

CULTURE ET ADMINISTRATION JUDICIAIRE DE LA PREUVE

Loïc CADJET

SOMMAIRE: I. *Prolégomènes: preuve, droit et culture*. II. *Systemes juridiques de la preuve*. III. *Fondements culturels de la preuve*.

1. *Objet*. Le douzième congrès de l'association internationale de droit judiciaire a pour thème *Droit procédural et cultures juridiques*. La première session, à laquelle est consacré le présent rapport général, porte sur les relations de la culture et de la preuve.

De prime abord, la tâche n'est pas simple car elle suppose de comparer des situations nationales aux particularismes marqués, en matière juridique et judiciaire, par les traditions historiques et les habitudes culturelles.

2. *Méthode*. Pour des raisons de pure commodité, les rapporteurs généraux¹ ont procédé de la manière suivante pour établir leur rapport général. Ils ont fait le choix de ne pas préparer de questionnaire détaillé à l'intention des rapporteurs nationaux, afin de laisser à ces derniers la plus grande liberté de manœuvre.

Les rapports nationaux ont donc été établis sur la seule base du thème général et adressés à chacun des deux rapporteurs généraux qui ont rédigé, chacun de leur côté, un rapport préliminaire à partir des rapports nationaux en langue anglaise, pour Oscar Chase, et à partir des rapports nationaux en langue française et en langue espagnole, pour Loïc Cadiet. Ces deux rapports préliminaires devant ensuite être fusionnés pour composer le rapport

¹ Chase, Oscar G., professeur à la New-York University (Etats-Unis d'Amérique) et Loïc Cadiet, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I (France).

général, unique dans sa substance, mais rédigé en une version anglaise et une version française. Le rapport préliminaire qui suit a été établi par Loïc Cadiet à partir des rapports nationaux qui lui ont été fort aimablement adressés par:

- M. Antonio Carlos de Araujo Cintra, Professeur à l'Université de Sao Paulo, pour le *Brésil*.
- M. Juan Pablo Correa Delcasso, Professeur à l'Université de Barcelone, pour l'*Espagne*.
- M. Emmanuel Jeuland, Professeur à l'Université de Paris XI, pour la *France*.
- M. Jean Laenens, Professeur à l'Université d'Anvers, pour la *Belgique* et les *Pays-Bas*.
- M. Gualberto Lucas Sosa, Professeur à l'Université nationale de La Plata, pour les *Conférences interaméricaines de droit international privé*.

Les réponses des différents rapporteurs nationaux sont inégales car, d'un pays à l'autre, les informations offertes varient, en quantité comme en précision. La comparaison des situations nationales étudiées en souffre nécessairement.

3. *Plan*. A défaut de questionnaire général préalablement établi par les rapporteurs généraux, le plan de ce rapport préliminaire a été établi à partir des rapports nationaux eux-mêmes. Mais ces rapports ont été conçus de manière très différente d'un auteur à l'autre, ce qui interdisait toute synthèse véritable.

Le parti a donc été pris, après des prolégomènes permettant de préciser les termes du sujet (I), d'examiner ce qui apparaît avec le plus de netteté dans les différents rapports nationaux, c'est-à-dire les solutions des droits nationaux en matière de preuve (II), avant de rechercher quelle peut être la part de la culture dans ces systèmes particuliers (III).

I. PROLÉGOMÈNES: PREUVE, DROIT ET CULTURE

4. Selon le mot d'un auteur, il faut débiter par définir si l'on ne veut pas finir par buter. Mais ce n'est pas tout que de définir ce que l'on

entend par preuve (1.1) et par culture (1.2); il faut encore mettre en relation les deux termes afin de dégager, autant qu'il est possible, la problématique du sujet (1.3).

1. Définition de la preuve

5. Un dictionnaire usuel de la langue française définit la preuve comme "ce qui sert à établir qu'une chose est vraie".²

La définition est générale; elle vaut aussi bien pour la preuve en science que pour la preuve en droit. Au demeurant, bon nombre de définitions de la preuve prennent appui sur la définition juridique de la preuve, ou s'y réfèrent. C'est ainsi qu'André Lalande définit la preuve comme "opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit), à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse".³ Cette première approche autorise plusieurs observations.

6. Il apparaît d'abord que la preuve est avant tout une activité intellectuelle, une "opération", et cette activité prend ordinairement la forme d'une démonstration.

Mais si ce mot est utilisé par les juristes pour définir la preuve en droit,⁴ chacun sait bien que la démonstration n'a pas le même sens en droit et en science car la vérité qu'il s'agit d'établir n'est pas de même nature.⁵

Le droit, au contraire de la science, n'a pas pour objet d'établir la vérité de ses énoncés; une règle de droit n'est ni vraie ni fausse et la décision du juge, qui en fait application au cas particulier dont il est saisi, n'énonce

² Robert, Paul, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, par A. Rey et J. Rey-Debove, Paris, Société du nouveau Littré, V. Preuve.

³ Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1926, V. Preuve.

⁴ Voir par exemple Cornu, G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 8a. ed., 2000, V. Preuve, 1: 'Démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises par la loi'.

⁵ Voir Perelman, Chaïm et Frieris, P. (sous la direction de), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981. La preuve, *Droits*, n. 23, Paris, Presses universitaires de France, 1996. La preuve, *Le temps des savoirs*, n. 5, Odile Jacob, 2002. Shalev Ginossar, V. Preuve judiciaire, in *Encyclopaedia Universalis*.

qu'une vérité relative, simple vraisemblance quant à la réalité des faits, et non pas une certitude absolue.

Ainsi que l'écrit Jean Carbonnier, "En contraste avec les autres sciences où un problème ne saurait généralement comporter qu'une solution, tout problème, ici, en comporte au moins deux. Chacune des prétentions contradictoires est, a priori, plaidable, puisqu'on la plaide, et si elle est plaidable, elle est probable. Toute opinion tend à devenir du droit, et il n'y a dans le droit que des opinions diversement probables".⁶

Dire la vérité, pour le juge, ce n'est pas énoncer une proposition vraie, c'est identifier, entre les thèses en présence, à l'issue d'un débat contradictoire où, tour à tour, chaque partie conteste la présentation des faits de l'autre, celle qui paraît la plus convaincante. La preuve est "un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain".⁷

Au-delà de sa dimension intellectuelle, la preuve acquiert ainsi un rôle social essentiel: "Toute preuve, en dehors même de sa fonction d'ordre intellectuelle, qui est généralement la seule à laquelle on songe, a une fonction sociale qui consiste à faire accepter la thèse que l'on soutient. Prouver, c'est faire approuver. La fonction de la preuve est la recherche de la conviction, ou, si l'on préfère, de l'homologation".⁸

L'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement ne signifie pas autre chose: *res judicata pro veritate habetur*, le jugement n'est pas la vérité, il est seulement censé l'être, pour des raisons de paix sociale, parce qu'il faut mettre un terme aux procès qui troublent la paix publique. En ce sens, la preuve est intimement liée à la fonction même du procès.⁹

Ainsi que l'écrit Juan Pablo Correa Delcasso, "la prueba... constituye la esencia del proceso, su justificación como tal... es el factor decisivo en el que radica el proceso judicial".¹⁰ "Dès lors qu'une prétention s'affirme nécessairement au détriment d'autrui, il ne saurait y être fait droit par le seul effet de son affirmation; le jugement d'un tiers s'impose, comme s'im-

⁶ Carbonnier, Jean, *Droit civil. Introduction*, Paris, Presses universitaires de France, 25a. ed., 1997, n. 29, p. 67.

⁷ Lévy-Bruhl, Henri, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 7: "La preuve est... inséparable de la décision judiciaire; c'en est l'âme, et la sentence n'est qu'une ratification", et 23.

¹⁰ Correa Delcasso, Juan Pablo, *La prueba en el proceso civil español*, I, p. 1.

pose la nécessité de la convaincre”.¹¹ Pour autant, c’est bien à la vérité, même relative, que la preuve renvoie d’abord. Cette relation privilégiée est soulignée par Jean Laenens¹² et par Emmanuel Jeuland.¹³

7. Pour autant, cette opération qu’est la preuve ne saurait être limitée à une simple activité *intellectuelle*. La démonstration doit reposer sur autre chose que des allégations; elle doit reposer sur l’établissement de faits qui rendent vraisemblables la prétention exprimée par le plaideur. Bien que la question soit discutée en philosophie, il est admis que si “la preuve est, en général, un raisonnement”, elle ne l’est “pas toujours”: “elle peut consister en une présentation de fait qui lève le doute. De là vient que ce mot, en un sens pour ainsi dire matériel, s’applique aussi au fait, au document qui prouve quelque chose”.¹⁴ Les définitions juridiques de la preuve rendent assurément compte de cette extension en ajoutant, au sens premier de la preuve comme *raisonnement* destiné à convaincre le juge de la réalité d’une proposition, ce second sens de la preuve comme *moyen* d’établir la vérité prétendue.¹⁵ Jean Laenens propose de préciser encore la définition en distinguant la *moyen* de preuve du *mode* de preuve, le mode de preuve étant, *stricto sensu*, la manière d’administrer en justice le moyen de preuve des-

¹¹ Lagarde, Xavier, *V. Preuve*, in Loïc Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, Presses Universitaires de France, à paraître.

¹² Laenens, Jean, *Le droit de la preuve en Belgique et aux Pays-Bas*, p. 1, n. 1: “Toute personne qui souhaite faire valoir ses droits substantiels, doit en principe faire appel au juge. Elle devra le convaincre d’avoir raison, si elle veut obtenir gain de cause. Le litige ne sera tranché à l’avantage du plaideur que lorsque le juge est convaincu que les arguments qu’il avance, correspondent à la vérité”. Et d’ajouter, à juste titre, p. 1, n. 2. “La preuve judiciaire qui constitue la conclusion de toute procédure, se distingue donc de la preuve mathématique qui doit toujours être absolue. Généralement, dans un jugement, la vérité n’est que toute relative. Le doute subsiste. Souvent la réalité prouvée n’est qu’une faible décoction de ce qui s’est réellement passé”. V. également p. 10, n. 32: “Les parties litigantes sont soumises, surtout en matière civile, à une sévère obligation de vérité”.

¹³ Jeuland, Emmanuel, *Preuve et culture française, rapport national pour la France*, p. 1: “ce sont les preuves qui permettent de mettre à jour la vérité”. Rapp. Juan Pablo Correa Delcasso, *op. cit.*, note 10, qui fait référence à la définition de la preuve donnée par Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996, p. 31: “aquella actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respeto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y, en otros, de las normas legales que fijarán los hechos”.

¹⁴ Lalande, André, *cit.*, note 3, et *loc. cit.*

¹⁵ Cornu, Gérard, *cit.*, note 4: “Moyen employé pour faire la preuve; mode de preuve. Ex. preuve par témoins, preuve littérale, indices, aveu, serment, constatations”.

tiné à établir la vérité: ainsi, le témoignage est un moyen de preuve, dont l'admissibilité est définie par la loi substantielle, tandis que l'audition du témoin par le juge (l'enquête) est un mode de preuve, relevant "de la procédure de la preuve ou de l'administration de la preuve elle-même",¹⁶ et, de ce fait, à la *lex fori*, ce qui place le droit de la preuve, au moins dans ses aspects procéduraux, sous l'empire du particularisme juridique et, partant, des diversités nationales.¹⁷

8. L'observation ne devrait pas étonner, dès lors que la preuve est dédiée à la vérité et que la vérité judiciaire est relative. Chacun connaît l'aphorisme de Pascal, rappelé par Emmanuel Jeuland dès l'entrée de son rapport:¹⁸ "plaisante vérité qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà" et ceci qui précède, moins connu: "trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité".¹⁹ Les lois suivent les mœurs de chaque pays, ces mœurs variant souvent en fonction de la géographie. Un siècle plus tard, Montesquieu ne dira pas autre chose avec sa théorie des climats,²⁰ reprise d'Aristote, puis de Jean Bodin. Ce qui vaut pour le tout, vaut pour la partie, surtout lorsque cette partie est essentielle (*Idem est non esse et non probari*). Ainsi, comme le suggère Emmanuel Jeuland, "on peut donc dès l'abord du sujet s'attendre à ce qu'il y ait un lien entre les règles de preuve et la culture d'un pays, puisque toute loi varie d'un pays à l'autre en fonction des mœurs voire de

¹⁶ Laenens, Jean, *cit.*, note 12, p. 18, n. 53. Les distinctions pourraient encore être affinées, en distinguant, parmi les modes de preuve, les mesures "*d'instruction*", qui ont pour objet de mettre en œuvre un moyen de preuve admis par la loi (par exemple, l'enquête pour le témoignage, la production des pièces pour la preuve écrite), et les mesures "*d'information*" qui, comme l'expertise, sont seulement destinées à éclairer le juge sur les circonstances du litige lorsque les mesures précédentes n'y sont pas parvenues.

¹⁷ Voir *infra* n. 17.

¹⁸ Jeuland, Emmanuel, *cit.*, note 13, p. 1.

¹⁹ Pascal, *Pensées*, 228 [343], in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1954, p. 1149.

²⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1951, t. II, pp. 474 sq: "Troisième partie, Livre quatorzième: Des lois dans le rapport qu'elles ont avec la nature du climat", spéc. p. 474: "S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du cœur soient extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives et à la différence de ces passions et à la différence de ces caractères".

la géographie de ce pays”.²¹ A supposer que l’on admette ce chemin qui conduit de la géographie et des mœurs au droit et à la preuve en passant par la culture, encore faut-il s’entendre maintenant sur la notion de culture, qui n’est pas simple à définir en raison de la multiplicité et de l’incertitude de ses sens.

2. Définition de la culture

9. Un auteur a fort bien exprimé la difficulté de définir la culture: “Comment appréhender une culture? La culture fascine autant qu’elle échappe: cherche-t-on à la saisir? Elle s’enfuit. A la définir? Elle se montre rebelle à tout enfermement dans un concept... N’est-ce pas d’ailleurs cette imprécision qu’on aime dans cette idée qui exprime des intuitions plus que des certitudes, des hypothèses qui ne pourront jamais être confirmées?”²² Autrement dit, la culture ne se prouve pas. Pour les besoins de cet exposé, et au risque d’en caricaturer excessivement la signification, trois acceptions traditionnelles de la culture nous paraissent cependant pouvoir être distinguées, avant de s’arrêter sur le sens qu’il convient de retenir.²³

Au sens le plus étroit, et le plus courant, la culture se définit comme le développement, et le résultat du développement, de certaines facultés du corps (culture physique) ou de l’esprit, soit dans les domaines considérés comme nécessaires à tout homme, afin de lui permettre d’exercer ses facultés de jugement (culture générale, *bildung*), soit dans des domaines particuliers, souvent liés à certains métiers (cultures spécialisées comme la culture philosophique, la culture scientifique, la culture artistique).

Dans un deuxième sens, plus large (sociologique?), la culture désigne l’ensemble des traits caractéristiques d’une société ou d’un type de société; elle est alors assimilée à la civilisation: c’est ainsi qu’on peut parler

²¹ Jeuland, Emmanuel, *cit.*, note 13.

²² Garapon, Antoine, *V. Culture(s) judiciaire(s)*, in Cadiet, Loïc, *Dictionnaire de la Justice*, précité.

²³ Confer Ruth Sefton-Green, *Compare and contrast: monstre à deux têtes*, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n. 1, pp. 85-95, spéc. p. 87, qui retient quatre significations de la culture: la *culture historique* (par exemple la culture française), la *culture-connaissance* (développement des facultés de l’esprit), la *culture contemporaine* (ou culture de fait comme par exemple la culture de la télévision ou de la rue) et la *culture-crédation* (l’art).

de la culture italienne, de la culture gréco-latine ou de la culture orientale,²⁴ sans entrer ici dans le débat classique entre la “*culture*”, notion allemande, et la “*civilisation*”, notion française, qu’Emmanuel Jeuland évoque dans son rapport.²⁵ Le débat, en effet, est aujourd’hui dépassé car l’emploi du mot *Culture*, par transposition de l’allemand *Kultur*, pour désigner la civilisation, est aujourd’hui banal.²⁶ Comme l’écrit Jean Cazeneuve, la civilisation, qui est elle-même susceptible de plusieurs sens,²⁷ apparaît “comme un type particulier de culture, ou comme un aspect de celle-ci.

²⁴ Le curseur peut alors se déplacer du plus petit, en identifiant différentes cultures à l’intérieur d’un même pays (hypothèse du multiculturalisme) au plus grand, jusqu’à en arriver, comme Benedict, Ruth (*Patterns of culture*, Houghton Mifflin, 1934, traduit en France par W. Raphaël, *Echantillons de civilisation*, Paris, Gallimard, 1950), à ramener les types culturels à deux types de civilisation la civilisation apollinienne, caractérisée par la modération et le respect d’autrui, et la civilisation dionysienne, dominée par la passion et l’affirmation de soi: V. Abeles, Marc, *V. Culturalisme*, in *Encyclopaedia Universalis*.

²⁵ Jeuland, Emmanuel, *cit.*, note 13, p. 2: “Avant de pouvoir dégager les principaux traits de la culture française, il convient de s’arrêter au terme de culture qui paraît bien avoir une acception française. Nous ne reviendrons pas sur le traditionnel débat franco-allemand entre civilisation et culture, l’Allemagne aurait une culture car elle serait particulariste, la France serait davantage une civilisation car elle aurait vocation à l’universel. Rapp. Pierre Kaufmann, *V. Culture et civilisation*, in *Encyclopaedia Universalis*, rappelant ce qu’en disait Thomas Mann, en 1914, dans la *Neue Rundschau*: “Civilisation et culture sont des contraires, ils constituent l’une des diverses manifestations de l’éternelle contrariété cosmique et du jeu opposé de l’Esprit et de la nature... La culture est fermeture, style, forme, attitude, goût, elle est une certaine organisation du monde, et peu importe que tout cela puisse être aventureux, bouffon, sauvage, sanglant et terrifiant... La civilisation, de son côté, est raison, lumières, douceur, décence, scepticisme, détente, Esprit (*Geist*)”, avant de relativiser l’opposition à partir des réflexions de deux auteurs aussi emblématiques que Burckhardt, pour l’Allemagne (*Considérations sur l’histoire universelle*), et Guizot, pour la France (*Histoire de la civilisation européenne*).

