

Préface

Alain PLANTEY

Publié dans *La preuve*
Catherine Puigelier (dir.), *Economica*, 2004

« Ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je la connusse évidemment pour telle. » Voici formulée la pensée fondatrice de Descartes, base du « doute méthodique », des sciences modernes et de la philosophie positive. Et pourtant, la phrase est équivoque. Elle confond deux données très différentes : la vérité et l'évidence. Descartes reconnaît pour vrai ce qui lui est évident, mais la vérité est une donnée objective alors que l'évidence est une impression subjective. Même chez Descartes, la preuve contre le doute est entachée d'un doute. N'ayant d'autre moyen pour établir tout son système philosophique, Descartes l'a fondé sur l'idée qu'il découvrirait la vérité et qu'au fur et à mesure de cette découverte, il pourrait établir, pas à pas, ce système : le plausible, le possible, le présumé, l'évident.

Il s'agit d'abord de la réalité du fait. je prends un exemple aujourd'hui, nous considérons qu'une épreuve par l'ADN établit positivement une filiation, alors que jusqu'à ces dernières années, on ne pouvait pas le faire. Un pas en avant de la preuve, dû à la science récente.

Lorsque Christophe Colomb est revenu au port en 1493, avec deux de ses caravelles, car la troisième était restée en route avec Pizon, il a failli tomber dans un procès à la Galilée lorsqu'il a affirmé aux Espagnols qu'il arrivait d'une terre inconnue ; il a été sauvé parce qu'il a sorti de la cale deux Indiens, qu'il avait emmenés par hasard et dont il ne se doutait pas qu'ils lui permettraient de prouver qu'il avait effectivement abordé une terre inconnue.

En réalité, le sujet de la preuve est très difficile car il touche la conscience de chaque individu. L'existence de Dieu : la grande discussion de siècles en siècles : pour certains c'est une vérité, pour d'autres une vraisemblance, et parfois c'est une négation.

Chacun pourra considérer comme établi un événement ou une idée que le collègue ou l'adversaire contestera ou ne considérera pas comme prouvé. Le problème de la preuve est au cœur du droit, car aucun droit n'est présumé dans l'absolu. Ainsi, en matière sportive, dans des épreuves qui rapportent beaucoup d'argent, il faut savoir qui a gagné ; aux jeux olympiques, la preuve du résultat des compétitions est extrêmement difficile et discutée et suscite des procès passionnés. Même dans une discipline aussi désintéressée que le sport, on n'évite donc pas le problème de la preuve.

La force de la preuve réside dans l'accueil que lui fait celui à qui elle est destinée. Elle est donc toute relative : faire naître une certitude, l'intime conviction du juge. Ainsi varie suivant les civilisations, la certitude scientifique, morale, juridique, elle peut être orale, écrite, numérique. On peut systématiser l'idée en disant qu'il y a des individus qui contestent tout ; à l'inverse, il y a des individus benêts qui acceptent la preuve de n'importe quoi.

L'étendue de l'obligation de prouver dépend donc de l'étendue de la contestation.

L'importance de l'enjeu fait la gravité du faux. En cette matière, il faut envisager la falsification car elle est de tous les temps et de tous les lieux. Ramsès II, qui a régné plus de soixante ans, fit graver son idéogramme sur les ouvrages de ses prédécesseurs. Signant les œuvres des autres, il pensait prouver l'étendue de sa puissance. Le faux peut être partout : sur les monuments, dans les écritures, dans les transmissions, dans les traditions, dans les volontés. L'informatique et la transmission électronique le facilitent gravement. Aussi a-t-on recouru à l'authentification des actes, des messages, de la signature, même électronique, et des procédés de transmission, voire de diffusion.

Et il y a aussi l'erreur. Il existe des tableaux de Rembrandt qui ne sont pas de lui, cela a été prouvé ultérieurement ; à Leningrad, sur quatre Rembrandt, il n'y en a qu'un de vrai, à mon avis : on reconnaît le génie de l'artiste au visage. Aux États-Unis, vous avez des milliers de Corot, tout simplement parce que Corot, qui était un brave homme, signait Corot un tableau à peu près convenable qu'un ami artiste n'arrivait pas à vendre.

Le développement de l'informatique accroîtra beaucoup les risques de falsification, au moins d'incertitude. La preuve y est constamment menacée d'interception, de modification, au point que nous inventons des procédures pour prévenir les falsifications mais qui ne sont pas toutes couramment utilisables.

J'arriverai à une distinction que je crois assez importante et qui peut-être pourra choquer certains juristes de l'école classique. Nous disons toujours : « on prouve le fait et c'est le juge qui dit le droit ». Ce n'est plus vrai. Maintenant il faut prouver le droit. C'était déjà le cas dans le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Mais avec le développement du commerce international et le choix de la loi par les parties dans les affaires qui ne sont pas d'ordre public, il faudra prouver le droit ! Cette distinction est importante car l'appréciation du fait par le juge du fond est souveraine alors que l'appréciation du droit ne l'est pas car, chez nous, elle est soumise à cassation et peut donc être contrôlée. Dès lors dans le domaine de la preuve, le juge hésitera sur le point de savoir s'il est dans le cas d'une appréciation souveraine et sur l'étendue du contrôle de cassation. Lorsque le juge du fond aura statué sur le droit, le juge de cassation le vérifiera probablement.

