, à la pacification des relations juridiques en privilégiant la stabilité des situations acquises ; il s'agit d'empêcher la remise en cause de ces situations par des demandeurs qui pourraient simplement se prévaloir de ce que leur version des faits est, relativement, la plus vraisemblable ; en conséquence, le demandeur ne peut obtenir gain de cause qu'à condition de prouver que les faits qu'il allègue correspondent à la vérité. Toute autre solution risquerait, selon cette conception, d'engendrer des injustices dans le cas concret soumis au juge⁵².

16. Mais il y a, à côté de cette vue du critère de la preuve en matière civile, une autre vue qui est celle du droit anglo-américain. C'est le critère de la *balance of probabilities* tel qu'il est depuis toujours reçu en droit anglais⁵³ et qui a été défini comme suit dans le jugement du juge Denning dans *Miller v. Minister of Pensions*⁵⁴: « if the evidence is such that the tribunal can say: 'we think it more probable than not,' the burden [of proof] is discharged, but if the probabilities are equal it is not ». Il suffit, en d'autres termes, que la version des faits du demandeur ait pour elle, après que toutes les preuves aient été administrées, la plus grande vraisemblance : pour l'exprimer numériquement, une probabilité de 51% suffira.

Cette solution repose sur une approche fondamentalement différente de l'approche continentale. L'approche anglo-américaine ne consiste plus à prendre en considération de manière isolée le cas concret, mais à trouver un critère de la preuve qui convienne aux procès civils considérés de manière agrégée. On raisonnera conformément à la logique classique de l'utilitarisme : la différence entre la plupart des procès civils et les procès pénaux tient au fait que l'inconvénient que représente une décision factuellement inexacte pour le défendeur (qui sera condamné bien qu'objectivement la demande ne soit pas fondée en fait) ne sera ni plus ni moins grande que l'inconvénient que peut représenter pour le demandeur un jugement de débouté dans une situation où, objectivement, un tribunal omniscient lui aurait donné gain de cause⁵⁵. Par conséquent, en adoptant un

52 Comp. Prütting, *Gegenwartsprobleme*, op. cit. (note 51), p. 78-79. – Pour Musielak (art. préc. [note 51], p. 467), l'origine de cette conception – de ce « tabou », écrit l'auteur – se situe vraisemblablement dans la théorie de la preuve propre à la procédure canonique médiévale.

53 *Newis v. Clarke* (1571) *Plowd.* 403, 412 ; 75 *E.R.* 609, 621 ; *Cooper v. Slade* (1858) 6 *H.L.C.* 746, 772 ; 10 *E.R.* 1488, 1498.

54 [1947] 2 *All E.R.* 372, 373-374 (pour une autre citation du même jugement, à propos du critère de la preuve en matière pénale, v. supra, n° 11).

55 *In re Winship*, 397 U.S. 358, 371-372 (op. individuelle du juge Harlan).

critère de la preuve qui se contente de la plus grande vraisemblance de la version des faits du demandeur par rapport aux contestations du défendeur, on aboutira, non pas dans des cas individuels mais statistiquement, à un plus faible nombre total de jugements objectivement erronés qu'en exigeant une preuve au-delà de tout doute raisonnable⁵⁶ : on réalise ainsi, dans les procès, le plus grand bonheur pour le plus grand nombre.

Aux Etats-Unis, le critère de la preuve est celui de la *preponderance of the evidence* qui est interprétée elle aussi, en général, comme se contentant de la plus grande vraisemblance de la thèse du demandeur⁵⁷. Cependant il y existe ponctuellement, en matière civile, des règles exigeant que la preuve de certains types de faits d'une particulière gravité se fasse selon un troisième critère de la preuve, intermédiaire entre le critère pénal (preuve au-delà de tout doute raisonnable) et le critère civil ordinaire (*preponderance of the evidence*) : l'exigence d'une « preuve claire et convaincante » (*clear and convincing evidence*)⁵⁸. La question de l'existence d'un troisième critère, similaire, en droit anglais est controversée⁵⁹.

56 A. Stein, *op. cit.* (note 9), p. 14-15 et *passim*. Pour une formalisation mathématique à portée générale, v. J. Kaplan, « *Decision Theory and the Factfinding Process* », 20 *Stan. L. Rev.* 1065, 1072 (1968):

$$P > \frac{1}{1 + \frac{D_g}{D_i}}$$

où P représente la probabilité requise par le critère de la preuve (en matière pénale respectivement civile) pour justifier un jugement ; D_i représente la désutilité d'une déclaration erronée de « culpabilité » (au sens pénal ou civil) d'un « innocent » ; et D_g représente la désutilité d'une déclaration erronée d'« innocence » d'une personne « coupable » (g – guilty). Lorsque, comme c'est le cas en matière civile selon les vues ayant cours dans la tradition anglo-américaine, $D_i = D_g$, alors

$$P > \frac{1}{1 + 1}$$

c'est-à-dire que $P > 0,5$, d'où le critère des 51% de probabilité.

57 V. les références in McCormick, *op. cit.* (note 14), § 339, pp. 485-486.

58 McCormick, § 340, pp. 487-490. Ce critère s'applique à des accusations de fraude et à « *miscellaneous types of claims and defenses*, [...] where there is thought to be special danger of deception, or where the court considers that the particular type of claim should be disfavored on policy grounds » (p. 489).

59 V. Cross and Tapper, *op. cit.* (note 14), p. 185-186. Le dernier arrêt de la Chambre des lords retient un seul critère de la preuve fondé sur les vraisemblances respectives des allégations, mais acceptant que des faits graves peuvent être intrinsèquement moins vraisemblables *a priori* : *In re B. (Children)* [2008] UKHL 35, [2009] 1 A.C. 11. V. aussi P. Mirfield, « *How Many Standards of Proof Are There ?* » (2009) 125 *L.Q.R.* 31.

Les règles d’attribution de la charge de la preuve ont, dans ce système, beaucoup moins fréquemment l’occasion de s’avérer décisives que dans le système caractéristique de l’Europe continentale⁶⁰. Autre caractéristique : puisque le critère de la preuve en matière civile diverge du critère de la preuve, plus exigeant, qui a cours en matière pénale, aucune autorité de chose jugée n’est reconnue, au civil, aux jugements d’acquittement prononcés par les tribunaux répressifs : l’acquittement au motif que la culpabilité n’est pas prouvée au-delà de tout doute raisonnable ne signifie pas que lors d’un procès civil subséquent, il ne puisse être démontré que l’infraction a vraisemblablement été commise par le défendeur⁶¹. C’est ce qu’illustre parfaitement, en droit américain, la cause célèbre *O.J. Simpson* : acquittement au pénal pour meurtre en 1995, condamnation au civil – 33,5 millions de dollars – pour les mêmes faits en 1997.

17. Ce modèle s’est imposé dans le monde de la *common law*⁶². Un critère similaire de la preuve existe dans certains au moins des systèmes juridiques de l’Europe du Nord (principe de l’*övervikt* pratiqué en droit suédois⁶³), où est également en vigueur la règle de l’absence d’autorité de la chose jugée, au civil, des jugements d’acquittement au pénal ; la question du respect de la présomption d’innocence par pareils jugements de condamnation civils, intervenus en Suède ou en Norvège, a été portée à plusieurs reprises devant la Cour européenne des droits de l’homme ; celle-ci a estimé qu’il n’y avait en principe pas de violation⁶⁴, sauf si la motivation de la décision civile pouvait être comprise comme mettant en doute le bienfondé de l’acquittement⁶⁵.