²⁶ V. Carbonnier, Jean, *cit.*, note 6, p. 53, qui observe: “On pourrait aussi bien parler de civilisation, si les Allemands n’avaient fait prédominer l’autre terme. Disons culture”. Mais il ne l’était pas encore tout à fait en 1926: V. Lalande, André, *op. cit.*, note 3, *V. Culture*, C.: “(beaucoup plus rarement, et par transposition en français, d’un sens acquis par le mot sous sa forme allemande) Synonyme de civilisation”.

²⁷ *Primo*, au sens de peuple civilisé, jugement de valeur qualifiant favorablement les sociétés à propos desquelles on l’emploie, par opposition à sauvage; *secundo*, au sens de phénomène de civilisation, certains aspects de la vie sociale, comme dans l’expression “*civilisation du loisir*”, forgée par Dumazedier, Joffre (*Vers une civilisation du loisir?* Paris, Edition du Seuil, 1962); *tertio*, traits caractéristiques d’un ensemble de peuples ou de sociétés, leur donnant une personnalité propre qui leur confère une place déterminée dans l’histoire ou dans l’ensemble des populations à un moment donné.

Les deux notions mesurent plus ou moins un écart entre la nature et l'acquis social", ce qui conduit au dernier sens du mot culture.²⁸

Dans un troisième sens, en effet, le plus général (anthropologique²⁹), la culture exprime l'ensemble des formes acquises de comportement dans les sociétés humaines, par rapport au reste du monde vivant, ramassé dans la notion de nature : la culture, en tant que "*monogramme de sociabilité*",³⁰ est alors l'humanité même. Selon Claude Lévi-Strauss,³¹ la prohibition de l'inceste marque le passage entre la nature et la culture; c'est elle qui, en obligeant les hommes à nouer alliance en dehors du groupe naturel de la consanguinité, fonde la culture en même temps que la société humaine.³²

Le mot *culture*, qui est à la mode, s'emploie encore aujourd'hui dans de nombreuses autres circonstances, ce qui en galvaude l'usage: c'est ainsi que l'on parle de la culture d'entreprise, de la culture de l'indépendance ou de la culture judiciaire.³³ En vérité, tous ces emplois peuvent être ramenés au deuxième sens de la culture, élargi à l'*habitus* d'une communauté, micro-société là où la civilisation apparaît comme une hyper-société.

10. A quel sens convient-il de se référer lorsqu'il s'agit de s'interroger sur les règles de preuve?

Il est aisé d'écarter le premier sens, même si la connaissance des règles de preuve, qui s'enseigne dans les facultés de droit, participe de la culture juridique, au sens intellectuel du terme, même si comme le rappelle Juan Pablo Correa Delcasso, citant Prieto Castro, "en el estudio del derecho

²⁸ Cazeneuve, Jean, V. Civilisation, in *Encyclopaedia Universalis*, citant E. B. Tylor, *La Civilisation primitive (Primitive Culture)*, Paris, 1876: "Le mot culture, ou civilisation, pris dans son sens ethnographique le plus étendu, désigne ce tout complexe comprenant à la fois les sciences, les croyances, les arts, la morale, les lois, les coutumes et les autres facultés et habitudes acquises par l'homme dans l'état social". Sur les notions sociologiques de la culture, voir Martinon, Jean-Pierre, V. Culture (sociologie de la), in *Encyclopaedia Universalis*, faisant référence à l'inventaire fait par Kroeber et Kluckhohn des multiples manières d'utiliser le terme culture depuis le XVIIIème, au cours duquel il a commencé à être appliqué aux sociétés humaines (Kroeber, A. L. et Kluckhohn, C., *Culture, a Critical Review of Concepts and Definitions*, New-York, 1952).

²⁹ C'est sous le titre *Droit et cultures* qu'est publiée, en France, une revue d'anthropologie juridique.

³⁰ Kaufmann, Pierre, *op. cit.*, note 25.

³¹ Lévi-Strauss, Claude, *Structures de la parenté*, 1948.

³² Voir Armengaud, Françoise, V. Nature et culture, in *Encyclopaedia Universalis*.

³³ C'est ce que Ruth Sefton-Green, *op. cit.* et note 23, appelle la culture contemporaine ou culture de fait.

probatorio, se ponen a contribución no ya únicamente las dotes de un jurista, sino también de un sociólogo, de un hombre culto, de un psicólogo y de un historiador”.³⁴ Restent alors les deux autres sens, mais faut-il choisir entre eux? A ce stade de l’étude, le choix ne s’impose pas car ces sens se complètent plus qu’ils ne s’excluent. Entre la culture conçue comme l’ensemble des traits caractéristiques d’une société ou civilisation particulière et la culture définie comme expression de l’humanité même, la frontière n’est pas étanche: l’émergence des notions de crime contre l’humanité ou de patrimoine commun de l’humanité peut être présentée comme la marque d’un progrès de la *civilisation* à l’échelle de l’humanité entière. Montaigne le disait déjà: “chaque homme porte la forme entière de l’humaine condition”.

Ces deux sens conviennent parfaitement au comparatiste, dont le travail consiste précisément à faire la part, entre les différents droits nationaux, du propre et du commun, du particulier et de l’universel.³⁵ Ce qui vaut pour le droit en général doit valoir pour le droit de la preuve en particulier. La preuve peut être étudiée du point de vue, *particulariste*, des cultures à l’œuvre dans chaque pays, la culture juridique étant alors considérée comme appartenant à la culture nationale:³⁶ il faut alors rechercher s’il y a une culture espagnole, brésilienne ou néerlandaise de la preuve, marquée par les caractéristiques sociales propres à chaque pays, façonnée par ses institutions, ses croyances, ses usages, ses mentalités, sa morale. Mais la preuve peut aussi apparaître comme une activité éminemment sociale destinée, comme le jugement qui en est l’aboutissement, à assurer la cohésion du lien social. Or, cette fonction est *universelle*, dépassant les frontières, quand bien même sa mise en œuvre peut présenter des singularités d’un pays à l’autre. Traitant de la preuve et de la culture française, c’est à cette “*acception générale*” que se réfère Emmanuel Jeuland: “cette acception générale renvoie nous semble-t-il aux rapports de sociabilité, souvent nommés lien social”.³⁷ Il semble que ce soit aussi à cette acception, universalisante, que renvoie implicitement Juan Pablo Correa Delcasso lorsque, présentant

³⁴ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10.

³⁵ Sefton-Green, Rapprocher Ruth, *op. cit.*, note 23, pp. 94-95: “*compare and contrast. C’est à dire trouver les similitudes et les différences... L’art de comparer, s’il y en a un, met en relief la dialectique inhérente à la comparaison. A l’évidence, celle-ci consiste à la fois en la recherche de la convergence et de la divergence*”.

³⁶ Voir Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-culture*, W. E. J. Tjeenk Willink, 1999.

³⁷ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 3.

La prueba en el proceso civil español, il souligne l'inefficacité, selon le droit constitutionnel espagnol, des preuves obtenues en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales.³⁸

Il faut encore préciser la nature des relations susceptibles de se nouer ainsi entre la preuve et la culture telles que nous venons de les définir.

3. Relations de la preuve et de la culture

11. La question des relations de la preuve et de la culture est faussement simple. “Le sujet consiste à s’interroger sur les rapports qu’entretiennent le droit de la preuve et la culture française”, écrit Emmanuel Jeuland dans son rapport pour la France.³⁹ La proposition peut être élargie à l’ensemble des pays et conduit alors à rechercher l’influence réciproque, dans chaque pays, entre sa culture et son droit de la preuve. C’est alors qu’apparaissent les difficultés.

12. D’abord, parler d’influence réciproque conduit à envisager aussi bien l’influence de la culture sur la preuve que l’influence de la preuve sur la culture car, si le droit est par lui-même une culture, il fait aussi partie de la culture de la société à laquelle il s’applique : la culture juridique relève de la culture nationale.⁴⁰ La première influence est privilégiée par les rapporteurs nationaux, tandis que la deuxième n’est évoquée qu’en passant, par deux d’entre eux. Ainsi, Gualberto Lucas Sosa lorsque, traitant des conférences interaméricaines de droit international privé, il cite la Charte de l’organisation des Etats américains dont l’objectif est de promouvoir “el desarrollo económico, social y cultural”.⁴¹ Ainsi encore Emmanuel

³⁸ Correa Delcasso, Juan-Pablo, *La prueba en el proceso civil español*, p. 18, citant l’article 287 LEC, faisant application en matière civile de l’article 11.1 LOPJ.

³⁹ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 5.

⁴⁰ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, note 6, n. 20, pp. 53-55 et n. 21, pp. 55-57. Adde Garapon, Antoine, V. Culture(s) judiciaire(s), in Cadet, Loïc, *Dictionnaire de la Justice*, précité, qui reprend la distinction “canonique” faite par Lawrence Friedman entre culture juridique externe (considérant la place du droit dans un pays donné) et culture juridique interne (constituée des attitudes, croyances, raisonnements, perceptions, valeurs plus ou moins explicites, communes à un groupe de professionnels du droit).

⁴¹ Lucas Sosa, Gualberto, *La cultura y la ciencia de la obtención de información y de asunción probatoria. Un enfoque desde las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado*, p. 3, note 7, se référant aux articles 1 et 2 de la Charte.

Jeuland selon lequel, si l'on s'en tenait à une conception de la culture limitée aux œuvres de l'esprit (le patrimoine culturel), il faudrait rechercher les manifestations de la preuve à travers les œuvres littéraires ou cinématographiques, cette recherche permettant d'observer quel type de preuve ou quelle conception de la preuve imprègne l'imaginaire collectif d'un pays,⁴² étant précisé, de ce point de vue, que le droit pénal et le procès pénal, en raison de leur théâtralité intrinsèque, parlent sans doute plus à l'imagination que le droit et le procès civil. Cette approche n'est pas à négliger.⁴³ "Sans doute, plutôt que le droit véritable, ce qui passera ainsi dans la culture nationale, ce sera un droit remodelé par l'imagination. Mais qu'avons-nous à y perdre? Que ce soit par le grossissement de la caricature ou par un effet de dramatisation, ce doit de fantaisie se graver bien mieux que l'autre dans la mémoire collective, et peut-être réussira-t-il à éveiller chez les citoyens un intérêt pour la chose juridique".⁴⁴

13. Ensuite, à s'en tenir à la seule influence de la culture sur la preuve, chacun sent bien, intuitivement, qu'un droit national dépend de la culture du pays en question: "The close link between civil procedural law and the cultural milieu in which it developed is a well-known phenomenon among proceduralists".⁴⁵ C'est, par exemple, un lieu commun que "les Français sont culturellement portés à la codification et les Anglais à la casuistique".⁴⁶ La question a fait l'objet d'études devenues classiques.⁴⁷ En ce qui

⁴² Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 3, qui émet l'hypothèse, "*difficile à vérifier*", précise-t-il, que "*l'aveu a une place de choix dans les textes et films français (...) alors que le témoignage est plus discret*". Voir aussi Antoine Garapon, *op. cit.*, note 22: "*Les films français et américains montrent deux imaginaires bien différents qui ne procèdent ni du même rapport à la vérité..., ni du même rapport à l'argent..., ni, enfin, du même rapport à la procédure*", ainsi que Truche, Pierre, V. Cinéma, et Varaut, Jean-Marc, V. Littérature, in Loïc Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, précité.

⁴³ Et, en dehors de la preuve, elle ne l'est pas. La question des rapports du droit et de la littérature, notamment, est une veine assez traditionnelle, exploitée en France comme à l'étranger: V. p. ex. Kohler, Josef, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 2a. ed., 1919 et, surtout, Posner, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, 1988, traduit en France sous le titre *Droit et littérature*, par Christine Hivet et Philippe Jouary, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

⁴⁴ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, note 6, p. 54.

⁴⁵ Wouter de Vos, in *French civil procedure revisited*, *Stellenbosh Law Review*, vol. 9, n. 2, 1998, pp. 217-221, spec. 3, p. 220.

⁴⁶ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, note 6, p. 55.

⁴⁷ Cappelletti, Mauro, Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe, 1971, *Michigan Law Review* 847-885. Tarello,

concerne le droit de la preuve, qui est essentiellement judiciaire, la preuve serait ainsi nécessairement tributaire d'une conception du procès, variable d'un pays à l'autre. Selon un auteur français, "le siège de cette matière se révèle être l'un de ceux où s'accusent le plus sensiblement les différences entre systèmes juridiques".⁴⁸ La langue elle-même exprimerait ces singularités; la culture d'un pays serait inscrite dans la manière même de nommer la preuve, même s'il ne faut pas trop solliciter la langue (*traduttore, traditore*).⁴⁹ L'hypothèse est avancée par Emmanuel Jeuland: "de même que la notion de culture revêt un sens français, la notion de preuve n'a peut-être pas le même sens d'un pays à l'autre. L'étymologie peut servir d'indicateur. Le mot preuve vient du latin [probare] qui veut dire pousser droit et a le sens d'épreuve. Il y a l'idée d'éprouver les faits pour dégager la vérité. Or en anglais l'équivalent est le mot evidence qui a une autre origine latine, celle de "ce qui se voit",⁵⁰ et de s'interroger: "n'est-il pas alors cohérent que le droit français reste hanté par l'aveu (...) alors que le common law privilégie le témoin, c'est-à-dire le tiers qui a vu les faits?".⁵¹

14. Mais l'exercice a ses limites. D'une part, il n'est pas évident de caractériser la culture d'un pays, évolutive dans le temps,⁵² diverse dans

Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1974. Friedman, Lawrence, *The Legal System*, New-York, Russel Sage, 1975. Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-culture* précité. Adde, plus récemment, Nelken, David, et Feest, Johannes (eds.), *Adapting legal culture*, Oxford, Hart Publishing, 2001, spécialement la première partie: "Theorising legal adaptation", avec les contributions de Nelken, D., Legrand, P., Cotterrell, R. et Friedman, L. Voir aussi *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2a. ed., 1993.

⁴⁸ Lagarde, Xavier, V. Preuve, in Cadiet, Loïc (sous la direction de), *Dictionnaire de la Justice*, précité.

⁴⁹ Voir Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, p. 14: "Son étymologie ne nous sera pas d'un grand secours: les mots utilisés dans les langues modernes pour la désigner n'apprennent presque rien sur sa nature".

⁵⁰ Voir Bloch, O. et von Wartburg, W., *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, Presses universitaires de France, 1932, V. Prouver: "Jusqu'au XVIème siècle signifie aussi 'mettre à l'épreuve'... Latin probare, propr. 'mettre à l'épreuve'." *Le latin a également donné prova* en italien et *prueba* en espagnol. Quant au mot allemand *Beweis* (*Bewijs* en néerlandais), apparenté aux termes français avis, aviser, il "ne signifie pas autre chose qu'un indice, Henri Lévy-Bruhl, *op. cit.*, note 7, p. 14.

⁵¹ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 5.

⁵² Par l'effet de la tradition qui, loin d'être un conservatoire, "intègre, au cours de l'histoire, des existants nouveaux en les adaptant à des existants anciens... La tradition fait être de nouveau ce qui a été": Alleau, René, et Pépin, Jean, V. Tradition, in *Encyclopaedia*

ses manifestations,⁵³ outre qu'il est risqué d'isoler une culture, surtout à l'ère de la mondialisation,⁵⁴ "*tant les cultures se définissent réciproquement*",⁵⁵ et qu'elle sont d'ailleurs plus souvent définies de l'extérieur qu'en leur sein.⁵⁶ C'est ainsi que les Américains ou les Anglais ne se reconnaissent sans doute pas devant l'expression "*culture anglo-saxonne*" que les Français utilisent souvent à leur propos,⁵⁷ et, inversement, les pays de tradition civiliste ne se reconnaissent pas dans la description comme "*inquisitorial model*" que les juristes de *common law* font de leur système processuel.⁵⁸ D'autre part, à supposer que les traits essentiels puissent en être dégagés, ils sont sans doute si généraux que l'influence qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le système juridique, lui-même "*nécessairement*

Universalis. Cette définition générale convient parfaitement à la tradition juridique: Voir Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000. Adde Rouland, Norbert, *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, Droit et société, n. 27, 1994, 381.

⁵³ Il faut compter, non pas tant avec les phénomènes de *contre-culture* (voir Touraine, Alain, V. Contre-culture, in *Encyclopaedia Universalis*), qui sont souvent le creuset d'une nouvelle culture, qu'avec le *multiculturalisme*, que favorise la montée en puissance des communautés (ethniques, religieuses, linguistiques) lorsque la loi républicaine cesse d'être véritablement commune ou lorsque le *melting-pot* fait place au *salad-bowl*. L'Europe connaît aussi le phénomène: Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, n. 68, pp. 22-23, l'identifie clairement à propos de la Belgique, "pays multiculturel et multilingue où il reste difficile —malgré une culture juridique de langue néerlandaise bien développée— de remplacer le modèle législatif français par un autre modèle (p. ex. néerlandais)". La France elle-même n'y échapperait pas: Voir Amselle, Jean-Loup, *Vers un multiculturalisme français, l'empire de la coutume*, Paris, Flammarion, collection *Champs*, 2001. Pour le Canada, voir Lajoie, Andrée, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

⁵⁴ Voir Mattelart, Armand, V. Mondialisation et culture, in *Encyclopaedia Universalis*, parlant de "tendance centripète à l'uniformisation culturelle sous la poussée des universaux symboliques de la consommation de masse et des réseaux techniques de l'information en temps réel", favorisant une "vision géoéconomique de la culture", conçue comme "*culture globale*" d'une "*société globale*". La mondialisation favorise le multiculturalisme : voir note précédente.

⁵⁵ Garapon, Antoine, *op. cit.*, note 22.

⁵⁶ Voir en ce sens Sefton-Green, Ruth, *op. cit.*, note 23, p. 88, pour laquelle "*le droit ne se résume pas à une culture*" et "*il n'est pas possible de parler d'une culture comme d'une chose indivisible*" et préfère se référer au concept de pluriculturalisme.

⁵⁷ Voir Lapres, Daniel Arthur, Les anglo-saxons sont morts, longue vie aux anglo-normands! *Gazette du Palais*, 16-18 juin 2002, pp. 17 et 18. Ne dit-on pas que les Anglais et les Américains sont les seuls à être séparés par la même langue et le même droit? Voir, sur cette boutade, Sefton-Green, Ruth, *op. cit.*, note 23, p. 94.

⁵⁸ Voir, sur ce point, les observations judicieuses de Wouter de Vos, *op. cit.*, note 45, p. 217.

complexe”,⁵⁹ n’est pas facile à mesurer. Pour le droit de la preuve, un rapporteur signale la difficulté: “L’on peut (...) s’attendre à ce que les solutions en matière de preuve aient une origine obscure, difficile à dégager”.⁶⁰ Ces difficultés expliquent sans doute que, dans leur majorité, les rapports nationaux soumis aux rapporteurs généraux aient davantage présenté les caractéristiques techniques de leur système national de preuve qu’expliqué ces caractéristiques au regard de la culture de leur pays.

