Preuve et vérité : Rapport luxembourgeois

par
Vincent BOLARD

1. Le mythe de la vérité judiciaire.- La vérité est le caractère de jugements et propositions «auxquels on ne peut qu'accorder assentiment, c.-à-d. qui s'imposent à notre esprit et à tout autre esprit, et qui est le fondement de l'accord universel entre les esprits » : elle est synonyme d'«objectivité»¹. La vérité suppose donc un dépassement de la connaissance subjective propre à chaque individu. Son objectivité est cependant relative. Certes il est possible de concevoir une vérité absolue procédant d'une intelligence transcendante au-delà des contingences de la subjectivité humaine. Mais la science humaine ne saurait prétendre à cette *vérité absolue*. La *vérité scientifique* ne peut procéder que d'une objectivation relative, par la prise en compte du plus grand nombre possible d'opinions subjectives : une proposition scientifique est tenue pour vraie lorsque l'immense majorité des membres de la communauté scientifique la tient pour vraie. La vérité scientifique est donc *relativement* objective. Cette relative objectivité est possible parce que la recherche scientifique est libre : le consensus nécessaire à la vérité s'établit (ou ne s'établit pas) librement ; il peut toujours être remis en cause.

Par contraste, la vérité judiciaire est contrainte : on la recherche parce qu'il faut trancher un litige dans un temps limité, en prenant une décision. Il en résulte un considérable paradoxe. D'une part, dans ses effets, la vérité judiciaire est plus absolue que la vérité scientifique : elle justifie une sanction et ne peut être remise en cause. D'autre part, dans ses origines, la vérité judiciaire paraît beaucoup moins fiable. Elle n'émerge pas d'un accord libre et universel entre les esprits, mais au contraire d'un conflit², d'une contradiction³. Elle «*ne consiste que dans la conviction du juge, formée d'après les règles légales*»⁴. Au lieu de traduire un consensus général, elle est une conviction partagée au mieux par une petite poignée d'individus. Les juges luxembourgeois statuent parfois à 5 (C. Cass., Chbre crim. de la CA), souvent à 3 (Trib. arr., Trib. Trav.) et l'unanimité n'est pas requise. Dans les cas fréquents où le magistrat est un juge unique (Justice de Paix, référé), il n'y a plus aucune objectivation même minimale : la vérité judiciaire n'est que l'opinion d'un seul individu. En bref, malgré l'absolutisme de ses effets, la vérité judiciaire souffre d'un manque d'objectivité structurel : elle n'est pas la vérité.

La présomption de vérité attachée aux jugements a longtemps été prise au sérieux. Au prix d'un véritable *mythe du juge de droit divin*⁵, les juges de l'Ancien régime prétendaient communiquer avec le divin⁶ : ils auraient donc eu accès non seulement à la vérité objective, mais à la Vérité absolue - celle de Dieu. Pourtant, la maxime *Res judicata pro veritate accipitur* se présente elle-même comme une fiction : «*le Droit y fait l'aveu hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (accipitur) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (pro veritate)*»⁷. La vérité judiciaire n'est qu'un mythe. M. le Professeur XAVIER LAGARDE⁸ a largement contribué à le dénoncer, en montrant que le droit de la preuve ne tend pas à la recherche de la vérité, mais à la légitimation des décisions de justice sous le couvert d'une recherche seulement apparente de la vérité. M. le Recteur GUINCHARD souligne que la thèse a l'«*immense mérite de démystifier, de faire tomber le tabou de la recherche de la vérité, quête d'un graal, d'un absolu, qui inspirerait nos autorités judiciaires, alors que la réalité est plus décevante, voire sordide [...]*»⁹.

2. Le mythe en droit luxembourgeois.- Le droit luxembourgeois reconnaît-il la fiction pour ce qu'elle est ? Mesure-t-il l'insuffisance considérable et congénitale de la vérité judiciaire ? Ou se prend-

¹ Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines, MORFAUX, Armand Collin, v° Vérité

² Cf. X.LAGARDE, op. cit., p. 1034 : «*la preuve juridique a un caractère nécessairement conflictuel*».

³ Comp. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2004, p.106, pp. 63-64.

⁴ MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, éd. D., 1991, p. 85, en note n° 1.

⁵ Le droit moderne porte encore l'empreinte du mythe du juge de droit divin : cf. V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Paris I, 2006, à paraître à la LGDJ, no 159 et sq.

⁶ Cf. M. F. RENOUX-ZAGAME, Justices, t. 9, éd. D., 1998, p. 34.

⁷ CARBONNIER, op. cit., p.371, v. ég. p. 106

⁸ X. LAGARDE, Réflexion critique sur le droit de la preuve, LGDJ 1994, préf. J. GHESTIN

⁹ S. GUINCHARD, F. FERRAND & C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'UE*, Précis D., 30^{ème} éd., n° 547.

t-il à son propre jeu ? Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut examiner quelques symptômes susceptibles de révéler la (dé)mystification. Les deux premiers n'ont que valeur d'indices :

- Sur le plan sémantique, l'emploi même des termes de « *vérité judiciaire* » implique une certaine conscience du mythe : « *la vérité judiciaire elle-même n'exclut pas qu'elle est artificielle et qu'il pourrait bien exister d'autres vérités* »¹⁰. Mais si la jurisprudence luxembourgeoise évoque souvent la « *vérité* » tout court, elle ne parle pas de « *vérité judiciaire* »¹¹.
- Un autre indice pourrait résulter du Code civil. CARBONNIER écrit : « *Se gardant d'évoquer la vérité, le C.C. pouvait se dispenser d'avouer la chose jugée comme une fiction. Il la présente, plus sobrement, comme une présomption légale (a. 1350-3°) ; mais celle-ci étant irréfragable (elle dénie l'action en justice, a. 1352), ressemble fort à une fiction* »¹². La jurisprudence luxembourgeoise confirme le caractère irréfragable de la présomption¹³. Mais l'exégèse repose sur des fondements trop anciens pour en tirer des conclusions sur la valeur actuelle du mythe.

Le sort réservé à la charge de la preuve peut se révéler plus significatif. La charge de la preuve détermine, on le sait, l'issue du procès en cas de doute. « *Lorsque la conviction du juge est établie, dans un sens ou dans l'autre* », écrit MOTULSKY, « *il est en somme indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombait la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut pas être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve* »¹⁴. Un jugement rendu par application des règles de la charge de la preuve est donc rendu –consciemment– en l'absence de toute vérité, même judiciaire¹⁵ ; or il n'en bénéficie pas moins de la présomption de vérité. Mais la fiction de devient alors flagrante. Le mythe est dévoilé. Or l'abondante jurisprudence sur la charge de la preuve¹⁶ démontre à suffisance que les juges luxembourgeois assument leurs doutes. Une hésitation pourrait naître de la règle suivant laquelle les « *considérations dubitatives* »¹⁷ du juge pénal n'ont pas autorité au civil ; mais cette règle ne sert qu'à délimiter de la portée de la chose jugée qui ne vaut que pour ce qui a été « *certainement* » décidé¹⁸. En revanche, lorsqu'un juge pénal décide clairement d'acquitter au bénéfice du doute, sa décision a autorité au civil¹⁹. De ce point de vue, la jurisprudence tend bien à confirmer la démystification. Mais il faut nuancer car il s'agit d'un phénomène sociologique complexe, dont l'ampleur peut aussi être évaluée à l'aune d'autres critères.

3.- Démystification et objectivation de la vérité judiciaire.- Une véritable prise de conscience du manque d'objectivité de la vérité judiciaire devrait surtout se manifester par le développement de palliatifs. Le Droit étant un phénomène social, il ne peut renoncer à l'objectivité : à défaut, il se « *renie lui-même* »²⁰. Se résigner au subjectivisme n'est donc pas une option. Certes, la vérité judiciaire ne peut être véritablement objective, puisqu'elle ne peut être autre chose que la conviction d'un ou plusieurs juges, formée en temps limité. Mais rien n'empêche de prendre des précautions pour qu'elle acquière tout de même un minimum d'objectivité. Sauf à supposer une démarche machiavélique, une authentique démystification de la vérité judiciaire devrait se traduire par l'émergence de remèdes.

La difficulté réside dans le fait que la vérité judiciaire n'exprime pas un consensus général externe, mais la conviction du juge, qui relève de son *for interne*. Mais l'absence d'objectivité externe peut être partiellement compensée par un surcroît d'objectivité interne. A cet effet, il faudrait que le juge accueille *dans son for interne* d'autres opinions subjectives que la sienne : s'il y parvient sa conviction subjective réalisera une synthèse entre plusieurs opinions subjectives. La vérité judiciaire sera donc partiellement objectivée. Certes la tâche est ardue. Tenter d'objectiver la vérité judiciaire,

¹⁰ CARBONNIER, op. cit., p.63-64.

¹¹ Une recherche de jurisprudence avec le v° *vérité* donne des centaines de résultats ; le v° *vérité judiciaire* n'en donne pas.

¹² Cf. not. CARBONNIER, op. cit. p. 370.

¹³ Lux. 31 juil 1895, 4, 110.

¹⁴ MOTULSKY, op. cit, n° 117 p. 130.

¹⁵ X.LAGARDE, in *Dictionnaire de la Justice*, op. cit., v° Preuve, p. 1034 : la vérité juridique « *s'accomplit malgré l'incertitude* ».

¹⁶ V. O.POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg*, Larcier, 2013, n° 392 et sq..

¹⁷ G.RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e éd., Pasicrisie luxembourgeoise, 2006, n° 1270.

¹⁸ CA 19 nov 1874, 1, 8 ; 7 oct 2004, n° 2783 ; T. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg*, éd. Bauler, 2012, n° 921..

¹⁹ CA, 7 fév 1962, 18, 494..

²⁰ Cf. MOTULSKY, op. cit., n° 4 p. 5.

c'est tenter d'objectiver la pensée du juge. Or la pensée est difficile à saisir. Certains procédés juridiques permettent néanmoins de l'appréhender.

4.- L'impartialité, condition de l'objectivation.- Il existe d'ailleurs une notion juridique qui se rapporte aussi à la pensée du juge et qui, nous allons le voir, joue un rôle essentiel dans le processus d'objectivation de la vérité judiciaire : c'est l'impartialité. L'exigence vise bien la pensée du juge : c'est dans la *pensée* que réside, le cas échéant, le parti pris ou le préjugé. A ce titre, l'impartialité relève moins de la procédure que de la méthode. Rappelons que la méthode est une «*manière de conduire la pensée*»²¹ qui relève du for interne, tandis que la procédure est une manière de conduire les débats qui relève du for externe. Certes, la pensée étant insaisissable en elle-même, la partialité ne peut être appréhendée qu'à travers des apparences externes²² : sa sanction est donc procédurale. Mais son objet est la pensée du juge et relève de la méthode. Allons plus avant.

D'abord, l'exigence d'impartialité coïncide avec l'exigence méthodologique de pratiquer le doute, de remettre ses idées en cause. De fait, l'absence de préjugé ou de parti pris ne peut signifier l'absence de pensée. Pour appliquer le droit, le juge doit penser ; il doit émettre des hypothèses, favorables à l'une ou l'autre partie. Mais pour éviter que ces hypothèses se muent en parti pris, il faut qu'elles restent des hypothèses : que le juge soit prêt à en douter. Madame JOSSERAND a montré que l'impartialité se ramenait à une démarche de «*remise en cause*»²³.

Ensuite, nous l'avons relevé, l'objectivation de la vérité judiciaire suppose que le juge accueille dans son for interne d'autres opinions subjectives que la sienne : mais une telle démarche présuppose qu'il soit prêt à remettre ses propres idées en cause, qu'il s'astreigne au doute méthodique : qu'il soit impartial. A défaut que la vérité judiciaire traduise un consensus de la communauté scientifique, son objectivation suppose -à tout le moins- que le juge qui l'impose s'astreigne à une objectivité scientifique rigoureuse, en pratiquant le doute méthodique. L'impartialité est donc bien une condition méthodologique *sine qua non* de l'objectivation de la vérité judiciaire. Sans nous engager dans une étude détaillée de la notion, signalons que, sous l'impulsion de la Cour EDH, la jurisprudence luxembourgeoise évolue favorablement sur ce point²⁴. Même si tout n'est pas acquis²⁵, l'exigence d'impartialité, condition de l'objectivation de la vérité judiciaire, semble en bonne voie.

5.- Plan.- L'objectivation de la vérité judiciaire suppose néanmoins d'autres conditions procédurales et méthodologiques. Par ailleurs, le constat de l'insuffisance structurelle de la vérité judiciaire devrait conduire à en évaluer modestement la portée. C'est dire que la démystification de la vérité judiciaire conduit à s'interroger à la fois sur les conditions de son objectivation et sur ses effets. Ces conditions et ces effets ont des physionomies très différentes dans le procès pénal (1) et dans le procès civil (2).

I. Le procès pénal.-

6.- Le procès pénal est sans doute le plus marqué par le mythe de la vérité judiciaire. C'est en tous cas là que l'ambition de parvenir à la vérité objective est la plus forte, en raison des enjeux d'ordre public attachés à la matière pénale. Ceci se traduit par une grande liberté laissée au juge dans l'appréhension des preuves qui ne conduit pas nécessairement à l'émergence d'une vérité réellement objective (A). MOTUSLKY note que le juge pénal dit «*ce qu'il croit être la vérité objective*»²⁶. Fort de cette vérité censément objective, le jugement pénal (B) se voit traditionnellement doté d'une autorité considérable.

²¹Cf. MOTUSLKY, *ibidem*, n° 4 p. 4

²² Critiquant la distinction entre impartialité subjective et objective, Mme FRICERO écrit : «*l'impartialité est toujours subjective*» ; mais «*Seule la partialité extériorisée, prouvée par des éléments objectifs est susceptible de recevoir une sanction juridique*» -Cf. *Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action, 2012/2013, par S. GUINCHARD et alii, n° 211.92 et 211.93 ; v. ég. S. GUINCHARD in Rep. D. Proc. Civ. , v° Procès équitable, n° 224 & sq ; R. KOERING-JOULIN, Justices, 1998-10, p. 1.*

²³ S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, préf. J. FRANCILLON, LGDJ, p. 590.

²⁴ V. J. WIWINIUS, *L'application de l'article 6° 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales par les juridictions luxembourgeoises*, Pas 31 doctr. p. 209, spéc. p. 217 et sq.

²⁵ Un projet de réforme du Conseil de la concurrence proposant un cumul de fonctions radical a donné lieu à une vive réaction du CE -Avis CE 16 juil 2010, doc parl 5816-6-. Le projet a été amendé ce qui n'a que partiellement résolu le problème.

²⁶ MOTUSLKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, 1973, p. 231.

A. Les preuves ou les techniques d'émergence de la vérité factuelle dans le procès

7.- L'objectivité de la vérité judiciaire est tributaire, d'une part, de conditions externes et procédurales et, d'autre part, de conditions internes qui se rapportent à la démarche intellectuelle du juge : à sa pensée. Bien que les deux ne soient pas sans lien, nous opposerons le traitement procédural des preuves (a) et leur traitement méthodologique (b).

a) Le traitement procédural des preuves

8.- **La recherche inquisitoriale des preuves.**- Le souci de découvrir la vérité objective justifie la grande liberté et les pouvoirs coercitifs du juge pénal dans la recherche des preuves. Il s'agit en somme que le juge dispose de toutes les informations disponibles, sans s'arrêter aux éléments plus ou moins suspects que lui soumettraient des parties intéressées. De là découle le caractère inquisitorial de la procédure pénale. La juridiction de jugement elle-même n'est pas dépourvue de pouvoirs inquisitoriaux. Par exemple, l'article 157 CIC lui permet de contraindre les témoins à comparaître en prononçant une amende, et en cas de second défaut, la contrainte par corps. L'amende n'est pas punitive : elle est bien un moyen de contrainte pour obliger le témoin à se présenter. Il en résulte que si le tribunal décide de se passer d'un témoignage jugé inutile, le témoin défaillant échappe à la condamnation (Diekirch 7 fév 1964, 19, 292). Dans un autre ordre d'idée, le Président de la Chambre criminelle du Tribunal d'arrondissement est investi d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre « *toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité* » (art. 218 CIC).

Cependant, la manifestation la plus éclatante du caractère inquisitorial de la procédure pénale réside dans l'existence même des juridictions d'instruction. Saisi obligatoirement pour les crimes et facultativement pour les délits, le juge d'instruction est expressément chargé par l'article 51 du CIC de procéder « *conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* » ; il doit le faire « *à charge ou à décharge* ». Il se voit conférer de nombreuses prérogatives pour se transporter sur les lieux, ordonner des perquisitions et des saisies, entendre des témoins, procéder à des interrogatoires, à des expertises, etc. Si le juge ne peut procéder lui-même aux actes, il peut aussi donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire (art. 52), qui agissent sous la direction du Procureur d'Etat. Leurs actes comme ceux du juge d'instruction font l'objet d'une réglementation détaillée dans le CIC. Par exemple, le juge d'instruction peut faire citer des témoins (art. 69). Ils sont entendus sous serment. Les pouvoirs du juge sont coercitifs. Le témoin qui ne comparait pas encourt l'amende (art. 77 (2)), de même que celui qui refuse de déposer (Cass. 21 mars 1957, 17, 43). Le refus de témoigner peut aussi justifier une demande de dommages-intérêts de la partie civile (CA 8 fév 1915, 9, 576).

Mais il existe des **limites aux pouvoirs coercitifs** du juge pénal. Par exemple, la faculté de contraindre des témoins à déposer peut se heurter à des obstacles. Nous en évoquerons deux :

a) **Le droit de ne pas s'auto-incriminer.**- Une personne visée par une plainte avec constitution de partie civile peut refuser de témoigner (art. 72 CIC). Surtout, le juge ne peut entendre comme témoin les personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité (art. 73).

b) **Le secret professionnel.**- Les personnes dépositaires d'un secret professionnel ne sont pas tenues de témoigner. Mais, comme l'art. 458 C. pén. qui punit la violation du secret professionnel réserve les témoignages en justice, elles n'encourront pas la sanction pénale si elles décident tout de même de le faire. Le secret professionnel peut aussi se trouver mis en cause à l'occasion d'autres mesures coercitives ; mais la loi prévoit des dispositions protectrices. Par exemple, pour les saisies opérées en cas de délit flagrant²⁷, l'OPJ en charge doit « *provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense* » (art. 33 (3) CIC). Un acte violant le secret professionnel peut être annulé (p. ex. un rapport de police exploitant des informations saisies chez un médecin : CA 26 janv 2007, 34, 6). D'une façon générale cependant, les insuffisances – de forme ou de fond – des actes de l'instruction sont mal sanctionnées, notamment en raison d'un régime de forclusion sévère (ci-infra n° 14).

²⁷ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *Lexique de Procédure pénale*, Larcier, 3^{ème} éd., p. 192.