60 Pour un cas où la charge de la preuve a pu jouer un rôle en Angleterre, *v. Winans v. Attorney-General* [1904] A.C. 287, dans le jugement de l’Earl of Halsbury qui estimait que la probabilité respective de la thèse de l’appelant et de celle de l’intimé était exactement identique (il s’agissait de localiser, en fonction de ses intentions, le dernier domicile d’une personne décédée). Lord Macnaghten estima que la thèse de l’appelant était plus vraisemblable, alors que Lord Lindley donna la préférence à celle de l’intimé...

61 *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391, 397 (1938).

62 Et au-delà : en droit québécois, l’article 2804 du Code civil dispose, sous l’influence ponctuelle de la *common law*, que « la preuve qui rend l’existence d’un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n’exige une preuve plus convaincante ».

63 Pour des descriptions en langue allemande, *v. P.O. Ekelöf*, « *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins* », ZZP 75 (1962) 289; H.-J. Musielak, art. préc. (note 51).

64 Arrêt du 11 février 2003, *Y. c. Norvège*, n° 56568/00, CEDH 2003-II; décision du 13 novembre 2003, *Lundkvist c. Suède*, n°48518/99, CEDH 2003-XI.

65 Arrêt du 15 mai 2008, *Orr c. Norvège*, n° 31283/04.

Retenons par conséquent qu'il existe (au moins) deux manières de concevoir le critère de la preuve en matière civile. Les deux ont leur logique et leur cohérence internes mais s'expliquent ultimement par des approches très différentes de la mission des tribunaux dans la détermination des faits de la cause. Où se situe, par rapport à ces deux systèmes, notre propre système juridique, le droit luxembourgeois dont les solutions s'inspirent des droits français et belge ?

B. – Les cas du droit français, belge ou luxembourgeois

18. C'est à travers la discussion de la charge de la preuve qu'indirectement, la question du critère de la preuve reçoit habituellement une réponse dans notre système juridique. On sait que la charge de la preuve relève, en réalité, de l'attribution du *risque* de la preuve : malgré les termes de l'article 1315 du Code civil, il ne s'agit pas à proprement parler d'obliger l'une des parties à rapporter la preuve de ses préférences, mais de fournir au tribunal la solution pour le cas où, à l'issue du procès, « lumière ne [serait] pas faite »⁶⁶.

Dans ce cas, selon la Cour de cassation française, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »⁶⁷. C'est dire qu'un jugement ne peut être fondé sur des preuves qui laissent subsister une incertitude : le critère de la preuve serait donc la certitude des faits qui sont à la base du jugement. La même solution a été donnée par la Cour de cassation belge, qui a déduit de l'article 1315, alinéa 2, du Code civil qu'« il ne suffit pas que le débiteur prouve que le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation est vraisemblable ; qu'il doit en prouver l'existence »⁶⁸ – l'existence certaine.

⁶⁶ R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, Paris, 1955, p. 101 (et v. déjà H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, n° 117 : « quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, n'est pas découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve »). Cette analyse est aujourd'hui généralement reçue ; v. en particulier Ghestin et Goubeaux, *Introduction générale au Traité de droit civil*, 4^e éd. avec le concours de M. Fabre-Magnan, Paris, 1994, n° 645.

⁶⁷ Soc. 31 janvier 1962, Bull. civ. IV, n° 105 ; ou encore Soc. 15 octobre 1964, Bull. civ. IV, n° 678 (« le doute devant nécessairement préjudicier à celui qui avait la charge de la preuve »).

⁶⁸ Cass. 19 décembre 1963, Pas. b. 1964, I, 416.

19. Il existe, il est vrai, un courant doctrinal ancien et respectable qui voit les relations entre la charge de la preuve et son critère (ou entre charge de la preuve et appréciation des preuves) différemment. Ce courant doctrinal se veut moins dogmatique et plus proche des réalités judiciaires ; ainsi le traité de Marty et Raynaud, après s'être rallié à l'opinion, fréquemment défendue, selon laquelle « la charge de la preuve [est] mise à la charge de celui qui va à l'encontre du *statu quo*, ou d'une situation acquise, ou à l'encontre de l'apparence », poursuit : « En réalité il ne faut point perdre de vue les conditions dans lesquelles se déroule le débat judiciaire, la nécessité d'aboutir à une solution augmentant encore les difficultés inhérentes à la recherche de la vérité, réduisant bien souvent l'appréciation des preuves à une pesée de vraisemblances et de probabilités, au choix de la thèse qui paraît la meilleure. – Dès lors la notion de vraisemblance et de normale sont appelées à jouer un grand rôle dans l'attribution de la charge de la preuve. [...] Ainsi la charge de la preuve passe et repasse de l'une des parties à l'autre selon le jeu des vraisemblances »⁶⁹. La même opinion a été exprimée en Belgique par De Page et au Luxembourg par G. Ravarani⁷⁰. Cette approche – selon laquelle les tribunaux doivent, faute de pouvoir atteindre la vérité, « tenter de trouver *le plus probable (probabilior)* »⁷¹ – rapprocherait, si elle correspondait intégralement au droit positif, le droit français, belge ou luxembourgeois du droit anglais ou américain : le juge serait chargé, dans cette tradition juridique aussi, de statuer en matière civile sur la base de simples vraisemblances, et la version des faits la plus vraisemblable l'emporterait dans tous les cas.

Cette vue, dans la mesure du moins où elle se veut normative et non simplement descriptive d'une réalité psychologique ou sociologique de la vie judiciaire, se heurte néanmoins à une objection qui semble dirimante. Elle est incompatible, en tant qu'énoncé général du critère de la preuve, avec

69 Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, 2^e éd., Paris, 1972, n° 213. Cf. aussi la première édition (mais non la seconde) du *Traité pratique de droit français* de Planiol et Ripert, t. VI (par P. Esmein), Paris, 1930, n° 491.

70 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, 1967, n° 729 B, 730 et 731 ; G. Ravarani, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Luxembourg, 2006, n° 50 et 907.

71 G. Thuillier, « *Probabilisme et art de juger* » in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Allard et S. Rials, dir.), Paris, 2003, p. 1216.

la jurisprudence de ces différents pays.⁷² Les cours de cassation française et belge ont jugé, nous venons de le voir, que l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production des preuves doivent être retenus contre la partie qui avait la charge de la preuve, ou que l'article 1315 du Code civil ne se contente pas de la preuve d'une vraisemblance. Il s'y ajoute – sous l'angle, cette fois-ci, du contrôle formel de la motivation des décisions de justice – que la Cour de cassation décide (du moins en France) qu'il n'est pas suffisant de retenir la vraisemblance d'un fait pour le tenir pour établi⁷³ ; pareille *motivation dubitative* équivaut à une absence de motivation et entraînera la cassation de la décision qui la comporte⁷⁴. Le sens de cette jurisprudence (au-delà des cas dans lesquels la motivation dubitative est due à une rédaction stylistiquement déficiente des jugements) n'est certes pas que le juge ne peut laisser apparaître, au terme de l'administration des preuves, de doute sur le déroulement réel des faits⁷⁵, mais que ce doute doit amener le tribunal à *rejeter* les prétentions de la partie qui avait la charge de la preuve⁷⁶. C'est un premier indice important de ce que le critère de la preuve en matière civile ne se distingue pas fondamentalement, dans notre système juridique, du critère de la preuve en matière pénale ; les deux recherchent la certitude ou du moins l'absence de doute raisonnable.