II. SYSTEMES JURIDIQUES DE LA PREUVE

15. La comparaison des différents systèmes nationaux en matière probatoire autorise un certain nombre d’enseignements, du point de vue du droit de la preuve en général (2.1) comme des règles de preuve en particulier (2.2).

1. *Le droit de la preuve, en général*

16. Si les définitions de la preuve paraissent peu différer d’un pays à l’autre,⁶¹ le droit de la preuve lui-même, conçu comme branche du droit, ne se présente pas partout de la même manière.

Partant de la distinction entre le mot *preuve* et le mot *evidence*, qui renverrait selon lui à privilégier des modes de preuve différents,⁶² Emmanuel Jeuland exprime l’opinion que “le terme d’évidence est d’ailleurs plus large que celui de preuve et renvoie aux procédures entourant la preuve” et qu’ “il existe aussi une approche du droit de la preuve qui est différente. Le common law considère le droit de la preuve comme une discipline à part entière et des traités entiers sont consacrés à cette matière... Alors qu’en droit français le droit des preuves n’est pas une discipline à part entière. Il se divise par ailleurs entre le droit des obligations (pour les moyens de preuve) et les différentes procédures (la mise en œuvre des moyens de preuve)”.⁶³

⁵⁹ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, note 6.

⁶⁰ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 1.

⁶¹ Voir *supra* 1.1.

⁶² *Idem*.

⁶³ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 5.

17. L'observation comporte une part indéniable de réalité. Il est cependant permis, à la lumière des autres rapports nationaux, de la compléter à deux égards au moins.

En premier lieu, ce n'est pas seulement en *common law* que le droit de la preuve constitue une discipline à part entière. Dans des pays de tradition civiliste autres que la France, il arrive que le droit de la preuve soit une matière d'étude en lui-même. Tel semble bien être le cas en Espagne où il existe d'importantes monographies consacrées au droit de la preuve,⁶⁴ ce qui n'est pas le cas en France où les principales études sont contenues dans des ouvrages généraux (traités ou encyclopédies), de droit civil ou de droit judiciaire, ce qui conduit à une deuxième précision.

En second lieu, en effet, dans beaucoup de pays de tradition civiliste, le droit de la preuve est divisé en deux parties qui peuvent être appelées, pour reprendre les expressions utilisées par Jean Laenens, le droit de la preuve matériel et le droit de la preuve formel.⁶⁵ Pour l'essentiel, le *droit de la preuve matériel* traite de l'objet de la preuve (ce qui est à prouver), de la charge de la preuve (qui doit prouver) et des modes de preuve admissibles (question liée intimement à celles de la force probante et de l'appréciation de la preuve par le juge). Quant au *droit de la preuve formel*, il traite à proprement parler de l'administration de la preuve en justice (comment les moyens de preuve admissibles doivent-ils être mis en œuvre). "*La question relève de la procédure*", observe Emmanuel Jeuland,⁶⁶ d'où le droit formel de la preuve est aussi appelé "*droit de la preuve procédural*" ainsi que le précise Jean Laenens.⁶⁷

La distinction n'est pas purement académique : elle est inscrite dans la loi. Selon une tradition attribuée au droit français par les rapporteurs nationaux,⁶⁸ plus spécialement aux Codes napoléoniens (le Code civil de 1804 et le Code de procédure civile de 1806), les deux sortes de droit sont contenus dans des corps de règles différents: le droit matériel de la preuve est contenu dans les lois de droit substantiel, c'est-à-dire "les textes de loi

⁶⁴ Qui cite, notamment: Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996. Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1993.

⁶⁵ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 2.

⁶⁶ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6.

⁶⁷ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 2.

⁶⁸ Voir Correa Delcasso, Juan-Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 12. Jean Laenens, *op. cit.*, note 12, pp. 2 et 3.

qui régissent le droit matériel tels que le Code civil, le Code du Commerce et la législation fiscale et sociale”,⁶⁹ tandis que le droit formel de la preuve l’est dans les codes ou de lois de procédure. Cette distinction, qui existe notamment en droit français et en droit belge, n’est pas complètement illogique: c’est par exemple une chose de savoir s’il est possible d’apporter la preuve d’un contrat par témoignage (question d’admissibilité de la preuve) et une autre de savoir comment mettre en œuvre cette preuve testimoniale (par enquête ou par attestation ? Question d’administration de la preuve).⁷⁰ Mais il est aussi vrai qu’elle n’est pas pleinement satisfaisante car il arrive qu’on trouve des règles procédurales de preuve dans les lois substantielles⁷¹ et, à l’inverse, des règles matérielles de preuve dans les lois procédurales.⁷² Parfois même, ainsi que le regrette Antonio Carlos de Araujo Cintra,⁷³ c’est à un véritable “chevauchement” des règles que l’on assiste, comme en droit brésilien où, parallèlement au Code de procédure civile (articles 332 à 443), le Nouveau Code civil, entré en vigueur le 11 janvier 2003, contient une réglementation des preuves (articles 212 à 232), suivant en cela l’exemple du Code civil de 1916.

18. Mais, sur ce point comme sur le précédent, la césure du droit de la preuve en deux corps de règles n’est pas un trait caractéristique des pays de droit civil dans leur ensemble, comme le montrent le cas des Pays-Bas⁷⁴

⁶⁹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 2.

⁷⁰ La distinction emporte des conséquences importantes en droit international privé, les questions de fond du droit de la preuve relevant de la loi applicable au fond du litige tandis que les questions d’administration de la preuve relèvent de la *lex fori*: Voir Huet, André, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Dalloz, 1965. Voir aussi, à propos de l’expertise, Muir Watt, Horatia, V. Expertise, in *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1998.

⁷¹ Voir par exemple, en droit français, les articles 1357 à 1369 du Code civil, relatifs au serment, le Code de procédure civile de 1806 ne contenant pas de dispositions relatives au serment, à la différence du nouveau Code de procédure civile de 1975.

⁷² Voir par exemple, en droit français, les articles 9 à 11 du nouveau Code de procédure civile, spécialement article 9: “Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention”, qui traite à la fois de l’objet et de la charge de la preuve.

⁷³ Ce que critique Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *Observations complémentaires*, pp. 1-2, car “ce chevauchement entre les deux codes... crée des problèmes d’harmonisation et d’interprétation très difficiles à trancher”.

⁷⁴ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 2 et 3, indiquant que “le droit de la preuve matériel a été intégralement transféré le 1^{er} avril 1988 au Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Code de procédure civile)”, ci-après Rv.

et de l'Espagne⁷⁵ qui ont répudié cette manière de voir en regroupant les règles de preuve dans leur loi procédurale. Les lignes de partage ne sont donc pas celles de la *common law* et du droit civil. En délaissant la vue d'ensemble, le même constat peut être fait à propos de l'examen des règles de preuve en particulier.

2. Les règles de preuve, en particulier

19. Il ne s'agit certes pas ici de rentrer dans le détail des différentes règles nationales de preuve car tel n'est pas l'objet de ce rapport général. Il suffit de proposer quelques éléments de synthèse de nature à faire apparaître, non pas en quoi ces solutions diffèrent, car les différences sont nombreuses, mais en quoi ces différents systèmes peuvent au contraire être rapprochés les uns des autres. Cette recherche peut être conduite en distinguant très simplement l'objet de la preuve (2.2.1), la charge de la preuve (2.2.2) et les modes de preuve (2.2.3).

A. Objet de la preuve

20. L'objet de la preuve ou, pour dire les choses comme Jean Laenens,⁷⁶ la "*charge objective*" de la preuve, appelle peu d'observations car il résulte de la définition même de la preuve qui est d'établir la réalité de *faits* litigieux.⁷⁷ Ce premier aspect ne donne d'ailleurs lieu à aucun développement spécifique dans certains rapports nationaux.⁷⁸ Il paraît ainsi admis par le plus grand nombre que la preuve porte donc sur les faits. Deux précisions s'imposent toutefois.

⁷⁵ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 12, rappelant les termes de l'exposé des motifs de la nouvelle *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000 du 7 janvier 2000: "la prueba, así incardinada [entre las disposiciones generales de la actividad jurisdiccional declarativa...] con derogación de los preceptos del Código civil carentes de otra relevancia que la procesal, se regula en esta Ley con la deseable unicidad y claridad". *Adde infra* 3.2.1.

⁷⁶ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 13-18.

⁷⁷ Voir *supra* 1.1.

⁷⁸ Voir par exemple Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, pour le Brésil. Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, pour la France.

21. La première est que “*seul ce qui est contesté par la partie adverse... est à prouver*”,⁷⁹ ce qui signifie, d’une part, que les faits doivent d’abord avoir été allégués au soutien d’une prétention⁸⁰ et, d’autre part, qu’il n’y a pas lieu d’en établir la réalité si cette réalité n’est pas niée par l’autre partie.⁸¹ les faits “*constants*”, pour utiliser une expression du droit français, n’ont pas à être prouvés (“*il est constant que...*”).⁸² “Ce qui n’est pas contesté doit être accepté par le juge pour vrai”.⁸³ cette absence de contestation pouvant être assimilée à un “*aveu*”, comme en Belgique⁸⁴ ou au Brésil,⁸⁵ ou à une “*reconnaissance judiciaire*”, comme aux Pays-Bas,⁸⁶ sauf s’il s’agit d’une matière qui touche l’ordre public.⁸⁷ En pratique, la partie dont les allégations ne sont pas contestées demandera au juge qu’il lui en soit “*donné acte*”.

22. La seconde est que cette dispense de preuve va au-delà des faits non contestés, soit parce qu’il s’agit de faits non contestables en eux-mêmes, comme les “*faits notoires ou généralement connus*”,⁸⁸ ou les “*faits processuels*”,⁸⁹ soit parce qu’il ne s’agit pas de faits à proprement parler: la

⁷⁹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 13.

⁸⁰ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 12-18. Antonio Carlos de Araujo Cintra, *op. cit.*, n. 5, p. 3. Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, pp. 13-14, citant l’article 282 de la nouvelle *Ley de Enjuiciamiento Civil*: “*la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*”.

⁸¹ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, citant l’article 282 LEC: “*Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes*”.

⁸² Voir Le Bars, Thierry, La théorie du fait constant, *JCP (Jurisclasseur périodique, Semaine Juridique)* 1999, I, 178.

⁸³ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 13.

⁸⁴ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 13 et 14, qui observe cependant, à juste titre, qu’ “il y a toutefois lieu de faire une distinction entre un aveu et l’absence de contestation”, dans la mesure où “un aveu suppose toujours une déclaration de volonté et est irréfutable, tandis que ceci ne vaut pas pour la partie qui n’avance pas de contestation”.

⁸⁵ Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 5.

⁸⁶ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 14.

⁸⁷ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 13 et n. 44, p. 15. Rapp. Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit. et loc. cit.*, citant l’article 282 LEC qui vise “*los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes*”.

⁸⁸ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 18, qui cite en exemple la valeur de la monnaie, les poids et mesures, etc.

⁸⁹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 18, qui, pour la Belgique, désigne ainsi “*tout ce qui s’est produit au cours d’une procédure*” et se trouve donc ainsi dans le dossier de la cause.

solution est évidente pour la règle de droit, y compris s'il s'agit du droit étranger,⁹⁰ pour être moins évidente, elle est tout aussi certaine en ce qui concerne la coutume⁹¹ et les "*règles d'expérience*".⁹² Cette exemption ne vaut cependant pas pour tous les pays de tradition civiliste, ainsi que le montre le rapport pour l'Espagne dont le droit admet la dispense de preuve pour "*los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*" (article 282, LEC), mais pas pour le droit étranger et la coutume: "*También será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero*" (*idem*).⁹³ En vérité, la différence s'explique peut-être alors davantage pour des raisons tenant à la charge de la preuve.

B. Charge de la preuve

23. La charge de la preuve ou, pour dire les choses comme Jean Laenens,⁹⁴ à la "*charge subjective*" de la preuve, "détermine quelle partie au procès doit administrer la preuve... si elle ne veut pas succomber".⁹⁵ Cette définition appelle deux précisions intéressantes, l'une les rapports des parties entre elles, l'autre les rapports des parties et du juge.

24. La *première* est que, en principe, la partie tenue de prouver est celle qui exprime une prétention en demandant au juge de se prononcer sur son bien-fondé, *Actori incumbit probatio*, que ce soit par voie d'action (en demande principale, ou initiale) ou par voie d'exception (en demande reconventionnelle, formée par le défendeur).⁹⁶

⁹⁰ *Iura novit curia*: Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 17. Mais voir la solution différente du droit espagnol citée par Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, à propos de l'article 282 LEC.

⁹¹ Qu'il faut en effet distinguer des simples usages, locaux ou professionnels, sauf s'ils sont généralement connus: Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 17.

⁹² Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 17-18, qui les définit, à la suite de Storme, Marcel, comme des "régularités universelles, à caractère purement empirique, qui serviront à apprécier les éléments factuels de la procédure et les preuves apportées" et de citer, par exemple, les sentiments humains.

⁹³ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10.

⁹⁴ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 8-12.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁹⁶ Comme le soulignait Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 39-40: "la maxime: *Actori incumbit probatio* (...) n'est exacte et ne prend de portée générale que si par ce mot *actor* on désigne non pas le demandeur au sens technique, mais celui qui veut modifier en sa faveur l'ordre des choses existant".

A peu de choses près, la même règle se retrouve en droit belge,⁹⁷ auquel peut être assimilée le droit français,⁹⁸ en droit brésilien,⁹⁹ en droit espagnol¹⁰⁰ ainsi qu'en droit néerlandais.¹⁰¹ Mais le principe ainsi défini n'est jamais absolu. L'évolution contemporaine du droit, caractérisé par un souci accru de réduction des inégalités, donc de protection des parties faibles, a conduit, dans tous les pays, à prévoir des exceptions, légales ou jurisprudentielles, à la règle de principe. Ces exceptions s'appliquent notamment, mais pas seulement, aux consommateurs ou aux salariés. Elles consistent le plus souvent dans un renversement de la charge de la preuve ou dans l'inefficacité des conventions relatives à la preuve lorsque les parties en étaient convenues.¹⁰² Plus souplement, le juge peut aussi se voir attribuer par la loi le pouvoir de désigner la partie la plus apte à apporter la preuve du fait litigieux. Cette "*facilidad probatoria*", comme la nomme le droit espagnol,¹⁰³ est également observable aux Pays-Bas, sous le nom de "*doctrine d'équité*".¹⁰⁴ Jean Laenens résume fort bien l'esprit de cette faveur probatoire: "la charge de la preuve en matière civile ne peut pas uniquement dépendre de l'accidentelle position processuelle de demandeur ou de défendeur". La règle de principe "est conditionnée par le fair play que les parties au procès se doivent mutuellement et par l'obligation qui leur incombe de collaborer à l'administration de la preuve". D'où "le juge peut

⁹⁷ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 8.

⁹⁸ La règle de l'article 1315 du Code civil français est identique à celle de l'article 1315 du Code civil belge.

⁹⁹ Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 3, citant l'article 333 du Code de procédure civile.

¹⁰⁰ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, pp. 15-16, citant l'article 217 LEC, selon lequel: "*corresponde al actor y al demandado la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención*".

¹⁰¹ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 9-10, citant l'article 150 Rv.: "*la partie qui fait appel aux effets juridiques des faits ou droits articulés par elle*".

¹⁰² Ce qu'elles peuvent librement faire dès lors que les règles de preuve sont considérées comme étant d'intérêt privé: voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 3, pour la Belgique, et n. 11, p. 4, pour les Pays-Bas. Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, n. 5, pp. 3-4.

¹⁰³ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, pp. 15-16: "el tribunal podrá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

¹⁰⁴ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 10, citant l'article 150 Rv.

aussi déterminer la charge de la preuve sur base de l'aptitude d'une partie au procès à se procurer du matériel de preuve" en se demandant "pour quelle partie l'administration de la preuve est le moins pénible dans les circonstances données",¹⁰⁵ ce qui conduit à la deuxième observation, tenant aux relations des parties et du juge en matière probatoire.

25. En *deuxième lieu*, en effet, la définition usuelle qui en est donnée fait de la charge de la preuve une "*activité des parties*",¹⁰⁶ une "*véritable 'charge' processuelle*".¹⁰⁷ C'est toujours à une partie qu'il appartient de prouver et, par conséquent, c'est toujours une partie qui supportera le risque de l'échec dans l'administration de la preuve,¹⁰⁸ ce risque consistant dans le rejet de sa prétention par le juge. Cette définition est présentée comme conforme au "*principe de l'autonomie des parties*", également appelé "*principe dispositif*", caractéristique de la conception "*accusatoire*" du procès civil¹⁰⁹ et présenté, dans le rapport espagnol, comme "un principio común del proceso civil de la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos europeos".¹¹⁰ Mais si le procès est la chose des parties, selon l'expression consacrée, il n'est pas *exclusivement* leur chose, par hypothèse, dès lors que la solution du litige est demandée à un juge,¹¹¹ tenu de statuer, alors qu'il est saisi dans le même temps d'une multitude d'autres demandes sur lesquelles il doit aussi se prononcer avec les mêmes moyens qui lui sont accordés pour cela. Ainsi que l'écrit Jean Laenens, "l'autonomie des

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 2, 4 y 8-10.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 7. Voir aussi en ce sens, Montero Aroca, cité par Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 14, note 45: "en el proceso... no existen normalmente deberes u obligaciones (que serían imperativos del interés ajeno, cuyo incumplimiento podría ser sancionado o cuyo cumplimiento podría ser exigido coactivamente), sino cargas, que se conciben como imperativos del interés propio, en cuanto su levantamiento beneficia a la parte que realiza el acto".

¹⁰⁸ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 7.

¹⁰⁹ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 4. Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6: "la procédure reste accusatoire dans le sens où les parties doivent établir les faits et le juge ne mène pas l'enquête".

¹¹⁰ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 14. Ce principe est très fortement ancrée dans la mentalité des juges espagnols.