9.- **Le débat sur la preuve.-** Pour que la vérité judiciaire présente une relative objectivité, il faut – nous l'avons dit- que le juge accueille dans son for interne des opinions qui lui sont extérieures : ceci commence par l'opinion des parties. Mais la faculté de parties de débattre en matière de preuve n'est pas équivalente pendant l'instruction et pendant la phase de jugement.

a) **Instruction.-** A la faveur d'un revirement récent, la jurisprudence a admis que l'art. 6 CEDH s'appliquait à l'instruction, en consacrant au passage le droit du suspect à un avocat dès son premier interrogatoire²⁸ par la police ou le juge d'instruction (CA ch. Cons., 16 mai 2012, n° 301/12). Le suspect ou l'inculpé bénéficie donc en principe des garanties du procès équitable dès ce stade, ce qui devrait lui garantir la faculté de débattre des preuves. Mais ses droits ne sont pas illimités :

➤ S'agissant des témoignages, il est admis que le droit à un procès équitable « *comporte à l'article 6 par 2 pour l'accusé, le droit d'interroger et de faire interroger les témoins à charge, et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* » (TAL 30 janv 2003, 201/2003). Mais, si le Ministère Public peut assister aux interrogatoires et confrontations de l'inculpé et aux auditions de la partie civile (art. 86 CIC), l'inculpé et la partie civile n'assistent pas à l'audition des témoins²⁹ (art. 70 CIC) sauf confrontation : ce qui limite évidemment leur faculté de les interroger. L'art. 69 CIC prévoit cependant la faculté pour l'inculpé et la partie civile de demander l'audition de témoins et il est possible de réclamer que l'inculpé soit interrogé en présence du témoin. La demande d'audition est soumise à une condition de forme : à peine d'irrecevabilité, il est nécessaire d'« *articuler les faits destinés à faire l'objet du témoignage* ». Au reste, l'audition n'est pas de droit et le juge peut rejeter la demande par décision motivée.

➤ En matière d'expertise, « *L'inculpé peut [...] sans retarder l'expertise, choisir un expert* » qui a le droit d'assister à toutes les opérations, d'adresser toutes réquisitions aux experts désignés par le juge d'instruction et de consigner ses observations à la suite du rapport ou dans un rapport séparé » (art 87 (3)). S'il ne l'a pas fait *a priori*, il peut *a posteriori* « *choisir un expert qui examine le travail des experts commis et présente ses observations* » (art 87 (5)). D'autres dispositions prévoient encore la faculté de réclamer une expertise (art. 88 CIC), mais là encore, la demande peut être rejetée par décision motivée. De la même manière, le Ministère public (art. 63 (1) CIC), l'inculpé et la partie civile peuvent assister à un éventuel transport sur les lieux (art. 63 (2) CIC).

➤ D'une façon générale, un obstacle à la faculté de débattre résulte de ce que l'accès au dossier est limité pendant l'instruction. En principe, la consultation a lieu au cabinet de l'instruction. L'art. 85 (1) CIC autorise l'inculpé, son conseil et la partie civile à prendre « *prendre communication des pièces du dossier, sans déplacement, la veille de chaque interrogatoire et de tous autres devoirs pour lesquels l'assistance d'un conseil est admise* ». Cette faculté n'est offerte qu'après le premier interrogatoire et la jurisprudence luxembourgeoise estime que cette limitation n'est pas contraire aux règles du procès équitable³⁰. Les parties peuvent demander copie des pièces mais la communication n'est pas de droit, sauf pour les rapports d'expertise (art. 85 (2) CIC). La demande de copie est évaluée en tenant compte, d'une part, des besoins de l'instruction et du risque d'obscurcissement ou de dépérissement des preuves et, d'autre part, du « *droit légitime et fondamental de l'inculpé à pouvoir assumer adéquatement sa défense et à exercer les actions et recours prévus par la loi* » (CA 13 mars 2007, 34, 16). La décision de refus de communiquer est juridictionnelle et susceptible d'appel (*ibidem*).

b) **Jugement.-** Pendant la phase de jugement, le dossier est mis à la disposition des parties et leur faculté de participer au débat probatoire est moins encadrée. En particulier, le droit du prévenu de répondre au Ministère Public est affirmé de longue date (Cour 6 juin 1903, 8, 332 ; Cour 20 janvier 1917, 10, 439). Mais il subsiste des limites à la contradiction :

➤ Pour les témoignages, le droit des parties de faire entendre des témoins est subordonné à l'appréciation du juge : il « *incombe d'abord au juge national de décider de la nécessité ou de l'opportunité de citer un témoin* » (CA crim, 14 fév 2006, JUDOC 99861841). Le juge apprécie aussi

²⁸ Conformément à CEDH Salduz c. Turquie [GC], no 36391/02, §§ 50-62, 27 nov 2008.

²⁹ G. VOGEL, in en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.*, p. 197.

³⁰ Un inculpé a soutenu récemment que, son avocat n'ayant eu accès au dossier ni avant l'interrogatoire de police ni avant le premier interrogatoire devant le juge, son droit à un avocat n'avait pas été *effectif* : mais la Cour estima que « *l'audition d'un suspect par la police ou le premier interrogatoire d'un inculpé par le juge d'instruction, sans que l'avocat [...] n'ait eu accès au dossier, ne constitue pas une violation des exigences du procès équitable [...]* » (CA ch. Cons., 16 mai 2012, n° 301/12).

les questions à poser aux témoins (Cour 12 janvier 1918, 10, 445). La Cour de cassation a fixé une limite en ce que « *les articles 153 et 190 du Code d'instruction criminelle, en disposant que les témoins pour et contre seront entendus, s'il y a lieu, interdisent au juge de rejeter arbitrairement une offre de preuve par témoins* » ; mais elle a précisé que ces articles « *ne lui enlèvent cependant pas le droit d'apprécier l'utilité de la mesure d'instruction sollicitée et ne l'obligent pas à entendre des témoins sur un fait déjà acquis aux débats* » (Cass. 23 février 1978, 24, 69). L'article 6.3 d de la Convention EDH qui prévoit le droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge est évidemment applicable. Mais, la Cour de cassation juge que cet article « *ne confère pas au prévenu le droit de faire citer des témoins sans restriction, mais a pour but de le placer en matière d'audition de témoins sur un pied d'égalité avec l'accusation et la partie civile* » (Cass 9 juil 1987, n° 18/87). La solution semble conforme à la jurisprudence européenne³¹. Néanmoins, il faut s'interroger sur une jurisprudence suivant laquelle l'offre de preuve par témoins ne serait obligatoire que pour apprécier « *un fait pertinent encore incertain* » (CA 14 mars 1929, 11, 454) et, *a contrario*, n'obligerait pas le juge « *à entendre des témoins sur un fait déjà positivement acquis aux débats* » (Cass. 23 févr 1978, 24, 69 ; CA 14 mars 1929, 11, 454). De fait, sous l'angle méthodologique, cette démarche implique un refus d'envisager que le témoignage demandé puisse remettre en question la certitude déjà acquise : elle traduit donc un préjugé (quand bien même le préjugé serait favorable au demandeur à la preuve). Il semble que la Cour de cassation ait condamné la démarche en relevant dans un arrêt que les juges d'appel ne s'étaient pas bornés à rejeter la demande « *par le seul motif que l'audition du témoin n'était plus nécessaire pour asseoir leur conviction et [n'avaient], dès lors, pas violé les droits de la défense* » (Cass 9 juil 1987, n° 18/87). Mais l'analyse a été reprise dans une décision ultérieure (TAL 8 juin 2000, n° 1326/2000).

➤ Pour les expertises, la jurisprudence se fonde sur l'inapplicabilité des règles de procédure civile pour conclure que la présence ou la convocation de l'inculpé n'est pas nécessaire (Lux. 19 février 1959, 17, 426 ; CA 21 déc 1981, 25, 221). La Cour de cassation estime que l'équité procédurale n'est pas affectée du moment que le prévenu a eu connaissance du rapport et a pu le discuter à l'audience (Cass. 4 mars 2004, 32, 499).

➤ Pour les pièces, plusieurs décisions adoptent une formule restrictive suivant laquelle « *Le tribunal ne doit autoriser la production de pièces qu'autant qu'il la juge utile à la découverte de la vérité* » (TAL 20 juin 2007, 1992/2007 ; 10 mars 2003, n° 588/2003 ; 8 juin 2000, n° 1326/2000) : là encore la formule semble discutable sachant qu'il est *a priori* impossible de savoir si des pièces vont être utiles avant de les avoir examinées.

Sous ces réserves, le débat sur la preuve est *a priori* un facteur d'objectivité de la vérité judiciaire. Mais, la contradiction n'a de sens que si elle se prolonge dans la pensée du juge. Puisque la vérité judiciaire traduit la conviction du juge, son objectivité dépend de la façon dont celui-ci va appréhender intellectuellement les éléments externes à sa disposition : de sa méthode.

b) Le traitement méthodologique des preuves

10.- La détermination de l'objet de la preuve. Une fois les preuves collectées et débattues, le juge va devoir raisonner. La première étape de sa démarche consistera à déterminer l'objet du débat. C'est là un facteur essentiel d'objectivité. Chercher à appréhender non seulement la vérité, mais *toute la vérité sur tout*, serait une entreprise surhumaine qui ne pourrait que conduire au subjectivisme. L'esprit humain ayant des capacités limitées, le débat doit être circonscrit : la pensée du juge doit rester dans les limites des *questions posées*. Pour s'en tenir à la question probatoire (les faits sont-ils vrais ?)³², le juge doit pouvoir cerner les faits qui sont l'objet de la preuve. En procédure civile, c'est

³¹ P. ex. CEDH, Solakov c. Macédoine, 31 oct 2001, Req, 47023/99, para 57 : l'art. 6 3 d « a pour but essentiel une complète « *égalité des armes* » en la matière ». L'arrêt précise néanmoins que « *La notion d'« égalité des armes » n'épuise pourtant pas le contenu du paragraphe 3 d) de l'article 6* »

³² Dans le détail, le juge doit répondre à deux questions. La première est purement juridique : en droit, *tels faits justifient-ils une sanction?* Mais, d'une part, X. LAGARDE juge qu'« *une règle de droit n'est ni vraie, ni fausse* » – Comp. X. LAGARDE, in Dictionnaire de la Justice, op. cit, v° Vérité, pour qui - D'autre part, « *la notion de preuve ne s'applique qu'aux données de fait* » - MOTUSLKY, Droit processuel, op. cit p. 223- Seule la seconde question soumise au juge (les faits sont –ils vrais ?) est donc une question probatoire. Nous nous en tenons à elle, sauf à signaler que le droit incombe au juge : *Jura novit curia*.

essentiellement le principe dispositif qui assure cette fonction (*ci infra* no 21) : en procédure pénale, la saisie *in rem* et la saisie *in personam* jouent un rôle analogue à Luxembourg comme en France³³. Ces règles ne se rapportent qu'aux faits, et non au droit: le juge pénal, y compris le juge d'instruction, a non seulement la faculté mais le devoir de requalifier les faits (Cass 20 janv 1893, 3, 20). Ces règles n'en permettent pas moins de cerner la question probatoire. Dans le détail, la juridiction de jugement est saisie à la fois *in rem et in personam*. Pour elle, la question peut donc s'exprimer ainsi : *tel prévenu désigné a-t-il perpétré les faits visés dans la citation*³⁴ ? Quant au juge d'instruction, il est saisi *in rem* même en cas de flagrant délit (art 50-1 et 50-4 CIC) : il ne donc instruire que sur les faits visés au réquisitoire et s'il découvre un nouveau fait incriminable, il ne pourra normalement³⁵ instruire sans réquisitoire supplétif. Mais le juge d'instruction n'est pas saisi *in personam* (art 50-3). Pour lui, la question est donc plus ouverte : *les faits sont-ils établis et, si oui, qui les a commis* ? De plus, son obligation d'instruire à charge et à décharge implique une obligation d'enquêter sur des *faits annexes*. Sous ces réserves, la saisie *in rem et in personam* permettent bien de cerner l'objet de la preuve. Sous l'angle procédural, elles interdisent au juge d'étendre lui-même sa saisine : elles sont donc un corollaire à l'interdiction de l'auto saisine. Or le fondement de cette interdiction réside dans l'exigence d'impartialité : l'auto saisine fait redouter le préjugé. L'impartialité transparaît donc sous la règle apparemment procédurale.

11.- La présomption d'innocence (*In dubio pro reo*).- Une fois identifié l'objet de la question probatoire, la présomption d'innocence permettra d'orienter la démarche intellectuelle du juge pénal. La présomption d'innocence est assurément le principe premier qui doit gouverner la pensée du juge pénal. Ce principe supérieur ne souffre que de très rares exceptions³⁶. Il signifie que la charge de la preuve repose sur le Ministère Public et sur la partie civile (TAL, 05/06/2003, 1492/2003), à la fois pour les éléments constitutifs de l'infraction et pour l'absence de fait justificatif³⁷. L'idée n'est pas dépourvue de conséquences externes et procédurales : le Ministère Public et la partie civile doivent rechercher les preuves de culpabilité (v. p. ex. pour la partie civile en cas de citation directe : TAL 18 oct 2011, n° 2445/2001). Mais, l'obligation procédurale de rechercher des preuves est atténuée en matière pénale puisque les organes d'instruction assument largement cet office.

Au reste, ce sont les conséquences méthodologiques de la présomption d'innocence qui nous intéressent ici. En matière pénale plus nettement encore qu'en matière civile, la charge de la preuve vise la pensée du juge : elle lui permet d'appréhender le doute. Dès l'abord, la présomption d'innocence commande au juge de douter : *In dubio pro reo*. Mais il faut aller plus avant.

La présomption d'innocence indique au juge pénal quel doit être l'objet du doute. Deux hypothèses inverses se présentent à son esprit : celle de l'innocence et celle de la culpabilité. Sur laquelle doit porter le doute ? Laquelle des deux doit-il remettre en cause ? La charge de la preuve fournit la réponse en désignant le plaideur qui perdra son procès si le juge ne parvient pas à surmonter le doute (*supra* n° 2) : en l'occurrence ce sera l'accusation. De ce point de vue, la présomption d'innocence oriente la pensée du juge. Il ne s'agit pas pour lui de rechercher une certitude de l'innocence, mais de la culpabilité. Une certitude de l'innocence ne lui serait d'aucun intérêt : si le juge pense que l'accusé est innocent, il doit acquitter qu'il ait un doute au sujet de l'innocence ou qu'il en soit certain. La seule hypothèse dont la vérification présente un intérêt est celle de la culpabilité, car elle seule justifierait la condamnation. La recherche de vérité du juge est donc univoque. C'est la thèse de l'accusation que le juge pénal doit éprouver : c'est de la culpabilité qu'il doit douter. Le juge adoptera une disposition – intellectuelle- favorable au prévenu : il aura le bénéfice du doute.

Mais jusqu'à quel point le juge doit-il douter de la culpabilité ? A quel degré de certitude le juge doit-il parvenir pour condamner ? En matière pénale la réponse est sans nuance : le doute auquel le juge

³³ Comp. not. JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Montchrestien, n° 253, 254.

³⁴ Pour la *saisie in rem*, on tient compte des faits visés dans la citation et non dans le PV à charge – Cass, 7 fév 2009, 10, 414 -.

³⁵ Sauf exception de connexité, circonstances aggravantes et vérification sommaires non coercitives.

³⁶ On peut citer néanmoins une présomption d'élément intentionnel admise pour ce qui constituait autrefois les infractions matérielles (v. Cass 25 fév 2010, JT Lux 2010, p. 174 sq.).

³⁷ Du moment que le prévenu allègue un fait justificatif et que cette allégation « *n'est pas dépourvue de tout élément permettant de lui accorder crédit* » - V. Tal, 24 mars 2011, n° 1076/2011 ; Cass. 27 oct 1977, 24, 7.

pénal doit s'astreindre – le *standard of proof* –, c'est le doute raisonnable³⁸. La présomption d'innocence signifie donc que le juge ne doit pas condamner s'il n'a pas acquis une *certitudo excludens tout doute raisonnable*.

Or ceci présuppose que le juge s'astreigne à la pratique du doute raisonnable. Il devra le faire dès l'abord et tout au long de sa démarche. La règle *In dubio pro reo* implique que le juge pratique le doute. C'est dire que le respect de la présomption d'innocence est essentiellement tributaire de la faculté du juge de douter, de se remettre en cause : autrement dit, de l'exigence d'impartialité (*supra* n°4). L'impartialité joue donc bien un rôle crucial dans le traitement judiciaire des preuves.

C'est astreint à la pratique du doute raisonnable que le juge doit examiner les preuves afin de vérifier si elles lui permettent ou non d'acquiescer à une certitude quant à la culpabilité.

12.- L'admissibilité des preuves .- L'examen suppose d'abord une vérification de la recevabilité des preuves : le juge doit collecter les éléments à sa disposition et vérifier s'il peut ou non les prendre en considération. Le juge pénal quant à lui n'est guère bridé dans sa démarche. Le souci d'accéder à la vérité objective se manifeste en effet par une large admissibilité des modes de preuves en matière pénale. L'article 1 du CIC énonce quelques modes de preuve recevables pour les contraventions et l'article 189 y renvoie pour les délits. Mais la jurisprudence précise que «*L'article 154 qui spécifie quelques modes de preuve, n'est pas limitatif*» (Cass 12 juil 1984, 26, 127). En bref, tous les modes de preuve sont *a priori* admissibles.

On peut en évoquer quelques-uns :

➤ **Les témoignages oraux.-** Une loi du 17 juin 1987 a aboli les dispositions qui excluaient certaines catégories de témoins aux fins «*d'élargir [...] le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité*»³⁹. En principe, toute personne peut donc témoigner. C'est le cas par exemple de l'expert unilatéral chargé par le prévenu (CA 4 juil 1979, 24, 278) ou du descendant du prévenu (Cass. 15 mars 2007, 33, 385, fondé sur l'art. 6. 3 d CEDH). Quelques limites résultent néanmoins de l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même (ci infra ce n°, c). Par ailleurs, selon une décision, «*la nature même des choses*» implique une «*incompatibilité absolue entre les fonctions de juge et de témoin dans une même affaire*» (CA 17 déc 1910, 8, 361) : ce qui semble résulter du principe d'impartialité. Dans la forme, le serment est requis à peine de nullité (CA 14 mai 1936, 14, 164). La règle est logique car le faux-témoignage (art. 220 du C Pén) suppose le serment⁴⁰ : à ce titre, l'exigence du serment peut être comprise comme une garantie d'objectivité qui assure la fiabilité du témoin en l'exposant à l'incrimination. Le refus de prêter serment sous la formule prescrite vaut défaillance (Diekirch 22 mars 1902, 8, 147). Mais il existe des atténuations. Devant le juge d'instruction, le défaut d'assermentation n'est pas sanctionné par la nullité (Ch. des m., 17 janv 1955, 16, 255). Le mineur de moins de 15 ans ne prête pas serment. Par ailleurs lorsque le témoin est entendu à l'initiative du Président de la Chambre criminelle aux vœux de l'art. 218 du CIC ou lorsqu'il est privé de ses droits civiques (Cass. 23 janv 1903, 6, 199), le serment n'est pas requis et les déclarations n'ont valeur que de renseignements. La preuve de l'accomplissement des formalités peut être faite par toutes voies de droit (Cass. 31 mai 1946, 14, 266).

➤ **Les témoignages anonymes.-** Les témoignages anonymes ne peuvent être retenus exclusivement pour justifier une condamnation (CA crim, 14 fév. 2006, JUDOC 99861841). Mais ils ne sont pas irrecevables (TAL, 2 avr 1992, JUDOC 99215731). En revanche, les simples dénonciations anonymes n'ont aucune valeur probante (TAL 24 janv 2012, n° 198/2002).

➤ **Les attestations testimoniales.-** Si les témoignages sont en principe oraux, la jurisprudence a admis la recevabilité des attestations testimoniales en notant que leur recevabilité était implicitement admise par l'art. 209-1 du C. Pén. réprimant la fausse attestation (TAL, 20 juin 2007, 1992/2007).

³⁸ V. spéc. P. KINSCH, *Probabilité et certitude dans la preuve en justice*, JT Lux 2009, n° 2, p. 37 ; *Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile*, Mél WIEDERKEHR, éd. D., p. 455 sq.

³⁹ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 127.

⁴⁰ TAL 30 mai 2005, 13 juil 2006, n° 2501/2006, G.VOGEL, *Pandectes, Droit Pén.*, II, n°15, 16.