Il y a un deuxième indice, plus direct et technique : l'autorité de la chose jugée dont bénéficient, devant les juridictions civiles, les décisions pénales.

⁷² *Ou du moins la jurisprudence dominante : en jurisprudence luxembourgeoise, un arrêt de la Cour d'appel du 7 juin 2007 (Pas. lux. 33, 548, 552-553) énonce, il est vrai, que « [o]n ne peut pas exiger du demandeur une preuve absolument complète de toutes les conditions requises pour que l'obligation dont il réclame l'exécution soit valable et exigible. Sinon la deuxième règle posée à l'article 1315 du Code civil, qui met la preuve des exceptions à charge du défendeur, serait vidée de sa substance. Il faut donc limiter la preuve qui incombe au demandeur à ce qui est nécessaire pour que sa prétention paraisse valable, et laisser au défendeur la charge de détruire cette apparence (JCL art. 1315 et 1315-1, fasc. 20, n° 5) ». C'est peut-être un signe (discret et, pour l'instant, isolé) de ralliement à l'opinion doctrinale présentée supra, texte accompagnant les notes 69 à 71. (L'auteur remercie M. Georges Ravarani d'avoir attiré son attention sur cet aspect de l'arrêt).*

⁷³ *J. et L. Boré, La cassation en matière civile, 4^e éd., Paris, 2008, n° 78.141.*

⁷⁴ *Ex. : cassation d'un arrêt qui avait retenu qu'« il est fort probable » que le demandeur a des droits sur une partie d'un bâtiment pour faire droit à sa demande en expulsion d'un occupant, Civ. 3^e 18 juin 2002, n° 01-03.429.*

⁷⁵ *En ce sens pourtant, semble-t-il, X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, op. cit. (note 1), n° 135 et s. Contra : J.-F. Cesaro, Le doute en droit privé, Paris, 2003, n° 157 et s.*

⁷⁶ *V. la jurisprudence citée par J.-F. Cesaro, op. cit., n° 162-163, et par C. Puigelier, « Vrai, vérifique et vraisemblable » in La preuve (C. Puigelier, dir.), Paris, 2004, p. 195, 223.*

Si le critère de la preuve était différent dans les deux branches – preuve au-delà de tout doute raisonnable en matière pénale, mais preuve selon la plus grande vraisemblance en matière civile –, cette autorité pourrait certes exister en ce qui concerne les jugements de condamnation, mais elle serait illogique pour les jugements de relaxe ou d'acquittement ; les solutions du droit américain ou du droit scandinave s'imposeraient également chez nous⁷⁷, et rien n'empêcherait une juridiction civile de retenir que les faits qui sont reprochés à une personne pourtant acquittée au pénal sont établis selon le critère de la plus grande vraisemblance. Or l'autorité au civil des jugements de relaxe, même au bénéfice du doute, est bien établie⁷⁸.

20. Ceci dit, la certitude des faits constatés judiciairement reste (comme en matière pénale⁷⁹) une certitude morale, raisonnable, humaine. Visiblement la jurisprudence n'exige pas qu'il s'agisse d'une certitude absolue⁸⁰, simplement d'un si haut degré de probabilité qu'il ne laisse plus de place à un doute raisonnable. On a pu énoncer, à propos de la preuve par présomptions, que « [s]eule une probabilité telle qu'elle ne laisse aucun doute dans l'esprit du magistrat quant au fait en cause justifie que la preuve par présomption soit retenue »⁸¹ ; la formule serait parfaite si elle précisait : aucun doute *raisonnable*.

21. Ce n'est toutefois pas là l'intégralité du tableau. Il existe, à côté de l'exigence, normalement applicable, de la certitude des faits retenus comme prouvés, des cas exceptionnels dans lesquels s'appliquent des exigences moindres, dont le plus important⁸² est le suivant. La jurisprudence accepte dans certaines situations de tenir compte de la difficulté extraordinaire dans laquelle se trouve un demandeur, sans faute de sa part, pour faire la preuve complète de ses droits. Dans ces situations – bien connues en

77 Cf. *supra*, n°s 16 et 17.

78 G. Wiederkehr, Rép. Dalloz *Procédure civile*, v° *Chose jugée*, n° 422, et la jurisprudence citée ; Cour d'appel 7 février 1962, Pas. lux. 18, 494, 497 (et v. la discussion par G. Ravarani, *op. cit.* [note 70], n° 1270).

79 *Supra*, n° 10.

80 La preuve de ceci peut, au besoin, être trouvée dans la jurisprudence en matière de recherche de paternité, *infra*, n° 26.

81 Ghestin et Goubeaux, *op. cit.* (note 66), n° 716.

82 Pour d'autres cas de réduction du critère de la preuve, v. notre contribution aux *Mélanges Wiederkehr*, partie II.A.

droit comparé, spécialement en droit suisse⁸³ –, les exigences probatoires seront réduites, sans que la réduction aille nécessairement jusqu'au degré de la simple plus grande vraisemblance de la version des faits du demandeur ; ainsi en jurisprudence suisse, il s'agit d'une réduction à ce que la jurisprudence appelle « la vraisemblance prépondérante [qui] suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération »⁸⁴. Cette notion de « vraisemblance prépondérante » représente une exigence atténuée en matière de preuve, mais pas au point de rejoindre la notion de *preponderance of the evidence* telle qu'elle existe en droit américain⁸⁵ : le critère atténué du droit suisse représente plus que les 51% de vraisemblance qui peuvent suffire en droit américain, et moins que la certitude.

Cette solution explicitement formulée en droit suisse a de fortes chances de correspondre aussi, en substance, aux solutions adoptées dans notre système juridique lorsqu'il s'agit d'atténuer des exigences probatoires auxquelles une catégorie de demandeurs ne pourrait normalement pas répondre. Un exemple en est, selon une partie au moins de la jurisprudence en matière d'assurance contre le vol, la preuve de la réalité du vol et de la valeur des objets volés ; afin de ne pas rendre illusoire la couverture d'assurance accordée à l'assuré, ces décisions se contenteront d'indices rendant vraisemblable la sincérité de la déclaration de sinistre. C'est une idée très clairement exprimée, en jurisprudence luxembourgeoise, par un arrêt de la Cour d'appel de 1985, qui juge

« qu'il est impossible, en matière d'assurance contre le vol, d'exiger dans tous les cas de l'assuré une preuve rigoureuse des conditions auxquelles est subordonnée l'obligation de l'assureur, alors que généralement le vol et les circonstances qui l'entourent ne laissent pas de traces de nature à permettre une preuve matérielle, tangible et positive ;

83 Cf. *TF* 19 décembre 2006, *ATF* 133 III 81, 88 : « *L'allégement de la preuve est alors justifié par un 'état de nécessité en matière de preuve' (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices* ».

84 *TF* 19 décembre 2006, préc., p. 89. V. aussi *F. Hohl, op. cit. (note 12), Festschrift für Oscar Vogel, p. 154-156 (« haute vraisemblance »)*.

85 V. *supra*, n° 16.

que force est de se contenter de probabilités [...] ;

qu'il en est d'autant plus ainsi que le contrat d'assurance contre le vol est généralement un contrat conclu *intuitu personae* en ce sens que l'assureur a particulièrement tenu compte de la personnalité et de l'honorabilité de l'assuré et qu'on se trouve dans un domaine où il importe, par une interprétation raisonnable de la volonté commune des contractants (article 1157 du Code civil), de tenter de faire produire au contrat ses effets normaux »⁸⁶.