¹¹¹ Rappr. Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 4: "Par la force des choses le juge est pris dans une relation procédurale vis-à-vis des parties litigantes dès qu'il est saisi d'une affaire".

parties n'entraîne aucunement la passivité du juge".¹¹² L'évolution contemporaine des systèmes judiciaires caractérisée, d'une part par une augmentation considérable du contentieux sans augmentation corrélative des moyens de la justice, d'autre part par une exigence accrue d'accès égal à la justice, a inévitablement favorisé l'accroissement des pouvoirs du juge qu'il peut exercer y compris d'office, *proprio motu*: pouvoir de déterminer la partie apte à prouver, comme il a été dit plus haut, pouvoir d'apprécier la pertinence des preuves produites,¹¹³ pouvoir d'ordonner une production de pièces ou une mesure d'instruction¹¹⁴ et même, en amont, pouvoir de prendre en considération des faits qui n'auraient pas été spécialement allégués¹¹⁵ par les parties au soutien de leurs prétentions mais qui seraient dans le débat.¹¹⁶

Le constat est évident en ce qui concerne la réforme de la procédure civile française entreprise dans les années 1960-1970,¹¹⁷ dont on a pu dire qu'elle consacrait un principe de coopération des juges et des parties dans l'élaboration du jugement vers quoi est naturellement tendue la procédure civile.¹¹⁸ Mais le phénomène est plus général.¹¹⁹ Le constat est également

¹¹² Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12: "la conception classique sur ce point est à présent définitivement dépassée".

¹¹³ Voir *infra* 2.2.4.

¹¹⁴ Voir *infra* 2.2.3.

¹¹⁵ Ce qui vise les faits invoqués par les parties, dans leurs écritures, leurs déclarations ou leurs pièces, mais dont elles n'ont tiré aucune conséquence.

¹¹⁶ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 12. Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 3, citant l'article 131 du Code de procédure civile. En France, la règle résulte de l'article 7, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile. En matière gracieuse, le juge a même le pouvoir de fonder sa décision "sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués" (article 26). Pour l'Espagne, dans une note d'observations complémentaires, Correa Delcasso, Juan Pablo, précise qu'il ne voit aucun obstacle dans la LEC à ce que le juge prenne en considération les faits non spécialement invoqués dès lors qu'ils sont dans le débat mais que, en pratique, les juges sont trop prisonniers du principe dispositif.

¹¹⁷ Voir Cadiet, Loïc, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 3a. ed., 2000, n. 65-73, pp. 37-44, ainsi que Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay: The French Perspective, in Zuckerman, A.A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 291-346.

¹¹⁸ Voir Cadiet, Loïc, *Droit judiciaire privé*, note 117, pp. 469-492.

¹¹⁹ Voir Storme, Marcel, et Coester-Waltjen, Dagmar, L'activisme du juge. Der richterliche Aktivismus, in IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, *Papel e organização, de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas, relatorios gerais*, Coimbra-Lisboa, 1991, pp. 405 sq. Adde Hoecke, Mark van, L'activisme du juge, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1991, n. 27, pp. 27-47.

fait pour la Belgique, les Pays-Bas et, dans une moindre mesure, pour l'Espagne. Juan Pablo Correa Delcasso, citant Vásquez Sotelo, rappelle ainsi: si, "tradicionalmente, el proceso civil en Europa (y después en Iberoamérica) ha estado regido por el principio de prueba de parte..., modernamente..., se afirma que para exigir al Juez que dicte sentencias justas es preciso dejarle en libertad para que él pueda procurar la prueba que le resulte necesaria sobre las afirmaciones realizadas por las partes".¹²⁰ De même, Jean Laenens observe que, "le juge civil joue actuellement un rôle actif",¹²¹ dans la double limite de l'objet du litige et du respect de la contradiction, et que si "le litige appartient aux parties, la procédure est entre les mains du juge saisi".¹²² Et c'est le même Jean Laenens qui, passant de l'affirmation à l'explication, rappelle que les règles procédurales "doivent être appliquées avec une efficacité telle à amener la procédure de manière rapide, peu coûteuse et simple vers son objectif final, l'exercice des droits matériels des parties", le juge étant de son côté "censé user de la justice en tant que service public dans un esprit d'économie".¹²³ Si les considérations d'économie de la justice ne datent pas d'aujourd'hui,¹²⁴ il est certain, en revanche, que "l'économie de procédure... est à présent quasiment généralement reconnue comme une règle de base de la procédure civile",¹²⁵ au point que l'ensemble des règles du procès civil peut être présenté, de nos

¹²⁰ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 20 et, déjà, au XIX^e siècle, *op. cit.*, note 10, II, 3, p. 9, soulignant la consécration de "el principio de impulso oficial" et *el aumento de los poderes directivos del juez*", y compris en matière probatoire, dans la "Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria" du 30 septembre 1853.

¹²¹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 12. Correa, Juan Pablo (comp.), *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 15: "El principio de aportación de parte (...) se ve matizado por la disposición contenida en el artículo 429.1 LEC, que (sigue) una tradición secular del proceso civil español consistente en permitir, en determinadas ocasiones, la prueba de oficio".

¹²² Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 4.

¹²³ *Ibidem*, n. 15, p. 5.

¹²⁴ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, II, 4, pp. 10-11, rappelant qu'aux termes du projet qui devait donner naissance à la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, un des objectifs primordiaux de la réforme était de: "3^a. Procurar la mayor economía posible". Pour la France, voir Cadet, Loïc, L'hypothèse de l'américanisation de la justice française Mythe et réalité, in Archives de philosophie du droit, tome 45, *L'américanisation du droit*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 89-115, spéc. pp. 103-109.

¹²⁵ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, Voir, lors du XI^e congrès de notre association, à Vienne, les rapports généraux de Chiaroni, Sergio et Zuckerman, A. A. S., Towards Procedural Economy: Reduction of Duration and Costs of Civil Litigation, in *Procedural law on the threshold of a new millennium*, Wien, Manasseh Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2002, pp. 149-200.

jours, comme le résultat d'un arbitrage permanent entre un principe d'efficacité économique et un principe d'équité procédurale.¹²⁶ Cette évolution relative à la charge de la preuve se manifeste corrélativement sur le terrain des modes de preuve.

C. *Modes de preuve*

26. C'est aux modes de preuve que les rapports nationaux consacrent la grande partie de leurs développements. Ces modes de preuve n'existent pas en nombre illimité; à peu de choses près, ce sont les mêmes qui se retrouvent d'un pays à l'autre.¹²⁷ Or, si des différences, parfois importantes, subsistent entre les différents droits nationaux, une même tendance paraît se manifester, confirmant l'augmentation des pouvoirs du juge et la préférence croissante à l'égard de certains modes de preuve. Les règles relatives à l'admissibilité des modes de preuve (2.2.3.1) et à leur administration (2.2.3.2)¹²⁸ témoignent de ces tendances.

a. Modes de preuve admissibles

27. La question de l'admissibilité des preuves est réglée, en théorie, par référence à deux modèles principaux, celui de la légalité des preuves et

¹²⁶ Voir Cadiet, Loïc, Justice et ordre concurrentiel, in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 85-119, spéc. pp. 112-119, n. 25-31.

¹²⁷ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6 et pp. 9-15. Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 20-21, qui signale que si, en Belgique, les moyens de preuve sont énumérés par la loi (n. 58, p. 20), le législateur néerlandais a renoncé à une énumération des moyens de preuve, préférant "*laisser toute liberté ce concernant au juge*" (n. 64, p. 21). Correa Delcasso, Juan Pablo (comp.), *op. cit.*, note 10, II, 2, pp. 21-32, au sujet de l'Espagne, qui adopte une position intermédiaire, les modes de preuve étant énumérés par l'article 299 LEC, étant précisé par la loi que "*cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias*". Rappr. Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 4, qui indique que si le Code civil fournit une liste des preuves admissibles (art. 212: aveu, document, témoin, présomption, expertise), le Code de procédure civile en ajoute d'autres, comme les vérifications personnelles du juge (art. 440) et prévoit surtout que toutes les mesures légales comme les mesures moralement légitimes sont aptes à faire preuve des faits allégués (art. 332).

¹²⁸ Sur la distinction, qui recoupe celle du droit matériel et du droit formel de la preuve, voir *supra* 2.1.

celui de la liberté des preuves. Dans le premier, les modes de preuve admissibles sont déterminés par la loi qui fixe également leur valeur probante, y compris à l'égard du juge: ce système présente l'avantage d'assurer "une plus grande sécurité juridique".¹²⁹ Dans le second, qui a la vertu d'une plus grande souplesse, les parties peuvent prouver les faits litigieux par tous moyens et le juge apprécie librement l'efficacité probatoire des moyens utilisés. Si la plupart des rapports nationaux font référence à cette distinction, c'est pour indiquer également qu'aucun modèle n'est vraiment appliqué dans la pureté de ses principes.

Du côté des pays adoptant le principe de légalité, le rapport pour la France est clairement en ce sens, Emmanuel Jeuland observant que si "le principe est celui de la légalité des preuves en matière civile, cette présentation traditionnelle doit être nuancée",¹³⁰ les faits juridiques (délict, quasi-délict, quasi-contrat) peuvent en effet se prouver par tous moyens; la preuve est pareillement libre en matière commerciale et même en droit civil, si la preuve écrite est imposée pour les contrats d'une valeur supérieure à 800 €, elle ne l'est pas en dessous de ce montant et, même pour les contrats supérieurs à ce montant, il est possible d'avoir recours aux témoignages et aux indices en cas de commencement de preuve par écrit ou en cas d'impossibilité (matérielle ou morale) de se préconstituer un écrit.¹³¹ Et, en toute hypothèse, l'aveu¹³² comme le serment¹³³ emportent preuve parfaite. Des solutions comparables sont également avancées pour la Belgique¹³⁴ et pour le Brésil.¹³⁵ A l'inverse, du côté des pays adoptant le principe de liberté, le

¹²⁹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 5. La nécessité de préconstituer une preuve écrite permet d'éviter le risque du défaut de preuve, cet objectif pouvant aussi être atteint par le mécanisme des preuves *in futurum*: V. *infra* 2.2.3, 2.

¹³⁰ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6. La règle est posée par l'article 1341 du Code civil.

¹³¹ Article 1348 du Code civil.

¹³² Article 1356, al. 2 du Code civil: l'aveu judiciaire "*fait pleine foi contre celui qui l'a fait*".

¹³³ Du moins le serment dit décisoire, "*celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause*": article 1357, 1o. du Code civil.

¹³⁴ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 5 et n. 54, p. 18. Mais la doctrine belge classe l'aveu et le serment litisdécisoire, avec les présomptions dans une catégorie dite des "*moyens de preuve impropres*", dans la mesure où "ils donnent lieu à une véritable dispense de preuve dans le chef de celui qui porte la charge de la preuve subjective". Dans cette conception, la preuve littérale et la preuve testimoniale sont des "*moyens de preuve proprement dits*": Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 20.

¹³⁵ Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 3, indiquant que si le principe est celui de "*la libre conviction*" du juge, ce principe contient quelques excep-

rapport pour les Pays-Bas indique nettement que si, en principe, une preuve peut être administrée par tous moyens et est laissée à la libre appréciation du juge, cette liberté est parfois écartée en ce qui concerne certains moyens de preuve auxquels la loi attache une valeur probante qui lie le juge: tel est le cas, par exemple, pour les actes authentiques.¹³⁶

Partant de principes apparemment opposés, ces pays, qui sont tous de tradition civiliste, parviennent donc en pratique à des solutions comparables qui, en même temps qu'ils révèlent une augmentation des pouvoirs du juge, traduisent aussi une préférence accrue pour certains modes de preuve.

b. Modes de preuves administrés

28. L'observation des règles relatives à l'administration de la preuve confirme cette *tendance à l'augmentation des pouvoirs du juge*. En dehors des hypothèses où le choix de la preuve autant que sa force probante s'imposent à lui, le juge a toute latitude pour apprécier l'utilité et la pertinence de la preuve offerte par les parties,¹³⁷ puis le cas échéant, si ces éléments de preuve sont insuffisants pour établir la réalité des faits litigieux, pour suggérer, voire ordonner, y compris parfois d'office, la production d'une pièce ou une mesure d'instruction.¹³⁸ Ce renforcement des pouvoirs du juge a

tions au cas où la valeur de la preuve est déterminée par la loi comme, par exemple, pour l'aveu et la preuve écrite des contrats supérieure à une certaine valeur (articles 350 et 401 du Code de procédure civile).

¹³⁶ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 6 et n. 55, pp. 18 et 19.

¹³⁷ Voir, pour l'Espagne, Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 17, faisant référence à l'article 283 LEC. Pour la Belgique et les Pays-Bas, Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 4 et 5 et n. 35, p. 12. Pour le Brésil, Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 3, citant l'article 130 du Code de procédure civile. Pour la France, voir, à propos des mesures d'instruction, les articles 144 ("dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer"), 146 ("En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve") et 147 ("Le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux").

¹³⁸ Voir, pour la Belgique et les Pays-Bas, Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 5 et n. 35, p. 12. Pour le Brésil, Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit. et loc. cit.* Pour la France, voir article 10 du nouveau Code de procédure civile ("*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles*"). Pour l'Espagne, voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 15, distinguant la "*facultad de sugerir prueba*" (avant l'audience), de l'article 429-1 LEC, relevant de l'initiative du juge, des "*diligencias finales*" (naguère "*diligencias para mejor proveer*") qui supposent une demande des parties, des articles 434 à 436 LEC, ce qui est en retrait par rapport à la solution antérieure sous l'empire de la loi de 1881.

pour corollaire un assujettissement accru des parties à l'obligation de concourir à la manifestation de la vérité. D'une part, le juge est autorisé à tirer toute conséquence, sur le fond du droit, du refus d'une partie de concourir à la manifestation de la vérité, voire même de son abstention, ce refus ou cette abstention pouvant être interprété comme une sorte d'aveu de la réalité des faits allégués par la partie adverse.¹³⁹ D'autre part, la production forcée des pièces est aujourd'hui admise, au rebours de l'ancienne règle qui refusait l'action *ad exhibendum*, au motif que nul n'est tenu de prouver contre lui-même, *Nemo contra se tenetur edere*. Cet adage, comme l'écrit Jean Laenens, "*appartient désormais incontestablement au passé*",¹⁴⁰ ce qui est également vrai au Brésil,¹⁴¹ en France, où elle a été abandonnée en 1972¹⁴² et en Espagne où la récente *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 consacre, "*como novedad importante*", un "*deber de exhibición documental*" aux articles 328 à 332.¹⁴³ Même si elles diffèrent sur certains points d'un pays à l'autre,¹⁴⁴ ces solutions sont notables en ce qu'elles sont susceptibles de s'appliquer y compris à l'encontre des tiers au procès, y compris à peine d'astreinte (ou d'amende civile) sans préjudice de dommages et intérêts (voire de sanction pénale).¹⁴⁵

¹³⁹ Pour la Belgique et les Pays-Bas, voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 10. Pour le Brésil, voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 5. Pour la France, voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 11 (article 11 du nouveau Code de procédure civile). Pour l'Espagne, voir par exemple, en matière de filiation, l'article 767, 4 LEC: "La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".

¹⁴⁰ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 6.

¹⁴¹ Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, n. 3, p. 3, citant l'article 130 du Code de procédure civile.

¹⁴² Article 10, al. 1er du Code civil: Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, pp. 14-15, précisant qu'en vérité, la solution avait déjà été introduite en jurisprudence à la fin du XIXème siècle et, en effet, Daigre, Jean-Jacques, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, Paris, 1979, pp. 133 sq.

¹⁴³ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 2, 2, p. 25.

¹⁴⁴ La production forcée pouvant être ordonnée a) d'office, comme en Belgique (voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 11), b) ou non, comme en France (article 138 du nouveau Code de procédure civile) et en Espagne (articles 328 et 330 LEC), c) ou d'office à l'égard des parties mais sur demande des parties à l'égard des tiers, comme au Brésil. (voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.* et *loc. cit.*).

¹⁴⁵ Pour la Belgique et les Pays-Bas, voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, Pour la France, voir article 10, al. 2 du Code civil et articles 11, al. 2 et 139 du nouveau Code de procédure civile.

29. La comparaison des droits nationaux révèle également la *préférence accordée à certains moyens de preuve* plus qu'à d'autres. Pour s'en tenir à l'essentiel, il suffit de dire:

- a) qu'il est des moyens de preuve délaissés, voire "*refoulés*",¹⁴⁶ comme le *serment*, rarement sinon jamais utilisé,¹⁴⁷ quand il n'a pas carrément disparu de la loi,¹⁴⁸ signe, vraisemblablement, d'un déclin du sacré dans nos sociétés.
- b) qu'il en est d'autres assez peu utilisés, comme les *vérifications personnelles du juge*¹⁴⁹ et l'*aveu*, jadis "*reine des preuves*",¹⁵⁰ sauf à considérer que le comportement procédural d'une partie qui, par exemple s'abstient ou refuse de participer à une mesure d'instruction, puisse être interprété comme un *aveu*.¹⁵¹
- c) qu'il en est enfin qui, en revanche, constituent l'essentiel de l'activité probatoire: ainsi sont, principalement, la *preuve écrite* et l'*expertise*,¹⁵² puis accessoirement les *déclarations des parties et des tiers*.

¹⁴⁶ Selon l'expression de Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 10.

¹⁴⁷ Qui, s'il continue de donner lieu à quelques arrêts épisodiques en France, est largement devenu "*une preuve marginale*": Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 4, signalant de son côté, pour le Brésil, qu'il ne connaît aucun cas relatif au serment en jurisprudence et s'interrogeant sur la légitimité de cette preuve qui, en raison de son caractère religieux, serait incompatible avec l'ordre juridique laïque adopté au Brésil.

¹⁴⁸ Le serment (*juramento*) ne figure pas dans la liste de l'article 299 LEC: voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 2, p. 21 et, pour l'évolution en la matière, *op. cit.*, note 10, II, 1, pp. 3 et 4.

¹⁴⁹ Voir, pour la Belgique (*descente sur les lieux*), Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 20. Pour le Brésil, Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, pp. 4-5. Pour l'Espagne (*reconocimiento judicial, o inspección judicial*), Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 2, 4), pp. 29-30: "*importantísima en el proceso penal pero desvalorizada en la práctica procesal civil*". Pour la France, voir article 179-183 du nouveau Code de procédure civile.

¹⁵⁰ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 11, qui y voit une "*preuve contrôlée*".

¹⁵¹ Voir *supra* 2.2.1. Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 12, rappelle que, pour Lacan, Jacques, (Fonctions de la psychanalyse en criminologie, in *Ecrits*, Paris, Seuil, 1966, p. 138), "l'aveu et la torture ont cessé d'être privilégiés à la Révolution, car l'homme de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen est devenu 'incroyable' —on ne peut plus le croire—. Il est trop abstrait pour pouvoir être cru et trop dégagé de la religion pour pouvoir commettre un péché".