- Aveu.- L'aveu est évidemment recevable mais n'est plus la reine des preuves. Il ne dispense pas le juge d'instruction de rechercher d'autres preuves (art. 51 (4) CIC). Le juge du fond peut apprécier librement la portée de l'aveu comme celle d'une rétractation (TAL, 11 juin 1999, n° 1257/99).
- Les expertises.- Les expertises judiciaires sont soumises à l'assermentation (CA 21 déc 1981, 25, 221). Le moyen de cassation tiré du défaut d'assermentation est d'ordre public (Cass 1er avr 1954, 16, 245). Mais, suivant les circonstances, il peut arriver que l'expert intervienne en une autre qualité et soit en réalité astreint au serment de témoin (Cass 1^{er} avr 1954, 16, 245).
- Mensonge ou silence.- On «reconnait évidemment au prévenu le droit de se taire» (CA crim, 14 fév. 2006, JUDOC 99861841) et ce droit «s'applique également à la partie civile» (ibidem). L'immunité de la défense autorise même les parties à mentir. Mais le droit de se taire signifie seulement que les parties ne peuvent être contraintes de déposer, comme le serait un témoin. De même, le mensonge ne leur fait pas encourir de sanction pénale. En revanche, le juge peut «tirer toutes conséquences qu'il jugera utiles [d'un] refus de répondre aux questions» et ceci vaut pour le refus de la partie civile de répondre aux questions du prévenu (CA crim, 14 fév. 2006, JUDOC 99861841). Or les conséquences tirées, non seulement du mensonge, mais d'un simple silence peuvent aller très loin comme l'illustre une décision récente (TAL, 8 juil 2008, 2400/2008). Discutant la recevabilité d'une preuve illicite, les juges admettent l'existence d'un fait (information du prévenu quant à un système de vidéo-surveillance) au seul motif qu'il n'a «pas fait l'objet de contestation». Ce motif n'est pas anodin. En procédure civile, la théorie du fait constant permet -en amont- de délimiter l'objet de la preuve (ci-infra no 21) ; mais sa transposition dans une procédure inquisitoriale lui donne une autre portée. Le silence devient alors un mode de preuve, et même une preuve complète : un aveu tiré du silence du prévenu. La solution semble difficilement conciliable avec la jurisprudence européenne qui exclut que l'on fonde une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu (CEDH, Murray, 18731/91, 8 fév 1996, para 47).
- Autres éléments de preuve.- Les pièces et documents produits par le prévenu ou la partie civile peuvent servir de preuve (TAL 14 janv 1998, 54/98). Par exemple, un rapport d'expertise non contradictoire versé par une partie peut être pris en compte (CA 13 mai 1959, 17, 451). Le Ministère public peut joindre des éléments recueillis dans une autre affaire (CA 17 fév 1971, 21, 440). Les simples présomptions sont recevables (Cass 12 juil 1984, 26, 127). La jurisprudence admet même la déposition par oui-dire, qui n'a toutefois que valeur d'indice (TAL 2 avr 1992, JUDOC 99215731).

A ce jour il ne subsiste plus beaucoup d'**exceptions à la recevabilité des modes de preuve en matière pénale**. On peut néanmoins en évoquer trois :

- a) L'application du droit civil pour les conventions. – Une première limite résulte du principe suivant lequel les conventions doivent être prouvées suivant les règles du droit civil (CA 29 mai 1986, 27, 91 ; 9 mars 1912, 8, 429).
- b) Le droit de ne pas s'auto-incriminer.- Le droit de ne pas s'auto-incriminer joue aussi devant le juge du fond (TAL, 30 nov 2000, n° 2362/2000). Mais la règle semble interprétée en ce sens qu'elle impliquerait une intention délibérée de forcer le témoin à remettre des éléments à charge dont le Ministère public sait qu'il les détient (ibidem) : ce qui fait redouter que le droit de ne pas s'auto-incriminer disparaisse lorsque l'autorité publique est de bonne foi.
- c) L'interdiction de se constituer une preuve à soi-même.- Bien que la loi ne le dise pas expressément, celui qui est lui-même partie au procès, ne peut y servir de témoin (CA 17 oct 1903, 8, 292). Mais la mise en œuvre de la règle a connu une évolution importante. Initialement, elle jouait non seulement pour le co-prévenu (CA 14 mai 1932, 13, 27), mais aussi pour des parties à des instances différentes, qui n'étaient que liées à l'instance pénale⁴¹. Mais il semble que ces solutions – en tous cas la seconde⁴² – ne doivent pas être maintenues à la suite de la disparition du reproche de témoin intéressé qui pousse la jurisprudence à interpréter restrictivement la notion de partie au procès. Par exemple, le témoignage de l'administrateur délégué/employé de la société partie civile est recevable, bien qu'il soit intéressé (TAL 25 mars 2003, n° 773/03 ; CA 3 déc. 2011, n° 25575). Au reste, dès avant la réforme, une pratique bien ancrée admettait que la victime puisse témoigner à la seule condition qu'elle le fasse *avant sa constitution de partie civile* (CA 7 janvier 1911, 8, 268). L'artifice

⁴¹ CA 20 avr 1901, 7,525 : refus d'entendre comme témoin dans une affaire de faux témoignage la personne engagée dans l'affaire toujours en cours dans laquelle le témoignage a été presté.

⁴² L'exclusion du co-prévenu pourrait aussi disparaître en raison de la divisibilité du lien d'instance.

est formaliste : au moment où elle témoigne, la victime n'est pas encore partie, mais elle est déjà intéressée. La jurisprudence admet d'ailleurs que le témoignage de la victime demeure recevable même si elle a manifesté la ferme intention de se constituer partie civile (TAL, 14 mars 2002, n° 704/2002). Il n'est donc guère que le prévenu qui ne puisse contourner la règle. Ceci pose problème au regard l'obligation européenne «*d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter [...] ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*»⁴³. Interdire au prévenu de témoigner tout en admettant que la victime le fasse implique une considérable rupture d'égalité. Il est vrai que l'arrêt européen ne vise expressément que les affaires portant sur des intérêts privés : mais la menace pesant sur la présomption d'innocence ne rend -t-elle pas la solution transposable par argument *a fortiori*? Une décision interne estime cependant que la solution ne violerait pas l'art. 6 CEDH : le «*Tribunal gardant toute la liberté d'appréciation quant aux témoignages recueillis*» (TAL, 14 mars 2002, n° 704/2002). On est d'autant plus sceptique qu'une autre décision admet que le juge peut fonder sa conviction exclusivement sur les déclarations de la victime (TAL crim, 19 janv 2012, 2/2012). L'enjeu est donc considérable. Gardons-nous cependant d'un malentendu. Nous ne pensons pas que la solution réside dans l'exclusion du témoignage de la victime : l'égalité serait tout aussi bien assurée si le prévenu était lui aussi autorisé à témoigner (en renonçant à l'immunité de la défense⁴⁴). S'il s'agit d'accéder à l'objectivité, il vaut mieux avoir deux témoignages que de n'en avoir aucun.

Pour finir, il faut évoquer le sort réservé aux **preuves illicites ou déloyales**. Jusqu'à récemment, ces preuves étaient irrecevables⁴⁵, même si la jurisprudence comportait des nuances. Par exemple, elle admettait qu'un rapport d'expertise annulé soit néanmoins utilisé pour fixer le montant d'une indemnité (Cass. 7 juil 1966, 20, 157) ou que le secret de la correspondance souffre des exceptions (CA 26 juin 1972, 22, 216). Mais l'irrecevabilité restait de principe. Cependant, une affaire récente a fait évoluer les choses. Elle est rapportée dans plusieurs recollections de Maître André ELVINGER qui dresse un tableau comparatiste remarquable des droits belge et luxembourgeois⁴⁶. Les faits étaient cocasses. Un individu était poursuivi du chef de menaces d'attentat à la suite d'un coup de téléphone passé depuis une cabine publique à destination...du Palais Grand-ducal ! On put localiser cette cabine grâce à un système de vidéo surveillance. Mais, comme ce système ne bénéficiait pas des autorisations requises, le Tribunal constata que la preuve résultait de délits et la déclara irrecevable (TAL, 13 juil 2006, n° 2523/2006). Le jugement était exceptionnel et son engagement tranchait avec l'habituelle timidité du verbe judiciaire. Affirmant que «*Dans un Etat de droit, la fin ne justifie pas les moyens*», les juges critiquèrent l'attitude consistant à placer «*le Ministère Public, qui pourtant devrait être le gardien de la légalité, dans un rôle de receleur puisqu'il serait autorisé à recevoir [...] et à utiliser à ses fins [...] le produit d'un crime ou d'un délit*». La Cour d'appel regretta les «*écarts de langage*» des premiers juges mais confirma le jugement (CA, 28 fév 2007, n° 126/07). Mais la Cour de cassation censura l'arrêt d'appel en énonçant : «*Le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que si le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ou si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable*» (Cass, 22 nov 2007, n° 2474- V. depuis TAL, 1^{er} fev 2012, n° 534/2012, 12 août 2008, n° 2614/08, 8 juil 2008, 2400/2008)⁴⁷. La formule semble apparentée à celle de la Cour de cassation belge dans l'arrêt Antigone⁴⁸ : «*Le juge [...] ne peut prendre cet élément en*

⁴³ CEDH 27 oct. 1993, Dombó Beheer, Req. 14448/88

⁴⁴ On ne peut évidemment prétendre qu'interdire au prévenu de renoncer à l'immunité de la défense le protégerait : dans ces circonstances, il risque une condamnation de plano si son témoignage est écarté.

⁴⁵ V. P ; ex., D. SPIELMANN & A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, Bruylant, 2002, p. 169 et sq., Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.*, p. 350.

⁴⁶ V. spéc. A. ELVINGER : «*Le triomphe du droit et des droits fondamentaux – Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable – La portée juridique des décisions rendues à la suite de l'« Affaire KB »* », *Bulletin Droit et Banque, Luxembourg n°48*, p.29 ; «*Le triomphe du droit et des droits fondamentaux –Portée juridique des décisions rendues à la suite de l'« Affaire KB »* », Institut Grand-Ducal, Actes de la Sect. des sciences morales et politiques, Volume XV, 2012, p. 77.- ADDE : G. VOGEL, in en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.*, p. 350.

⁴⁷ La C. cass. précisa : «*il appartient néanmoins au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement en tenant compte des éléments de la cause dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise*». La CA de renvoi confirma l'irrecevabilité pour atteinte au procès équitable en notant qu'en plus d'être issue d'un moyen illicite, la preuve résultait d' «*une procédure* » *illicite*- cf. PUTZ, *Jurisprudence pénale, éd° Promoculture, T II, proc pén, et T.4.8*

⁴⁸ Cass b, 14 oct 2003, RW 2003-2004, p. 814, RCJB 2004, p. 405.

considération [...] soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ». Mais, le juge luxembourgeois va beaucoup plus loin : au lieu de dire que « *Le juge [...] ne peut prendre [la preuve] en considération* », il affirme que le « *juge ne peut écarter* » la preuve illicite que dans ces hypothèses. Le principe devient donc la recevabilité de la preuve illicite; par exception, elle *peut* être exclue s'il y a nullité de forme, atteinte à la crédibilité ou violation du procès équitable. La solution pourrait être discutée. Elle affirme que le juge *peut* exclure la preuve illicite et non qu'il le *doit*, même en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. De plus, s'il s'agit d'atteindre la vérité, on peut se demander si la crédibilité d'une preuve déloyale n'est pas *a priori* sujette à caution (ce qui pourrait justifier une présomption inverse). Pour autant, il ne faut déceler aucun machiavélisme dans cette solution. On peut soutenir sans cynisme que *certaines fins peuvent, dans certaines circonstances, justifier certains moyens*⁴⁹: c'est le ressort de la légitime défense, qui est aussi un principe moral. Or vérité n'est-elle pas une finalité suffisamment élevée pour justifier des sacrifices ?

En tout état de cause, il ne subsiste plus guère d'éléments que le juge pénal ne puisse prendre en considération pour former sa conviction.

13.- La libre appréciation des preuves.- Cette conviction devra consister dans une synthèse entre les éléments externes à sa disposition : ce qui inclut les preuves –si elles sont recevables–, mais aussi les arguments des parties. Cette synthèse est essentielle pour que la vérité judiciaire ne se résume pas au seul point de vue subjectif du juge. Elle devra se faire dans le respect de la règle *In dubio pro reo* : *astreint à la pratique du doute raisonnable, le juge examinera les preuves recevables et les arguments des parties afin de vérifier si elles lui permettent ou non d'acquérir une certitude quant à la culpabilité*. Mais sa pensée ne sera soumise à aucun autre guide.

En effet, l'appréciation des preuves par le juge pénal relève du système de la liberté de la preuve ou de l'intime conviction. Le juge apprécie librement les preuves : il « *forme sa conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction [...]* » (TAL Crim. 7 fév. 2007, n° 04/2007 ; Cass. 2 juil 1964, 19, 304). Le principe de la liberté de la preuve renvoie donc bien à la « *conscience* » du juge : à son for interne. La jurisprudence en déduit, non pas des règles, mais une longue série de dérégulations : il n'y a pas de hiérarchie entre les modes de preuves (TAL crim, 19 janv 2012, 2/2012), aucun ne s'imposant au juge de préférence à un autre (TAL 30 janv 2003, 201/2003) ; le juge apprécie le résultat de l'enquête en toute liberté (TAL 20/06/2007, 1992/2007) ; il n'est lié ni par le nombre, ni par la qualité des témoins (TAL 20/06/2007, 1992/2007) ; la règle *testis unus testis nullus* ne s'applique pas : le juge « *peut s'estimer convaincu par les déclarations d'un seul témoin, sans être obligé de les rapprocher à d'autres éléments de preuve ou de recourir à l'audition de témoins supplémentaires* » (CA, 30 janv 1996, 55/96 V) ; les juges « *peuvent se distancer des dépositions même concordantes de plusieurs témoins.* » (CA, 22 fév 1994, 64/94). ETC.

Compte-tenu de cette dérégulation radicale, le risque est grand que la pensée du juge n'oblitére largement la seule règle –fondamentale– qui devrait s'imposer à son esprit : la présomption d'innocence. Ceci arrive parfois. Par exemple, une décision a admis non seulement que les déclarations de la victime pouvaient servir de preuve mais que le juge pouvait fonder sa conviction sur ces seules déclarations (TAL crim, 19 janv 2012, 2/2012). Pourtant, il semble bien que –*de plano*– la déclaration de la victime non corroborée par un autre élément de preuve laisse nécessairement subsister un doute dans l'esprit d'un homme raisonnable⁵⁰ ; une condamnation ainsi fondée procéderait donc nécessairement d'une atteinte à la présomption d'innocence. On peut aller plus loin. La même décision précise qu' « *une appréciation critique du témoignage doit faire porter sur les points suivants : a) quelle est la valeur morale du témoin (moralité générale, capacité intellectuelle, disposition affectives par rapport au procès) ? b) quelle est la valeur des facultés psychologiques du témoin telles qu'elles sont mises en jeu dans le témoignage (notamment relatives à la perception des*

⁴⁹ A. ELVINGER évoque une possible référence au principe de proportionnalité in *Bulletin Droit et Banque, op. cit., para 51*.

⁵⁰ A moins que la solution ne soit applicable qu'*in favorem* : mais le jugement ne le dit pas

faits et à la conservation au niveau de la mémoire) ? c) enfin, quelle est la valeur de la déposition elle-même ? Il faut prendre le jugement à la lettre et se figurer les qualités surhumaines que devrait avoir le juge pour porter de telles appréciations de façon objective pendant le cours laps de temps que durera l'audition. Quant à l'évaluation psychologique du témoin, quel psychiatre sérieux accepterait de porter un diagnostic définitif sur un individu qu'il n'a pu examiner au mieux que quelques dizaines de minutes ? Au reste, qui (sinon Dieu) peut prétendre évaluer au-delà de toute doute raisonnable la «valeur morale» d'un individu dans ces conditions? C'est dire que cette affirmation radicale de la liberté de la preuve pré-suppose que le juge soit un psychologue extraordinaire, capable de sonder les reins et les cœurs du témoin : un juge de droit divin qui accéderait à la Vérité de Dieu.

La Cour d'appel a mesuré le risque de dérive dans plusieurs arrêts remarquables dans lesquelles elle a cherché à orienter rationnellement la réflexion du juge : «*Si le juge pénal peut fonder sa décision sur l'intime conviction, il faut cependant que cette conviction résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés dans les formes. Sa conviction doit être l'effet d'une preuve, conclusion d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable.* » (CA 15 juin 2004, n° 202/04 ; CA, 29 nov 2005, n° 520/05 ; CA 4 nov 1974, 23, 40). En d'autres termes, la Cour concilie l'intime conviction avec la nécessité d'exclure le doute raisonnable (la présomption d'innocence). Elle en déduit des règles susceptibles de guider la pensée du juge : «*Des soupçons basés sur une vraisemblance, même très grande*» ne peuvent justifier un condamnation (CA 15 juin 2004, n° 202/04) ; il en va de même d'une «*Une vraisemblance même très grande ne résultant que d'une preuve circonstancielle*» car «*elle risque de résulter ne fin de compte que d'un concours de circonstances fondées sur des indices non pas univoques mais équivoques*» (CA, 29 nov 2005, n° 520/05 ; CA 4 nov 1974, 23, 40). Mais le succès de cette entreprise de rationalisation de la pensée du juge dépend en définitive de la motivation et du contrôle exercé sur le jugement pénal.

B. Le jugement, expression de la vérité judiciaire

14.- Les voies de recours contre les jugements ou la remise en cause de la vérité judiciaire.- Les voies de recours contre les jugements sont symptomatiques d'une conception relativiste de la vérité judiciaire. Négativement, l'ouverture d'une voie de recours implique la reconnaissance que le juge a pu commettre une erreur, qu'il faut corriger. Positivement, les voies de recours procèdent d'un effort d'objectivation –externe cette fois- de la vérité judiciaire : elle sera soumise au contrôle d'autres juges, et procédera donc d'une synthèse entre un plus grand nombre d'opinions subjectives. Dans la ligne du droit européen, le droit à une voie de recours est largement consacré en droit pénal luxembourgeois.

Au stade de l'instruction, sa mise en œuvre est néanmoins peu satisfaisante. Deux types de recours sont ouverts contre les décisions du juge d'instruction suivant leur nature : il faut ainsi distinguer – ce qui est parfois délicat - les actes juridictionnels⁵¹ et les simples actes d'instruction⁵². D'une part, les actes juridictionnels sont susceptibles d'appel devant la Chambre du Conseil de la Cour d'appel (art. 133 CIC). Le recours doit être interjeté par déclaration au greffe dans un délai de 5 jours. Pour le Procureur d'Etat, ce délai court à compter du jour de l'ordonnance ; pour les autres parties en cause, il commence le jour de la notification, faite dans les vingt-quatre heures. Le délai est d'autant plus bref qu'il court à compter de l'envoi de la notification⁵³. D'autre part, les simples actes d'instruction sont

⁵¹ La jurisprudence a affirmé le caractère juridictionnel du refus par le JI de nommer un contre-expert sinon de nommer un expert (APP. CH CONS, 22/04/92, n° 54/92), de l'ordonnance de clôture de l'information judiciaire (APP. CH CONS 14/06/05, n° 282/05 ; mais contra 09/10/02, n° 187/02 ; 08/07/02, n° 124/02), du refus de faire droit à une demande de transmission de documents (APP. CH CONS, 11/12/96, n° 229/96, Cour 13 mars 2007, P. 34, 16), de la décision du magistrat instructeur sous forme de lettre missive confirmant le rejet de la demande d'un mandataire de connaître le contenu du dossier répressif à l'instruction et d'accéder à ce dossier (APP. CH CONS. 18/06/01, n° 217/01).