22. Une hypothèse peut utilement être examinée plus spécialement. Il s'agit du cas de la preuve du lien de causalité dans la responsabilité civile.

Apriori, cette preuve devrait se faire selon les mêmes exigences que la preuve des éléments nécessaires au succès d'une autre prétention ; par application du critère normal de la preuve, le lien de causalité devrait par conséquent être prouvé avec certitude. Tel est effectivement l'enseignement classique, relayé par la jurisprudence lorsqu'elle se veut elle-même classique⁸⁷. Pourtant, on observe dans des systèmes juridiques proches de notre droit une atténuation des exigences probatoires ; ainsi pour la jurisprudence suisse, la preuve du lien de causalité, qui serait typiquement trop difficile à effectuer au degré normal de certitude, relève des cas de réduction du critère de la preuve à l'exigence de « vraisemblance prépondérante »⁸⁸ ; une idée similaire a été formulée en doctrine allemande⁸⁹.

La jurisprudence française, belge ou luxembourgeoise n'a pas l'habitude d'utiliser un raisonnement exprès en termes de variabilité du critère de la preuve. Néanmoins, et spécialement pour certains types de déroulements

86 *Cour d'appel 30 octobre 1985, Pas. lux. 26, 362, 364-365. A noter toutefois l'arrêt, postérieur, de la Cour d'appel du 26 mai 2005, BIJ 2006, 157, qui paraît prendre ses distances par rapport à cette jurisprudence.*

87 *V. p.ex. Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, 7^e éd., Paris, 2008, n° 1773, et les références ; en Belgique Cass. 1^{er} avril 2004, Pas. b. 2004, 527.*

88 *Au sens spécifique rappelé ci-dessus (n° 21) : TF 19 décembre 2006, préc. (note 83), p. 88 avec une référence à la jurisprudence antérieure.*

89 *H. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, op. cit. (note 51), p. 108 et s. ; Münchener Kommentar zur ZPO, § 286, n° 47. Mais la doctrine allemande n'est pas unanime (v. sp. H. Weber, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, Tübingen, 1997), et la jurisprudence ne consacre pas expressément un système d'atténuation des exigences probatoires mais préfère recourir à divers cas d'aménagement de la charge de la preuve et à la preuve *prima facie* (Anscheinsbeweis : O. Rommé, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1989).*

causaux, la preuve rigoureuse du lien de causalité n'est pas plus facile dans ces pays qu'ailleurs. Comme a pu le relever la doctrine en France, « dans de nombreux cas, même si le rapport de nécessité est très probable, il n'est pas absolument certain. Le tribunal doit-il alors systématiquement rejeter la demande au motif que la victime n'a pas apporté la preuve qui lui incombe ? Certains arrêts paraissent en ce sens. Mais beaucoup plus nombreux sont les décisions qui [...] s'efforcent d'alléger, au profit de la victime, le fardeau de la preuve »⁹⁰.

23. Les exemples les plus frappants de cet allégement objectif du critère de la preuve du lien de causalité sont des exemples qu'on tirera de la jurisprudence française en matière biologique, spécialement médicale. Là, il est vrai que – selon un rapport d'expertise cité dans la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2004 – « comme c'est toujours le cas dans les sciences du vivant, la démonstration de la causalité ne peut être incontestable »⁹¹. Le fait qu'en matière biologique, un lien de causalité vraiment certain soit si difficile à établir doit-il signifier qu'en la matière, les défendeurs ont toujours la possibilité de se retrancher derrière le doute sur la causalité ? Cette solution n'apparaît pas comme souhaitable sur le plan de la politique jurisprudentielle, et la jurisprudence française ne l'a pas adoptée.

Elle a élaboré, en premier lieu, un système ingénieux de réduction des exigences probatoires, avec réduction corrélative de l'indemnisation, en adaptant les principes de l'indemnisation de la perte d'une chance à la matière médicale, sous la forme de la théorie dite de la perte d'une chance de guérison ou de survie⁹². Cette théorie repose tout naturellement sur l'approche statistique qui caractérise la science médicale : en l'absence d'une erreur de diagnostic, ou d'une faute de traitement, la guérison aurait pu être obtenue avec une probabilité de, mettons, 50% ; le responsable, qui par sa faute a définitivement privé le patient de cette possibilité, devra l'indemniser, mais l'indemnisation sera réduite à 50% de ce que l'indemnisation aurait été en présence d'un lien de causalité certain. Cette théorie a été certes très critiquée en doctrine, précisément du point de vue du

90 Viney et Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd, Paris, 2006, n° 368.

91 Versailles 30 avril 2004, D. 2004, 2071, note Gossement.

92 Viney et Jourdain, *op. cit.* (note 90), n° 370.

droit de la preuve⁹³, mais elle est une invention majeure de la jurisprudence française, qui tient ainsi compte de ce que certains phénomènes comportent une part actuellement irréductible d’aléatoire et donc d’incertitude causale : « si la statistique révèle que les phénomènes aléatoires sont “maîtrisables”, le magistrat ne peut rester insensible à cette réalité scientifique »⁹⁴. Et si cette utilisation de la théorie de la perte d’une chance rencontre un succès incertain ailleurs qu’en France⁹⁵, il n’en reste pas moins qu’elle a suscité l’intérêt de la doctrine allemande en tant que réaction à un problème commun à tous les systèmes juridiques dont les exigences probatoires en matière civile sont élevées⁹⁶, et que la jurisprudence canadienne, se livrant à une véritable comparaison des ordres juridiques, l’a expliquée par ces mêmes exigences probatoires élevées, et refusé de la reprendre à son compte au motif qu’au Canada, le critère de la preuve en matière civile est de manière générale réduit à la simple vraisemblance⁹⁷.

24. A côté de la théorie, incontestablement originale, de la perte d’une chance, il existe d’autres cas de réduction des exigences probatoires qui prennent plus clairement la forme d’une réduction du critère de la preuve vers la vraisemblance – plus particulièrement, sans doute, vers un assez haut degré de vraisemblance – du lien causal. On remarquera que ces cas ne s’accompagnent pas, quant à eux, d’une réduction du quantum

93 R. Savatier, « *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?* », D. 1970, 123, qui dénonce ce qui lui semble être une dénaturation de la théorie classique de la perte d’une chance : « *Si le juge acquiert la conviction que la faute a causé le dommage, il doit en condamner l'auteur à réparer celui-ci. Mais prononcer une condamnation, même réduite à proportion de ses doutes, ne lui est pas possible s'il n'arrive pas à la conviction personnelle que la faute a été la condition nécessaire du dommage* » (p. 124).

94 J. Boré, « *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable* », J.C.P. 1974, I, 2620, n° 25.

95 La Cour de cassation de Belgique l’a d’abord condamnée : arrêt du 1^{er} avril 2004, Pas. b. 2004, 527, concl. conformes Werquin qui montrent l’influence des critiques de Savatier; v. la critique de B. Dubuisson, « *La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ?* », J.T. 2007, 489, avant de finir, peut-être, par se rallier à la jurisprudence française : Cass. 5 juin 2008, J.T. 2009, 28, note Piütz. Egalemement hostile à la théorie française, au Luxembourg, G. Ravarani, op. cit. (note 70), n° 1012 et 1013.

96 Comp. C. Katzenmeier, « *Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung* », ZZP 117 (2004) 187; G. Spindler, « *Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht* », AcP 208 (2008) 283.