¹⁵² "Preuves privilégiées" selon l'expression d'Emmanuel Jeuland, *op. cit.*, note 13, p. 12.

La *preuve écrite* (ou preuve littérale, preuve préconstituée, preuve par documents, *prueba documental*) s'est imposée à partir de la France, contre le témoignage qui était alors la preuve dominante, qu'exprimait l'adage "*témoins passent lettres*".¹⁵³ Cette primauté, affirmée par l'Ordonnance de Moulins de 1566, n'allait pas de soi car, à l'époque, l'écrit était encore assez peu fiable. Elle est en vérité le résultat d'un acte de volonté politique: c'était une manière, pour l'Etat, de consolider son pouvoir dans un pays qui était devenu un pays de droit écrit à la suite de la rédaction de ses coutumes.¹⁵⁴ De nos jours, l'écrit est "*la prueba más importante del proceso civil*", confirme Juan Pablo Correa Delcasso pour le droit espagnol,¹⁵⁵ "*cuyo auge va estrechamente acompañando al declive de la prueba testifical*".¹⁵⁶ Même si, dans certains pays, comme aux Pays-Bas, la preuve testimoniale n'est plus aussi secondaire par rapport à la preuve écrite,¹⁵⁷ même si les écrits sous seing privé ont moins de valeur que les écrits en forme authentique,¹⁵⁸ il n'en reste pas moins que seule la preuve littérale a pleine force probante. L'admission de la "*preuve électronique*" comme une forme de preuve écrite confirme la primauté donnée à ce type de preuve.¹⁵⁹ La preuve littérale se pare alors des atours d'une scientificité accrue qui ne peut que contribuer à renforcer son crédit dans nos sociétés technophiles.

¹⁵³ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, pp. 13-14, ainsi que Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 2, 2, pp. 24-26, qui y voit "*la reina de las pruebas de nuestro derecho histórico*" (*op. cit.*, note 10, III, 2, 5, p. 31). Adde Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 121-122.

¹⁵⁴ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 14.

¹⁵⁵ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, p. 24.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 21.

¹⁵⁸ Voir, pour l'Espagne, Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10 (*documentos públicos* et *documentos privados*). Pour le Brésil, Araujo Cintra, Antonio Carlos de, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, pp. 8-10 (*documento público* et *documento particular*). Pour la Belgique et les Pays-Bas, voir Jean Laenens, *op. cit.*, note 12, p. 6, n. 54-55, pp. 18-19 et n. 61, p. 20. Pour la France, voir articles 1316-1340 du Code civil, la preuve littérale étant administrée en justice sous la forme de "*pièces*" dont traitent les articles 132-142 du nouveau Code de procédure civile.

¹⁵⁹ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 14: "aujourd'hui, une preuve informatique pourtant encore peu fiable est devenue une preuve littérale au même titre qu'un acte rédigé sur papier. La faveur pour l'écrit perdure". Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, p. 24. Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 21.

Cette technophilie ambiante explique assurément la faveur dont l'expertise (*prueba pericial* ou *dictamen de peritos*)¹⁶⁰ est également l'objet,¹⁶¹ que ce soit sous cette forme précise ou, plus généralement, sous les autres formes de mesures d'instruction exécutées par un technicien.¹⁶² Son succès tient au fait qu'elle passe être le mode de preuve le plus fiable, au point d'apparaître comme touchant à une certitude quasiment absolue dans certaines matières: ainsi, en matière de filiation, avec l'empreinte génétique,¹⁶³ ce qui a conduit la Cour de cassation française, par dérogation à la règle générale du nouveau Code de procédure civile,¹⁶⁴ à juger qu'en cette matière, l'expertise était "*de droit*" si une partie la demandait.¹⁶⁵ Ce succès est d'autant plus notable que, *dans la loi*, l'expertise est souvent présentée comme un mode de preuve subsidiaire, un *ultimum subsidium*, auquel il n'est possible de recourir que si le juge ne peut être éclairé par aucun autre moyen.¹⁶⁶ Or, en pratique, le recours à l'expertise est facilement accepté par le juge, y compris *in futurum* comme un moyen d'établir ou de conserver, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige éventuel.¹⁶⁷ Pour autant, le régime de l'expertise n'obéit

¹⁶⁰ Qui ne date pas d'aujourd'hui. On en trouve des traces lointaines dans le *Código de Las Siete Partidas*, cité *infra* n. 37, "*para el reconocimiento de firmas o personas*": Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, II, 1, pp. 5-6.

¹⁶¹ "*La prueba por excelencia en la actualidad*": Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, II, 1, p. 5.

¹⁶² Comme, par exemple, en droit français qui comprend également, dans cette catégorie générale, les constatations et les consultations: voir articles 232 à 284-1 du nouveau Code de procédure civile. V. également l'article 427 du Code de procédure civile brésilien.

¹⁶³ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, pp. 12-13, qui fait un parallèle intéressant entre l'expertise génétique et un "*aveu corporel*". Pour le *droit belge*, voir l'article 331 *octies* du Code civil. Pour le droit espagnol, voir l'article 767, 2, LEC: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas".

¹⁶⁴ Article 143: "Les faits dont dépend la solution d'un litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toutes mesures d'instruction légalement admissibles".

¹⁶⁵ Cass. 1a. civ., 28 mars 2000, *Bull.* I, n. 103, sauf s'il existe un "*motif légitime*" de ne pas y procéder.

¹⁶⁶ Voir par exemple article 263 du nouveau Code de procédure civile français; article 420 du Code de procédure civile brésilien.

¹⁶⁷ Pour la France, voir article 145 du nouveau Code de procédure civile et Normand, Jacques, Le juge du provisoire et les règles de preuve, in Compernelle, Jacques van et Tarzia, Giuseppe, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 175-184. Pour l'Espagne, rapp. "*el aseguramiento de la prueba*", régis par les articles 297-298 LEC et, sur ce point, Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, pp. 18-19, "su fundamento radica en el temor de que ésta pueda deteriorarse con el transcurso del tiempo (por conductas humanas o acontecimientos naturales)".

pas aux mêmes principes dans tous les pays. A s'en tenir aux apparences, une distinction doit être faite entre les pays qui retiennent le principe d'experts *judiciaires*, désignés par le juge, comme la Belgique, le Brésil ou la France, et ceux qui adoptent le principe d'experts *privés* (*expert witness* ou *testimony*), choisis par chaque partie, comme l'Espagne.¹⁶⁸ Mais, à la vérité, aucun des deux systèmes ne fonctionne à l'état pur; dans chaque système, le principe cohabite avec la reconnaissance de l'autre modèle: c'est ainsi qu'en Belgique et en France, il est d'usage que le juge désigne pour expert le technicien sur lequel les parties se sont mises d'accord, étant précisé que les parties peuvent se faire assister lors de l'exécution d'une mesure d'instruction,¹⁶⁹ ce qui vise non seulement l'assistance *juridique* de leur avocat mais aussi l'assistance *technique* de leur propre expert, ce que le droit brésilien consacre de manière plus explicite encore.¹⁷⁰ A l'inverse, l'Espagne, qui vient de consacrer le principe de l'expert des parties, accorde encore une place importante au système de l'expert judiciaire qu'elle retenait jusqu'alors.¹⁷¹

Les *déclarations des parties et des tiers* appellent une réaction mélangée, pour plusieurs raisons. La première est que leur importance pratique varie sans doute d'un pays à l'autre, y compris dans les pays de même tradition civiliste, voire d'un type de contentieux à l'autre: par exemple, si les déclarations des parties sont relativement fréquentes dans les contentieux d'état des personnes ou, plus généralement dans les contentieux extrapatrimoniaux, elles sont rares dans les contentieux patrimoniaux et économiques. La seconde est que le statut de ces déclarations est également variable selon les pays, la ligne de démarcation séparant ici les pays dans lesquels une partie peut être témoin dans sa propre cause, comme les

¹⁶⁸ Voir *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, préface Henri Motulsky, avant-propos Terré, François, Paris, 1967, t. 32, Travaux de l'Institut de droit comparé.

¹⁶⁹ Voir par exemple article 161 du nouveau Code de procédure civile français. Pour la Belgique, voir Laenens, J., *observations complémentaires*, n. 5, p. 2.

¹⁷⁰ Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 5 et n. 14, pp. 13-14.

¹⁷¹ Voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 2, 3, pp. 26-29, qui souligne les nombreuses critiques dont cette réforme a été l'objet, "*habida cuenta de su carácter excesivamente dispositivo*" (p. 26) et précise que les expertises judiciaires, *stricto sensu*, continuent de posséder "*un mayor valor probatorio que justifica, por ejemplo, su obligatoriedad en los procesos de estado*" (p. 27). Une place à part doit être faite au "*testigo-perito*" (article 370 LEC), qui est une sorte d'*Amicus curiae*: voir Correa Delcasso, Juan-Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 5, p. 32.

Pays-Bas,¹⁷² et ceux dans lesquels la qualité de témoin est exclusivement réservée aux tiers, comme la Belgique, le Brésil, l'Espagne ou la France.¹⁷³ Mais cette distinction doit être nuancée : si elle révèle des philosophies du procès différente, elle n'est pas sans limite dans la réalité des procédures.¹⁷⁴ En pratique, la différence essentielle tient à l'absence de serment prêté par la partie selon qu'elle est entendue comme témoin ou pas.¹⁷⁵ Mais, pour le reste, si elle n'est pas entendue comme témoin, une partie peut cependant être entendue selon une autre forme, celle de la comparution personnelle,¹⁷⁶ et, dans les deux cas, sa déclaration ne sera qu'un élément de preuve librement apprécié par le juge.¹⁷⁷ Le Règlement CE du 29 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves à l'étranger se réfère d'ailleurs, indistinctement, à l'audition de personne, abstraction de leur statut de tiers ou de partie (art. 4-1 et 14-1). Ajoutons que, dans la comparution personnelle, si l'interrogatoire des parties est conduit par le juge, il n'exclut ni la confrontation avec des témoins,¹⁷⁸ ni la confrontation des parties entre elles¹⁷⁹ ou, à défaut, la possibilité pour une partie de soumettre au juge des

¹⁷² Articles 163-185 Rv. Néerlandais, spéc. art. 164-1: Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 21.

¹⁷³ En vérité, la séparation est récente car c'est seulement depuis 1843 que les parties sont admises à témoigner en droit anglais: voir Ginossar, Shalev.

¹⁷⁴ Lévy-Bruhl, Henri, observait justement, *op. cit.*, note 7, pp. 127-128: "il est une première catégorie de témoins, la plus importante sans doute, qui ne porte pas ce nom, et que le droit écarte soigneusement de ce concept: ce sont les parties au procès (...). Ce ne sont certes pas des témoins au sens technique du mot —étymologiquement le mot latin testis désigne un tiers— mais (...) il n'est pas douteux que la personne des principaux intéressés ait une portée d'une importance extrême".

¹⁷⁵ Voir Laenens, Jean, *observations complémentaires*, n. 4, p. 2: "L'interrogatoire a lieu dans les formes prévues pour l'audition des témoins à l'exception du serment dont la partie est dispensée".

¹⁷⁶ Voir articles 184-198 du nouveau Code de procédure civile français. Article 992 du Code judiciaire belge. Articles 342-343 du Code de procédure civile brésilien. Articles 301-316 LEC (*interrogatorio de partes*, auparavant qualifiée *confesión en juicio*, dans la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, elle-même issue de la fusion de deux institutions distinctes qui étaient le *juramento* —serment— et les *posiciones o conocencias*).

¹⁷⁷ Sauf si la comparution personnelle d'une partie conduit celle-ci à faire un aveu car les règles de l'aveu s'appliquent alors avec la pleine force probante qui s'attache à l'aveu: voir par exemple Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, pp. 6. Cadiet, Loïc, *Droit judiciaire privé*, précité, n. 1209-1213, pp. 523-526.

¹⁷⁸ Voir par exemple, pour la France, article 190 du nouveau Code de procédure civile français. Comp., pour l'Espagne, articles 308 et 373 LEC.

¹⁷⁹ Voir par exemple, pour la France, article 189 du nouveau Code de procédure civile.

questions à poser à la partie adverse.¹⁸⁰ Quant à la déclaration des tiers, qui est le noyau dur de la preuve testimoniale, elle est en principe administrée par voie orale (comme un sirop...), selon des formes variables selon les pays,¹⁸¹ mais elle peut également l'être par voie écrite, comme en France où le système des "attestations" est très répandu dans la pratique judiciaire.¹⁸² Lorsqu'elle prend la forme orale d'une audition des témoins, la définition des faits faisant l'objet de l'enquête de même que le régime de l'audition des tiers varient: tantôt, le juge est tenu de s'en tenir aux faits indiqués dans la décision prescrivant l'enquête,¹⁸³ tantôt, il n'est pas nécessaire que la décision prescrivant l'enquête indique les faits sur lesquels le témoin sera interrogé,¹⁸⁴ le juge ayant le pouvoir de déterminer les faits pertinents à prouver.¹⁸⁵ Parfois, les tiers ont la possibilité de préparer un projet de réponse;¹⁸⁶ parfois, cette possibilité leur est refusée:¹⁸⁷ ce dernier système attache plus d'importance à la spontanéité des réponses qui seront faites par les témoins au juge, l'idée étant que la spontanéité favorise la sincérité, donc la vérité.

¹⁸⁰ Voir par exemple, pour la France, article 193 du nouveau Code de procédure civile. Pour l'Espagne, article 302-306 LEC.

¹⁸¹ "Enquête", pour la France, la Belgique et le Brésil: articles 204-231 du nouveau Code de procédure civile français; article 916 du Code judiciaire belge; articles 400-419 du Code de procédure civile brésilien. "Interrogatorio de testigos", pour l'Espagne: articles 360-381 LEC. Dans sa note d'observations complémentaires (n. 11), Correa Delcasso, Juan Pablo, signale que, depuis l'entrée en vigueur de la LEC de 2000, la preuve testimoniale est recueillie sur CD ROM.

¹⁸² Articles 200-203 du nouveau Code de procédure civile, nouvelle manifestation du culte (sinon de la culture) de l'écrit dans ce pays?

¹⁸³ Voir, pour la Belgique, Laenens, Jean, *Observations complémentaires*, n. 3, p. 1. Rappr. La solution retenue par le Règlement CE du 28 mai 2001 sur l'obtention des preuves à l'étranger, article 4-1, imposant la mention des "questions à poser aux personnes à entendre ou aux faits sur lesquels elles doivent être entendues". Mais cette exigence ne devrait pas interdire au juge requis de poser d'autres questions ou de faire porter l'interrogatoire sur d'autres faits, pour des raisons d'efficacité et de rapidité: en ce sens, Lebeau, Daniel, et Niboyet, Marie-Laure, pp. 18-19.

¹⁸⁴ Pour le Brésil, voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *Observations complémentaires*, n. 7, c. p. 2. Pour la France, voir l'article 213 du nouveau Code de procédure civile.

¹⁸⁵ Comme en droit français: article 222, al. 2 du Code de procédure civile français, seule "véritable pointe civile inquisitoriale" de ce code, selon l'aveu d'un de ses principaux auteurs: Cornu, G., Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragment d'un état des questions, in *Mélanges Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83-100, spéc. p. 87.

¹⁸⁶ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12: "A la convocation des témoins est jointe une copie du dispositif du jugement, seulement en ce qui concerne les faits admis. Ainsi, les témoins peuvent préparer leur audition".

¹⁸⁷ Voir article 212 du nouveau Code de procédure civile français: "les témoins ne peuvent lire aucun projet".

30. Ces observations relatives au témoignage ou, antérieurement, à l'expertise montrent que, d'un pays à l'autre, même si les règles de preuve ne sont pas identiques, ni analogues, tant s'en faut, les dispositifs probatoires sont assez souvent équivalents en ce qu'ils permettent d'atteindre à peu près les mêmes objectifs.¹⁸⁸ Sans doute, les dissemblances, d'un pays à l'autre, sont incontestables et il demeurera toujours des particularismes, rendant "inexportables" certaines solutions nationales. En témoignent, par exemple, les réserves très vives dont est l'objet *la pre-trial discovery*, ainsi que le rappelle Gualberto Lucas Sosa dans son rapport: "Ello importa una frontal discordancia con las tradiciones del sistema jurisdiccional de los países de Latinoamérica, que requieren que la actividad probatoria se realice exclusivamente ante el Tribunal".¹⁸⁹ Mais cette réserve figure aussi à l'article 23 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale: "Tout Etat contractant peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du common Law sous le nom de 'pre-trial discovery of documents'." Or, c'est le Royaume-Uni, berceau du *common law*, qui a fait inclure cette réserve dans la convention, et non pas un pays de droit civil.¹⁹⁰ Cette observation conduit à se demander, après avoir constaté la diversité, relative, des systèmes juridiques de la preuve, si ces singularités ont véritablement une explication culturelle ou non.

¹⁸⁸ Voir aussi, en ce sens, Lebeau, Daniel, et Niboyet, Marie-Laure, Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger, *Gazette du Palais*, 19-20 février 2003, pp. 6-19, spéc. pp. 11 et 12, qui, à propos du Règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves à l'étranger, estiment que "il n'y a pas d'opposition irréductible de principes entre les systèmes probatoires des Etats membres", y compris entre les pays de tradition civiliste et les pays de *common law*, la principale opposition entre ces systèmes se mesurant "en termes de temps et de coût (pour les plaideurs et pour le système judiciaire)". Sur la notion d'équivalent fonctionnel, voir Sefton-Green, Ruth, *op. cit.*, note 23, pp. 91-92.

¹⁸⁹ Lucas Sosa, Gualberto, *La cultura y la ciencia de la obtención de información y de asunción probatoria – Un enfoque desde las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado*, spéc. E, à propos de l'article 9 de la CIDIP I (*Conferencia Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*): Sur ce *Justizkonflikt*, voir Muir Watt, Horatia, *Discovery/Disclosure*, in Cadiet, Loïc, *Dictionnaire de la Justice*, précité.

¹⁹⁰ Comme le rappelle Ancel, Bertrand, Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé, in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 1-14, spéc. p. 8. *Adde* Muir Watt, Horatia.

III. FONDEMENTS CULTURELS DE LA PREUVE

31. Il n'est pas facile de répondre simplement à la question des fondements culturels de la preuve car s'il existe, d'un droit national à l'autre, des différences dans les solutions retenues, il n'est pas certain que ces différences aient une origine culturelle (3.1). Au demeurant, à supposer que tel soit le cas, ces différences ne sont sans doute pas l'essentiel: évolutives dans le temps, soumises à des influences extérieures, elles sont marquées du sceau de la relativité, ce qui fait du droit de la preuve un droit assez facilement universalisable (3.2).