⁵² La jurisprudence a exclu le caractère juridictionnel de l'ordonnance du JI portant mandat de perquisition et de saisie (CH. M. ACC. 07/05/80), de l'ordonnance de la Chambre du Conseil rendant exécutoire un mandat d'arrêt étranger (25/09/89, n° 72/89), d'une perquisition ordonnée par le JI (APP. CH CONS, 10/05/61, n° 51/91), de l'ordonnance du JI désignant un expert pour se prononcer sur l'état mental de l'inculpé (APP. CH CONS, 12/07/00, n° 186/00), d'une ordonnance d'arrestation (Ch Cons 21/02/06, n° 108/06), de l'ordre de la Chambre du Conseil que les pièces d'instruction soient transmises par la procureur d'Etat au procureur général d'Etat en vertu de l'art. 133 CIC pour être procédé conformément au chapitre des mises en accusation (CH M. ACC. N° 65/87 ; ibid 19/06/84).

⁵³ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.*, p. 34.

susceptibles d'un recours en annulation devant la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement (art. 126 CIC). La demande est faite par voie de requête. Là encore le délai est de cinq jours. Mais, s'agissant d'actes non notifiés, le point de départ du délai est crucial. Le texte affirme qu'il court depuis la connaissance de l'acte (art. 126 (3)). Mais la jurisprudence estime que cette connaissance s'analyse dans le chef de l'intéressé et non de son conseil (CA 16 déc 2011, n° 913/11) : ce qui est irréaliste puisque l'intéressé sera le plus souvent incapable d'identifier un éventuel cas de nullité et ignorera même qu'il y a urgence. Par ailleurs, la connaissance de l'acte est comprise comme une connaissance de l'existence de l'acte (dont l'intéressé peut avoir été informé oralement) : le délai court donc en réalité à partir du moment où la cause de nullité « *a pu être connue de l'intéressé* »⁵⁴. Il en résulte que l'avocat de la défense doit « *être d'une vigilance de tout instant* » et G. VOGEL & F. MIOLI ont pu conclure sans exagération que ce régime est « *conçu comme une exception qu'il faut rendre aussi difficile et aléatoire que possible* »⁵⁵. Les conséquences de ce régime de forclusion déraisonnable sont d'autant plus graves que la jurisprudence l'applique indifféremment aux vices de formes et aux violations des droits fondamentaux résultant du droit international⁵⁶. Une erreur ne peut être corrigée par la suite car la violation de l'art. 6 CEDH ne peut être invoquée pour la première fois en appel (CA ch. Cons., 16 mai 2012, n° 301/12). Plusieurs décisions ont même affirmé qu'en cas de forclusion, ces moyens de fond ne pourront ensuite être invoqués devant les juges du fond (CA 23 janv 2006, n° 2/06 ; TAL 6 fév 2007, n° 90/2007). Il est toutefois possible que cette dernière solution ait été remise en cause par la décision récente qui admet la possibilité d'exclure une preuve illicite en cas d'atteinte au procès équitable (supra n° 12) : mais cette décision n'affirme qu'une possibilité d'exclusion. En tout état de cause, le régime de forclusion limite drastiquement l'effectivité du contrôle exercé sur les actes d'instruction, dont les irrégularités de forme et de fond risquent d'échapper largement à la sanction. Ce n'est évidemment pas là un facteur d'objectivité.

Les décisions au fond sont soumises à un régime plus raisonnable. Notons brièvement que l'opposition est ouverte dans un délai de 15 jours à compter de la notification du jugement ; voie de rétractation, elle est portée devant la juridiction qui a rendu la décision. L'appel est intenté par déclaration au greffe dans un délai de 40 jours à compter du prononcé. Les jugements du Tribunal de police sont déférés devant la Chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement ; ceux de la Chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement devant la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel et les ceux de la Chambre criminelle du Tribunal d'arrondissement devant la Chambre criminelle de la Cour d'appel.

15. La motivation du jugement sur la preuve.- Pour autant, l'objectivation de la vérité judiciaire ne peut s'opérer que si les voies de recours permettent un contrôle effectif du raisonnement du juge en matière de preuves ; or l'effectivité du contrôle dépend elle-même largement de la motivation imposée au juge. D'une façon générale, les décisions luxembourgeoises font l'objet d'une motivation étendue, l'exigence étant expressément visée à l'art. 89 de la Constitution. En matière criminelle, le recours à des magistrats professionnels puis la suppression de la Cour d'assises ont permis depuis longtemps de surmonter les obstacles historiques à la motivation. Les art. 163 et 195 CIC affirment en outre que « *Tout jugement définitif de condamnation sera motivé* ». Néanmoins, la motivation exigée du juge pénal en matière probatoire n'autorise pas un enthousiasme sans bornes.

S'agissant des décisions du juge d'instruction, le manque d'effectivité du contrôle lié au régime de forclusion est aggravé par deux phénomènes. D'une part, l'exigence de motivation, réservée à certains actes d'instruction, n'est pas systématique⁵⁷. D'autre part et surtout, l'exigence la plus essentielle qui conditionne l'objectivité du juge en matière probatoire échappe au contrôle. Au stade de l'instruction, cette exigence fondamentale n'est pas la règle *In dubio pro reo* : elle ne s'impose pas au juge d'instruction qui peut se contenter de charges suffisantes⁵⁸. En revanche, la présomption d'innocence et l'exigence d'impartialité commandent au juge d'instruction d'instruire à charge et à décharge. Cette

⁵⁴ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 127.

⁵⁵ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 127.

⁵⁶ Cass 31 janv 2013, n° 3108 ; Css 11 fév 2010, n° 2710 in PUTZ, Recueil de jurisprudence pénale, Promoculture 2012, p. 886 ; CA 13 juil 2004, n° 270/04 ; contra TAL, 10 mars 2003 cité par Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 125

⁵⁷ V. p. ex. CA 28 mars 1984 cité Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 114 : absence d'exigence de motivation pour le mandat de comparution.

⁵⁸ En ce sens : Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.* p. 311.

exigence est étendue aux OPJ qui opèrent sous son contrôle. Mais, la jurisprudence affirme que l'obligation d'instruire à charge et à décharge «*ne constitue qu'une règle de conduite, de conscience et de devoir professionnel et n'est pas de nature, en principe, à être sanctionnée par la nullité de l'instruction accomplie au mépris de cette prescription, à moins que l'instruction ne manque d'objectivité à un point tel que la nullité doive en apparaître comme une sanction naturelle.*» (Ch. des mises 31 déc 1979, 24, 373 ; TAL 11 juil 2007, 2280/2007 ; adde TAL 10 mars 2003 cité par G. VOGEL & F. MIOLI, op. cit., no 244 p. 104). La solution est à juste titre qualifiée de «*très répressive et peu respectueuse des droits de la défense*»⁵⁹. L'exigence d'objectivité (et d'impartialité) est ouvertement réduite à sa plus simple expression. Pourtant, si le juge d'instruction n'instruit qu'à charge, le doute risque fort de ne pas apparaître et donc, de n'être pas pris en compte par les juges du fond. Le déficit de sanction risque donc d'affecter l'effectivité de la règle *In dubio pro reo*.

Quant aux décisions des juges du fond, l'examen de la jurisprudence révèle que de nombreuses décisions de première instance se fondent sur l'intime conviction et la liberté de la preuve pour revendiquer un pouvoir (sinon un droit) d'appréciation souverain (TAL 5 juin 2003, n° 1492/2003 ; 11 juin 1999, n° 1257/99 ; 8 juin 2000, n° 1326/2000 ; 2 avr 1992, n° 500/92). Certaines sont encore plus explicites en relevant que la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle : «*Le tribunal relève que le code d'instruction criminel adopte le système de la libre appréciation de la preuve [...]. [Le juge] interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction [...]. Le juge apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction [...] C'est en toute liberté qu'il apprécie le résultat de l'enquête à laquelle il a été procédé à son audience et la Cour de cassation n'exerce à cet égard aucun contrôle.*» (TAL 26 juin 2008, 2197/2008 ; TAL 20 juin 2007, 1992/2007). L'absence de contrôle semble donc conçue comme une conséquence nécessaire de la notion d'intime conviction. Mais la Cour d'appel nourrit manifestement une autre conception de la notion lorsqu'elle requière que la dite conviction soit la «*conclusion d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable*»⁶⁰. Dans un arrêt remarquable du 1^{er} février 2011, la Cour pose même expressément une obligation de se référer dans la motivation aux éléments de preuve ayant fondé l'intime conviction⁶¹. La conception de l'intime conviction que se fait la Cour d'appel diffère donc radicalement de celle des juges de première instance. Mais afin de déterminer laquelle de ces deux conceptions prévaut, il faut en définitive se référer à la Cour de cassation. La jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, généralement hostile au contrôle de base légale⁶², indiquait que : «*la preuve n'est assujettie à aucune forme spéciale et systématique; les juges du fond peuvent librement former leur conviction, en faisant état de tout élément de l'instruction qui a pu être l'objet du débat contradictoire; les juges du fond [...] ne sont pas obligés d'exposer les raisonnements qui les conduisent à poser comme constant un fait qualifié par la loi pénale, et il n'appartient pas à la Cour de cassation de rechercher les éléments qui ont servi, en fait à former leur conviction*» (Cass 24 janv 1902, 6, 125; Cass. 25 mars 1904, 8, 395 ; Cass. 2 juil 1964, 19, 304 ; Cass 3 juin 1999, n° 1594⁶³). La jurisprudence actuelle exige cependant la précision des éléments de fait⁶⁴. Mais, sauf l'arrêt d'appel précité du 1^{er} février 2011, la Cour de cassation du moins ne semble jamais exiger une motivation sur la preuve des faits. Dans un arrêt de 2003, la Cour de cassation refuse d'exercer ce contrôle même si ses motifs sont apparemment formalistes : «*sous le couvert de la violation de l'article 154 du code d'instruction criminelle visant la force probante des procès-verbaux et rapports, le moyen reproche aux juges du fond de ne pas avoir suffisamment motivé leurs éléments de preuve, [...] dès lors le grief du moyen ne correspond pas à celui susceptible d'être déduit du texte légal invoqué*»⁶⁵. Il faut donc redouter que la preuve des faits échappe toujours à l'obligation de motiver. Au reste, d'autres arrêts d'appel admettent une

⁵⁹ Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, op. cit. p. 104.

⁶⁰ V. supra n° 13 à propos de CA 15 juin 2004, n° 202/04 ; CA, 29 nov 2005, n° 520/05 ; CA 4 nov 1974, 23, 40

⁶¹ CA, 1^{er} fév 2011, n° 51/11 V, in PUTZ, Recueil de jurisprudence pénale, Promoculture 2012, p. 1026.

⁶² V. PUTZ, op. cit., et les nombreuses décisions citées p. 1024 et 1025 – spéc Cass 11 fév 2010, n° 2711.- *Contra* cpdt : Cass 11 juil 2002, v. 1905, p. 1034 qui exerce le contrôle

⁶³ V. G. VOGEL & F. MIOLI, op. cit., p. 346.

⁶⁴ V. p. ex Cass, 11 juil 2002, n° 1905 in PUTZ, Recueil de jurisprudence pénale, Promoculture 2012, p. 1034 ; CA, 13 fév 2001, n° 51/01 v., ibidem p. 1035 ; CA 15 janv 2002, n° 15/02 V, ibidem p. 1035, CA 21 déc 2010, n° 516/10 V, ibidem p. 1035.

⁶⁵ Comp. not. Cass 18 déc. 2003, n° 2032, in PUTZ, op. cit., p. 1160.

motivation par simple référence aux débats à l'audience et/ou au dossier⁶⁶ ou une motivation sommaire sur certains points⁶⁷. Or le manque de motivation – spécialement sur la preuve – interdit de vérifier si le juge s'est astreint au doute raisonnable et, partant, si la présomption d'innocence a effectivement été appliquée. En réalité, la Cour de cassation se résout ouvertement au subjectivisme dans un arrêt récent: « *l'incidence du doute est un élément de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond échappant au contrôle de la cour de cassation* » (Cass 20 déc. 2007, n° 2509⁶⁸). Cette abdication ne favorise évidemment pas l'objectivité.

16.- L'autorité du jugement, ou la portée de la vérité judiciaire.- Ce défaut d'objectivation de la vérité judiciaire est d'autant plus regrettable qu'elle se voit traditionnellement reconnaître une autorité considérable en matière pénale. L'autorité de chose jugée, qui joue dès le prononcé de la décision⁶⁹, ne se confond pas avec la *force de chose jugée* (caractère exécutoire du jugement). C'est l'autorité de chose jugée qui engendre la présomption de vérité⁷⁰, qui n'est remise en cause que par l'*exercice* d'une voie de recours. Or, l'autorité du jugement pénal est particulièrement vigoureuse.

D'abord, cette autorité joue à l'égard du juge pénal lui-même par l'effet de la règle *non bis in idem*⁷¹. Bien qu'elle suppose une identité de parties⁷², celle-ci n'est en pratique requise que dans le chef de la partie poursuivie car la partie poursuivante est toujours la même (le Ministère Public)⁷³. Sous cette réserve, il nous semble que l'autorité du pénal sur le pénal doit se voir reconnaître un effet *erga omnes* en ce sens qu'une partie civile différente ne saurait déclencher une nouvelle poursuite du chef des mêmes faits contre le même prévenu. De ce point de vue, la vérité judiciaire du juge pénal a -et doit conserver- une certaine valeur universelle.

Ensuite, l'autorité du jugement pénal s'impose aussi au civil : c'est l'autorité du criminel sur le civil.

La présomption de vérité attachée au jugement pénal est plus donc forte que celle du jugement civil. Quant à son objet, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est difficile à circonscrire, pour deux raisons. D'une part, sauf les constatations proprement civiles du juge pénal statuant sur des intérêts privés⁷⁴, l'article 1351 du Code civil ne s'applique pas. M. le Président T. HOSCHEIT explique que cette disposition légale « *ne peut régir l'autorité de chose jugée qu'exerce au fond le pénal sur le civil, puisque du moins l'identité d'objet ne peut pas se réaliser entre les deux : l'objet de l'action pénale est l'application de la peine prévue par la loi, tandis que l'objet de l'action civile est la satisfaction des intérêts privés [...]* »⁷⁵. Dans ce contexte, on retient que le juge civil n'est tenu que par « *ce qui a été nécessairement et certainement jugé par le juge répressif* »⁷⁶. Ce critère jurisprudentiel n'est pas sans ambiguïté⁷⁷. Sa mise en œuvre révèle une tendance du juge civil à s'affranchir du « *carcan* » imposé par le juge pénal⁷⁸. Par exemple, la constatation du juge pénal portant sur l'étendue ou la quotité du préjudice causé n'a pas autorité, car elle n'est pas nécessaire à la

⁶⁶ « [...] le tribunal correctionnel a basé la condamnation du prévenu sur l'énonciation qu'il « se trouve convaincu par les débats à l'audience publique ensemble les éléments du dossier répressif » d'avoir commis les infractions retenues. [...] cette motivation, quoique sommaire, est suffisante au regard de l'article 195 du Code d'instruction criminelle; [...] » (Cour 6 juin 1986, n° 133/86 ; adde CA 10 janv 1985, n° 11/85, cité par Me VOGEL en collab. avec F. MIOLI, op. cit. p.346 ; CA 16 juin 2009, n° 312/09 V, PUTZ, op. cit p. 1030).

⁶⁷ V. CA 18 mars 2009, n° 132/09 X, 23 mai 2000, n° 157 /000 V, PUTZ, op. cit., p. 1034.- La réponse aux conclusions des parties est parfois sommaire – C. Cass 4 déc. 2008, V. 2596, PUTZ, *ibidem*, p. 1055. - En appel, une motivation par adoption de la motivation des juges de première instance est jugée suffisante : V. PUTZ, op. cit., p. 1025.

⁶⁸ In PUTZ, op. cit., p. 1153.

⁶⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 939.- Il n'en va pas forcément de même de la force de chose jugée. Ainsi, en matière civile, le délai d'appel n'est en principe pas suspensif d'exécution à Luxembourg ; mais la force de chose jugée ne coïncide pas pour autant avec le prononcé car elle n'intervient qu'après un délai de carence.

⁷⁰ Sur la double dimension positive et négative (et les autres dimensions) de l'autorité de chose jugée : v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'UE*, Précis D., 30^{ème} éd., n° 1091 et sq.

⁷¹ Cf. S. GUINCHARD & J. BUISSON, *Procédure pénale*, LITEC, 4^{ème} éd., n° 2444.

⁷² S. GUINCHARD & J. BUISSON, op. cit. n° 2446.

⁷³ BOULOC, *Procédure pénale*, Précis D., 21^{ème} éd., 975.

⁷⁴ En ce sens : v. P. ex. CA 6 mai 1998, n° 19984 ; TAL 6 janv 1954, 16, 258.

⁷⁵ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 928.

⁷⁶ G. RAVARANI, *op. cit.*, n° 1268.

⁷⁷ Comp. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 921- Par ex., l'identification des motifs surabondants peut poser problème: S. GUINCHARD & J. BUISSON, op. cit. n° 2452.

⁷⁸ G. RAVARANI, *op. cit.*, n° 1266.

solution du procès pénal (TAL 3 juil 1963, 19, 240). De même, un acquittement au pénal n'exclut pas une condamnation au civil sur le fondement de l'art. 1384 al 1^{er} du Code civil⁷⁹. Dans une autre veine, il est en principe dérogé au critère de la chose « *nécessairement jugée* » pour l'acquittement au bénéfice du doute qui s'impose au juge civil⁸⁰ bien qu'il repose sur une incertitude. Or, bien que la solution semble justifiée par la présomption d'innocence, on déplore une décision contraire⁸¹. En bref, à bon ou à mauvais escient, l'étendue de l'autorité du criminel sur le civil se trouve réduite.

Quant à ses effets, il était traditionnellement admis que l'autorité du pénal sur le civil valait *erga omnes*. Si l'on a affirmé que la règle ne s'expliquait que par des considérations historiques⁸², la supériorité théorique de la vérité censément objective du juge pénal a pu favoriser son émergence. Cette règle était néanmoins très contestable. Admettre qu'une décision ait autorité sur des tiers qui n'avaient pu participer au débat revenait à ignorer les droits de la défense. Moins d'un an après la Cour de cassation française (Ch mxt, 3 juin 1998, D 1998, 575), la jurisprudence luxembourgeoise a donc remis en cause l'effet *erga omnes* de l'autorité du pénal sur le civil (Cass 21 janv 1999, 31, 45) en se fondant sur l'article 6 de la CEDH. Toutefois, une décision en sens inverse fut rendue 4 mois plus tard (Cass 22 avril 1999, 31, 47), la seule différence avec la précédente résidant dans le fait que l'art. 6 CEDH n'était pas en cause⁸³ : il subsiste donc une incertitude qui s'explique peut-être par le formalisme de la procédure en cassation. Mais, sous cette réserve, l'autorité du pénal sur le civil semble en passe de perdre son caractère universel, comme le commandent les normes internationales.

