

**UNIDADE III**

Leitura obrigatória  
LÉVY-BRUHL, La preuve judiciaire, p. 29-41

DU MÊME AUTEUR

*Le Témoignage instrumentaire en Droit romain*  
(thèse de Droit, Paris, Rousseau, 1912).

*Les Elections abbatiales en France jusqu'à la mort de Charles le Chauve* (Thèse de Droit, Paris, Sirey, 1914).

*La denegatio actionis sous la procédure formulaire.*  
(Travaux et mémoire de l'Université de Lille, nouvelle série, fasc. 8, 1924.)

*Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux xvii<sup>e</sup> et xviii<sup>e</sup> siècles* (Paris, Domat-Montchrestien, 1929).

*Quelques problèmes du très ancien Droit romain*  
(Paris, Domat-Montchrestien, 1934).

*Nouvelles études sur le très ancien Droit romain*  
(Paris, Sirey, 1947).

*Recherches sur les Actions de la Loi* (Paris, Sirey, 1955).

*Aspects sociologiques du Droit* (Paris, Marcel Rivière, 1955).

*Sociologie du Droit* (Paris, Presses Universitaires de France, Coll. que sais-je ?, 1961).

PETITE BIBLIOTHÈQUE SOCIOLOGIQUE INTERNATIONALE  
sous la direction d'Armand Cuvillier

Henri Lévy-Bruhl  
Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris

LA  
PREUVE  
JUDICIAIRE

*Etude de sociologie juridique*

Librairie Marcel Rivière et Cie

22, RUE SOUFFLOT — PARIS - V<sup>e</sup>  
1964

SÉRIE A : AUTEURS CONTEMPORAINS

tance si l'on veut bien faire entrer dans cette catégorie des présomptions les prescriptions tant acquisitives qu'extinctives. Sans doute les juristes pendant longtemps ne songeaient pas à rapprocher les deux notions. Mais cela tient à une tendance excessive à ranger les institutions dans un compartiment où elles demeurent, en quelque sorte isolées, sans procéder aux rapprochements qui s'imposent. Dans la réalité, on s'en rend compte maintenant, les prescriptions, prenant appui sur les effets du temps écoulé, modifient impérativement les rapports juridiques sans qu'il soit permis à celui dont la situation se trouve diminuée de ce fait, de faire la preuve des droits acquis. Pour prendre l'exemple de la prescription acquisitive immobilière, la plus importante (surtout dans le passé), le possesseur qui a cultivé la terre sans que le propriétaire se manifeste ou s'y oppose, en acquiert la propriété sous certaines conditions, dans un délai fixé par la loi. De même le débiteur, au bout d'un certain temps, est censé avoir payé sa dette, et le créancier ne sera plus en droit de la lui réclamer. N'est-on pas là en présence de présomptions irréfragables ? (6).

(6) A la vérité la prescription présente deux aspects : elle est à la fois destructrice et créatrice, et cela est aussi vrai de la prescription dite acquisitive que de la variété dite extinctive, car dans cette dernière le montant de la créance non recouvrée est acquis au débiteur. La prescription est

2. *But de la preuve.* — Si le caractère social de la preuve scientifique peut paraître, à la rigueur, secondaire, la fonction sociale de la preuve judiciaire éclate aux yeux. Dans la conception actuelle et traditionnelle du procès, cette preuve est un instrument mis en œuvre par les parties, ou encore par le ministère public, pour faire infléchir dans un sens ou dans l'autre le fléau de la balance, emblème de la justice. Comme c'est le juge qui manie cette balance, on peut être tenté de penser que c'est son assentiment qui est désiré. En réalité, 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.