1. Recherche d'une explication culturelle des règles de preuve

32. Dans les rapports nationaux qui nous ont été soumis, l'argument culturel est utilisé dans deux situations: soit pour expliquer les solutions différentes adoptés par des droits voisins (3.1.1); soit pour éclairer les solutions particulières d'un droit national (3.1.2).

A. Différenciation culturelle des règles de preuve

33. Cette première hypothèse est illustrée par le rapport présenté par Jean Laenens pour la Belgique et les Pays-Bas. Le droit de la preuve de ces deux pays, pourtant proches, laisse en effet apparaître un certain nombre de différences, qualifiées de "*fondamentales*"¹⁹¹ tenant à la structure du droit de la preuve ou au contenu des règles de preuve.

34. Les *différences de structure* ne semblent pas avoir d'explication culturelle particulière¹⁹² il en est ainsi du fait qu'aux Pays-Bas, le droit de la preuve soit entièrement réglementé au *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Code de procédure civile), alors qu'en droit belge, suivant l'exemple français, le droit formel de la preuve (règles d'administration judiciaire) se trouve dans le Code judiciaire et le droit matériel de la preuve (modes de preuve admissibles), dans les codes et lois substantiels,

¹⁹¹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 21.

¹⁹² *Ibidem*, n. 5-7, pp. 2 et 3.

notamment dans le Code civil au titre des obligations. Cette différenciation ne date en vérité que de 1988.¹⁹³

35. Il en va différemment des *différences de contenu*. La différence la plus notable tient à l'admissibilité et à l'appréciation de la preuve par le juge. En Belgique, ces deux questions sont réglées différemment en matière civile et en matière commerciale: en matière civile, elles sont réglées par la loi (primauté de la preuve littérale pour les actes juridiques, hiérarchie des moyens de preuve en ce qui concerne leur admissibilité et leur force probante) alors qu'en matière commerciale, le principe est celui de la liberté.¹⁹⁴ Aux Pays-Bas, en revanche, la distinction classique entre commerçants et non-commerçants a été supprimée en 1934 où a été adopté un système de liberté de la preuve: en principe, une preuve peut être administrée par tous les moyens, y compris par témoin s'agissant d'un contrat, et l'appréciation de la preuve est laissée à la liberté du juge.¹⁹⁵ De même, alors qu'en Belgique, les règles relatives à la charge de la preuve s'appliquent quelle que soit la nature de la procédure portée devant le juge, sur le fond ou en référé, les règles du droit commun de la preuve sont écartées devant le juge des référés aux Pays-Bas où l'on estime que le caractère urgent et informel propre au référé justifie qu'il soit laissé une liberté encore plus grande au juge.¹⁹⁶

Or, pour Jean Laenens, faisant écho aux analyses de D. C. Fokkema,¹⁹⁷ "ce sont surtout les différences socioculturelles existant entre les deux pays qui peuvent expliquer les divergences entre les règles de preuve".¹⁹⁸ Deux grandes différences peuvent précisément être pointées du doigt. La première tient à "une caractéristique inhérente à la société néerlandaise, à savoir une solide confiance en le juge à qui est attribué un important pouvoir discrétionnaire, ce qui rejoint à son avis la tradition néerlandaise de

¹⁹³ Quoique, avant cela, depuis 1838, le législateur néerlandais s'était démarqué du modèle français en traitant certes des règles matérielles de la preuve dans le code civil, mais avec la prescription, dans un livre distinct de celui consacré aux obligations.

¹⁹⁴ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 5 et 6, p. 18, p. 19.

¹⁹⁵ *Ibidem*, n. 18, p. 6 et n. 55, pp. 18-19.

¹⁹⁶ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 16.

¹⁹⁷ Fokkema, D. C., *Honderdvijftig jaar rechtsleven : het Nederlands burgerlijk recht, in Eg. Spanoghe, R. Feenstra (eds.), Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980*, Leiden, Universitaire Pers, 1981 (1), 3.

¹⁹⁸ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 22.

fidélité à l'autorité (...). Par contre la justice belge a toujours été confrontée à une crise de la confiance".¹⁹⁹ La deuxième tient au fait que "*Les Pays-Bas sont sans conteste 'un pays de commerce'. Depuis toujours les Néerlandais ont eu un esprit commercial*", ce qui les a conduits à unifier le droit civil et le droit commercial et, lors de cette unification, à opter pour les règles juridiques commerciales "*qui offraient plus de liberté et d'efficacité que les règles civiles plus rigides*".²⁰⁰ Il faudrait éprouver l'argument, en recherchant si dans les autres "*pays de commerce*" des règles comparables à celles des Pays-Bas sont adoptées en matière de preuve, affiner encore la recherche pour vérifier si l'esprit de commerce et la fidélité à l'autorité vont toujours ensemble... Il est certain en tout cas que les règles du droit français, dont Jean Laenens nous dit qu'elles ont marqué la Belgique de leur empreinte, ne s'expliquent ni par l'esprit du commerce, ni par la fidélité à l'autorité. Le *substratum* culturel éclairant les règles du droit français de la preuve sont à chercher ailleurs.

B. Imprégnation culturelle des règles de preuve

36. Il est plus délicat, en l'absence d'éléments de comparaison, de faire apparaître les justifications culturelles de règles nationales de preuve. Le rapport pour le *Brésil* d'Antonio Carlos de Araujo Cintra fournit une illustration de la difficulté car il n'est pas aisé d'y déceler des règles dont le particularisme tiendrait à des aspects spécifiques de la culture brésilienne. La question pouvait cependant se poser en ce qui concerne les hypothèses de dispense de l'obligation de déposer des parties et des témoins, prévues par l'article 229, spécialement la dispense tenant au risque de déshonneur qui pourraient en résulter pour eux-mêmes, leur conjoint, un parent en degré successible ou un ami intime.²⁰¹ Mais, des solutions assez proches sont consacrées par les Codes de procédure civile du Portugal (article 554, 2), du Chili (article 360), d'Argentine (article 444), d'Allemagne (§ 384) et le Code de droit canonique (canons 1534 et 1548, § 2). Une observation comparable peut être faite au sujet des règles relatives au témoignage des autorités gouvernementales, des

¹⁹⁹ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 22.

²⁰⁰ *Ibidem*, n. 69, p. 23.

²⁰¹ Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 6 et p. 11.

membres du pouvoir législatif, des tribunaux supérieurs, des tribunaux d'appel et des cours des comptes (Code de procédure civile, article 411).

37. Emmanuel Jeuland, dans son rapport pour la *France*, a cependant essayé de faire apparaître les fondements culturels du droit français de la preuve. L'intérêt de son analyse est de tenter de rendre compte de la complexité des rapports entre la culture et la preuve. Son hypothèse que "la culture française a pour noyau les liens de droit entre les français" et que "les règles de preuve permettent de restaurer ces liens de droit".²⁰² Pour Emmanuel Jeuland, "la culture française au sens large paraît avoir trois grandes caractéristiques qui permettent de regrouper de nombreuses idées secondaires. Chacune de ces caractéristiques prise isolément n'est pas spécifiquement française". La tradition est en effet présentée comme un trait caractéristique du droit probatoire espagnol par Juan Pablo Delcasso.²⁰³ "Mais l'ensemble de ses trois caractéristiques et des idées secondaires qui leur sont associées constituent, nous semble-t-il, une approche de la culture française. Il s'agit de l'égalité, de la tradition et de l'étatisme".²⁰⁴ A l'égalité, conçue comme égalité abstraite, se rattache "une propension à la révolte (et au non respect des lois) et un goût pour la liberté et la nouveauté", ainsi que "le principe de laïcité qui place la religion dans la sphère privée et reconnaît à chacun la liberté religieuse". De la tradition, découle "le goût pour les produits du terroir, l'attachement à la langue et à la littérature et le culte des morts", mais aussi l'influence de la religion catholique qui "contrairement au protestantisme implique des intermédiaires (les

²⁰² Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 12, p. 1.

²⁰³ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, pp. 32-33, qui conclut son rapport en soulignant: "el análisis llevado a cabo a lo largo de las anteriores páginas, siquiera sea con carácter sumario, nos ha servido para constatar cómo el proceso civil español actual hunde sus raíces más profundas en el derecho histórico de los distintos reinos que hoy conforman España". Dans son rapport, Correa Delcasso, Juan Pablo, souligne en effet (II, pp. 2-11) le rôle très important joué, en matière de preuve, par le *Código de las Siete Partidas*, spécialement sa *Partida III*, promulgué en 1265, sous le règne d'Alfonso X de Castille. Ce code, "*fruto de la recepcion del jus commune y del ordo iudiciarius*" a donné au droit procédural espagnol sa "*base romano-canónica*" (II, 1, p. 2) et a exercé une influence durable pendant plus de six siècles. Voir aussi Fairén Guillén, Víctor, *Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, en "*Temas del ordenamiento procesal*", Madrid, 1969, p. 36: "suministraría el cauce general al proceso civil español (...) llegando viva a través de las sucesivas recopilaciones hasta el siglo XIX".

²⁰⁴ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 3.

prêtres) dans la pratique de la foi”. A l’étatisme, Emmanuel Jeuland associe “le besoin d’ordre et de sécurité des français”.²⁰⁵ De ces trois caractères, l’étatisme est sans doute le caractère dominant, apparaissant comme la résultante des deux autres²⁰⁶ et expliquant que la culture juridique française soit une culture plus administrative que judiciaire.²⁰⁷

Chacune de ces caractéristiques peut éclairer tel ou tel aspect particulier du droit des preuves: par exemple, la *tradition* peut expliquer la survivance de l’aveu et du serment, même s’il s’agit de preuves irrationnelles, ou archaïques;²⁰⁸ l’étatisme peut expliquer la primauté donnée à la preuve écrite en matière d’acte juridique ainsi que le rôle actif, voire dirigiste, mais dirigé, du juge dans l’administration de la preuve; l’égalité peut expliquer l’importance attachée à la recherche de la vérité qui se manifeste notamment dans l’obligation “citoyenne” fait à chacun de concourir, sauf

²⁰⁵ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 4.

²⁰⁶ Ainsi que l’observe Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 4: “il se peut qu’un Etat fort et centralisateur soit une conséquence des deux précédents caractères et de leur contradiction: pour tenir ensemble des régions à forte identité (Alsace, Bretagne, etc.) et des régions centrales privilégiant l’égalité, il fallait un Etat puissant”. La contradiction est sans doute un trait caractéristique de la culture française, relevé par de nombreux auteurs. La France est terre de contrastes; tout y est matière à contradiction: la raison s’oppose à la foi s’oppose, l’universalisme au particularisme, le progressisme au traditionalisme, l’insoumission au conformisme, etc. L’Etat, la république, la langue font tenir le tout. Ce caractère paradoxal tient sans doute aux origines mêmes de la France, à la fois romaine et germanique: voir Curtius, Ernst Robert, *Essai sur la France*, 1932, rééd. Editions de l’Aube, 1990. Les variations sur ce thème sont nombreuses et diverses. Comp. par exemple Todd, Emmanuel, *Bizareries françaises ou exception romaine*, in *La France et ses démons*, Cités hors série, Paris, Presses universitaires de France, 2002, pp. 64 sq., qui explique le caractère contradictoire de la culture française par les structures familiales: le cœur de la France (le bassin parisien) était de structure égalitaire —les enfants héritaient d’une part égale— alors que les régions périphériques (Bretagne, Alpes, Alsace, etc.) étaient de structures inégalitaires et donc hiérarchiques —l’aîné prenait la suite du père. Et Amselle, Jean-Loup, *Le multiculturalisme à la Française*, in *Universalis 2003*, Encyclopaedia Universalis, pp. 119-124, spéc. p. 120, faisant référence au “schème mental” qui, depuis le XVIIIe siècle, oppose, au sein de la population française, la double origine franque (venue de Germanie) et gauloise (donc romanisée).

²⁰⁷ Voir Cadiet, Loïc, L’hypothèse de l’américanisation de la justice française. Mythe et réalité, in *Archives de philosophie du droit*, t. 45: *L’américanisation du droit*, Dalloz, 2001, pp. 89-115. Garapon, Antoine (comp.), *op. cit.*, note 22.

²⁰⁸ Voir, là-dessus, Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 85-102: “La force probante du serment est (...) considérable. Il est comparable à l’aveu, en ce sens qu’il peut-être, comme ce dernier, regardé comme une sentence que rend l’intéressé sur lui-même. Avec cette différence que l’aveu est une sentence de culpabilité, tandis que le serment est une sentence d’innocence”.

“motif légitime”, à “la manifestation de la vérité”, “à peine d’astreinte ou d’amende civile, sans préjudice de dommages-intérêts” (Code civil, article 10).²⁰⁹ Mais au-delà de cette influence impressionniste et, somme toute, aléatoire, Emmanuel Jeuland suggère une hypothèse plus complexe.

Selon lui, la culture française, comme toute culture, est constituée de liens sociaux qui se traduisent dans des liens de droit: liens familiaux (alliance, filiation), liens conventionnels (contrats, groupements), liens étatiques (nationalité, citoyenneté), liens processuels pourrait-on aussi ajouter (action, instance).²¹⁰ Or, ces liens de droit français, qui contribuent à définir la culture française, sont structurés sous le triple signe de l’égalité, de la tradition et de l’étatisme: l’égalité entre les partenaires du lien de droit (égalité des époux, égalité des contractants, égalité des administrés, égalité des justiciables, etc.), la tradition (pérennité d’une structure très ancienne des liens de droit, avec notamment l’idée que l’Etat est un double de la structure de l’Eglise; attachement au patrimoine culturel, constitué de liens de droit entre des personnes, physiques ou morales, et des choses), et l’étatisme (organisation centralisée des liens de droit autour d’une personne morale qui sert de clef de voûte, lien de nationalité et de citoyenneté, lien entre le juge et les parties...). Et Emmanuel Jeuland d’en tirer cette hypothèse: “Dès lors... les preuves permettent de restaurer ou de créer des liens de droit sans avoir à recourir à la violence, elles contribuent par conséquent à pacifier la société...: elles assurent la cohérence du corps social”, en expliquant: “lorsqu’un lien de droit est rompu ou discuté, seule l’intervention d’un tiers impartial, le juge, examinant les faits à l’aide de règles de preuve permet de savoir ce qui s’est réellement passé, autrement dit la vérité. Faire la vérité consiste en philosophie à mettre en adéquation les concepts et les choses. Pour Heidegger, il s’agit de révéler ce

²⁰⁹ Sur cette passion de la vérité et le rôle joué par “deux des grands procès structurants de la culture française, celui de Jeanne d’Arc et celui de Dreyfus” (Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 4), voir Curtius, Ernst Robert, p. 302.

²¹⁰ D’où l’observation que faisait un des fondateurs de la sociologie française, Durkheim, Emile, *De la division du travail social*, Paris, 1930, rééd, Presses universitaires de France, 1998, p. 28: “la solidarité sociale est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l’observation exacte ni surtout à la mesure. Pour procéder tant à cette classification qu’à cette comparaison, il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c’est le droit”.

qui est caché, oublié.²¹¹ Mais pour un philosophe français, Lévinas, ce qui est caché ne peut pas toujours être retrouvé. Il existe une dialectique entre l'oubli et le souvenir qui est nécessaire pour pouvoir continuer de vivre.²¹² (...) Administrer la preuve reviendrait donc à faire remonter certains souvenirs (des témoins, des parties, des documents et indices) et à maintenir dans l'oubli d'autres éléments (c'est le principe de la prescription ou de l'autorité de la chose jugée) pour dénouer le litige afin que les individus en cause et, à travers eux, la France puissent s'ouvrir vers l'avenir".²¹³ Avant de résumer: "La vérité en droit n'est rien d'autre que la part du passé qu'il faut faire revivre afin de remettre les parties à bonne distance et donc de restaurer les liens de droit".²¹⁴

38. La conclusion permet de relier opportunément la preuve à la fonction même du procès, telle que le philosophe Paul Ricoeur a pu la définir à partir d'une lecture critique de l'œuvre de John Rawls, ces deux auteurs étant également nourris de philosophie kantienne.²¹⁵ "Le sens de la justice, qui garde son enracinement dans le souhait de la vie bonne et qui trouve sa formulation rationnelle la plus ascétique dans le formalisme procédural, n'accède à la plénitude concrète qu'au stade de l'application de la norme dans l'exercice du jugement en situation". Et ce jugement particulier, pour le cas d'espèce, d'atteindre au juste comme légal et comme bon: *au juste comme légal* par sa fonction *technique* de trancher le litige en disant le droit à partir des faits avérés (c'est aussi sa finalité *courte* d'acte mettant fin à l'incertitude, de jugement *déterminant*, qui donne à chacun la part qui lui revient: *suum cuique tribuere*), au juste comme bon par sa fonction *éthique* de contribuer à la vie bonne en oeuvrant à la paix civique (ce qui est aussi sa finalité *longue*, la part de jugement *réfléchissant*, qui fait prendre part chacun à la société que tous ont en partage). "C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris, qui résume

²¹¹ Heidegger, Martin, *De l'essence de la vérité*, 1931, trad. A. Boutot, Paris, Gallimard, 2001.

²¹² Lévinas, Emmanuel, *A l'heure des nations*, Paris, Editions de Minuit, 1988, pp. 91 sq.

²¹³ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 8. Rapp. Lagarde, Xavier, V. Vérité, Cadiet, Loïc (sous la direction de), *Dictionnaire de la Justice*, précité, spéc. *in fine*.

²¹⁴ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 9.

²¹⁵ Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, pp. 25 et 26.

assez bien, je crois, les deux aspects de l'acte de juger: d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties; de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société".²¹⁶

Mais qui ne voit alors le caractère paradoxal de l'hypothèse avancée par Emmanuel Jeuland? C'est son intérêt principal: en partant des particularités culturelles de *la France*, Emmanuel Jeuland parvient à une conclusion qui a valeur universelle. Lorsqu'il écrit, la fin de son rapport: "si le droit des preuves est lié à la culture d'un pays, ce n'est peut-être tant parce que la culture, le style d'un pays donne sa marque au droit des preuves mais peut-être plus profondément parce que la preuve contribue à refaire les liens rompus, à restaurer la cohérence d'une société",²¹⁷ sa conclusion peut s'appliquer à tous les pays. L'explication culturelle a changé de registre: de la culture conçue comme ensemble des caractéristiques d'une société, l'analyse est passée à la culture conçue comme expression même de la sociabilité,²¹⁸ ce qui relativise considérablement l'explication culturelle des règles de preuves.