Ce recul de l'autorité de chose jugée révèle un certain relativisme de la vérité judiciaire, qui pourrait encore être évalué à l'aune de la faculté de remettre en cause la décision sans limite de temps par l'effet d'une voie de recours extraordinaire : le recours en révision⁸⁴. Régi par les art. 443 sq. CIC, ce recours peut être porté devant la Cour de cassation dans cinq cas : 1° lorsque des indices font supposer qu'une prétendue victime d'homicide est en vie ; 2° en cas de condamnations inconciliables de deux prévenus pour le même fait ; 3° lorsqu'un témoignage à l'origine de la condamnation a été jugé faux ; 4° en cas de fait nouveau ; 5° lorsque la CEDH a prononcé une condamnation pour violation de la Convention. La révision peut être demandée par le Ministre de la justice, le condamné ou son représentant, sinon ses héritiers après son décès. En cas de fait nouveau, l'introduction du recours est subordonnée à la décision du Ministre, prise après consultation d'une commission *ad hoc*. La Cour de cassation a eu à connaître d'un recours de ce type en 2002. En substance, la condamnation pénale avait été tributaire d'un point de vue médical débattu mais non approfondi (en l'absence de certains examens) ; différents rapports médicaux avaient été établis a posteriori remettant en cause les conclusions du juge. La Cour de cassation indiqua qu'il suffisait que le fait nouveau « *soit de nature à élever contre la condamnation un doute sérieux* » (et non un doute raisonnable) ; mais elle rejeta le recours en estimant que le fait n'était pas nouveau, les nouveaux rapports produits n'étant pas justifiés par un progrès de la science. *A contrario*, la vérité judiciaire peut être remise en cause en cas de progrès de la vérité scientifique : ce qui implique une reconnaissance de son infériorité. Plus généralement, le recul du domaine et de la portée de l'autorité des décisions pénales traduit sans doute un recul du mythe de la vérité judiciaire.

II. Le procès civil.-

17.- Dans le procès civil, le mythe paraît moins accusé. L'idée d'une « *vérité contingente* » est plus facilement admise : le rôle du juge civil « *n'est pas de rechercher la vérité objective* », observe MOTULSKY⁸⁵. La recherche des preuves nécessaires à l'émergence de la vérité (A) incombe traditionnellement aux parties. La pensée du juge est encadrée par davantage de règles, ce qui n'exclut

⁷⁹ CA 15 mai 1956, 16, 484, 6 janv 2004, n° 2/2004.

⁸⁰ CA 7 fév 1962, 18, 494, 24 nov 1994, n° 15497.

⁸¹ Cf. G. RAVARANI, *op. cit.*, n° 1270 qui cite TAL 11 nov 2003, n° 224/20003 VIII.

⁸² Ph LE TOURNEAU & L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, éd. D, 1996, N) 153 ; G. RAVARANI, *op. cit.*, n° 1262.

⁸³ G. RAVARANI, *op. cit.*, n° 1264.

⁸⁴ Sur lequel v. G. VOGEL en collab. avec F. MIOLI, *op. cit.*, p. 379 et sq. ; PUTZ, *op. cit.*, p. 1191.

⁸⁵ MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, 1973, p. 224.

pas que celles-ci favorisent l'émergence de la vérité. Cependant le modeste statut de la vérité exprimée par le jugement civil (**B**) invite à ne lui reconnaître qu'une autorité restreinte.

A. Les preuves ou les techniques d'émergence de la vérité factuelle dans le procès

18.- Comme pour le procès pénal, nous opposerons le traitement procédural des preuves (a) et leur traitement méthodologique (b).

a) Le traitement procédural des preuves

19. La recherche des preuves.- Le caractère accusatoire de la procédure civile postule le rôle prépondérant des parties dans la conduite du procès, et donc dans la recherche des preuves. D'aucuns pourrait y voir un obstacle à l'émergence de la vérité : l'intéressement des parties – leur manque d'objectivité- pourrait laisser planer un doute sur la valeur des preuves produites. Mais, à l'inverse, il n'est pas exclu que l'intérêt des parties les incite à davantage de diligences probatoires que celle dont pourrait se satisfaire un tiers désintéressé. Pour autant, il faut se départir de l'idée que la recherche des preuves reposerait uniquement sur la partie *la plus intéressée* : celle à qui incombe le fardeau de la preuve. Si la charge de la preuve a des conséquences méthodologiques essentielles (*supra* n° 2), ses conséquences externes et procédurales sont aujourd'hui plus diffuses. Certes, la partie qui a la charge de la preuve sera sans doute plus encline à réunir des preuves.

Mais, en principe, les deux parties ont une obligation de collaborer à la recherche de la vérité. Les dispositions de l'article 10 du Code civil français affirmant un devoir général d'apporter son concours à la Justice en vue de la manifestation de la vérité n'ont pas été reprises à Luxembourg. Mais, le texte historique des *principes directeurs du procès* qui ouvre le CPC français a lui été repris aux articles 50 à 73 du NCPC luxembourgeois et la jurisprudence se rallie à la doctrine de son inspirateur : Henri MOTULSKY (P. ex. JP Diekirch, 23 avr 1985, n° 230/85). Or ce texte porte les stigmates du devoir de collaboration des parties. En particulier, l'art. 60 NCPC prévoit un devoir des parties « *d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* ». La violation de ce devoir est sanctionnée. Ainsi l'article l'art. 60 NCPC autorise le juge « *à tirer toute conséquence⁸⁶ d'une abstention ou d'un refus* » de collaborer aux mesures d'instruction. Il n'est pas interdit d'y voir le signe d'un devoir de collaboration plus général. Ce devoir trouve d'ailleurs un autre écho dans l'amendement apporté à l'art. 1347 du C. civ français et repris à Luxembourg dont il résulte que le juge peut inférer un commencement de preuve, non seulement des déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, mais aussi de son refus de répondre ou de son absence à la comparution. L'abstention ne prémunit donc pas le plaideur : il doit collaborer à la recherche de la vérité.

Le recul du caractère accusatoire de la procédure civile, largement illustré par l'apparition du juge de la mise en état dans le paysage judiciaire luxembourgeois, conduit à reconnaître un rôle au juge civil dans la recherche des preuves. Dans la perspective de la découverte de la vérité, l'intérêt d'une telle intervention judiciaire est certain car elle permet la mise en jeu de pouvoirs coercitifs dont les parties ne disposent pas. Le juge interviendra le plus souvent sur la sollicitation des parties, qui peuvent se tourner vers lui pour forcer l'instruction :

- Elles ont la faculté d'agir de façon préventive en recourant au référé probatoire de l'art. 350 NCPC : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* » L'urgence n'est pas plus nécessaire que l'absence de contestation sérieuse (CA 6 nov 1989, n° 11028). Mais la mesure d'*instruction in futurum* ne peut être demandée sur requête que « *si les circonstances de la cause exigent qu'il soit dérogé au principe du contradictoire* » (CA 2 oct 1996, 30, 152).
- Naturellement les parties peuvent aussi s'adresser au juge en cours de procès. D'une part, elles peuvent le solliciter pour forcer l'autre partie à satisfaire à son obligation de collaboration dans la découverte de la vérité. En particulier, si une partie retient un élément de preuve en sa défaveur, l'art.

⁸⁶ Sur les conséquences possibles d'un défaut collaboration : v. spéc. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 648.

60 prévoit que son adversaire puisse requérir du juge une injonction de produire cette preuve, éventuellement sous astreinte. D'autre part, les parties peuvent demander des mesures d'instruction impliquant l'intervention de tiers, telles que des auditions de témoins, une expertise, etc⁸⁷. Ces mesures pourront être coercitives à l'égard des tiers. Par exemple, l'art. 407 NCPC prévoit une amende civile pour le témoin défaillant et celui qui refuse de déposer. De même, une injonction de produire une preuve détenue par un tiers (art. 60 al 2) peut être ordonnée sous astreinte.

Par ailleurs, le juge civil a désormais la faculté d'agir *ex officio*. L'art. 59 NCPC consacre son « pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Soulignons qu'à notre sens les pouvoirs *ex officio* du juge civil en matière preuve n'impliquent aucune inflexion au principe dispositif entendu compris dans sa composante fondamentale⁸⁸. En effet, la véritable fonction du principe dispositif est méthodologique : il permet de définir les questions posées au juge⁸⁹. S'agissant de la question probatoire, nous verrons que le principe dispositif permet de préciser les faits objets de la preuve et procède à ce titre de l'exigence d'impartialité : le juge qui modifie les termes de la question posée se substitue aux parties et viole sa neutralité (*ci infra* n° 21). Mais les preuves ne se rapportent pas à la définition de la question probatoire posée au juge (*Les faits sont-ils vrais ?*) : les preuves permettent de *répondre* à cette question. Or si la définition de la question appartient aux parties, la réponse relève du juge. C'est pourquoi nous soutenons que le principe dispositif dans sa composante fondamentale ne s'applique pas à la preuve. La recherche de la vérité n'implique aucune atteinte à la neutralité. Le juge civil peut donc ordonner *ex officio* des mesures d'instruction sans risque pour les droits de la défense, et au bénéfice d'une vérité plus objective.

Pour autant, en l'état actuel du droit luxembourgeois, le pouvoir du juge civil d'ordonner des mesures d'instruction *ex officio* demeure conçu de façon restrictive. De fait, le texte libéral de l'art. 59 NCPC paraît contredit par celui de l'art. 351 : « [al 1] Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. [al 2] 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. » Comment concilier l'idée que le juge peut agir d'office et celle qu'il ne doit pas suppléer la carence des parties ? *De plano*, les conditions de son intervention seront certes remplies dans le cas où une partie justifie d'une véritable impossibilité de prouver. Mais l'hypothèse est sans doute exceptionnelle. Au-delà, le mérite revient à M. le Président T. HOSCHEIT d'avoir proposé une interprétation originale permettant de concilier ces deux textes en apparence contradictoires : « [...] il faut [...] lire l'article 351 dans sa globalité, et ne pas considérer la deuxième phrase de façon isolée. [...] La partie qui a détaillé avec suffisamment de précision les faits pertinents pour soutenir son argumentaire et qui met en avant les éléments de nature à en établir la réalité a suffi à ses obligations tenant à l'administration de la preuve. Il se peut que ces développements soient insuffisants pour établir avec la certitude requise la preuve de ces faits, ce qui dépend en fin de compte de l'appréciation que va porter le juge et qui est ignorée de la part du débiteur de la preuve tant que la décision n'est pas rendue. Or, à ce moment, et si le juge estime que la preuve n'est pas suffisante, il est trop tard [...]. Il paraît dès lors normal [que] le juge puisse ordonner des mesures d'instruction supplémentaires [...] »⁹⁰. Cette analyse particulièrement éclairée illustre bien le lien entre la méthode (la pensée) et la procédure (le débat). Sur le plan externe, aucune carence ne peut être reprochée à une partie qui a, d'une part, satisfait à la charge de l'allégation et, d'autre part, proposé des preuves. Mais faute de pénétrer la pensée du juge, cette partie ne peut deviner s'il subsiste un doute dans son esprit : la mesure d'instruction *ex officio* est alors absolument justifiée.

⁸⁷ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 659.

⁸⁸ Comp. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS & F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'UE*, Précis D., 30^{ème} éd., n° 562 : « Une tension existe entre le principe dispositif, qui fait du procès la « chose des parties » puisque ces dernières ont une maîtrise sur l'existence et la continuation de l'instance et le but du procès civil qui tend de plus en plus à une solution « la plus correct possible » de la contestation. Si l'objet du litige est déterminé par les parties, les moyens d'accès à sa solution dépendant des parties et du juge au sein d'une coopération recherchée entre eux par la Code de procédure civile ».

⁸⁹ Voir *ci-infra* n° 21.

⁹⁰ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 646.

Au reste, les **obstacles à la recherche des preuves** sont *a priori* plus étendus en matière civile qu'en matière pénale. Comme les intérêts en jeu ne sont que des intérêts privés, le recours à des mesures coercitives paraît moins justifié, en particulier lorsque des tiers sont en cause. Ceci justifie que l'art. 407 NCPC concernant l'amende applicable aux témoins refusant de déposer et l'art. 60 alinéa 2 concernant la production forcée des pièces, réservent le droit du tiers d'opposer un motif empêchement légitime. Les exceptions opposables par les témoins en procédure pénale semblent transposables –par argument *a fortiori* – à la matière civile (*supra* n° 8). Quant au secret professionnel, la jurisprudence a reconnu qu'il pouvait valoir empêchement légitime (CA 13 nov 1996, n° 17029, CA 1^{er} déc 1998, n° 17029). L'empêchement n'est pas absolu, mais pour passer outre le secret professionnel, « *il faut que la production de la pièce soit nécessaire à la manifestation de la vérité et que le demandeur ne dispose pas d'autres moyens d'obtenir la pièce ou le renseignement* » (TAL, 7 déc. 2005, n° 93003 ; CA 5 nov 2003, n° 26588). La vie privée pourrait sans doute également constituer un empêchement légitime, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Ainsi une décision énonce : « *Conformément à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée est légitime lorsqu'elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure, qui dans une société démocratique est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui. [...] La relation adultère constitue une cause facultative de divorce et la déposition de la personne qui, suivant l'époux demandeur en divorce, est le partenaire du conjoint adultère est déterminante pour l'établissement des faits litigieux. Sa déposition obligatoire comme témoin est nécessaire à la protection du droit du demandeur en divorce. Le droit à la preuve l'emporte dans ce cas sur le droit au respect de la vie privée.* » (CA 13 nov 1996, 30, 159). Cependant, les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint, même divorcé, peuvent refuser de témoigner (art. 407 NCPC) sans avoir à justifier d'un motif légitime.

Sous ces réserves, le développement des pouvoirs inquisitoriaux du juge civil est certainement un facteur d'objectivité de la vérité judiciaire puisqu'il permet la prise en compte des preuves auxquelles les parties n'auraient pu avoir accès sans l'intervention du juge.

20. Le débat sur la preuve.- L'objectivation de la pensée du juge suppose également que les parties puissent participer au débat probatoire. Aux termes de l'art. 65 du NCPC, le respect de la contradiction est placé sous le contrôle du juge : il « *doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.* »

L'obligation pour le juge d'observer lui-même la contradiction n'est pas anodine. Elle implique que si la propre subjectivité du juge entre en jeu par la découverte d'un élément nouveau –par exemple un fait advenant ou une règle de preuve non envisagée par les parties-, il doit la soumettre au débat pour assurer l'objectivité de son appréciation. Il s'agit donc d'une obligation pour le juge de soumettre sa pensée au débat. L'obligation procède donc d'un lien immédiat entre la méthode – la pensée- et la procédure –le débat-. L'objectivation de la conviction du juge suppose qu'il ne garde pas ses pensées pour lui : il doit les soumettre au débat.

Quant à l'obligation du juge de « *faire observer la contradiction* » elle a pour pendant l'obligation des parties elles-mêmes de s'y astreindre spontanément. Les parties doivent ainsi « *se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.* » L'art. 279 prévoit encore que chaque partie a l'obligation de communiquer ses pièces (art. 279 NCPC) : à défaut, son adversaire pourrait demander au juge de délivrer une injonction de communiquer sous astreinte (art. 280 NCPC). Le juge pourrait sans doute aussi agir *ex officio* sur le fondement de l'art. 65. L'absence de contradiction peut avoir des conséquences graves pour les parties. L'art. 282 NCPC dispose que « *Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile* ». Par ailleurs, le même article 65 précise que le juge « *ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». On note toutefois une apparente contradiction entre les deux textes : l'art. 65 affirme que le juge ne peut retenir un document produit que si il a été débattu : ce qui laisse entendre qu'il doit l'exclure dans le cas

contraire ; or l'art. 282 dit que le juge « *peut* » écarter la pièce non communiquée à temps. Mais, en réalité, le juge a le choix entre deux options: ordonner la réouverture des débats ou statuer sans tenir compte de la pièce. La seconde option peut évidemment conduire à une altération de la vérité judiciaire, s'il s'agissait d'un élément de preuve important : le juge ne devrait donc l'appliquer que de façon parcimonieuse afin de sanctionner de graves abus dilatoires.

Dans une autre veine, la faculté des parties de participer au débat probatoire se manifeste aussi par leur droit de demander au juge d'ordonner des mesures d'instruction. Ce droit a déjà été évoqué (*supra* n° 19). Mais deux précisions peuvent être ajoutées ici.

D'une part, il pourrait sembler que le caractère accusatoire de la procédure civile laisse moins de latitude au juge civil qu'au juge pénal pour refuser une mesure d'instruction admissible concernant des faits pertinents. A cet égard, on peut citer une décision intéressante de 1965 : « *Si, en matière civile, le juge ne peut pas rejeter la preuve testimoniale dans les cas où elle est admissible, lorsque des faits pertinents et concluants sont offerts en preuve, il n'en est pas de même en matière commerciale, alors qu'aux termes de l'article 109 du Code de commerce les engagements commerciaux se constatent par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.* » (CA 12 juil 1965, 20, 30). Le fait que la décision excipe de la matière commerciale n'est pas significatif : la marge de manœuvre du juge commercial tient à un texte exprès (art. 109 C. com) qui laisse la recevabilité de la preuve testimoniale à son appréciation. Pour autant, il est vrai que la décision est antérieure à la consécration des principes directeurs du procès. Or des décisions plus récentes semblent laisser une marge de manœuvre plus grande au juge civil pour rejeter une mesure d'instruction : certaines refusent par exemple d'ordonner une audition de témoin pour des faits bien établis ou contredits par d'autres éléments⁹¹. Mais si ces solutions impliquent un rapprochement avec celles adoptées en matière pénale, elles sont frappées du même défaut : le juge refuse de remettre en cause une certitude déjà arrêtée.

D'autre part, en matière de mesures d'instruction, la contradiction ne se traduit pas seulement par une faculté de débattre *a posteriori* des résultats obtenus: elle commence souvent au cours de la mesure d'instruction. Ainsi, les parties sont appelées à se présenter lors des vérifications personnelles du juge (art. 379 NCPC). Les témoins sont entendus en présence des parties (art. 408 NCPC). De plus, l'enquête ouvre un droit automatique à la contre-enquête (art. 404 NPC). L'expert judiciaire « doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties » (art. 472). Pour autant, la solution n'exclut pas la prise en considération d'une expertise unilatérale, si le rapport a pu être débattu *a posteriori* (Cass. 7 nov 2002, 32, 363).

Un obstacle grave au débat probatoire – mais qui est en passe de se résoudre – peut cependant survenir lorsque le juge est amené à (re)qualifier les faits. De fait une jurisprudence de la Cour de cassation du 25 mai 2000 avait admis que le juge puisse requalifier les faits sans soumettre l'opération à la contradiction⁹². La difficulté réside en ce que la requalification des faits emporte modification de la règle de droit ; or les faits à prouver dépendent de la règle de droit. Par exemple, si le juge requalifie une demande en responsabilité délictuelle en demande en responsabilité contractuelle, le défendeur peut songer à prouver des faits qui, avant la requalification, n'étaient pas pertinents. Il peut alléguer que le prétendu contrat est nul ; ou bien que le dommage est imprévisible. Mais si le juge requalifie sans respecter la contradiction, il ne le sait pas. Ceci risque évidemment de fausser le débat probatoire⁹³. Néanmoins la Cour de cassation est revenue sur la solution dans un arrêt de 2011⁹⁴ : désormais la requalification des faits doit se faire dans le respect des droits de la défense. Mais la dispense semble maintenue en cas de première qualification de faits non qualifiés⁹⁵. Il faut souhaiter que la jurisprudence évolue sur ce point. Comme il est difficile de satisfaire à la charge de la preuve sans savoir quels faits doivent être prouvés, la vérité judiciaire risque – dans cette hypothèse – que n'être que le fruit d'un malentendu.

⁹¹ V. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 720.- Adde : CA 13 mai 1992, 28, 297 : concernant une demande portant sur des faits invraisemblables : mais la solution ignore que certains faits invraisemblables se révèle être vrais après vérification.

⁹² Cass. 25 mai 2000, 31, 293

⁹³ v. V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier*, *op. cit.*, n° 19.

⁹⁴ v. V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier*, à propos de Cass 10 mars 2011, JT Lux 2012.

⁹⁵ v. V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier*, *op. cit.* n° 20 sq..