97 Laferrière c. Lawson [1991] 1 R.C.S. 541. Sur le rôle – résiduel – de la théorie de la perte d’une chance de guérison en droit anglais et canadien, cf. L. Khoury, « *Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England and France* » (2008) 124 L.Q.R. 103.

de l'indemnisation⁹⁸. Il s'agit d'une réduction tacite des exigences ; la jurisprudence française n'a pas à cet égard la transparence de la jurisprudence suisse, mais le résultat y est, sous couvert d'appréciation souveraine, par les juges du fond, de la valeur des présomptions invoquées à l'appui du lien de causalité. Le raisonnement de base, qui se rencontre en matière de contamination post-transfusionnelle alléguée⁹⁹ ou d'infections nosocomiales¹⁰⁰ comme en matière d'effets secondaires de médicaments ou de vaccins¹⁰¹, est toujours le même : proximité temporelle entre l'événement peut-être causal et la première manifestation du dommage ; absence d'une autre cause apparente.

Il est clair que ni l'un, ni l'autre de ces derniers éléments ne sont suffisants pour caractériser un lien de causalité vraiment certain ; le premier relève potentiellement d'un *post hoc ergo propter hoc* complètement ascientifique, alors que le second a tendance à souffrir de l'extrême difficulté de démontrer de manière complète l'absence d'autres facteurs de risque, étrangers à l'action du défendeur. Et pourtant, les décisions des juges du fond qui assurent l'indemnisation des demandeurs dans pareilles situations sont approuvées par la Cour de cassation ou, s'agissant de la responsabilité administrative, par le Conseil d'Etat, qui montrent ainsi, en fait, leur

98 Cette différence par rapport à l'application de la théorie d'une perte d'une chance est relevée par A. Dorsner-Dolivet, note sous Versailles 30 mars 1989, J.C.P. 1990, II, 21505 : « Normalement, lorsque la probabilité de réalisation du risque à la suite de la faute médicale est importante, le juge devrait accorder réparation de l'entier dommage, lorsque cette probabilité est plus réduite il ne devrait réparer que la perte d'une chance d'éviter le dommage ».

99 Civ. 1^{re} 17 février 1993, J.C.P. 1994, II, 22226, note Dorsner-Dolivet ; Civ. 1^{re} 14 novembre 1995, Bull. civ. I, n° 414 ; en jurisprudence administrative C.E. Ass. 9 avril 1993, M. D., Rec. Lebon, p. 110, concl. Legal ; C.E. Sect. 29 mars 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris, Rec. Lebon, p. 147, concl. Chauvaux ; procédant à un aménagement de la charge de la preuve Civ. 1^{re} 9 mai 2001, D. 2001, 2149, rapport Sargas ; Civ. 1^{re} 10 juillet 2002, Bull. civ. I, n° 198. – Pour une application de la méthode de raisonnement de ces arrêts en dehors du domaine médical proprement dit, v. Civ. 2^{re} 2 juin 2005, Bull. civ. II, n° 146 (preuve de la contamination par le VIH d'un éboueur à la suite de l'imprudence d'un chirurgien qui avait jeté dans sa poubelle une seringue usagée). – Depuis la loi du 4 mars 2002 (art. 102), il existe une présomption légale d'imputabilité de la contamination par le VHC aux transfusions subies par le demandeur ; cf. C. Radé, « Les présomptions d'imputabilité en droit de la responsabilité civile », *Mélanges Philippe De Tourneau*, Paris, 2008, p. 885, 898-899 et v. C.E. 19 décembre 2007, M. Tourancheau et autres, Rec. Lebon, p. 512.

100 Caen 30 janvier 2007, D. 2007, 2147, note Smallwood.

101 Civ. 1^{re} 5 avril 2005, D. 2005, 2256, note très critique Gorny ; RTD civ. 2005, 607, obs. Jourdain ; Civ. 1^{re} 24 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 34 ; comp. Civ. 1^{re} 24 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 33 ; LPA 2 mars 2006, p. 6, concl. Sarcelet. Et v. les arrêts cités infra, note 103.

approbation d'une réduction tacite du critère normal de la preuve¹⁰². Dans le dernier état de la jurisprudence française – celle consacrée à l'existence ou non d'un lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques – il n'a même plus été jugé nécessaire que la corrélation possible entre la vaccination et la maladie soit scientifiquement établie en l'état actuel de la science ; les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction ont consenti l'« effort » nécessaire pour admettre un lien de causalité même dans ce cas-là¹⁰³.

III. – Un problème transversal : la preuve purement statistique

25. Si déjà les probabilités jouent un rôle si éminent dans le droit de la preuve, ne serait-il pas possible de soumettre de manière systématique, ou dans des cas particulièrement appropriés, les preuves recueillies par le tribunal à un traitement mathématique qui permettrait d'évaluer, avec la plus grande précision, le degré de probabilité combiné qui se dégage des différents éléments de preuve recueillis ? Parmi les outils du calcul des probabilités, le théorème dit de Bayes¹⁰⁴ est susceptible d'assister les tribunaux dans cette approche mathématique de la preuve en justice – s'ils souhaitent s'en servir, ce qui est évidemment loin d'être systématiquement le cas ; en général, les tribunaux préfèrent résoudre ces questions sans l'aide

102 *L'invocation dans ce contexte de la théorie de la causalité adéquate nous paraît une explication erronée, même si elle se retrouve fréquemment en doctrine, y compris chez les meilleurs auteurs (p.ex. Flour; Aubert et Savaux, *Les obligations*, II, *Le fait juridique*, 12^e éd., Paris, 2007, n° 164 ; Viney et Jourdain, op. cit. [note 90], n° 347).* En effet, la théorie (ou du moins la théorie classique) de la causalité adéquate est destinée à réduire les cas de responsabilité, à supposer prouvé au préalable qu'une cause donnée figure bien parmi les conditions *sine quibus non* qui ont produit en l'occurrence le dommage, à celles des conditions qui étaient de nature à le produire selon le cours ordinaire des choses – et non à faciliter la preuve du rôle causal d'un événement donné.

103 Cf. les conclusions du commissaire du gouvernement Olson sur CE 9 mars 2007, quatre espèces, AJDA 2007, 861. Dans la jurisprudence judiciaire, v. Civ. I^e 22 mai 2008, J.C.P. 2008, II, 10131, note Grynbaum ; RTD civ. 2008, 492, obs. Jourdain. La Cour de cassation avait antérieurement jugé qu'en l'absence de lien de corrélation scientifique prouvée, le lien de causalité avait été illégalement constaté par les juges du fond : Civ. I^e 23 septembre 2003, D. 2004, 898, note Serinet et Mislawski ; RTD civ. 2004, 101, obs. Jourdain.

104 Pour une défense et illustration du théorème de Bayes, utilisé comme instrument d'évaluation des preuves en justice, v. R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, 2^e éd., Londres, 1983 ; G. Williams, « *The Mathematics of Proof* » [1979] Crim. L.R. 297 et 340 ; contra : J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977 (ouvrage philosophique qui donna lieu, dans les colonnes de la *Criminal Law Review* de 1979 et 1980, à une pluralité d'articles et de lettres à l'éditeur).

du théorème de Bayes¹⁰⁵, et on les comprend. Cependant, l'utilisation de méthodes mathématiques devient indispensable lorsqu'il s'agit de mener une preuve purement statistique, où les statistiques deviennent elles-mêmes des éléments de preuve potentiellement déterminants, précisément en raison de la rigueur mathématique avec laquelle ils sont susceptibles d'être traités (par des experts scientifiques), puis d'être appliqués (par les tribunaux).