Si telle est bien la fonction de la preuve judiciaire, on comprendra que la recherche de la vérité passe au second plan, ne joue qu'un rôle secondaire. Tout procès met en jeu des intérêts, parfois très importants, et, le plus souvent, contraires. Il est donc normal que chacune des parties fasse valoir, pour

donc quelque chose de plus qu'une présomption irréfragable : elle a un effet réel (au sens juridique du terme). Il n'en reste pas moins que cet effet réel, est obtenu au moyen de l'interdiction de l'appareil probatoire.

vérifiée  
en 2<sup>e</sup>  
plans

défendre sa cause, des arguments variés, dont elle connaît généralement la fragilité. Il arrive parfois qu'habilement maniés ces arguments fassent impression sur l'esprit du juge et entraînent sa conviction. Dans les sociétés modernes ce cas sera exceptionnel, et le moyen le plus sûr d'obtenir gain de cause sera de dire la vérité, mais, on le voit, c'est là le but médiat, et non le but direct de la preuve judiciaire.

Cette orientation de la preuve en justice, qui la dirige vers le gain du procès plutôt que vers la recherche de la vérité, a une autre conséquence, plus subtile, mais fort importante. Elle risque de faire dévier l'objet même de la recherche. Celle-ci, dans certains cas tout au moins, n'aura pas pour but la question de droit ou même la matérialité des faits, mais la personne même des plaideurs. Celui qui aura su inspirer plus de confiance que son adversaire l'emportera sur lui. Sans doute il est rare, dans les sociétés modernes, que cette considération des personnes joue un rôle prépondérant. Il convient, à cet égard, de distinguer entre les matières civiles et commerciales d'une part, et les affaires de caractère pénal. Pour ces dernières la personnalité du délinquant est un élément de première importance : on s'en rend compte de plus en plus. Mais il faut éviter ici une confusion : on ne saurait dire que dans cette hypothèse la

personnalité  
de  
rien

preuve judiciaire soit le moins du monde déviée de son objet propre. Il ne s'agit pas ici de l'impression que le prévenu ou l'accusé peut faire sur le juge ou sur le jury, encore qu'elle ne soit pas négligeable, mais des résultats d'une enquête sérieuse et prolongée, nous renseignant sur son comportement passé et présent, les vicissitudes qu'il a traversées, les influences qu'il a subies, etc. Ce qui doit être jugé, c'est au moins autant l'homme que son acte. Très différentes, en général, se présentent les affaires civiles ou commerciales. Elles soulèvent le plus souvent, des questions de droit, et l'élément psychologique qu'elles renferment est mince, ou même inexistant. Aussi, sauf exception, le procès civil pourrait-il se faire en remplaçant les noms véritables par des noms de convention, et se résoudre comme un problème mathématique.

Il en est tout autrement dans les sociétés primitives, où, par ailleurs, les contestations purement civiles sont rares, car les différends revêtent presque toujours un aspect pénal. Mais, sur ce terrain même, l'objet propre du délit est plus souvent la personne du délinquant que le délit lui-même. Ici, comme nous le verrons plus loin, ce qui détermine l'absolution ou la condamnation, c'est le crédit qu'inspire l'inculpé, la faveur dont il jouit, soit sur le terrain des réalités terrestres, soit, plus encore, auprès des puissances surnaturel-

les qui régissent l'univers dans l'esprit de ces populations. On fait appel à elles pour départager les plaideurs, et il n'est pas exagéré de dire que c'est elles qui rendent le jugement. Ici se marque, plus nettement peut-être qu'ailleurs, le caractère social de la preuve judiciaire. Sans doute la question posée en justice est celle de savoir si X a ou non commis le délit qui lui est imputé, qui, de X ou de Y, est propriétaire de tel objet ou de tel champ, mais l'investigation ne portera pas sur le délit lui-même ni sur les titres juridiques que peuvent alléguer les plaideurs : elle aura pour objet leur sincérité, leur degré de crédibilité, lui-même attesté par des puissances en qui tout le monde a foi dans ces sociétés. En d'autres termes la solution sera fournie à l'aide du raisonnement suivant : X bénéficie de la faveur « divine », donc il n'a pu commettre le délit — ou il est propriétaire du bien contesté. C'est son crédit social, et lui seul, qui déterminera la sentence. On le voit : par le truchement du sacré, c'est le conformisme social qui est alors le critère du droit.