Dans le droit français s'ajoute une complication supplémentaire, dont il faut bien avoir conscience même lorsqu'on est civiliste : c'est que le dire d'État est censé véridique. Une position prise par une institution officielle est présumée juste, légale et exécutoire. C'est au citoyen de prouver qu'elle est illégale et qu'elle ne peut pas être exécutée. Dans le système juridique français, la décision administrative préalable renverse en quelque sorte d'office la charge de la preuve au détriment du citoyen. Il incombera au juge de rétablir la possibilité pour le citoyen de limiter sa charge de la preuve, de transférer suivant les affaires et leur plausibilité, la charge de la preuve du côté de l'État, éventuellement en référé.

La preuve peut aussi être convenue d'avance entre les intéressés lorsqu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et lorsque les parties ont été libres de conclure : c'est le cas des relevés de toute nature (banque, valeurs, consommation et divers services publics). Mais elle ne saurait être irréfragable et personne ne saurait se soustraire complètement à sa responsabilité, même par contrat.

On est donc amené à développer des procédures de vérification, Il faut les étudier : la vérification par un tiers : le tiers expert, le tiers arbitre, le tiers certificateur, parfois même le

tiers qui dresse un procès-verbal ou une attestation. La recherche de la preuve entraîne l'appel à un tiers que l'on présume informé, compétent et impartial : l'officier ministériel, l'officier public, le témoin. Faut-il alors vérifier le vérificateur ?

Il en résulte la police de la preuve, que l'on doit imposer aux agents publics. Puisque les agents publics sont présumés affirmer à juste titre, il faut une police de l'agent public, de sa personne, de son investiture et de ses actes. Il n'est pas douteux qu'existe là une grande différence entre le droit français et le droit anglo-saxon en général, où l'égalité des deux parties fait qu'il n'y a pas de privilège en faveur de l'administration et oblige par conséquent l'administration à prouver dans les mêmes conditions que le particulier. Ainsi se justifient des présomptions dont l'effet est de renverser l'obligation de prouver.

La preuve est-elle toujours possible ? Non, car le secret s'oppose souvent à elle dans les affaires de l'État comme dans certaines relations privées (secret de fabrique, propriété intellectuelle). Elle n'est pas davantage possible lorsqu'une présomption est irréfragable, notamment en matière fiscale. Tout l'effort du juge sera alors de limiter le champ de la confidentialité, d'obliger l'administration à répondre, à produire ses justifications pour qu'elles soient appréciées. Le secret et la censure sont les grandes armes de l'État non libéral.

Un autre problème est celui du droit de prouver. C'est la question de l'aveu ; par exemple : pouvez-vous prouver contre l'aveu ? Dans certaines civilisations vous ne pouvez pas prouver contre le serment, si le serment est prêté dans certaines conditions. Au criminel, la présomption étant celle de l'innocence, vous devez prouver plus sérieusement les faits qu'au civil. Et dans ces conditions, vous avez le débat : le criminel doit-il tenir le civil en l'état ? Or dans beaucoup de cas, l'arbitre civil a tendance à vouloir juger ce qui ne lui revient pas. Statuer sur une preuve criminelle c'est s'exposer à être démenti un jour par le juge pénal ; ainsi décider au commercial de la corruption suppose que si le juge pénal décide qu'il y a eu corruption et si l'arbitre a dit qu'il n'y en a pas eu, sa sentence est nulle, de même que s'il a estimé qu'il n'y avait pas de corruption et que le juge dit le contraire. Plus proche de la souveraineté étatique, le pénal peut entraîner des conséquences graves sur le commerce s'il n'est pas manié et respecté correctement.

D'autres problèmes se posent, ce sont ceux de la propagande et de la publicité. Le pouvoir politique a tendance à se proclamer le meilleur ; dans maints régimes, la preuve se heurte à des dirigeants, éventuellement ceux d'autres pays. Clemenceau disait : « La vérité est tellement précieuse qu'elle doit être protégée par le mensonge. »

La façon de prouver n'est pas anodine. Elle constitue une des grandes règles du jeu de la justice : l'égalité des parties, le droit de la défense, le contradictoire, l'expertise, les audiences et plaidoiries. Mais alors, le droit de la preuve peut se heurter à des pratiques critiquables. Nous acceptons maintenant le témoignage anonyme dans un certain nombre d'affaires difficiles de fraudes, de blanchiment d'argent... De même pour les écoutes et interceptions électroniques : la Communauté européenne nous oblige, dans un certain nombre d'affaires financières, à accepter cette preuve. Si bien que nous allons entendre débattre dans des procès, le témoignage anonyme et l'écoute comme éléments de preuve alors que nous avions considéré que ces pratiques étaient contraires à l'ordre public français.

Et j'arrive à la décision sur la preuve : la décision sur la preuve n'est pas nécessairement celle du juge. Elle peut être celle du savant : la querelle de Galilée posait un problème de preuve, moyennant quoi la science a été obligée de céder. La décision sur la preuve peut être

politique : ce fut le cas dans l'affaire Dreyfus ! Trancher sur la preuve n'est pas obligatoirement le propre et l'effet d'une décision de justice. La démonstration et la formulation du jugement ou de l'opinion peuvent porter sur des éléments scientifiques, artistiques, politiques ou moraux. À chacun ses certitudes ! Le juge décide suivant son intime conviction, il nous appartiendra de la préparer.

Je terminerai donc en invitant au doute ou à l'inquiétude. Pour celui qui juge ou qui va faire juger, pour celui qui défend ou qui attaque, et même pour celui qui enseigne, la difficulté principale est souvent celle de la certitude, en son âme et conscience.