La preuve purement statistique est moins exotique qu'on pourrait le croire. Elle joue d'abord un rôle là où la réglementation applicable, ou la jurisprudence, le prévoit expressément, par exemple à propos de la preuve de certains types de discrimination¹⁰⁶. Mais même à propos de la preuve d'événements tout à fait ordinaires, il est parfois fait application de preuves statistiques ; la fiabilité qu'on s'accorde à reconnaître aux empreintes digitales comme moyen d'identification des auteurs d'infractions en est une manifestation : statistiquement, il est presque exclu que deux personnes aient exactement les mêmes empreintes digitales¹⁰⁷.

105 BGH 28 mars 1989, NZV 1989, 468, note Rommé. L'arrêt, rendu en matière civile, critique la revendication, formulée par la motivation de l'arrêt d'appel attaqué (qui semble avoir été rédigé par des juges particulièrement portés sur les mathématiques), de l'utilisation systématique du théorème de Bayes lors du recours à la preuve par indices.

106 En jurisprudence, v. C.J.C.E. 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, points 16 à 19 (rôle des statistiques dans l'attribution à l'employeur de la charge de prouver l'absence de discrimination au détriment des femmes), et autres arrêts.

107 McCormick, *op. cit.* (note 14), vol. I, § 207, p. 892-894. Pour une utilisation infiniment moins convaincante des statistiques en matière d'identification des auteurs d'infractions, cf., dans l'affaire Dreyfus, l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 12 juillet 1906, D.P. 1908, 1, p. 568 (reproduisant les conclusions d'un rapport d'expertise sur le rapport d'« expertise » qui avait chargé Dreyfus : « Tous ces systèmes sont absolument dépourvus de toute valeur scientifique : 1° parce que l'application du calcul des probabilités à ces matières n'est pas légitime ; 2° parce que la reconstitution du bordereau est fausse ; 3° parce que les règles du calcul des probabilités n'ont pas été correctement appliquées ; en un mot, parce que leurs auteurs ont raisonné mal sur des documents faux »).

26. L'illustration la plus visible de la preuve par l'emploi de méthodes statistiques se situe en matière biologique.

Dans le domaine de la recherche de paternité, l'appréciation des preuves par les tribunaux (qui est censée faire appel « aux lumières et à la prudence du magistrat », art. 1353 C. civ.) rencontre des données scientifiques, recueillies par expertise et exprimées dans le langage statistique de la science médicale¹⁰⁸. Là, on verra les tribunaux assimiler systématiquement des probabilités de paternité (ou de non-paternité) de 99,8 % ou plus¹⁰⁹ à la certitude requise pour justifier un jugement : un examen comparé des sanguins aboutissant à une probabilité de paternité de 1 pour 25.000 est une méthode médicale certaine¹¹⁰ ; une filiation peut être déclarée sur la base d'un examen comparé des sanguins qui donne 99,999 chances sur cent¹¹¹ ; 99,999 chances sur cent, résultat d'une étude des marqueurs génétiques, constituent « une quasi-certitude » en l'état actuel de la science¹¹², ou encore – selon un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg – « en matière de sciences naturelles il n'y a pas de certitude absolue, et une probabilité de 999/1000 équivaut à une certitude »¹¹³. Pourtant, même

108 G. Vial, *La preuve en droit extramatrimonial de la famille*, Paris, 2008, n° 422 et s. parle de l'« appréciation du juge liée par la science ».

109 Sur le sens de ces probabilités (qui ne s'identifient pas purement et simplement à la probabilité que le défendeur est le véritable père), v. P. Mangin, « *La preuve de l'engendrement : la technique des empreintes génétiques* » in *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation* (L. Khaiat, dir.), Paris, 1995, p. 133 et s. ; C. Puigelier, note sous Civ. 1^{re} 14 février 1995, J.C.P. 1996, II, 22569.

110 Civ. 1^{re} 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 239 ; dans le même sens Civ. 1^{re} 12 juin 2001, Bull. civ. I, n° 169.

111 Civ. 1^{re} 12 janvier 1994, D. 1994, 449, note Massip.

112 Civ. 1^{re} 25 octobre 2005, n° 04-10.667. Selon le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, les méthodes de l'examen des sanguins ou de l'analyse de l'empreinte génétique permettent même « d'exclure la paternité ou d'établir la filiation avec certitude » : jugement du 23 mai 2007, Pas. lux. 33, 582, 587.

113 Trib. arr. Luxembourg 13 juin 1990, n° 349/90 (LJUS 99013931).

une faible probabilité d'erreur n'équivaut pas à une certitude absolue¹¹⁴ ; aussi bien, d'autres décisions ne se fondent pas uniquement sur le résultat d'une expertise qui donne des probabilités aussi élevées, mais en outre sur les circonstances individuelles de la cause : l'expertise aboutit « à une probabilité écrasante, encore corroborée par sa coïncidence avec les relations avérées, au moment de la conception, entre [le défendeur et la mère de l'enfant] »¹¹⁵. Ces dernières décisions préfèrent se fonder sur la certitude morale qui résulte de la conjonction des données statistiques et d'autres éléments non quantifiables, plutôt que de retenir la quasi-certitude qui peut découler de la seule référence à des données biologiques.

Cette question peut apparaître également en matière pénale, à propos de la preuve biologique (et donc, en définitive, statistique) de faits d'agression sexuelle. Un arrêt instructif a été rendu par la Cour fédérale allemande en 1992¹¹⁶. Un accusé avait été condamné pour viol, un viol qu'il contestait mais qui, selon les juges du fond, était prouvé à suffisance de droit : le sperme qui avait été recueilli sur la personne de la victime montrait avec les caractéristiques biologiques du sang de l'accusé une concordance telle que – selon le rapport d'expertise sur lequel s'était fondée la décision de condamnation – la probabilité d'identification de l'accusé comme étant le violeur était de 99,986%. Sur recours de l'accusé, un expert nommé par la Cour fédérale rappela qu'une probabilité d'identification de 99,986% ne faisait que correspondre à un pourcentage de 0,014% de la population générale ; or comme le crime avait été commis à Hanovre, appliqué aux

114 « [C]ette approximation qui est sagesse tant qu'elle demeure au sein de l'intime conviction des juges se découvre arbitraire si on prétend la faire adorer comme un absolu. La preuve est irréfutable, affirmait la cour de Paris [21 février 1986, D. 1986, 323], mais elle ajoutait : la probabilité se situe entre 99,70% et 99,99%. On n'empêchera pas le défendeur condamné sur cette base de hurler, jusqu'aux portes des droits de l'homme, que c'était lui le non-père dans le troupeau des dix mille, et qu'il a été victime d'un amalgame » : J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, Paris, 1993, n° 266 (passage supprimé dans la dernière édition de l'ouvrage). – Qu'on ne badine pas avec ces probabilités est illustré dans un autre domaine, de manière un peu effrayante, par la jurisprudence administrative : CAA Paris 20 octobre 1992, *Administration générale de l'Assistance publique de Paris c. X.*, Rec. Lebon, p. 578 : les premiers tests de dépistage du VIH dans les produits sanguins labiles laissaient subsister un risque de contamination de l'ordre de 0,003% ... risque qui s'était réalisé dans le cas de M. X.