Il va sans dire que l'organisation judiciaire — disons le mécanisme du procès — aura une très grande influence sur le régime des preuves. Dans la plupart des sociétés — et de nos jours encore — le procès est conçu et structuré de telle sorte qu'il apparaît comme une sorte de combat entre deux adversaires, un duel où

les paroles auraient remplacé les armes, diront ceux qui croient au mythe de la « justice privée ». Je me garderai d'entrer dans la controverse, et me bornerai à constater ce fait indéniable que le procès se résume dans une affirmation et une négation (ou deux affirmations contradictoires) prononcées par les parties et appuyées, pour chacune d'elles, au moyen des arguments qu'elles jugent les plus aptes à faire pencher la balance en leur faveur. Cela est vrai du procès civil, où presque toujours se dressent face à face deux prétentions incompatibles. Mais cela n'est pas moins vrai du procès pénal, où un véritable combat singulier, réel ou verbal, met aux prises le coupable présumé d'une part, de l'autre son adversaire, qui peut être la partie civile, qui peut être aussi le ministère public. 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 renoncer à ces assauts d'éloquence, à ces joutes oratoires, et de donner au juge, impartial par définition, un rôle plus actif à jouer dans le procès, qui perdrait ainsi une partie de son pittoresque et se rapprocherait d'un problème scientifique à résoudre avec le minimum d'apparat. Il semble que l'on tende à s'orienter dans cette nouvelle direction. Les législations les plus récentes, comme le droit soviétique, laissent au juge une grande initia-

tive. Il n'a pas seulement le pouvoir de décision, mais la direction effective des débats. (Il en est autrement du droit anglo-saxon, où le rôle principal est dévolu aux parties.) 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. A vrai dire, cette vue d'avenir paraît un peu utopique, et nous sommes encore bien loin du temps — s'il doit jamais venir — où les procès se présenteront sous la forme de problèmes à résoudre dans une atmosphère de sérénité.

Il faut, du reste, semble-t-il, distinguer ici entre les procès civils et les procès pénaux.

Les premiers mettent presque toujours en cause des intérêts privés. Chaque plaideur connaît les siens, et peut, à juste titre, s'en prétendre le seul maître. Il suit de là que les intéressés jouent forcément le rôle le plus important. On peut donc se demander si et dans quelle mesure ils peuvent être considérés comme les propriétaires de leurs moyens de preuve. Suivant la conception archaïque et individualiste du procès qui est encore dominante dans la procédure française actuelle, une réponse affirmative s'impose, et chacun des plaideurs mène son jeu librement et sans restriction. Il suit de là qu'on donne plein effet

à l'adage romain *Nemo tenetur edere contra se*, c'est-à-dire qu'il pourra, s'il lui plaît, ne pas produire devant le tribunal les moyens qui lui sont défavorables, dussent-ils jeter une pleine lumière sur l'affaire. Cette conception n'est pas sans présenter de graves inconvénients dont le plus fâcheux est sans doute l'inégalité qu'elle crée ou maintient entre les plaideurs, ce qui constitue, à certains égards, une régression sur le duel judiciaire médiéval où les deux combattants, nous le verrons, luttaient à armes égales. A partir du moment où les parties ont décidé de confier leur différend à la justice, elles se sont par là même engagées à faire surgir du débat une solution juste et à la respecter. C'est dire qu'elles doivent y collaborer par tous les moyens en leur pouvoir et il serait contraire à la fonction, ou même à la dignité du juge, dont la décision exprime la vérité ou tout au moins la plus grande probabilité, de tolérer que lui soient refusés les moyens de la faire éclater. On commence à s'en rendre compte (7), et un fort parti de la doctrine est d'avis de donner au juge beaucoup plus d'initiative et d'autorité en matière de preuve, cette réforme étant complétée par

(7) Un des premiers travaux en ce sens a été l'ouvrage de E. DEMONTÈS, *L'action « ad exhibendum » en droit moderne*, Thèse de Droit, Paris, 1922. Cf., sur tous ces points, la thèse de Droit de M. R. LEGAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, Paris, Librairie générale, 1955.

la création d'un véritable juge d'instruction pour les procès civils.