2. *Relativité de l'explication culturelle des règles de preuve*

39. Le silence, relatif, des rapports nationaux sur la dimension culturelle du droit de la preuve est sans doute la meilleure expression de la

²¹⁶ *Ibidem*, p. 192. La thèse rejoint l'analyse de la fonction sociale de la preuve mise relief jadis par Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, p. 29: "Ce qui est recherché, sans bien souvent que l'on s'en doute, c'est, par delà le juge, l'adhésion du groupe social qu'il représente, au nom de qui il prononce sa sentence. En d'autres termes, qu'il me soit permis de le répéter, la preuve judiciaire a pour objet de faire obtenir par l'intéressé la ratification, l'homologation de la collectivité".

²¹⁷ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 15.

²¹⁸ Voir *supra* 1.2. C'est bien ainsi que l'entendait Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 41-52, spéc. p. 41, dans son histoire sociologique de la preuve. Lorsqu'il évoquait les différences des régimes juridiques de la preuve en fonction de la culture des peuples, ce n'est pas la nature de leur culture qu'il visait, mais "*les degrés de culture*", allant de la culture des "*groupes sociaux les plus rudimentaires*", soumis aux preuves irrationnelles, à celle des sociétés modernes, intellectuellement et socialement évoluées, tendant à privilégier les preuves rationnelles, objectives, celles qui ne mentent pas. Voir aussi Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, p. 56: "ce sont les niveaux de culture, bien plus que les genres de vie qui peuvent servir de support aux distinctions entre les types de preuve".

relativité de l'explication culturelle des particularismes probatoires. Les rapports nationaux disent peu de choses sur cet aspect car il y a peut-être assez peu de choses à dire. Pourtant, il n'est pas inintéressant de s'attarder un peu sur la manière dont s'exprime cette relativité de l'explication culturelle (3.2.1), les facteurs qui poussent à son renforcement en atténuant de plus en plus les spécificités les plus saillantes (3.2.2) et, par voie de conséquence, les enseignements qu'il convient d'en tirer quant à l'harmonisation internationale du droit de la preuve (3.2.3).

A. *Manifestations*

40. Les catégories intellectuelles ont la vie dure; elles sont souvent rigides, donc réductrices, alors que la réalité est flexible, donc plus riche. Et les comparatistes, qui sont des juristes, aiment classer, même s'il y a différentes façons de classer: distinguer est aussi une manière de classer. La distinction entre droit civil et *common law* comme la distinction entre système accusatoire (*adversarial system*), faisant la part belle aux parties, et système inquisitoire, donnant la primauté au juge, les deux étant le plus souvent superposées (*common law* et *adversarial system*, d'un côté; droit civil et système inquisitoire de l'autre), sont extraordinairement réductrices et loin de rendre compte d'une réalité infiniment plus subtile où les nuances s'observent davantage que les contrastes.²¹⁹ Henry Lévy-Bruhl les associait d'ailleurs, du point de vue de la preuve, dans la même catégorie²²⁰ et c'est à la même association que procède Ewoud Hondius quand il s'interroge, avec perplexité, sur la suprématie du droit occidental.²²¹ Il est

²¹⁹ Voir, déjà, lors du Xème congrès de notre association, à Taormina, Kojima, Takeshi, Legal families in procedural law revisited, et Ateia, Azmy A., Le regroupement des familles en droit judiciaire, in *Transnational aspects of procedural law. General reports*, a cura di Andolina, II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 67 sq, cité par Tarzia, Giuseppe, Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, n. 4, pp. 869-884, spéc. n. 5, p. 876.

²²⁰ Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 9-10, se référant au régime juridique de la preuve "inspiré du droit romain, comme le dont les droits européens ou américains modernes". N'est-ce pas aussi à cette même analyse englobante que se livrait Foucault, Michel (La vérité et les formes juridiques, in *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, collection Quarto, 1994, spéc. p. 1411) lorsqu'il étudiait, à travers "l'histoire de l'Occident", le rôle des pratiques judiciaires dans la production de la vérité et des formes de savoir?

²²¹ Hondius, Ewoud, The supremacy of western law, in *Viva vos iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, J. C. Gieben, Publisher, 2002, pp. 337-342.

même permis de se demander si ces différents systèmes ou modèles sont toujours bien définis de la même façon.²²² Ainsi, Juan-Pablo Correa Delcasso considère que la culture processuelle de son pays, l'Espagne, est trop attachée au principe dispositif (expression d'une conception accusatoire du procès) et pense que la modernisation de la procédure espagnole devrait passer par un accroissement des pouvoirs du juge, qu'il relie à la *common law*.²²³ Le droit de la preuve n'échappe pas à cette observation générale. Les conceptions et les règles ne sont jamais figées, ni fermées pas plus que la culture.²²⁴

41. Elles ne sont *jamais figées* en ce sens qu'elles évoluent bien sûr dans le temps, à l'intérieur d'un même pays, parfois même de manière radicale, ce qui peut susciter des résistances jurisprudentielles (le droit pratique s'écarte alors du droit théorique) et des querelles doctrinales. L'exemple espagnol, fort bien mis en relief par Juan Pablo Correa Delcasso, est tout à fait intéressant de ce point de vue car la nouvelle loi de procédure civile de 2000, qui "ha derogado la práctica totalidad de la Ley de Enjuiciamiento civil anterior del año 1881",²²⁵ a substantiellement modifié le régime de l'expertise, en déclassant le système de l'expertise *judiciaire*, sous la direction du juge, donc d'inspiration "inquisitoriale", au profit d'un principe d'expertise *extrajudiciaire* à la charge des parties, d'inspiration nettement "accusatoire",²²⁶ "en contra de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias".²²⁷ Plus largement, à l'intérieur d'un pays, les opinions peuvent du reste varier, y compris quant aux caractéristiques qui sont attribuées à son système ou à sa culture juridiques.²²⁸ Ainsi, là où, pour un auteur français,²²⁹ le droit français se fait une conception *relative* de la vérité, assimilée à la vraisemblance, pour tel autre auteur français, la culture juridique française se ca-

²²² "Et si le clivage mental entre le juriste de common law et celui de droit civil... n'est pas lui-même le produit d'une culture", Sefton-Green, Ruth, *op. cit.*, note 23, p. 93.

²²³ Correa Delcasso, Juan Pablo, *observations complémentaires*, n. 12.

²²⁴ Voir *supra* 1.3, spéc. n. 13-14.

²²⁵ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, p. 11.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 26-29.

²²⁷ *Ibidem*, p. 26.

²²⁸ Rapp. Sefton-Green, Ruth, *op. cit.*, note 23, p. 89: "Il y a autant de différences d'opinions, d'écoles de pensée, de diversité de discours juridiques à l'intérieur d'un droit donné... que de diversité et de richesse d'opinions, de modes, d'idées culturelles".

²²⁹ Carbonnier, Jean, *op. cit.*, note 6, p. 67: "la vérité judiciaire... n'est jamais qu'une vraisemblance".

ractérisé par une conception *absolue*, récusant qu'une simple vraisemblance puisse suffire.²³⁰ En dehors du droit des preuves, l'évolution de la procédure civile française, marquée par le passage du Code de 1806, d'inspiration accusatoire, et celui de 1975, faisant une place plus importante qu'avant aux pouvoirs du juge, a longtemps divisé les auteurs français en deux catégories, sorte de querelle entre les "*Anciens*" et les "*Modernes*" qui, d'ailleurs, correspondait, du moins pour partie, à une séparation géographique entre les juristes du Nord de la France (d'inspiration germanique?) et les juristes du Midi de la France (d'inspiration romaniste?).²³¹ Il faudrait encore signaler le décalage qu'il peut y avoir entre la théorie (c'est-à-dire ce que sont les règles dans les textes) et la pratique (c'est-à-dire la manière dont ces règles sont, ou ne sont pas appliquées),²³² ce qu'un auteur a pu qualifier de "*interplay between theory and practice in French litigation*".²³³

En dehors de ces phénomènes d'évolution, il se peut même que plusieurs conceptions de la preuve cohabitent au même moment dès lors qu'elles s'appliquent à des contentieux différents. Cette diversité intranationale est également attestée par plusieurs rapports qui, comme le rapport pour la Belgique,²³⁴ ainsi que le rapport pour la France, soulignent l'hétérogénéité des solutions selon que l'on se place sur le terrain de la procédure civile, considérée comme "*accusatoire*"²³⁵ ou sur celui de la procédure pénale (et de la procédure administrative), présentées comme "*inquisitoriales*":²³⁶ "le principe est celui de la légalité des preuves en matière civile et celui de la liberté des preuves en matière pénale et administrative" écrit ainsi Emma-

²³⁰ Lagarde, Xavier, *V. Preuve* précité.

²³¹ En doctrine, la querelle n'est pas éteinte: V. p. ex., défendant une conception très accusatoire du procès civil, Martin, Raymond, *A nouveau siècle, nouveau procès civil*, Aix-en-Provence, Editions Edilex Club, 2000.

²³² Vos, Wouter de, *op. cit.*, note 45, 2.6, p. 220.

²³³ *Ibidem*, 2.5, p. 219, a en effet pu observer, à partir de l'activité d'un tribunal de grande instance du sud de la France (ceci expliquant peut-être cela): "Judges are reluctant fully to assume an active role in civil litigation... It seems that the individualistic and liberal practices of the past still enjoy meaningful support amongst the judiciary and the legal profession". Et de conclure: "The differences between theory and practice in French civil procedure are not well-known by foreign observers and, therefore, not always mentioned in the literature".

²³⁴ Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 5 y 6.

²³⁵ *Ibidem*, n. 12, p. 4: "*En matière civile vaut généralement le principe de l'autonomie des parties. Le procès civil se caractérise par son caractère accusatoire*". Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6: "*La procédure reste accusatoire*".

²³⁶ Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13.

nuel Jeuland.²³⁷ Que signifie, dans ces conditions, la référence à *la* culture d'un pays, comme si cette culture était unique et invariable?²³⁸

42. Au demeurant, les conceptions et les règles du procès ne sont *pas davantage fermées* aux influences extérieures.²³⁹ Cette acculturation juridique révèle aussi la relativité des explications culturelles. Le phénomène a été observé par tous les rapporteurs nationaux,²⁴⁰ pour le meilleur... ou pour le pire. Est particulièrement notable, à cet égard, la critique dont est l'objet l'influence exercée par le droit français sur un certain nombre de droits étrangers qui, comme le droit espagnol²⁴¹ ou le droit belge,²⁴² ont adopté la séparation, dans la loi, entre les règles matérielles de la preuve, relatives notamment aux modes de preuves admissibles, contenues dans le

²³⁷ Jeuland, Emmanuel, *ibidem*, qui ne manque cependant pas d'observer, d'une part, qu' "il est curieux de constater que le principe de légalité correspond à une procédure accusatoire alors que le principe de liberté correspond aux procédures inquisitoriales", mais que, d'autre part, ces principes sont assortis de nuances.

²³⁸ Voir *supra* 1.3, n. 14. *Adde* Antoine Garapon, V. Culture(s) judiciaire(s) préc., qui observe: "Alors que le système français semble, à première vue, incarner le modèle romano-germanique le plus pur, il abrite en réalité plusieurs cultures judiciaires: l'une assurément civiliste et une autre —la justice administrative— qui présente bien des points communs avec la magistrature anglaise".

²³⁹ Rapprocher, de manière générale, Jettinghoff, Alex, State Formation and Legal Change: On the impact of International Politics, *in* Nelken, David, et Feest, Johannes (eds.), *op. cit.*, pp. 99-116, selon lequel les évolutions juridiques sont davantage le résultat de facteurs externes qu'elles ne reflètent les changements à l'intérieur d'une société donnée.

²⁴⁰ Voir par exemple, outre Araujo Cintra, Antonio Carlos de, cité *supra* 3.2.1 et *infra* 3.2.3., pour le Brésil, Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, II, 4, p. 11, citant Prieto Castro, pour l'Espagne: "el derecho probatorio español, concretamente contemplado, ve aumentadas esas dificultades por converger en él todos los elementos históricos que han influido en la conformación de muchas de nuestras actuales instituciones jurídicas: el romano, el germánico (con su acentuado formalismo), en parte también, el canónico y, más modernamente, el francés, en el código civil, que en materia probatoria siguió y hasta transcribió, con más o menos fortuna de traducción, el Code de Napoléon...".

²⁴¹ Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 12, qui, à propos de la nouvelle *Ley de enjuiciamiento civil* de 2000, se félicite qu'elle "ha corregido así un error histórico hartamente denunciado por la doctrina procesal mas autorizada, consistente en dividir la regulación normativa de la prueba en dos códigos distintos (Ley de Enjuiciamiento Civil y Código civil), partiendo de una equivocada distinción dentro de la misma entre normas materiales (las relativas a la admisibilidad de los medios de prueba y a su valoración) y normas procedimentales (las que regulaban propiamente el procedimiento probatorio), efectuada a principios del siglo XIX, por los procedimentalistas y civilistas franceses".

²⁴² Voir Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, p. 2: "la distinction entre le droit de la preuve formel et matériel n'est cependant pas toujours très nette".

code civil, et les règles d'administration de la preuve, contenues dans le code de procédure civile.²⁴³ Mais il faut croire que le droit comparé n'aide pas forcément à corriger les erreurs car c'est cette conception qui vient d'être reconduite en droit brésilien.²⁴⁴

Au-delà de ces ajustements mutuels, émergent naturellement des principes généraux transnationaux ayant vocation à s'appliquer à tous les pays, quelle que soit sa conception du procès. A l'échelon européen, la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales a ainsi, consacré, sur le fondement de l'article 6 § 1, qui constitue le socle du droit à un procès équitable, un principe de stricte égalité des armes entre les parties en litige. Selon ce principe, chaque partie doit se voir offrir "une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire".²⁴⁵ Transcendant la distinction du procès inquisitoire et du procès accusatoire, cette jurisprudence dessine une troisième voie, celle du procès contradictoire, qui a vocation à se généraliser,²⁴⁶ conduisant à renforcer les pouvoirs du juge et, par voie de conséquence, à promouvoir un principe de coopération des parties et du juge à l'œuvre de justice qu'ils ont en commun. Le droit au procès équitable illustre en même temps qu'il la favorise, manifestation et facteur à la fois, la relativité de l'explication culturelle des règles de preuve.²⁴⁷

²⁴³ Voir *supra* 2.1.

²⁴⁴ Voir *supra* 2.1.

²⁴⁵ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. contre Pays-Bas*, série A n. 274, qui mettait en cause l'application, dans un procès civil, d'une règle de preuve interdisant d'entendre une partie comme témoin dans sa propre cause.

²⁴⁶ Voir, à propos de l'application du principe de la contradiction à une expertise médicale, Cour européenne des droits de l'homme, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, Série A, 1997-II, n. 32 et, pour une réflexion d'ensemble, Ferrand, Frédérique, Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n. 2, pp. 345-369.

²⁴⁷ Au-delà des règles de procédure, c'est à une culture judiciaire européenne qu'il est parfois fait référence: Voir ainsi le plaidoyer en faveur d'une "communauté culturelle des juges d'Europe", développé par le Premier Président de la Cour de cassation française, Canivet, Guy, Judiciarisation de l'Europe, *Les Annonces de la Seine*, Jeudi 22 novembre 2001, n. 78, pp. 1-2, spéc. p. 2: "Au-delà des techniques du droit, c'est désormais la culture judiciaire qui est à prendre en compte. S'agissant de préciser le socle commun qui réunira les Etats de l'Union en matière de justice, il est, en effet, indispensable que les juges d'Europe prennent conscience de leur appartenance à un corps unique, qu'ils adhè-

B. *Facteurs*

43. Les progrès scientifiques et techniques, qui ne connaissent pas les frontières, poussent également à l’homogénéisation, sinon à l’uniformisation des techniques probatoires et, partant, des règles dont elles sont l’objet.²⁴⁸ Cette évolution participe d’une tendance plus générale à l’objectivation de la preuve, susceptible d’établir la réalité objective des faits litigieux.²⁴⁹

44. Sans doute, l’administration de la preuve ne peut pas être réduite à une simple question technique ou scientifique. La preuve d’un fait, parce qu’elle conditionne l’efficacité de la règle de droit applicable, donc l’ordonnement des relations humaines, n’est pas sans incidence dans l’ordre social. Et “comme l’ordre social ne se laisse pas entièrement contenir dans un discours scientifique, on conçoit que le droit, garant du premier, ne délègue pas exclusivement au second le soin de valider ses pratiques probatoires: le droit a des exigences que la science ne connaît pas”.²⁵⁰ La loi peut ainsi choisir de privilégier d’autres valeurs que la vérité, ce qui conduira par exemple à permettre aux parties, ou aux tiers, d’échapper à l’obligation de concourir à la manifestation de la vérité en se prévalant du respect de la vie privée, de la dignité humaine, de l’intégrité physique, de la paix des familles.²⁵¹ Le fait est observable dans chaque pays, ainsi qu’en témoi-

rent à un corps judiciaire européen exerçant le même office, garanti par le même statut d’indépendance, respectant la même déontologie de l’impartialité, un corps de juge développant une éthique commune de respect du justiciable et des droits de la défense, pratiquant une méthodologie et un raisonnement uniformes fondés sur le principe de contradiction et inspirés du respect des principes fondamentaux communs”.

²⁴⁸ A la recherche des principes et des moyens d’une harmonisation de la procédure civile européenne, la Commission Storme avait du reste consacré une partie de ses travaux à *La technologie et la preuve*: voir Storme, Marcel (ed.), *Rapprochement du droit judiciaire de l’Union européenne, Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, Dordrecht, & Nijhoff, Martinus, 1994. Adde Combe, Caroline, L’introduction de l’électronique dans le paysage juridique international modifie-t-elle réellement le périmètre de la notion de preuve? *Gazette du Palais*, 12-13 juillet 2002, pp. 13-16.

²⁴⁹ Ce que Ginossar, Shalev, appelle “la preuve réelle”, “la plus sûre par sa fixité et son objectivité”.

²⁵⁰ Lagarde, Xavier, *V. Preuve précité*.