Sous ces réserves, le débat probatoire est propre à favoriser l'objectivité du juge civil. Mais en matière civile comme en matière pénale, la clef de cette objectivité réside dans la pensée du juge.

b) Le traitement méthodologique des preuves

21. La détermination de l'objet de la preuve.- L'objectivation de la pensée du juge suppose que celui-ci commence par identifier l'objet de la preuve. En matière civile, ce sont les *principes directeurs du procès* qui vont lui donner la solution. Deux principes sont en cause : le principe de juridiction et –surtout- le principe dispositif. Il faut préciser :

➤ Le principe de juridiction signifie que, sauf qualification liée⁹⁶, le juge a le devoir d'appliquer d'office la règle de droit et, si nécessaire, de requalifier les faits (art. 61 NCPC) : la Cour de cassation l'a d'ailleurs affirmé très clairement dans un arrêt récent⁹⁷. Ce principe n'est pas sans incidence sur la détermination de l'objet de la preuve car seuls les *faits pertinents* au regard de la règle de droit ont besoin d'être prouvés, les autres étant indifférents. Sur le plan de la méthode, la première tâche du juge consistera donc à préciser la règle de droit applicable afin d'identifier les faits pertinents.

➤ Mais c'est surtout le principe dispositif qui est déterminant. Il signifie que les parties ont la maîtrise de la *matière litigieuse*. Compte tenu de l'obligation de requalifier, le principe dispositif ne joue généralement qu'à l'égard du fait : *i.e.* de la *matière factuelle du litige*. Il implique notamment⁹⁸ que les parties maîtrisent la cause factuelle du litige, c'est-à-dire « *les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif* » réclamé⁹⁹. Pour les parties, ceci se traduit par une double charge procédurale. D'abord, chaque partie à la charge d'alléguer *les faits nécessaires au succès de sa prétention* (art. 55). Ensuite, chaque partie a corrélativement la charge de contester les faits allégués par son adversaire¹⁰⁰. Or la cause (comme l'objet) de la demande sont indisponibles pour le juge: c'est pourquoi, le juge doit tenir pour constant le fait allégué par une partie et non contesté par l'autre. Faute de contestation, le fait constant n'a pas à être prouvé¹⁰¹.

En définitive, l'objet de la preuve est constitué par *les faits pertinents au regard de la règle de droit, allégués par une partie et contestés par son adversaire*. Grâce à la théorie du fait constant¹⁰², l'objet de la preuve est déterminé de façon précise en matière civile. Trois précisions doivent être données :

➤ En premier lieu, l'analyse illustre l'idée plus générale que la véritable fonction du principe dispositif est méthodologique : il permet de définir les questions soumises au juge. Le juge doit répondre à deux questions, qui correspondent à la dichotomie romaine entre l'instance *in jus* et l'instance *apud judicem*. La première question posée au juge civil¹⁰³ est juridique (*in jus*) : *en droit, tels faits (allégués) justifient-ils telle sanction (demandée)?* Nous avons montré ailleurs que le principe dispositif permet effectivement de préciser cette question en identifiant l'objet (sanction demandée) et la cause (faits allégués) de la demande¹⁰⁴. La seconde question est la question probatoire (*apud judicem*) : *les faits sont-ils vrais ?* Nous venons de montrer que la théorie du fait constant permet de définir les faits soumis à la preuve. Ceci porte à conséquences. Affirmer que le principe dispositif sert à définir les termes des questions posées au juge, c'est dire qu'il fixe les limites de sa saisine : comme la saisie *in rem* et la saisie *in personam* en droit pénal. De plus, l'analyse

⁹⁶ Cf. art. 61 al 3 NCPC6 Mais la qualification liée est rarissime.

⁹⁷ Cass 10 mars 2011, JT Lux 2012, n° 19, p. 9, note V. BOLARD

⁹⁸ Les parties maîtrisent aussi l'objet factuel du litige (art. 53 NCPC), *i.e.* « *le résultat économique ou social qui constitue l'objectif de la prétention* » -Cf. MOTULSKY, *Droit processuel*, Cours Saint Jacques, p. 202.-
Corrélativement, le juge ne doit pas modifier l'objet en statuant *ultra* ou *infra petita* (art. 54).

⁹⁹ Cf. MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, p. 235 et s., *Ecrits de Procédure*, p. 101 et s. n° 4.

¹⁰⁰ G. BOLARD, *in Droit et pratique de la procédure civile par GUINCHARD et alii, op.cit.*, n° 221. 93.

¹⁰¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND & C. CHAINAIS, *op. cit.*, 30^{ème} éd., n° 489.

¹⁰² Sur laquelle v. not. S. GUINCHARD, F. FERRAND & C. CHAINAIS, *op. cit.*, 30^{ème} éd., n° 489 ; G. BOLARD, *in Droit et pratique de la procédure civile par GUINCHARD et alii, op.cit.*, n° 221. 93 ; . PONSARD, *in Vérité et justice*, Rapport français, Travaux H. CAPITANT, t 38, 1987, p. 673 et s., . T. LE BARS, *La théorie du fait constant*, SJ, 2002.I. 178 ; Civ 2, 10 mai 1991, B n° 142, RTD Civ 1992 p. 447, obs M. NORMAND ; Civ 1, 3 janvier 1980, B n° 7.

¹⁰³ En matière pénale la question est légèrement différente : *tels faits impliquent-ils une sanction pénale quelconque ?* En effet, le juge pénal n'est pas lié par l'objet de la demande.

¹⁰⁴ v. V. BOLARD « *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier* », à propos de Cass 10 mars 2011, JT Lux 2012, n° 19, p. 9 sq., spéc. n° 4 & n° 5.

méthodologique révèle que la cause (faits allégués) intervient dans la définition des questions soumises au juge. Ceci veut dire que la saisine du juge n'est pas seulement délimitée par l'objet de la demande (interdiction de *l'ultra et de l'infra petita*) mais aussi par la cause de la demande : la cause comme l'objet sont indisponibles pour le juge. Pour se limiter à la question probatoire, ceci veut dire que la violation de la théorie du fait constant implique une violation des termes de la saisine du juge civil. Par ailleurs, la théorie du fait constant intervient -en amont- comme un procédé permettant de définir la question posée au juge, et non pas -en aval- comme un mode de preuve qui permettrait d'y répondre. Contrairement à ce qu'on soutient, la théorie du fait constant n'est donc pas une simple présomption du fait de l'homme¹⁰⁵ (ce qui exclurait qu'elle joue pour les actes juridiques). Elle n'implique pas non plus de dérogation aux règles de l'aveu judiciaire¹⁰⁶ : le juge civil n'est tout simplement saisi d'aucune contestation sur le fait constant.

➤ En deuxième lieu, le principe dispositif est une règle fondamentale qui procède de l'exigence d'impartialité et de l'interdiction du déni de justice. Comme la définition de la question appartient aux parties, le juge qui en modifie les termes se substitue à elles et viole ainsi son *obligation de neutralité*¹⁰⁷. Le juge qui statue en deçà de la question posée commet un déni de justice. Le juge qui dépasse les termes de la question posée s'autosaisit, ce qui fait redouter le préjugé. Ceci vaut pour l'objet de la demande : le juge statuant *ultra petita* s'autosaisit d'une demande non formulée en lieu et place de la partie à qui elle bénéficie. Mais ceci vaut également pour la détermination de la cause (faits allégués et contestés) par la théorie du fait constant. Le juge qui ne tient pas pour constant un fait non contesté supplée une contestation inexistante¹⁰⁸ dans le chef d'un partie. Il assume donc la charge de la contestation en lieu et place de cette partie, au préjudice de l'autre : *il prend parti*. La théorie du fait constant qui permet de définir l'objet de la preuve en matière civile repose donc sur l'exigence d'impartialité (comme la saisine *in rem* et la saisie *in personam* en matière pénale : *supra* n° 10).

➤ En troisième lieu, la théorie du fait constant n'exclut pas que le juge tienne compte d'une contestation implicite, mais la doctrine souligne qu'il doit alors soumettre son initiative à la contradiction¹⁰⁹. Sauf à mettre en garde contre les dérives¹¹⁰, la solution est justifiée au regard du pouvoir du juge d'interpréter les écritures. Mais il n'est pas possible d'en déduire que le juge n'aurait qu'une « *simple faculté* » d'appliquer la théorie¹¹¹. Si le juge respecte les droits de la défense en soumettant la contestation implicite à la contradiction, la partie intéressée réagira probablement de façon explicite. Soit elle reconnaîtra le fait. Soit elle élèvera une *contestation explicite*. Soit elle dira qu'elle ne sait rien et se rapportera à prudence : ce qui vaut contestation. A la limite, elle pourrait dédaigner de répondre au juge : mais alors son silence circonstancié à la suite de la sollicitation exprès du juge ne pourra plus raisonnablement être interprété comme une contestation implicite. En bref, si le juge respecte les droits de la défense, les contestations *réelles* deviendront nécessairement *explicites*. Une fois les ambiguïtés levées, le juge aura alors l'obligation -et non la faculté- de tenir pour constant les faits non explicitement contestés.

Au reste, nonobstant la défaillance du contrôle de la Cour de cassation française¹¹², la théorie du fait constant est incontournable car elle traduit une tournure d'esprit des gens de justice. Dans tout procès, il existe de nombreux faits constants : certains traduisent une coïncidence explicite entre les thèses ; d'autres ne peuvent résulter que du silence parce que nul ne songe à en parler (par exemple, l'identité des parties ; leur capacité ; etc. échappent le plus souvent à toute discussion). Si tout était contesté, rendre la justice serait une tâche impossible. Dans le souci de limiter leur motivation à l'essentiel, les

¹⁰⁵ Contra : T. LE BARS & J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Monstchrestien, 4éd., p. 219.

¹⁰⁶ Contra : T. LE BARS & J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Monstchrestien, 4éd., p. 219.

¹⁰⁷ MOTUSLKY semble distinguer l'obligation de neutralité du juge civil de l'exigence d'impartialité mais il la rattache néanmoins aux droits de la défense – MOTUSLKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Etudes et notes de procédure civile*, tome 1, préf. CORNU & FOYER, Dalloz, 1973, rééd. 2009, p. 75- Nous pensons que la neutralité est une conséquence de l'impartialité propre aux procédures accusatoires.

¹⁰⁸ Cf. MOTUSLKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, *Ecrits de procédure*, p.101, n° 19 *in fine*.

¹⁰⁹ V. p. ex. S. GUINCHARD, F. FERRAND & C. CHAINAIS, *op. cit.*, 30^{ème} éd., n° 489 ; G/ BOLARD, *op. cit.*, n° 221.94.

¹¹⁰ M. X. LAGARDE écrit : « ce qui n'est pas expressément contesté, c'est tout simplement ce qui n'est pas contesté » -Cf. *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 90.

¹¹¹ V. p. ex. S. GUINCHARD, F. FERRAND & C. CHAINAIS, *op. cit.*, 30^{ème} éd., n° 489.

¹¹² Qui abandonne la règle à l'appréciation souveraine des juges du fond ce qui suffit à expliquer qu'elle ait validé -dans 3 cas seulement- des violations de la règle. Mais les décisions de la Cour de cassation a validé (sans pour autant contrôler) des applications correctes de la règle sont autrement plus nombreuses : v. not. les nombreuses décisions citées par G. BOLARD, *in Droit et pratique de la procédure civile par GUINCHARD et alii*, *op.cit.*, n° 221. 93.

juges cherchent d'ailleurs à circonscrire la contestation. Ceci se traduit par l'emploi de formules types : «*il n'est pas contesté*» ; «*il est constant*» ; etc. Or la prégnance de ces formules dans les jugements judiciaires (10245 entrées pour la première sous *Légifrance*, 17856 pour la seconde¹¹³) démontre que la théorie du fait constant correspond à un réflexe psychologique des juges. Ils l'appliquent constamment. Les avocats en sont conscients. Dès lors, confrontés à l'allégation d'un fait préjudiciable, ils ont eux aussi le réflexe de contester. Dans le doute, l'avocat conteste. S'il veut signifier qu'il est mal informé, il dira qu'il «*se rapporte à prudence*».

La théorie du fait constant est un facteur considérable d'émergence de la vérité judiciaire¹¹⁴. Si un fait a été allégué par une partie et que son adversaire ne l'a pas contesté, alors même qu'il y avait intérêt, c'est qu'il est vraisemblable que ce fait soit vrai. La présence d'un avocat ne fait qu'aggraver la probabilité: si un avocat rompu à l'exercice ne conteste ni ne se rapporte à prudence, la probabilité devient quasi-certitude. Cette certitude n'est certes pas absolue, puisque la vérité judiciaire n'est que relative. Mais la recherche d'une vérité supérieure ne justifierait pas que le juge –étranger au fait-conclue *ex officio* à une (improbable) légèreté du conseil. En procédure civile, où les parties sont impliquées dans la défense de leurs intérêts privés, remettre en cause un fait auquel on est étranger alors que les parties ne l'ont pas fait, c'est s'engager dans la voie de l'erreur. En bref, la théorie du fait constant favorise l'émergence d'une vérité relativement objective. Elle implique que seuls les **faits pertinents, allégués et contestés** doivent être prouvés.

22. La charge de la preuve.- De même que la présomption d'innocence affecte la démarche intellectuelle du juge pénal, la charge de la preuve oriente la pensée du juge civil lorsqu'il apprécie les preuves. Quant aux implications procédurales de la charge de la preuve, nous avons déjà relevé qu'elles sont aujourd'hui atténuées (*supra* n° 11). Mais ce sont ses implications méthodologiques qui nous intéressent. La charge de la preuve indique au juge civil comment il doit appréhender le doute. Comme en matière pénale, elle est donc tributaire de l'impartialité qui correspond à la faculté de douter. Elle permet d'orienter la démarche intellectuelle du juge : en désignant le plaideur qui perdra le procès s'il ne parvient pas à une certitude, la charge de la preuve signifie au juge quelle thèse doit avoir le bénéfice du doute.

A cet égard, le juge civil pourra tabler sur des règles précises. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, ces règles ne coïncident pas avec l'adage *Actor incumbit probatio*. Le véritable principe de solution est énoncé à l'art. 58 NCPC : «*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*». Mais c'est l'article 1315 du Code civil qui permet d'en préciser la portée : «*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*» et «*Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*». Dès l'abord, il faut noter que suivant l'économie de l'art. 1315, **la charge de la preuve dépend de l'objet de la preuve** : si l'objet de la preuve est l'existence d'une obligation, l'alinéa 1 en impute la charge à «*celui qui en réclame l'exécution*» ; si l'objet de la preuve est le paiement, l'alinéa 2 commande que la preuve en soit rapportée par «*celui qui se prétend libéré*». L'application de l'art. 1315 est donc tributaire de la théorie du fait constant qui permet de préciser l'objet de la preuve (*supra* n° 21). Le juge doit d'abord cerner les faits pertinents allégués et contestés : si c'est l'existence du contrat qui est contestée, la charge de la preuve sera imputée à celui qui en réclame l'exécution ; si au contraire la contestation porte sur l'exécution du contrat, elle reposera sur celui qui prétend avoir exécuté. Mais il faut aller plus avant.

Un autre trait de l'article 1315 – qui en constitue peut-être la substantifique moelle- c'est qu'il n'y est jamais requis que la preuve de *faits positifs* : il s'agit, dans l'alinéa 1, de prouver l'existence de l'obligation (pas son inexistence) ; dans l'alinéa 2, il faut apporter la preuve du paiement (et pas celle du non paiement). Ce constat doit être rapproché de l'analyse de MOTULSKY qui reconnaît à l'article 1315 possède «*un fondement rationnel certain*» et fait état de «*la véritable impossibilité logique qu'il y a à réunir dans une même règle les éléments d'établissement et de non-destruction*»

¹¹³ Qui est certes un peu moins significative.

¹¹⁴ Cf. V. BOLARD, *thèse préc.*, no 237.

d'un droit subjectif¹¹⁵. Présenter un fait négatif comme l'une des conditions de la réalisation d'un droit subjectif, c'est justement introduire dans le présupposé de la règle, un élément de destruction du droit subjectif: le fait négatif, inverse au fait positif. De là découle, par exemple, que n'est pas – techniquement- exacte la formulation suivante de la règle de l'enrichissement sans cause : « *Un enrichissement, un appauvrissement corrélatif et l'absence de cause (fait négatif) de l'enrichissement, ouvrent droit à indemnisation* » ; en réalité, cette règle en comporte deux : une règle de principe qui signifie que « *Un enrichissement et un appauvrissement corrélatif ouvrent droit à indemnisation* » ; et une règle d'exception qui signifie que « *l'indemnisation est exclue s'il est établi que l'enrichissement a une cause (fait positif)* ». Sous l'angle méthodologique, il est donc normal que la preuve des faits générateurs des droits subjectifs ne concerne jamais que des faits positifs. La démarche intellectuelle du juge peut alors être précisée : après avoir identifié les faits pertinents allégués et contestés, il examinera chacun de ces faits afin de déterminer à l'égard de quelle partie il se présente dans une perspective positive ; c'est à lui qu'il imputera la charge de la preuve.

Du point de vue procédural, cette règle est assurément favorable à l'émergence de la vérité¹¹⁶. En effet, la preuve d'un fait négatif est généralement sinon impossible, du moins très difficile à rapporter : comment prouver le néant ? Exiger d'un plaideur qu'il prouve un fait négatif, reviendrait donc à le placer dans une situation inextricable. Quant à son adversaire, qui aurait peut-être, lui, les moyens de prouver le fait positif inverse, il n'y aurait plus intérêt. La dialectique probatoire du débat judiciaire se trouverait complètement tronquée puisque les parties qui auraient la possibilité d'établir des faits positifs renonceraient à le faire pour gagner leurs procès. En bref, imputer la charge de la preuve au plaideur pour qui le fait est positif, est avant tout un moyen d'éviter la paralysie du débat judiciaire. Tel est bien, croyons-nous, le sens de l'article 1315. L'existence de l'obligation est un *fait positif* pour celui qui réclame l'exécution (art. 1315 al 1^{er}) ; pour son adversaire, il se serait agi de prouver l'inexistence : ce qui aurait été délicat. De même, dans la perspective de celui qui réclame le paiement, le dit paiement est un fait positif (art. 1315 al 2) : pour son adversaire, il aurait fallu prouver le non-paiement, ce qui aurait été une *probatio diabolicum* dans la plupart des hypothèses. En n'exigeant que la preuve de faits positifs, l'art. 1315 C. civ. évite la paralysie du débat et incite les parties à collaborer à l'émergence de la vérité.

La jurisprudence luxembourgeoise confirme la solution. Un arrêt de 1959 illustre même brillamment l'idée que le demandeur ne doit prouver que les faits positifs nécessaires à l'établissement de son droit, à l'exclusion des faits négatifs conditionnant sa non destruction : « *La victime d'un accident de circulation survenu au cours d'un transport bénévole n'a qu'à rapporter la **preuve positive** d'une faute ou d'une négligence du conducteur, mais non pas, la **preuve négative** de l'absence d'une avarie mécanique du véhicule, d'un malaise subit ou d'une syncope du conducteur ou de toute autre circonstance purement hypothétique.* » (CA 20 oct 1959, 18, 11). Dans le même sens, Maître Olivier POELMANS a donné une longue récollection des solutions applicables en droit des obligations¹¹⁷ ; or, les nombreuses décisions rapportées confirment largement que le juge luxembourgeois n'exige des plaideurs que la preuve de faits positifs. L'adage *Actor incumbit probatio* n'est pas forcément respecté : la preuve peut être imputée au défendeur. Par exemple, le maître de l'ouvrage refusant de payer une facture parce qu'il conteste la commande (fait positif contesté) doit prouver la commande, la charge de la preuve lui incombe (JP Lux 3 mai 1000, Conf St Yves, 2002, p. 37). Selon une décision, « *le défendeur à une action en divorce qui soulève la fin de non-recevoir résultant de la réconciliation doit rapporter la preuve de la réconciliation si la partie demanderesse en nie l'existence* » (CA 8 nov 1960, 18, 219). De même un héritier prétendant s'être libéré de son obligation de remboursement grâce à des paiements doit prouver ces paiements (CA 25 nov 2009, 35, 40). En responsabilité du fait des choses, lorsque la présomption de responsabilité ne joue pas, c'est le rôle

¹¹⁵ Cf. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique* [...], op.cit., n° 86, p. 89.