La question se pose autrement dans les affaires criminelles : la collectivité y est bien plus directement intéressée. On peut dire qu'elle est lésée et comme traumatisée chaque fois qu'un délit a été commis. Elle est, véritablement partie au procès, et c'est pourquoi le juge, qui la représente, doit diriger souverainement et sans restriction l'administration des preuves. Il semble que le système français soit assez satisfaisant à cet égard.

La conception couramment admise du procès, qui le fait considérer comme une sorte de duel, fait naître, en ce qui concerne la preuve en justice, un problème qui ne se pose pas — ou du moins qui ne se pose pas dans les mêmes termes — pour les autres applications de la preuve : celui qu'on désigne souvent sous le nom de la « charge de la preuve ». Qui doit prouver des deux plaideurs ? Est-ce le demandeur ? Le défendeur ? Ou ne serait-ce pas les deux parties ?

Théoriquement la question paraît simple à résoudre : celui qui doit prouver son dire est celui qui prétend modifier à son avantage l'état de choses existant, c'est-à-dire le demandeur. Il lui appartient d'assortir sa prétention des arguments qu'il juge le plus aptes à appuyer sa thèse. Il semblerait illogique et inique d'imposer la charge de la preuve à celui

qui ne désire en rien innover, mais seulement continuer à jouir de sa situation actuelle.

Tel est, en effet, généralement le cas : c'est le créancier non payé, le propriétaire non possédant, la collectivité lésée par un délit ou par un crime, qui doivent apporter la preuve de leur bon droit : faute de quoi les choses restent en l'état.

On rencontre cependant des hypothèses où la charge de la preuve pèse sur le défendeur ou l'inculpé. Il convient de les examiner.

La première est plus apparente que réelle : elle se produit quand, au cours d'un procès, le défendeur oppose à son adversaire certains arguments, certains moyens de droit destinés à repousser la demande, à paralyser l'action engagée contre lui. On a coutume d'appeler ces moyens du nom d'exceptions, terme emprunté au vocabulaire de la procédure romaine. La règle s'exprime en latin par l'adage suivant : *Excipiendo reus fit actor*. Cet adage en fixe, en même temps, la portée, car il indique bien que ce n'est pas le défendeur qui doit prouver, en tant que tel, mais qu'il joue le rôle d'un demandeur. Il allègue, en effet, à l'encontre de son adversaire, des contre-propositions qu'il doit nécessairement appuyer par des preuves. Il en est, *a fortiori*, de même pour les demandes dites reconventionnelles. Au reste, la règle suivant laquelle la charge de la preuve incombe au seul

demandeur n'a qu'une valeur de principe. La conception même du procès-duel implique que le demandeur n'est pas seul à occuper la scène, qu'à chaque coup porté par lui doit répondre une riposte de son adversaire, d'où un chassé-croisé incessant de preuves et de contre-preuves. Il suffit d'observer un procès pour remarquer que le rôle de l'avocat du défendeur n'est pas moins important que celui de son adversaire.

Cette situation doit être cependant distinguée de celle où la preuve est exigée des deux parties dès le début de l'instance, les deux plaideurs étant placés sur le même pied, de sorte que l'on ne saurait distinguer, du point de vue procédural, un demandeur et un défendeur. Certes ce n'est là qu'une illusion. Il n'est pas douteux qu'un individu a pris l'initiative de porter le débat en justice, et il est bien, en fait, un demandeur. Mais, du point de vue de la preuve, qui nous intéresse ici particulièrement, la justice ne fait aucune distinction entre lui et son adversaire : tous deux doivent présenter leurs arguments en quelque sorte indépendamment l'un de l'autre, ce qui s'explique par le fait que ces arguments sont de nature mystique. Un exemple typique de cette situation est le plus ancien procès civil romain, le Sacramentum (8). Il en est de

(8) Cf. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les Actions de la Loi*, Paris, Sirey, 1959, pp. 37, ss.

même du combat judiciaire où l'accusateur et l'accusé se battent en champ clos dans des conditions en principe rigoureusement semblables.