115 Civ. 1^e 16 juin 1998, n° 96-21.796 ; ou encore Paris 4 mars 1994, D. 1995, somm., 117, obs. Granet ; Bordeaux 14 janvier 1997, D. 1998, somm., 29, 5^e esp., obs. Granet (selon la Cour, « exiger 100% de vérité scientifique revient à exiger plus de la science que ce qu'elle ne peut donner », d'où l'utilisation d'un faisceau d'indices, 99,8 % de probabilité scientifique plus la preuve d'une cohabitation entre les parents de l'enfant).

116 BGH 12 août 1992, BGHSt 38, 320.

250.000 habitants masculins d’Hanovre, le calcul qui avait si bien convaincu les juges du fond aurait pu justifier une condamnation de 35 *habitants différents* d’Hanovre, réduisant ainsi la probabilité, purement statistique, de culpabilité de l’accusé à 1/35! Selon la Cour fédérale, l’erreur des juges du fond a consisté à se fier exclusivement à une expertise médicale, au lieu de prendre en considération d’autres indices¹¹⁷.

27. Dans ce domaine aussi, de même qu’à propos de la définition précise du « doute raisonnable »¹¹⁸, c’est aux Etats-Unis d’Amérique que la question suscite le plus d’intérêt à la fois doctrinal¹¹⁹ et jurisprudentiel.

Vers 1965, un procureur californien chercha à faire condamner, en faisant comparaître en tant qu’expert un professeur de mathématiques (*an instructor of mathematics at a state college*), deux personnes, les époux Collins, pour le vol du porte-monnaie d’une vieille dame, M^{me} Brooks. M^{me} Brooks s’était promenée dans les rues de Los Angeles et s’était fait agresser par une jeune femme de race blanche et aux cheveux blonds, noués en queue de cheval ; selon le témoignage d’un autre témoin, la voleuse était par la suite montée dans une voiture de couleur jaune ou partiellement jaune, dont le conducteur était un homme noir, portant une barbe et une moustache. Or cette description correspondait exactement à la description des époux Collins, qui furent arrêtés par la police de Los Angeles. Mais impossible, pour les témoins, de les identifier de manière positive. D’où la décision du procureur d’avoir recours à l’expertise du professeur de mathématiques, auquel il était demandé de se prononcer sur la *probabilité* d’identification des époux Collins comme étant les responsables du vol. L’objet du témoignage du professeur est la règle du calcul des probabilités selon laquelle la probabilité combinée de plusieurs facteurs indépendants est égale au produit des probabilités individuelles de chacun de ces facteurs. Très bien : le procureur n’a plus qu’à appliquer cette théorie mathématique au cas concret que les jurés ont à résoudre. Il expose que les probabilités

¹¹⁷ p. 324. *V. également, en substance dans le même sens, en jurisprudence américaine State v. Skipper, 637 A.2d 1101 (Conn. 1994) (l’utilisation du théorème de Bayes pour prouver, moyennant des méthodes biologiques, des faits d’agression sexuelle constitue une erreur de droit) ; en jurisprudence anglaise R. v. Adams [1996] 2 Cr. App. R. 467, C.A. (même solution, mais au motif que l’invocation du théorème de Bayes, trop complexe, dans le cadre d’instructions au jury risque d’induire celui-ci en erreur).*

¹¹⁸ *Supra*, n° 13.

¹¹⁹ On peut ainsi lire, entre autres, les actes d’un *Boston University Symposium on Probability and Inference in the Law of Evidence* qui couvrent deux numéros entiers de la *Boston University Law Review*, vol. 66 (1986), p. 377 et s.

individuelles de chacune des caractéristiques du couple des voleurs peuvent être, prudemment, estimées comme suit :

automobile partiellement jaune	1/10
homme portant une moustache	1/4
femme ayant les cheveux en queue de cheval	1/10
femme aux cheveux blonds	1/3
homme noir portant une barbe	1/10
couple interracial dans une voiture	1/1000

En multipliant, conformément aux préceptes du professeur de mathématiques, ces probabilités individuelles, on aboutit à ce que le procureur décrit au jury comme une chance sur douze millions de retrouver un couple qui cumule toutes les caractéristiques du couple des accusés ; et, dit-il, il s'en déduit que la probabilité de l'innocence des accusés n'est que de 1/12.000.000. Le jury est convaincu, il déclare les accusés coupables. Appel devant la Cour Suprême de Californie – qui annule le jugement de condamnation¹²⁰. Elle ne se dit pas hostile par principe à l'utilisation des méthodes mathématiques dans la preuve en justice, mais ce type de « *trial by mathematics* » repose sur des erreurs méthodologiques évidentes. L'indépendance entre eux des différents facteurs que le procureur fait entrer dans son calcul est loin d'être établie, et surtout, comme le démontre une annexe mathématique au jugement¹²¹, étant donné qu'il y a plusieurs millions de couples qui habitent la région dans laquelle le vol eut lieu, la probabilité d'y trouver au moins un autre couple qui aurait lui aussi pu commettre le vol était au moins de 40%¹²².

Le *trial by mathematics* de l'affaire *Collins* a déclenché toute une effervescence doctrinale aux Etats-Unis. Ne serait-il pas possible, s'est-on demandé, de transposer à la matière *civile* l'idée selon laquelle, dans des cas appropriés (plus appropriés en tout cas que l'affaire *Collins*), l'approche mathématique des probabilités peut résoudre des questions probatoires ? Les plus hardis, ou les plus inconscients, des auteurs s'y essayèrent ; d'autres y étaient et restent hostiles. Un exemple fictif, toujours discuté, est le suivant : on imagine que dans une ville donnée, deux lignes d'autobus se font concurrence, la compagnie du Bus Bleu et la compagnie du Bus

120 *People v. Collins*, 438 P.2d 33 (Cal. 1968).

121 p. 42-43. Pour un commentaire (très technique du point de vue des mathématiques), v. A. Cullison, « *Identification by Probabilities and Trial by Arithmetic (A Lesson for Beginners in How to Be Wrong with Greater Precision)* », 6 *Houst. L. Rev.* 471 (1969).

122 p. 41.

Rouge. La nuit, dans des circonstances qui n'ont pas pu être élucidées plus précisément, un autobus cause un accident ; personne ne sait quelle en était la couleur. Etant donné néanmoins que la compagnie du Bus Bleu est propriétaire de 80% des bus qui circulent dans la ville, est-il possible de condamner cette compagnie pour avoir, avec une probabilité de 80%, causé cet accident ? Comme aux Etats-Unis, une probabilité de 51% suffit en matière civile¹²³, la question se pose sérieusement. La plupart des auteurs, il est vrai, y répondent par la négative¹²⁴.

Dans la jurisprudence américaine réellement existante, il convient de le noter, ce type de preuve purement statistique n'est en général pas accepté, même en matière civile¹²⁵. Mais si on rejette la preuve purement statistique, encore faut-il expliquer pourquoi on le fait. Les juristes les plus proches de la pensée juridique traditionnelle feront valoir – sans doute à juste titre du point de vue psychologique – que le fonctionnement de la justice n'est acceptable qu'à condition que les tribunaux se réfèrent à des preuves individualisées, susceptibles d'être traitées par des juges qui continuent d'être considérés par leurs concitoyens comme étant chargés d'une

123 *Supra*, n° 16.