¹¹⁶ Cf. V. BOLARD, *thèse préc.*, no 237.

¹¹⁷ V. p. ex. O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg*, op. cit., p. 495 à 506.- L'auteur écrit certes que « *La partie qui a la charge de la preuve en vertu de l'article 1315 du Code civil doit également apporter la preuve des faits négatifs dont elle se prévaut* ». Mais aucune décision n'est citée et il faut sans doute comprendre que l'auteur évoque la solution retenue en Belgique.

actif de la chose qui doit être prouvé (CA 4 juil 2007, n° 31826, BIJ 2008, p. 40). En bref, la charge de la preuve est imputée au plaideur dans la perspective duquel le fait contesté est un fait positif.

Comme en matière pénale, la charge de la preuve permet au juge d'orienter son incertitude, de préciser l'objet du doute : elle lui indique quelle doit être son hypothèse de départ, celle dont il devra éprouver la certitude. *De plano*, le juge civil a le choix entre deux thèses opposées : p. ex. le demandeur allègue que le contrat *n'a pas été exécuté* ; le défendeur affirme qu'il y a eu *exécution*. Le juge n'a pas besoin de certitude du fait négatif (l'inexécution) : s'il pense qu'il y a eu inexécution il condamnera le défendeur qu'il ait ou non un doute sur ce point. Son hypothèse de départ doit au contraire être l'existence du fait positif (l'exécution) : c'est à propos du fait positif que le juge doit acquérir une certitude, c'est donc la fait positif elle qui doit être soumise au doute. Sa recherche de vérité est donc là encore univoque : elle ne vise qu'à acquérir une certitude d'une seule hypothèse (le fait positif) ; une certitude concernant l'hypothèse inverse (le fait négatif) serait sans intérêt. Le parallélisme est net avec le juge pénal qui, nous l'avons noté ne doit pas questionner la certitude de l'innocence (l'absence d'infraction), mais celle de la culpabilité (l'existence de l'infraction). Le droit pénal connaît certes une limite justifiée lorsqu'on exige de l'accusation la preuve de l'absence de fait justificatif : mais elle est fondée sur la présomption d'innocence qui n'a pas cours en droit civil. En matière civile, le juge doit donc toujours faire porter le doute sur le fait positif (l'existence du contrat, l'exécution) : c'est le plaideur qui invoque le fait négatif (l'inexistence du contrat, l'inexécution) qui a le bénéfice du doute.

Encore faut-il évaluer l'intensité de ce doute. L'intensité du doute à exclure - ou inversement le degré de certitude à atteindre - déterminera l'étendue de l'obligation du demandeur : le poids du fardeau. En l'occurrence, le *standard of proof* est en principe le même qu'en droit pénal : c'est la certitude au-delà du doute raisonnable¹¹⁸. On déplore parfois son intensité en procédure civile alors que la matière n'implique pas le même enjeu de droit fondamental que dans le procès pénal. Pour autant, il n'est pas certain que l'adoption d'un système probabiliste analogue à celui des pays de *common law* soit souhaitable. Pour que l'évaluation d'une probabilité de 49 ou de 51 pour cent ne donne pas lieu à des appréciations totalement subjectives, il faut que la jurisprudence fasse l'objet d'une régulation extrêmement stricte. Or, si les pays de *common law* connaissent une telle régulation grâce à la règle du précédent et à une obligation de motivation extensive, il n'en va pas de même en droit continental. Par ailleurs, les règles qui gouvernent la preuve civile reposent déjà sur un largement sur des probabilités implicites. De plus, pour les cas les plus délicats, le critère du doute raisonnable connaît des assouplissements : la jurisprudence se contente parfois d'une preuve réduite lorsque la preuve est par nature difficile à rapporter¹¹⁹. A titre d'exemple, on peut citer une décision luxembourgeoise selon laquelle : « *En matière d'assurance contre le vol, il n'y a pas lieu d'exiger de l'assuré une preuve rigoureuse, alors que généralement le vol et les circonstances qui l'entourent ne laissent pas de traces de nature à permettre une preuve matérielle, tangible et positive. Il convient par conséquent de se contenter de probabilités en ce sens que l'assuré doit simplement créer à son profit une apparence en établissant la vraisemblance du sinistre et de ses conditions à l'aide de simples présomptions, et même de façon indirecte, par l'exclusion de toute autre hypothèse.[...]* » (CA 30 oct 1985, 26, 362). Cependant, il arrive aussi que la jurisprudence exige une certitude allant au-delà de l'exclusion du doute raisonnable. Ainsi, une décision récente semble avoir exigé une certitude exclusive du moindre de doute (CA 21 déc 2011, n° 31982). M. le Président T. HOSCHEIT fait remarquer que la solution aboutirait à exclure des preuves scientifiques très fiables (comme l'expertise génétique en matière de filiation) qui impliquent néanmoins toujours une marge d'erreur résiduelle¹²⁰. En bref, il faut s'en tenir au critère du doute raisonnable.

Astreint au doute raisonnable, le juge devra examiner les preuves afin de vérifier si elles lui permettent ou non d'acquérir une certitude quant à la véracité des faits positifs, pertinents et contestés.

¹¹⁸ MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 65 p. 64 ; P. KINSCH, *Probabilité et certitude dans la preuve en justice*, JT Lux 2009, n° 2, p. 37

¹¹⁹ P. KINSCH, *ibidem*

¹²⁰ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 345.

23. L'admissibilité des modes de preuves.- A cet égard, il devra commencer par vérifier si les éléments à sa disposition constituent des preuves recevables. Par contraste avec la matière pénale, les différents modes de preuves et leur recevabilité font l'objet d'une réglementation extensive en matière civile. Cette réglementation pourrait être perçue comme un obstacle à l'émergence de la vérité. Mais, en réalité ces règles en cause reposent généralement sur des présomptions raisonnables de vérité.

Le principe de la preuve littérale.- Il en est ainsi au premier chef du principe de la preuve littérale qui domine la matière. Ce principe énoncé à l'art. 1341 du Code civil signifie que les actes juridiques doivent être prouvés par le truchement d'une preuve parfaite, la preuve par témoins étant exclue. Lorsque la preuve littérale est exigée, le raisonnement du juge doit se faire par exclusion : aucun mode de preuve n'est envisageable sinon une preuve littérale.

La liste des preuves littérales correspond à un *numerus clausus*¹²¹ elles sont visées aux articles 1317 et s. du Code civil. Ces modes de preuve sont en outre réglementés. Le premier visé est l'acte authentique établi par un officier public (acte notarié, jugement, etc.) régi par les art. 1317 et sq.. Le second est l'acte sous seing privé visé aux articles 1322 sq. C.civ. Il peut être établi sous forme électronique (art. 1322 1 sq. C. Civ). En troisième lieu, certaines copies d'actes authentiques valent preuve littérale quand l'original a disparu (art. 1335 sq.). Il faut aussi faire mention, en quatrième lieu, des copies d'acte sous seing privé régulés par les articles 1333 et sq, tel que modifiés par une loi de 2000. En cinquième lieu, on peut évoquer la valeur probatoire limitée des papiers domestiques (art. 1331)¹²². En sixième lieu, les actes reconnaissifs et confirmatifs sont visés aux articles 1337 sq. En septième lieu, l'aveu judiciaire vaut preuve littérale (art. 1356 C. civ ; Cass Fr.Civ 1, 28 janv 1981, B. n° 33)¹²³. Un malentendu pourrait résulter de l'affirmation que l'aveu ne peut porter que sur un fait¹²⁴. Cette affirmation est exacte en ce sens que le juge a l'obligation d'appliquer la règle de droit aux données de fait objet de l'aveu (*Jura novit curia*) : mais le Fait ainsi entendu en son sens méthodologique englobe les actes juridiques et les faits juridiques ; l'obligation de requalifier porte sur les deux (art. 61 NCPC). L'acte dans sa dimension factuelle –le consentement donné- pourrait très bien faire l'objet d'un aveu judiciaire et il aurait alors valeur littérale. En revanche, l'aveu extrajudiciaire n'est pas une preuve littérale autonome : il n'a pas valeur littérale s'il est oral (art. 1355)¹²⁵ ; s'il est écrit sa valeur est celle de l'écrit¹²⁶. Finalement, le serment décisoire vaut preuve littérale (art. 1363 C. Civ).

Ce système aurait certainement périclité depuis longtemps s'il ne reposait sur une évidente présomption de vérité. Les membres de la société civile ayant effectivement l'habitude de concrétiser leurs accords par un écrit afin de s'assurer de leurs droits, l'absence de constatation écrite d'un acte justifie que l'on doute de sa réalité : la preuve par témoins d'un acte juridique est *a priori* suspecte. Faute de preuve littérale, la probabilité penche donc nettement vers l'inexistence de l'acte. Certes pour que le calcul probabiliste soit raisonnable, il doit tenir compte de l'évolution des habitudes sociales : ce qui justifie la prise en compte de la preuve électronique, ou celle des copies. De plus, il semble susceptible d'exceptions.

Les tempéraments.- Mais, précisément, de nombreux tempéraments sont admis à l'exigence de preuve littérale. Nous évoquerons les plus significatifs :

➤ **Faits juridiques.-** Comme le principe ne régit que les actes, les faits juridiques peuvent être prouvés librement (CA 14 juil 2004, n° 26588). Par exemple, l'inexécution du contrat est considérée comme un fait juridique (CA 7 juin 2007, n° 31464, BIJ 2008 p. 156). On justifie facilement l'exception par l'absence d'habitus, et souvent l'impossibilité, de se pré-constituer une preuve en matière de faits juridiques : la présomption de vérité deviendrait une utopie ; elle disparaît donc.

¹²¹ Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 2ème éd., n° 195.

¹²² O.POELMANS, op. cit., p. 429.

¹²³ Ph. MALAURIE & P. MORVAN, op. cit., n° 205.

¹²⁴ O.POELMANS, op. cit., p. 456.

¹²⁵ Une décision ancienne conférait cependant la même valeur probante à l'aveu extra judiciaire non contesté en vertu d'un pouvoir d'appréciation souverain des juges (CA 13 janv 1954, 16, 74).

¹²⁶ La jurisprudence actuelle opère une distinction : l'aveu écrit a la force probante de l'écrit qui le contient ; mais l'aveu oral ne vaut pas preuve littérale -O.POELMANS, op. cit., p. 456-

- Montant inférieur à 2500 EUR.- L'exigence de l'écrit ne vaut que pour les actes importants d'un montant supérieur à 2500 EUR. Ce constat est lui aussi significatif de la présomption de vérité qui sous-tend la règle : lorsque l'enjeu est faible, la probabilité que l'acte ait pu être passé sans précaution devient plus importante. Mais le raisonnement ne tient plus si la demande a été réduite : c'est pourquoi l'allégation initiale d'un montant supérieur justifie le maintien de la présomption (art. 1343 C. civ).
- Tiers à l'acte.- L'exigence de l'écrit est exclue pour les tiers à l'acte qui peuvent le prouver par tous moyens. Là encore, ceci se justifie par l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de se pré-constituer un écrit¹²⁷ : l'application de la présomption serait irréaliste.
- Commencement de preuve.- Même pour les parties à l'acte, la preuve redevient libre lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347). L'existence d'un tel commencement inverse la probabilité. En principe, il s'agira d'un « *écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* ». Mais nous avons déjà signalé que le commencement de preuve peut aussi résulter de déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, de son refus de répondre ou de son absence de comparution. La nécessité que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué est entendue strictement : « *Des documents qui se prêtent aussi bien à l'interprétation que leur donne le demandeur qu'à une interprétation contraire, ne peuvent être retenus à cet égard, la vraisemblance n'étant pas une simple possibilité. Spécialement, la signature apposée sur des bons de livraison ne certifiant rien d'autre que la réception des objets y détaillés n'est pas nécessairement de nature à rendre vraisemblable l'existence d'un contrat de vente entre les parties litigantes* » (CA 2 juil 1985, 26, 356). Le commencement de preuve doit être complété par d'autres éléments (TAL 10 janv 2010, n° 105435). Une décision apporte des précisions à ce sujet : « *S'il est exact que les présomptions rendues admissibles par un commencement de preuve par écrit doivent découler d'un ensemble de circonstances indépendantes de celles résultant de l'acte lui-même, il en est autrement si l'acte écrit indique clairement la nature de l'obligation, l'étendue et l'engagement souscrit et n'est irrégulier qu'au regard des formalités de l'article 1326 du Code civil. Un commencement de preuve par écrit constitué par un acte non signé contenant un engagement unilatéral peut être complété par la preuve que l'acte émane de celui auquel on l'oppose et exprime la volonté de celui-ci de s'engager unilatéralement.* » (Cass. 21 mars 1991, 28, 136).
- Art. 1348- Impossibilité de prouver par écrit.- D'autres exceptions sont prévues à l'article 1348 notamment en cas d'impossibilité matérielle ou morale de prouver par écrit. Une application originale en fut faite à une vente à la criée : « *En cas de vente publique d'immeubles, le fait des circonstances et la technique de la criée laissent nécessairement s'écouler un certain laps de temps entre la dernière criée et l'adjudé d'un côté, la rédaction et la signature de l'acte d'adjudication de l'autre côté. Il s'ensuit que lorsque l'un des vendeurs refuse de signer l'acte d'adjudication, les autres parties à l'acte peuvent prouver le consentement donné par le non-signataire à l'adjudication par la voie testimoniale, alors qu'elles se sont trouvées dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve littérale de ce consentement* » (CA 8 nov 1960, 18, 213). La perte de l'écrit par force majeure ou cas fortuit justifie également le recours à la preuve testimoniale.
- Renonciation à l'art. 1341 C. civ.- Par ailleurs, l'exigence de l'écrit n'est pas d'ordre public. La jurisprudence admet même qu'il puisse y avoir renonciation tacite : « *Constitue une renonciation tacite à invoquer les dispositions de l'article 1341 du Code civil la participation sans protestation ni réserve à une expertise, ceci impliquant l'accord de la partie en vue de la recherche d'indices ou de présomptions* » (CA 9 juin 1986, 27, 47).
- Preuve de la fraude.- Enfin une interprétation *a contrario* de l'art. 1353 C. civ. conduit à admettre que la preuve de la fraude peut être apportée par toutes voies de droit (CA 1^{er} août 2003, 32, 585)¹²⁸

Lorsque ces exceptions s'appliquent, le principe redevient celui de la recevabilité des modes de preuve. Les modes de preuve parfaites ne seront évidemment pas exclus pour autant. Mais les autres éléments deviendront également recevables : preuves par témoins, aveu extra-judiciaire, serment supplétoire, présomptions légales ou du fait de l'homme¹²⁹, etc. Nous n'évoquerons pas en détail la régulation de ces modes de preuve mais nous contenterons de signaler qu'elle est interprétée très soupagement par la jurisprudence. A titre d'exemple, le NCPC prévoit une série de conditions de forme

¹²⁷ En ce sens O.POELMANS, op. cit., p. 509.

¹²⁸ O.POELMANS, op. cit., p. 545- 546.

¹²⁹ V. O.POELMANS, op. cit., n° 450.

applicable aux attestations testimoniales (art. 402 NCPC). Mais, faute de sanction légale, on peut se demander si la nullité formelle est possible puisqu'elle dérogerait à la règle pas *Nullité sans texte*¹³⁰. En tout état de cause, la jurisprudence admet qu'une attestation irrégulière en la forme peut être prise en considération (CA 13 janv 1999, n° 20762). En bref, le principe de la liberté de la preuve influe nettement sur la recevabilité des preuves.

La preuve commerciale.- Le régime de la preuve commerciale doit faire l'objet d'une mention spéciale. Il est régi par l'article 109 du Code de commerce. Bien que le texte ne vise que les achats et les ventes, la jurisprudence lui donne une portée générale en l'appliquant à d'autres contrats (P. ex. un cautionnement : CA 20 juin 2002, DAOR, 2004, n° 70 ; ou un bail commercial TAL 9 juin 2006, N) 100270, BIJ 2007, p. 29). Il s'applique entre commerçants ; en revanche, pour les actes mixtes, le non commerçant peut réclamer une preuve civile¹³¹. On affirme que l'article 109 C. Com consacre le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale¹³². Mais il nous semble qu'il faut apporter une nuance. Textuellement, l'article 109 donne une liste de modes de preuves. Cette liste comprend les actes publics, les actes sous signature privée, les bordereaux ou arrêtés des agents de change ou courtiers signés par les parties, la facture acceptée, la correspondance et les livres des parties. L'ambiguïté ne résulte que du dernier mode de preuve admis : l'art. 109 autorise « *la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* ». *De lega lata*, le recours libre ne se présente pas comme un principe mais comme une exception soumise à l'appréciation du juge. La jurisprudence luxembourgeoise semble bien l'avoir –originellement- entendu de cette façon. On peut ainsi citer une décision selon laquelle : « *Si, en matière civile, le juge ne peut pas rejeter la preuve testimoniale dans les cas où elle est admissible, lorsque des faits pertinents et concluants sont offerts en preuve, il n'en est pas de même en matière commerciale, alors qu'aux termes de l'article 109 du Code de commerce les engagements commerciaux se constatent par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. Il résulte de cette disposition qu'en cette matière le législateur s'est référé entièrement à la prudence et à la circonspection du juge qui doit user avec réserve de la faculté qui lui est accordée à cet égard, de manière à ne pas exposer trop facilement le créancier aux incertitudes ou aux abus de la preuve testimoniale* ». (CA 12 juil 1965, 20, 30). Cette prudence, sans doute moins sensible aujourd'hui, s'explique peut-être par le fait que les juges commerciaux luxembourgeois sont des magistrats professionnels.

Au reste, la plus grande originalité de la preuve commerciale réside probablement dans la recevabilité d'un mode de preuve particulier: la facture acceptée. A s'en tenir au texte de l'art. 109, son originalité n'apparaîtrait pas. Elle est le fait de la jurisprudence qui admet non pas seulement que l'acceptation vaut preuve mais qu'un simple silence¹³³ – non circonstancié- peut valoir acceptation de la facture. Il existe donc une obligation de protester à bref délai dans le chef du commerçant. La portée de l'acceptation dépasse la facture elle-même. Par exemple, un arrêt a admis : « *L'acceptation d'une facture constitue une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités d'un marché et, de plus, une manifestation d'accord sur la créance affirmée par le fournisseur en exécution de ce marché. Elle implique donc non seulement l'accord sur l'existence du contrat, mais également l'accord sur la conformité de la fourniture avec les qualités promises.* » En outre, la jurisprudence tend à systématiser la règle en l'étendant à la correspondance : « *[...] entre commerçants, et pour affaires de commerce, le destinataire d'une lettre accepte le contenu de celle-ci s'il ne proteste pas à bref délai.* » (CA, 20 avr 1994, n° 15509). En définitive, Me Olivier POELMANS présente « *l'acceptation par le silence* » comme un mode de preuve autonome en matière commerciale¹³⁴. Cependant, le silence – non circonstancié- ne semble pas généralement conçu comme valant acceptation dans le commerce international. Il n'est pas donc certain que ce mode de preuve favorise réellement la vérité judiciaire.

¹³⁰ Monsieur le Président HOSCHEIT semble en admettre la possibilité tout en signalant que l'irrégularité formelle n'a pas à être soulevée d'office - T. HOSCHEIT, op. cit., n° 724.-

¹³¹ CA 11 mai 2001, n° 36062 BIJ 2011, p. 178 ; TAL 6 juin 1966, 20, 206- Mais apparemment contra : CA 28 fév 1975, 23, 82

¹³² O.POELMANS, op. cit., p. 581 sq.