Pour l'ordalie — au moins pour l'ordalie unilatérale, qui est la plus fréquente —, et pour la cojuration, les choses se présentent différemment, et l'on pourrait, à première vue, penser que, dans ces hypothèses, c'est bien le défendeur qui doit faire la preuve. Il ne faudrait pas, cependant, se hâter de l'affirmer. Quand un « primitif » est soumis à une épreuve ordalique, il est, en réalité, déjà plus que suspect. Il a été désigné comme coupable par la rumeur publique, et généralement par l'intermédiaire d'un sorcier, agent et porte-parole des puissances surnaturelles. C'est dire qu'il est déjà plus qu'à moitié convaincu du délit qui lui est reproché. Autrement dit, contrairement à la maxime actuelle qui veut que l'inculpé soit considéré comme innocent, il est, dans ces sociétés, préssumé coupable. Il s'ensuit que c'est à lui qu'il incombe de renverser les apparences, et de se faire laver de ce soupçon par les puissances de l'au-delà. On voit ainsi qu'il ne convient pas de prendre trop à la lettre la maxime : *Actori incumbit probatio*. Elle 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 de choses existant. Dans cette perspective, le droit primitif qui impose à l'accusé la charge de se disculper, loin d'y contredire, en serait plutôt une confirmation.

S'il est vrai de dire que la preuve a pour but de déterminer la conviction, encore convient-il de préciser qui l'on veut convaincre. Sans doute, il ne peut être question que du juge, mais le juge n'est pas une personne simple : il a une double personnalité. C'est un particulier, mais — qu'il soit un magistrat professionnel ou un juré — il est aussi et surtout le représentant de la société, et c'est en cette qualité qu'il reçoit les preuves et prononcera la sentence. Celle-ci n'est pas une opinion propre au juge. Elle est — ou tout au moins devrait être — l'émanation du sentiment collectif du groupe qui s'exprime par la règle légale (ou coutumière) dont il a pour mission d'assurer l'application. Le juge le sent bien, et évitera le plus souvent de substituer sa propre manière de voir à l'opinion commune. Quand la loi lui prescrit de juger selon son intime conviction — comme le fait le Code français de Procédure pénale dans son article 353 — il semblerait à première vue qu'elle lui fait un devoir de mettre en avant son avis personnel. Ce serait là, à mon avis, une méprise. En s'exprimant de la sorte, le législateur a voulu dire tout autre chose : il signifie par là que le juge n'est pas tenu de suivre aveuglément une preuve qui lui dicterait sa décision : il est

toujours maître de celle-ci, sauf à en faire connaître les motifs. Encore cette obligation n'existe-t-elle pas toujours : le jury de nos Cours d'Assises ne motive pas son verdict.

Le rôle social du juge se manifeste encore dans la règle suivant laquelle il ne peut fonder sa décision sur des faits qu'il serait seul à connaître, règle qui peut aussi, il est vrai, trouver son fondement dans l'intérêt des plaideurs ou de l'inculpé qui doivent être mis à même de connaître et de discuter au besoin tout ce qui concerne leur affaire. Quoi qu'il en soit, c'est du groupe social que le plaideur recherche l'assentiment. C'est de lui seul qu'il peut attendre cette homologation qui est le but final de la preuve.

3. *Les moyens de preuve.* — L'examen des modes de preuve devant former le thème central de ce livre, je me bornerai, à cette place, à en donner un aperçu sommaire.

Puisque, comme je crois l'avoir montré, la fonction de la preuve est essentiellement une fonction de persuasion, il s'ensuit qu'elle est étroitement liée au mécanisme mental, aux croyances qui prédominent dans les sociétés où elle s'exerce. Partant, le régime des preuves différera grandement suivant les valeurs auxquelles le groupe social attache le plus de créance. On peut, de ce point de vue, constater, en effet, de fortes différences selon les degrés de culture.