²⁵¹ La proposition est particulièrement vraie en matière de filiation, qui ne se réduit certes pas à l’existence d’un lien biologique: voir notamment Bellivier, Florence, Brunet, Laurence, et Labrusse-Riou, Catherine, *La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi?* *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, pp. 529-559.

gnent les rapports nationaux. Il faut cependant observer que la solution peut emprunter des formes variables consistant, tantôt, dans une liste d'exceptions, comme au Brésil²⁵², tantôt dans une réserve générale tenant par exemple, comme en France,²⁵³ à l'existence d'un “*motif légitime*”²⁵⁴ ou d'un “*empêchement légitime*”,²⁵⁵ ou, comme en Espagne, à l'existence d'un *droit fondamental*.²⁵⁶ Le droit espagnol paraît bien traduire, ici, une tendance générale consistant à limiter ces obstacles à la preuve aux seules valeurs pouvant apparaître comme vraiment fondamentales et qui, parce qu'elles sont fondamentales, sont garanties par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, ce qui contribue assurément à l'universalisation du droit de la preuve. Ainsi que l'écrit un auteur, “l'arbitrage entre droits fondamentaux et recherche de la vérité est de moins en moins caractéristique d'une spécificité culturelle des différents systèmes de preuve, au moins dans les pays qui ont pris le parti effectif de consacrer, sous une forme ou sous une autre, une charte des droits fondamentaux”.²⁵⁷ En dehors de ces hypothèses, comme le signale Jean Laenens pour la Belgique et les Pays-Bas, le juge n'est pas facilement tenté d'écarter du matériel de preuve comme non valable²⁵⁸ et la tendance semble être à la régression des hypothèses dans lesquelles la vérité est inaccessible pour des raisons juridiques.²⁵⁹

²⁵² Voir Araujo Cintra, Antonio Carlos de, *op. cit.*, note 73, p. 6 (article 229 Code civil, comparaison personnelle des parties), n. 10, p. 7 (article 363 Code de procédure civile, production forcée de pièces), n. 13, p. 11 (article 408 Code de procédure civile, preuve testimoniale).

²⁵³ Voir Jeuland, Emmanuel, *op. cit.*, note 13, p. 6: “L'administration de la preuve doit (...) tenir compte de certains secrets professionnels et respecter les droits fondamentaux des parties tels que l'intimité de la vie privée et l'inviolabilité du corps humain”.

²⁵⁴ Article 10, Code civil.

²⁵⁵ Article 11, nouveau Code de procédure civile.

²⁵⁶ Article 11.1 Ley orgánica del poder judicial (*derechos y libertades fundamentales*) et article 287 Ley de enjuiciamiento civil (*derechos fundamentales*): voir Correa Delcasso, Juan Pablo, *op. cit.*, note 10, III, 1, p. 11.

²⁵⁷ Lagarde, Xavier, *V. Preuve précitée, in fine*.

²⁵⁸ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12, pp. 6-7.

²⁵⁹ En ce sens, voir Lagarde, Xavier, *V. Vérité préc.*, qui signale les limitations croissantes dont sont l'objet les différents secrets susceptibles d'être invoqués pour faire échec à la preuve: “entre les nécessités judiciaires de la manifestation de la vérité, qui peuvent être comprises dans le sillage du droit (fondamental) d'agir en justice, et celles du secret professionnel, un arbitrage doit être réalisé au terme duquel les atteintes proportionnées au second peuvent être admises”.

45. Mais, sous cette réserve, le droit n'a pas de qualités particulières à faire valoir pour l'établissement *matériel* des faits. Dès lors qu'il n'y a pas de conception proprement juridique de la vérité, il n'y a pas lieu d'écarter, par principe, les méthodes scientifiques ou techniques dont l'efficacité est avérée dans l'établissement d'une réalité à laquelle la règle de droit conditionne ses effets. Il est donc logique qu'il se tourne vers d'autres sciences pour y trouver les méthodes appropriées à l'établissement des faits pertinents. Cette prise en compte d'autres savoirs que le savoir juridique est même source de légitimité accrue du jugement: "la règle de droit a d'autant plus de chances d'être appliquée justement que les juristes exploiteront les méthodes les plus efficaces en fonction des savoirs disponibles".²⁶⁰ La rationalité scientifique conforte alors la rationalité juridique. L'histoire de la preuve, comme l'a fort bien montré Henri Lévy-Bruhl, est du reste celle du progrès de la rationalité, d'un processus d'objectivation, qui a fait passer la preuve du stade de l'épreuve à celui de la démonstration, des preuves archaïques, ou primitives, dites irrationnelles, aux preuves modernes, dites rationnelles.²⁶¹ L'accroissement des pouvoirs du juge serait parfaitement en accord avec cette tendance historique à la rationalisation de la preuve.²⁶²

L'accueil fait, dans tous les pays, aux analyses biologiques, spécialement par empreinte génétique, à l'écrit électronique, de même que le recours croissant aux procédures d'expertise a pour effet de rapprocher les différents systèmes juridiques.²⁶³ Sans doute, les règles applicables ici et là ne sont pas les mêmes. Le régime de l'expertise est, à cet égard, assez emblématique, certains pays consacrant le système de l'expert des parties,

²⁶⁰ Lagarde, Xavier.

²⁶¹ Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, p. 9: "Un effort tenace et méritoire a été fait avec succès en vue de s'affranchir des prénotions qui attribuaient à des pouvoirs fallacieux, nés de l'imagination collective, la solution des litiges. Désormais c'est à la raison humaine qu'incombe la lourde responsabilité de juger".

²⁶² Voir en ce sens, déjà, Lévy-Bruhl, Henri, *op. cit.*, note 7, pp. 33-34, qui considérait comme dépassée la conception accusatoire du procès civil alors en vigueur en France (c'était en 1964): "il est permis de se demander si cette conception du procès n'est pas dépassée, s'il n'est pas plus conforme aux strictes exigences de la justice... de donner au juge, impartial par définition, un rôle plus actif à jouer dans le procès, qui... se rapprocherait d'un problème scientifique à résoudre avec le minimum d'apparat... Le tribunal cesserait d'être un champ clos pour devenir une sorte de laboratoire où les efforts de tous, même des avocats des parties adverses, au lieu de s'opposer, convergent vers un but commun qui est la recherche de la vérité".

²⁶³ Voir *supra* 2.2.3, 2.

d'autres adoptant celui de l'expert du juge. Mais, ainsi que nous l'avons vu,²⁶⁴ cette distinction, souvent présentée comme une des illustrations des différences séparant pays de *common law* et pays de droit civil, doit être fortement relativisée. Les pays de *common law* n'ignorent pas complètement l'expert désigné par le juge et, à l'inverse, les pays de droit civil n'ignorent pas davantage l'expert choisi par les parties: la nouvelle loi espagnole de procédure civile a même consacré le principe de l'expert choisi par chaque partie et, dans les pays de droit civil où l'expertise est essentiellement conçue comme judiciaire, il est fréquent que, en pratique, l'expert désigné par le juge soit celui qui lui a été proposé d'un commun accord par les parties.

46. Il faut donc nuancer l'opposition traditionnellement faite entre *civil law* et *common law*, système accusatoire et système inquisitoire. Aucun système n'est parfait; ce n'est du reste pas la qualité attendue de lui: l'essentiel est qu'il réponde au besoin du pays auquel il s'applique.²⁶⁵ Chaque système a ses avantages et ses inconvénients et la prise de conscience des uns et des autres conduit à des évolutions qui sont autant d'occasions de rapprocher les différents systèmes. Comme le montre Lawrence Friedman,²⁶⁶ ce sont les mêmes données économiques et sociales qui déterminent des choix comparables d'un droit national à l'autre, les mêmes causes produisant les mêmes effets.

Ces différentes évolutions ne peuvent qu'entraîner un mûrissement des esprits favorisant l'harmonisation internationale des règles de preuve.

C. Portée

47. L'harmonisation est une notion complexe dans le détail de laquelle nous n'entrerons pas ici, nous contentant de renvoyer à l'étude qu'en avait faite Giuseppe Tarzia dans son rapport général lors du XI^{ème} congrès de

²⁶⁴ Voir *supra* 3.2.1.

²⁶⁵ Ainsi que, par exemple, Vos, Wouter de, l'observait à propos du droit français, *in* French civil procedure revisited, précité, spéc. p. 220, 3: "Finally, the question is simply whether French civil procedure satisfies the needs of this community".

²⁶⁶ Friedman, Lawrence, Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants, *in* Nelken, David, et Feest, Johannes (eds.), pp. 93-98.

notre association, à Vienne, en 1999.²⁶⁷ En matière de preuve, l'harmonisation n'est pas une utopie. Ainsi que le rappelle Gualberto Lucas Sosa, le Code *Bustamante* au début du XXème siècle, comprenait déjà des dispositions relatives à la preuve.²⁶⁸

48. Elle peut consister, *au minimum*, dans l'adoption d'*instruments communs de coopération internationale*, comme les commissions rogatoires, pour faciliter les procédures d'obtention de la preuve à l'étranger. Ces instruments existent déjà, à *l'échelon mondial*, avec les Conventions de La Haye du 1^{er} mars 1954 et du 18 mars 1970. Ils existent aussi à *l'échelon régional* où, selon le degré d'intégration institutionnelle des pays concernés, ils peuvent prendre la forme de conventions internationales, comme sur le continent américain, auxquelles Gualberto Lucas Sosa a consacré son rapport,²⁶⁹ ou de règlements communautaires, comme dans l'Union européenne.²⁷⁰ Ces instruments de coopération judiciaire, pour limitée que ce soit leur objet, n'en sont pas moins intéressants du point de vue de l'acculturation juridique et de la communication internationale des pratiques judiciaires. Cet intérêt est net lorsque les instruments en question, comme le Règlement communautaire du 28 mai 2001, organisent une coopération directe, de juridiction à juridiction, sans passer par la médiation d'une autorité centrale de l'Etat requérant ou de l'Etat requis. Il est encore plus net lorsque la juridiction requérante (par exemple un juge anglais)

²⁶⁷ Tarzia, Giuseppe, Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, n. 4, pp. 869-884, spéc. n. 7 p. 879.

²⁶⁸ Articles 398 à 407, Código de derecho internacional privado de Antonio Sanchez de Bustamante y Sirven, conçu en 1925 et adopté à La Havane en 1928, lors de la sixième conférence panaméricaine: Lucas Soca, Gualberto, *La cultura y la ciencia de la obtención de información y de asunción probatoria. Un enfoque desde las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado*, précité.

²⁶⁹ Lucas Soca, Gualberto, signalant, d'une part, les *Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado*: CDIP I, Panamá, 1975; CDIP II, Montevideo, 1979; CDIP III, La Paz, 1984; CDIP IV, Montevideo, 1989, et, d'autre part, les protocoles adoptés dans le cadre du Mercosur, spécialement celui de Las Lenas, en 1992, sur la *Cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa*, complété d'un *Acuerdo complementario* (Asunción, 1997).

²⁷⁰ Voir le Règlement (CE) n. 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (*Journal Officiel des Communautés Européennes*, n. L. 174, 27 juin 2001, p. 1).

usera de la posibilidad que lui est offerte de demander que la mesure d’instruction sollicitée soit exécutée, par la juridiction requise (par exemple un juge français), selon la forme spéciale prévue par son droit national (par exemple une *cross-examination*). Comme il a été justement observé à propos du Règlement communautaire du 28 mai 2001: “la mise en œuvre de cette réglementation produira une harmonisation en douceur des pratiques judiciaires en matière de mesures d’instruction, par imprégnation mutuelle”.²⁷¹

49. Mais il est possible d’aller *plus loin* dans l’intégration normative *en homogénéisant les règles de preuve elles-mêmes*.

L’harmonisation ne se justifie cependant que si elle répond à une utilité précise. A défaut de besoin avéré, il faut laisser la diversité, qui est une richesse, pour les droits comme pour les cultures et les langues.²⁷² On n’harmonise pas pour le plaisir d’harmoniser. Or, comme le souligne Jean Laenens, le droit de la preuve répond avant tout à une fonction d’utilité.²⁷³ Personne ne forme le projet d’unifier les différents droits *internes* de la preuve: à quoi cela servirait-il? Même si le point de vue n’est pas unanimement partagé,²⁷⁴ le réalisme conduit à considérer que cette harmonisation, en tant qu’elle repose sur un acte de volonté politique consistant dans l’adoption d’un corps de règles juridiques, quelle que soit la forme de ce corpus (loi, convention internationale...), n’est envisageable qu’*en matière internationale* comme un moyen de simplifier le règlement des litiges transnationaux.²⁷⁵ Plus strictement encore, cette harmonisation n’est véritablement

²⁷¹ Lebeau, Daniel, et Niboyet, Marie-Laure, Regards croisés du processualiste et de l’internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l’obtention des preuves civiles à l’étranger, *Gazette du Palais*, 19-20 février 2003, pp. 6-19, spéc. p. 2.

²⁷² Voir Sacco, Rodolfo, Les problèmes d’unification du droit, in Vogel, Louis (sous la direction de), *Droit global / Global Law. Unifier le droit: le rêve impossible?* Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001.

²⁷³ Laenens, Jean, *op. cit.*, note 12.

²⁷⁴ V. les réserves exprimées à ce sujet par Tarzia, Giuseppe, Harmonisation ou unification transnationale de la procédure civile, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, n. 4, pp. 869-884, spéc. n. 7 p. 879. Ce rapport a également été publié in *Procedural law on the threshold of a new millennium*, précité, pp. 119-134.

²⁷⁵ Que, par la suite, les nouvelles règles, applicables aux seuls litiges transnationaux, en viennent progressivement à s’infiltrer progressivement, par le biais des pratiques, dans les contentieux internes, c’est une autre affaire, de l’ordre de l’acculturation.

envisageable qu'*en matière commerciale*,²⁷⁶ là où les Etats sont sans doute moins sensible aux abandons de souveraineté, là aussi où les parties ont la libre disposition de leurs droits.²⁷⁷ Dans son rapport général au XIème congrès de notre association, à Vienne, en 1999, Giuseppe Tarzia s'était clairement prononcé en ce sens, en résumant fort bien les données du problème: "Il faudrait prendre en considération aussi la matière du droit des preuves, sous un double angle visuel. La formation d'un droit européen (ou international) des contrats ou de certains contrats, devrait entraîner non seulement la détermination de la loi applicable à la preuve, mais aussi un règlement uniforme de la preuve et de ses limitations, contournant l'opposition traditionnelle entre les systèmes de civil law et de common law en cette matière."²⁷⁸ D'autre part, l'évolution technologique impose la fixation de règles communes pour l'admissibilité des nouveaux moyens de preuve (le télex, le télécopie, le document informatique) qui en dérivent. On est là dans un secteur technique, où la diversité de la tradition historique n'est pas heureusement à même d'entraver la formation d'un droit commun".²⁷⁹

Illustre cette tendance à l'harmonisation des règles de preuve le projet actuellement discuté de Règles transnationales de procédure civile, né d'une

²⁷⁶ Tarzia, Giuseppe, n. 1, p. 869: "l'exigence d'une unification, ou tout au moins d'un rapprochement des règles du procès civil (ou d'une partie de celles-ci), paraît s'imposer comme évidente dans la Communauté internationale —et plus encore dans les Communautés régionales, telles que, par exemple, l'Union européenne ou le Mercosud— comme l'un des éléments essentiels pour le bon fonctionnement du marché, dans une époque qui a été dénommée à juste titre 'l'époque de la globalisation'".

²⁷⁷ Rappr. Tarzia, Giuseppe, n. 7, p. 878: "Les rapports nationaux ont donné des indications précieuses pour une extension de ce domaine, encore à l'échelle mondiale, à la compétence internationale —limitée à la partie patrimoniale du contentieux— à la circulation des actes qui doivent être signifiés ou notifiés à l'étranger, à la reconnaissance et à l'exécution des jugements".

²⁷⁸ Et de citer ici, au sujet de la loi applicable à la preuve des actes juridiques, aux présomptions légales et à la répartition de la charge de la preuve, l'article 14 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 et, à l'égard de la recevabilité de la preuve du contrat "par tout moyen, même par témoins", l'article 11 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de biens meubles du 11 avril 1980.

²⁷⁹ Et de citer ici Rüssmann, Helmut, The challenge of information society: application of advanced technologies in civil litigation and other procedures, in *Procedural law on the threshold of a new millenium*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2002, pp. 205-249 (rapport en allemand avec un résumé en anglais).

initiative de l'*American Law Institute*, relayée par *Unidroit*.²⁸⁰ Même si tout n'est pas encore satisfaisant dans ce projet, les versions successives dont il a été l'objet montrent clairement la possibilité de parvenir, progressivement, grâce au dialogue, à des solutions acceptables par tous dès lors que le critère de définition des règles s'inspire exclusivement des nécessités pratiques du contentieux qu'il convient de régler.²⁸¹

50. Sans nier qu'il y ait une certaine dimension culturelle, sociale ou politique du droit en général, du droit de la preuve en particulier, il ne faut pas surestimer l'importance de cette dimension. Notamment, il n'est pas utile d'introduire de l'idéologie, quelle qu'en soit la source, nationale, ethnique, religieuse, là où elle n'a pas lieu d'être. En ce sens, puisque nous sommes accueillis sur le continent américain, le mot de la fin sera laissé au professeur Alfredo Buzaid. Dans des explications complémentaires jointes à son rapport pour le Brésil, Antonio Carlos de Araujo Cintra rapporte en effet ce qu'écrivait en 1972 l'auteur du projet de Code de procédure civile brésilien, dans l'exposé des motifs de ce code: "l'élaboration du projet a eu pour modèle les monuments législatifs les plus notables de notre temps" car "un code de procédure est une institution éminemment technique", étant entendu que "la technique n'est pas l'apanage d'un peuple, mais conquête de valeur universelle" et ceci, pour finir, "à la différence des autres branches de la science juridique, qui traduisent le caractère du peuple à travers une longue tradition, la procédure civile doit être dotée exclusivement de moyens rationnels tendant à obtenir l'application du droit".

En fin de compte, la dimension culturelle de la preuve tient décidément moins à des considérations extérieures à la preuve qu'à des nécessités propres à la preuve. C'est surtout en ce sens qu'il est permis de parler d'une culture de la preuve.

²⁸⁰ Voir Fouchard, Philippe (sous la direction de), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, spéc. pp. 115-137: "*Quelles preuves? Discovery, témoins, experts, rôle respectif des parties et du juge*". Puis, pour une version ultérieure du projet, Unidroit, *Vers une procédure civile transnationale harmonisée: les Principes et Règles Ali / Unidroit*, Uniform Law Review-*Revue de droit uniforme*, 2001-4, NS, vol. VI.

²⁸¹ Voir *Principes de procédure civile transnationale, Discussion Draft*, n. 4 (avril, 18, 2003).