124 *L'hypothèse du Bus Bleu est basée sur un arrêt réellement rendu en 1945, Smith v. Rapid Transit, Inc., 48 N.E.2d 754 (Mass. 1945)* qui énonce « *it is not enough that mathematically the chances somewhat favor a proposition to be proved* » (p. 755, citant *l'arrêt Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, 29 N.E.2d 825, 827 (Mass. 1940)), mais il semble que cette ligne jurisprudentielle corresponde en réalité à une conception de la preponderance of the evidence plus exigeante que celle qui est aujourd'hui généralement admise (cf. la définition de la preponderance of the evidence donnée par l'arrêt *Sargent*, p. 827: « *if it is made to appear more likely or probable in the sense that actual belief in its truth, derived from the evidence, exists in the minds of the tribunal notwithstanding any doubts that may still linger there* »). – Pour une opinion doctrinale qui serait favorable à un jugement pour le demandeur dans l'affaire du Bus Bleu, v. D. Shaviro, « *Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice* », 103 Harv. L. Rev. 530 (1989) ; cf. également l'opinion, certes plus nuancée, du juge Posner : *obiter dictum* dans *United States v. Veysey*, 334 F.3d 600, 605 (7th Cir. 2003).

125 *Baker v. Bridgestone/Firestone Co.*, 966 F. Supp. 874 (W.D. Miss. 1996) ; *Hart v. Secretary of the Department of Health and Human Services*, 60 Fed. Cl. 598 (Fed. Cl. 2004) ; *Galvin v. Eli Lilly and Co.*, 488 F.3d 1026 (D.C. Cir. 2007). *Mais v. Kramer v. Weedhopper of Utah, Inc.*, 490 N.E.2d 104 (Ill. App. 1986), un jugement qui décide (contre la jurisprudence qui semble dominante) qu'une preuve purement statistique suffit pour que le juge ne puisse plus donner automatiquement raison au défendeur (directed verdict), et que le jury doive décider la cause. Des preuves statistiques sont de même au centre de la doctrine de la market share liability, théorie, en vigueur dans certains Etats, à la frontière du droit de la preuve et du droit de la responsabilité civile proprement dite : *Sindell v. Abbott Laboratories et al.*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

justice humaine¹²⁶. D'un point de vue psychologique, il est malsain de se défaire de l'aspect « rituel » inhérent à la procédure judiciaire¹²⁷. Pour des juristes moins humanistes, et notamment pour les tenants de l'école « law and economics », la justification du refus de tenir compte d'une preuve purement statistique est beaucoup moins évidente¹²⁸.

*

28. Le procès en tant que rituel ... le rapprochement évoque un ouvrage, publié par un grand auteur austro-américain, Albert Ehrenzweig, en 1971. L'ouvrage s'appelle *Psychoanalytic Jurisprudence*. L'auteur y explique combien le droit de la preuve dépend de la « fierté infantile » caractérisant la profession des juristes, ou de la « confiance infantile dans la fonction paternelle de la loi ». Compte tenu du rôle de la probabilité dans la preuve en justice, se demande Ehrenzweig, ne serait-il pas possible à une « société parvenue à maturité » d'être plus heureuse en reconnaissant que cette probabilité n'est qu'un subterfuge qui lui permet de ne pas admettre ouvertement l'impossibilité d'atteindre la vérité comme base d'une impossible justice absolue ? Cette même société pourrait alors se résigner à rechercher la justice relative qui caractérise l'esprit de compromis et de transaction, renonçant ainsi au « jeu éternel » qu'est la procédure¹²⁹.

Mais 1971 est loin, Ehrenzweig est mort, et son utopie ne s'est pas réalisée.

126 C. Nesson, « *Reasonable Doubt and Permissive Inferences : The Value of Complexity* », 92 *Harv. L. Rev.* 1187 (1979) ; du même auteur, « *The Evidence or the Event ? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts* », 98 *Harv. L. Rev.* 1357 (1985).

127 L. Tribe, « *Trial by Mathematics : Precision and Ritual in the Legal Process* », 84 *Harv. L. Rev.* 1329, 1376 (1971).

128 Les membres de cette école n'hésiteront pas à déclarer que « *all evidence is probabilistic – statistical evidence merely explicitly so* », comme l'a exprimé le juge Richard Posner : *Riordan v. Kempiners*, 831 F.2d 690, 698 (7th Cir. 1987) ; dans le même sens, v. les opinions du juge Posner dans *DePass v. United States*, 721 F.2d 203, 207 (7th Cir. 1983) ; *Howard v. Wal-Mart Stores*, 160 F.3d 358, 360 (7th Cir. 1998) ; *United States v. Veysey*, 334 F.3d 600, 605-606 (7th Cir. 2003). L'explication offerte par le juge Posner à l'appui du refus de fonder un jugement civil sur de simples probabilités statistiques, du type de l'hypothèse du Bus Bleu, est une explication « *law and economics* » typique : si les tribunaux admettaient la preuve purement statistique, ils inciteraient les demandeurs à lancer des demandes sans s'être livrés préalablement à des investigations suffisantes sur les faits, créant ainsi des coûts indus pour le système judiciaire (*Howard v. Wal-Mart Stores*, p. 360 ; *United States v. Veysey*, p. 605). Pour une autre explication, d'ordre utilitariste elle aussi, mais exprimée avec plus de finesse terminologique, v. A. Stein, *op. cit.* (note 9), *passim* (PMI – *Principle of Maximal Individualization*).

129 A. Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence*, Leiden/Dobbs Ferry, 1971, § 233, p. 278-279.

Bibliographie

Les principales indications bibliographiques ressortent des notes en bas de page accompagnant le texte, ci-dessus reproduit, de la conférence. Il ne semble pas nécessaire de les répéter à cet endroit. Ici, on se bornera à présenter des contributions directement consacrées à l'étude, en droit comparé, du critère de la preuve en matière civile.

K. CLERMONT et E. SHERWIN, « A Comparative View of Standards of Proof », 50 Am. J. Comp. L. 243 (2002), et une contribution similaire publiée par les mêmes auteurs, sous le titre « A Comparative Law Puzzle : Standards of Proof », dans les *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley (N.Y.), 2002, p. 629 et s. L'article part du constat de la profonde différence entre les systèmes de *common law* et ceux de l'Europe continentale (concrètement, il s'agit principalement d'une comparaison entre le droit américain et le droit français). Les auteurs s'avouent perplexes devant les divergences dont fait preuve le système français par rapport au système américain, qui leur paraît clairement supérieur.

Un point de vue contraire est défendu par M. TARUFFO, « Rethinking the Standards of Proof », 51 Am. J. Comp. L 659 (2003) dans un article remarquable, écrit dans une perspective critique et sociologique plutôt que normative. Il aboutit à une conclusion très sceptique sur la correspondance entre les critères de la preuve théoriquement affirmés et les critères de la preuve réellement pratiqués.

M. BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess in rechtsvergleichender Sicht*, Cologne/Berlin/Munich, Carl Heymans Verlag, 2005, se prononce dans le sens de l'identité du critère de la preuve en droit anglo-américain (qu'il comprend comme un critère « flexible ») et en droit allemand (qu'il comprend dans un sens beaucoup moins rigoureux que la doctrine dominante et la jurisprudence). En définitive, il s'agit d'un exercice assez irénique de conciliation des points de vue des différents systèmes juridiques.

Un exercice similaire paraît caractériser, sur le point du critère de la preuve, la démarche des rédacteurs des *Principes ALI/Unidroit de procédure civile transnationale*, selon lesquels le critère de la preuve tel qu'il existe aux Etats-Unis aurait « fonctionnellement » le même sens que celui qui existe ailleurs, et que les *Principes* proposent de formuler comme suit : « Les faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur vérité » (Principe 21.2, *Revue de droit uniforme* 2004, p. 797).