¹³³ O.POELMANS, op. cit., n° 470.

¹³⁴ O.POELMANS, op. cit., p. 592.

Autres limites à la recevabilité. - Il faut encore envisager deux cas d'irrecevabilité:

a) **Les preuves illicites ou déloyales.**- D'abord, les preuves illicites ou déloyales demeurent en principe irrecevables en matière civile¹³⁵. La question se pose cependant de la transposition en matière civile du revirement intervenu en matière pénal (*supra* n° 12 *in fine*). En réalité, deux décisions civiles postérieures au revirement excluent la transposition (TAL 12 fév. 2010, n° 120326 ; Trib. Trav. 8 oct 2009, cité in *Jurisnews Travail*, 2009/8, p. 183). Notons que, d'un point de vue logique, cette transposition ne s'impose pas nécessairement. Les motifs d'ordre public qui justifient les moyens vigoureux mis au service de la découverte de la vérité objective en matière pénale, ne se retrouvent pas avec la même intensité en matière civile, où seuls des intérêts privés sont en jeu. Si certaines fins peuvent justifier certains moyens, les fins privées poursuivies par les plaideurs semblent moins essentielles en matière civile. M. le Président Thierry HOSCHEIT, quant à lui, envisage une voie médiane : il se dit favorable à l'irrecevabilité de la preuve illicite, mais défavorable à l'irrecevabilité de la preuve déloyale pour deux raisons : « *D'une part, une obligation de loyauté qui ne serait pas délimitée par des contours précis laisserait trop de place, sinon à l'arbitraire, du moins à des appréciations subjectives trop divergentes pour pouvoir servir de guide [...]. D'autre part, à une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve dans le chef de l'une des parties s'oppose une obligation de loyauté pour le moins aussi importante dans la collaboration à l'administration de la justice et dans la découverte de la vérité dans le chef de l'autre partie. Et cet obligation trouve un début de fondement textuel dans l'article 60 du NCPC : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction... ». Or, les manœuvres mises en cause trouvent souvent leur raison d'être en grande partie dans la réticence d'une partie à collaborer activement et efficacement, partant dans une violation de sa propre obligation de loyauté. [...] »¹³⁶.*

b) **L'interdiction de se constituer une preuve à soi-même.**- Nous avons déjà noté que l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même était en recul en matière pénale. Le principe est largement écarté en matière commerciale (l'art. 109 admettant notamment la preuve par les livres de commerce). En matière civile, il connaît également des inflexions. Sur le fondement de l'art. 405 NCPC qui dispose que « *Chacun peut être entendu comme témoin [...]* », la CA juge qu'il faut interpréter restrictivement l'exclusion du témoignage des parties en cause et notamment qu'un simple lien de subordination avec l'une des parties ne justifie pas l'irrecevabilité du témoignage (CA 2 juil 2009, n° 3311). Mais l'administrateur délégué ne peut pas témoigner dans une affaire où la société est partie car il s'identifie à elle (TAL 13 juil 2008, n° 85804).

Cependant, les décisions les plus intéressantes se rapportent au conflit entre l'interdiction de témoigner dans sa propre cause et l'égalité des armes. Il faut à cet égard revenir sur la jurisprudence DOMBO BEHEER de la CEDH¹³⁷ qui, nous l'avons vu, applique l'égalité des armes au droit de la preuve. Dans cette affaire, était en cause la preuve d'une négociation intervenue entre deux sociétés. Le mandant d'une société avait pu témoigner ; mais le témoignage du représentant de l'autre société avait été exclu au nom de l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même car il se serait confondu avec elle. Le juge européen avait jugé la solution contraire à l'égalité des armes alors que l'un et l'autre avait agi sur un pied d'égalité pendant la négociation. La jurisprudence luxembourgeoise a été amenée à transposer la solution. Ainsi, dans une affaire d'accident de la circulation, la CA se fonda sur l'égalité des armes pour écarter le témoignage d'un conducteur non partie à l'instance puisqu'on interdisait à l'autre conducteur, également partie à l'instance, de témoigner (CA 8 juil 1998, 31, 53; v. ég. J. WIWINIUS, *op. cit.*, spéc. pp. 230 à 232). Sur ce fondement, elle rejeta les deux témoignages. Mais la jurisprudence n'est pas univoque. Dans une autre affaire d'accident de la circulation, un assureur avait fait entendre son assuré conducteur de l'un des deux véhicules en cause. La Cour refusa cette fois d'écarter le témoignage à la fois parce qu'il n'était pas décisif (il existait d'autres témoins) et parce, que l'assuré n'étant pas partie au procès, il n'aurait été pas dans une situation comparable à celle de l'autre conducteur¹³⁸. Ce second motif semble difficilement conciliable avec la jurisprudence de la CEDH qui applique le principe de l'égalité des armes à « *tous les*

¹³⁵ V. O. POELMANS, *op. cit.*, p. 489.

¹³⁶ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 655- 656.

¹³⁷ V. CEDH 27 oct 1993, *Dombo Bcheer B.V. C. Pays-Bas*, série A n° 274.

¹³⁸ CA 9 mai 2000, *Bulletin de l'AIDA, Assurance responsabilité*, n° 6, p. 115

intervenants du procès »¹³⁹. Pour autant d'autres décisions vont dans le même sens. L'une d'entre elles retient que l'arrêt DOMBO BEHEER «*ne permet [...] pas de retenir [...] qu'en consacrant [...] le respect de l'exigence de l'égalité des armes au détriment même, le cas échéant, du principe national de l'interdiction pour une partie de témoigner dans sa propre cause, la Cour de Strasbourg ait entendu créer des obstacles à la manifestation de la vérité [...]*» (CA 12 mai 2004, 32, 537). Mais il faut donner toute sa portée à ce motif remarquable : dans de telles hypothèses, le seul moyen de respecter l'égalité des armes sans faire obstacle à la manifestation de la vérité consiste, non pas à écarter les témoignages, mais à les accepter tous les deux. L'égalité est respectée dans les deux cas. Mais, s'agissant de la recherche de la vérité, il vaut mieux avoir deux preuves que de n'en avoir aucune. Une décision, qui doit être saluée, fait un pas dans cette direction (TAL 18 oct 2006, n° 1267/06) : elle admet que l'actionnaire à 50 % d'une société partie à la cause demeure tiers au procès et puisse être entendu comme témoin ; surtout, le Tribunal rattache la solution à l'égalité des armes : «*C'est d'ailleurs en ce sens que va la jurisprudence [DOMBO BEHEER]* ».

Précisons qu'une dérogation plus ouverte à l'*interdiction de témoigner dans sa propre cause* ne nous paraîtrait pas choquante, au moins lorsque l'égalité des armes est en cause. Quoi qu'on en dise l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même n'est pas un principe universel de procédure : son exclusion dans les pays de *common law* le prouve. Certes, la solution nouvelle impliquerait que les parties qui témoignent renoncent volontairement à leur droit de mentir et prennent le risque d'une poursuite pénale (comme c'est le cas en *common law*) : mais pourquoi ne pas leur en laisser la possibilité ? L'immunité de la défense est là pour protéger les parties : si elle les empêche de se défendre, elle perd tout son sens. L'intérêt au litige d'une partie ne lui fait pas perdre tout crédit¹⁴⁰, et ne la rend pas moins fiable que beaucoup de tiers intéressés qu'on laisse cependant témoigner, au nom d'une interprétation stricte de la notion de parties à la cause. Au reste, s'il s'agit d'atteindre la vérité, il n'y a pas de raison de renoncer à cette source d'information : ce qui est nécessaire – mais ceci est vrai pour tous les témoignages – c'est d'évaluer et d'éprouver la fiabilité de la source¹⁴¹.

24.- L'adjudication des preuves.- Comme le juge pénal, le juge civil ne peut accéder à une vérité relativement objective que s'il forme sa conviction en réalisant une synthèse des éléments externes qui lui sont soumis. Il doit donc non seulement prendre en considération les preuves recevables mais aussi tenir compte des opinions exprimées à leur sujet. Il cherchera à vérifier si ces preuves et ces arguments lui procurent ou non une *certitude excluant le doute raisonnable quant à la véracité des faits positifs, pertinents et contestés*. Mais sa démarche ne sera pas équivalente suivant qu'il sera soumis au régime de la preuve parfaite ou de la preuve testimoniale.

Régime de la preuve parfaite.- En régime de preuve parfaite, l'appréciation du juge porte largement sur l'application de règles de droit. La question à laquelle il doit répondre n'est pas savoir si tel fait est vrai mais si les conditions d'application de la règle de preuve sont remplies. Si tel est le cas, la vérité sera présumée : elle sera celle commandée par la règle. Ceci n'exclut pas que le juge doive apprécier objectivement l'application de la règle en s'astreignant au doute raisonnable. Mais même s'il suit une démarche objective, la vérité judiciaire qui en résultera demeurera tributaire de ces règles.

En tout état de cause, le juge doit appliquer les règles gouvernant la force probante. En principe, il ne peut donc admettre que l'acte est vrai s'il n'y a pas de preuve littérale. A l'inverse, s'il y en a une, il doit admettre que l'acte existe.

A supposer qu'il existe un conflit entre plusieurs preuves littérales, ces preuves sont hiérarchisées. On peut à cet égard donner quelques indications significatives :

¹³⁹ Cf. Mme FRICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., n° 212.24.- Le principe peut être étendu non seulement à un témoin -comme dans l'affaire Dombos Beheer- mais aussi à un magistrat indépendant - comme le commissaire du gouvernement- : qui est considéré comme l'« *adversaire objectif* » d'une partie simplement parce qu'il a donné un avis favorable à l'autre.- cf. CEDH 7 juin 2001, n° 39594/98, Kress c. France, spéc. par 81 & 82

¹⁴⁰ Au sujet des preuves à soi-même en général, M. le Président HOSCHEIT formule de très intéressantes remarques auxquelles nous renvoyons le lecteur -T. HOSCHEIT, op. cit., n° 656-

¹⁴¹ La valeur des témoignages s'éprouve au regard d'éléments externes, y compris d'autres témoignages : c'était le sens de la règle *Testis unus, testis nullus*. Il faut se souvenir du jugement de Suzanne.

- Le serment décisoire est la « *reine des preuves* »¹⁴²: il n'existe aucun moyen de prouver qu'il est faux (1363 C. Civ) ; de même de l'aveu judiciaire est une preuve absolue¹⁴³ qui « *fait pleine foi contre celui qui l'a fait* » (V. art. 1356 C. Civ.).
- L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. Sa remise en cause demeure donc possible. Mais il faut passer par une procédure lourde et complexe régie aux articles 310 à 347 du NCPC. Le texte ne vise d'ailleurs que le faux incident : il semble donc impossible d'attaquer l'acte authentique par voie principale au civil. S'agissant d'un acte authentique le faux peut être matériel ou intellectuel.
- L'acte sous seing privé a une valeur probante plus précaire car il ne vaut que pour autant qu'il ait été reconnu par celui à qui il est opposé (art.132 C. civ). Pour mettre en cause sa valeur probante, il suffit donc de le dénier. Sa force probante ne sera éventuellement rétablie qu'à l'issue d'une vérification d'écritures (art. 289 sq. NCPC). L'acte sous seing privé peut aussi être attaqué par voie d'inscription de faux : mais uniquement en cas de faux matériel, car en matière d'actes sous seings privé, le faux intellectuel n'est rien d'autre qu'une simulation. En tout état de cause, la conjonction des procédures de vérification d'écritures et de faux contre les actes sous seing privé suscite d'importantes difficultés alors que le domaine de ces deux procédures est mal délimité¹⁴⁴.
- Les copies d'actes ont une force probante à géométrie variable. Lorsque l'original existe, la copie ne fait foi que de façon précaire car l'original peut toujours être exigé (art. 1333). Lorsque l'original a été détruit, l'art. 1334 confère aux « *copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde[...] la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal* ». Malgré le texte, une décision de 2003 a affirmé que « *les copies d'actes sous seing privé sont dépourvues, en principe, de toute force probante* », tout en y dérogeant en matière commerciale (CA 29 oct 2003, 32, 597). Nous pensons que la formule est erronée. Le texte de l'art. 1333 pose bien le principe de la force probante des copies même si elle est précaire: « *Les copies, lorsque le titre original [...] subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre ou à l'acte, dont la représentation peut toujours être exigée.* » La demande de production du titre n'étant qu'une faculté, la copie peut faire foi en elle-même et c'est ce qui arrive le plus souvent.
- Les actes reconnaissifs et confirmatifs visés aux articles 1337 sq. ont une valeur littérale réduite et subordonnée à celle du titre original : « *Les actes reconnaissifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.* » (art. 1337).
- Les papiers domestiques ne valent preuve littérale que contre leur auteur (art. 1331)

Compte-tenu de ces règles, l'appréciation du juge est largement encadrée, ce qui favorise l'objectivité.

Le juge garde néanmoins une marge d'appréciation puisqu'il dispose traditionnellement d'un pouvoir d'interprétation souverain des actes juridiques. En particulier, une jurisprudence ancienne admet que « *Les articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des conventions constituent des conseils adressés aux juges, et non pas des règles impératives dont l'inobservation entraînerait la nullité de la décision.* » (Cass. 24 déc 1896, 4, 230). Une autre décision ancienne indique que le juge peut – aux fins d'interpréter les conventions- recourir à la preuve littérale : « *La disposition de l'article 1341 qui défend de prouver outre ou contre le contenu aux actes ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes n'empêche pas que, soit pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës d'un acte, soit pour fixer la portée et l'étendue des énonciations plus ou moins vagues qu'il renferme, on ne recoure à la preuve testimoniale de faits susceptibles d'être prouvés par témoins; en prouvant les faits propres à éclaircir les intentions des auteurs d'un acte, on ne fait usage de la preuve testimoniale ni pour en contredire la teneur, ni pour y ajouter ou y changer quelque chose.* » (Lux. 4 déc 1901, 6, 230; Diekirch 2 fév 1905, 7, 101). S'agissant de l'interprétation des actes, l'appréciation reposera donc à nouveau sur l'intime conviction du juge et le critère du doute raisonnable redeviendra le seul guide gouvernant la pensée du juge.

¹⁴² Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 206.

¹⁴³ Ph. MALAURIE & P. MORVAN, *op. cit.*, n° 205.

¹⁴⁴ V. BOLARD & F. FARJAUDON, *Remarques sur le concours de la vérification d'écritures et du faux incident civil*, Jurisnews, Drout civ 1 Proc civ, Vol 1- N) 3-4/2012.

Régime de la preuve libre. - La liberté du juge civil est beaucoup plus étendue si la preuve testimoniale est recevable. Mais ceci ne signifie pas pour autant qu'elle est aussi radicale que celle du juge pénal. D'abord, même lorsqu'elles ne sont pas nécessaires, les preuves testimoniales demeurent recevables. S'il existe une preuve parfaite, le juge devra en tenir compte. Par exemple, si un contrat commercial est prouvé par un acte sous seing privé, le juge ne peut remettre sa force probante en cause en se fondant sur une preuve testimoniale. L'article 1341 du Code civil dispose d'ailleurs expressément qu'« *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.* » Le juge devra aussi respecter la hiérarchie des preuves. Ensuite, même s'il n'existe pas de preuve littérale, d'autres règles peuvent s'imposer au juge. Par exemple, si les conditions de la présomption de paternité sont remplies, le juge affirmera la paternité : ce qui tiendra lieu de vérité. C'est donc seulement en l'absence de preuve parfaite et d'autre règle de preuve applicables que le juge civil devra se poser la question probatoire dans sa forme la plus pure : le fait (ou l'acte) est-il vrai ?

25.- En définitive, le système de la preuve civile repose sur un système de règles probabilistes fondées sur des présomptions de vérité raisonnables. Un tel système est certainement favorable à l'objectivité. Il traduit une conception relative et modeste de la vérité judiciaire.

B.- Le jugement, expression de la vérité judiciaire

25.- **Les voies de recours contre le jugement, ou l'objectivation de la vérité judiciaire.** - Doivent encore être évoquées les voies de recours qui permettent de remettre en cause la vérité judiciaire du juge civil et, en la passant au crible des opinions subjectives d'autres juges, de lui faire acquérir davantage d'objectivité. Pour autant, dans la mesure où la vérité du juge civil procède largement de l'application de règles, les mécanismes de recours qui permettent d'objectiver cette vérité ne présentent guère de spécificité. Nous nous contenterons ici de deux remarques.

D'abord, le risque de subjectivisme résidant du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond dans l'interprétation des conventions est soumis en France à un garde-fou : le contrôle, par la Cour de cassation, de la dénaturation des actes. A Luxembourg en revanche, ce garde-fou n'existe pas. La Cour de cassation luxembourgeoise refuse d'exercer un contrôle de la dénaturation. Ainsi, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi qui invoquait une « violation de l'article 1134 » tenant à ce que « *les juges du fond ont ajouté au contrat une distinction qu'il ne comportait pas* » au motif que : « *sous le couvert du grief de violation de l'article 1134 du Code civil, les demandeurs en cassation ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond des clauses du contrat d'agence, interprétation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation* » (C. Cass. 8 juil 2010, n° 46/10, n° 2771, p. 3). Un peu plus tard, la Cour de cassation eût à connaître d'un cas de dénaturation – vraisemblablement fondé¹⁴⁵ – qui portait cette fois, non pas sur un contrat, mais sur les écritures des parties. Le Parquet général indiqua dans ses conclusions : [la demanderesse] « *reproche en fait à la Cour d'appel d'avoir dénaturé ses conclusions. Or, contrairement à la Cour de cassation française et la Cour de cassation belge, votre Cour décide régulièrement que les juges d'appel apprécient souverainement les conclusions des parties, et que cette appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation* »¹⁴⁶. Bien qu'il se soit agi d'écritures et non de contrat, le parquet se référa à l'arrêt précité du 8 juillet 2010 rendu en matière contractuelle¹⁴⁷. Il semble donc que le refus de contrôle de la dénaturation ait une portée générale. Il n'en a pas toujours été ainsi¹⁴⁸.

Ensuite, dans une perspective plus optimiste, on peut évoquer le recours ouvert contre les ordonnances sur requêtes ordonnant des mesures d'instructions *in futurum*. Nous avons déjà signalé que la faculté de demander une mesure d'instruction par voie de requête supposait que soit établie la nécessité de déroger au principe de la contradiction. Il faut ajouter ici que cette dérogation n'est que temporaire.

¹⁴⁵ V. V. BOLARD, *La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier*, n° 19 para 1.

¹⁴⁶ Cass 10 mars 2011, n° 2815, p. 13.

¹⁴⁷ Cass 10 mars 2011, n° 2815, p. 13, note 18.

¹⁴⁸ V. Cass. 15 déc. 1925, 11, 225 qui admet le contrôle de la dénaturation en cas d'atteinte à l'ordre public.

Comme en France, la contradiction est rétablie *a posteriori* par une voie de recours, qui et en l'occurrence une action en la forme des référés¹⁴⁹. L'originalité luxembourgeoise tient à ce que ce recours est fondé exclusivement sur l'art. 66 NCPC: «*Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief*». De fait, le NCPC luxembourgeois n'a pas repris les dispositions de l'art. 496 sq. du CPC français. En l'absence de textes spéciaux, ce référé rétraction procède d'une transposition prétorienne des solutions françaises¹⁵⁰ : c'est un quasi recours nullité ! Au service de la contradiction, il procède évidemment d'un effort utile à l'objectivité.

27. L'autorité de la chose jugée, ou la portée de la vérité judiciaire.- Le relativisme assumé de la vérité judiciaire du juge civil, explique qu'elle se voie traditionnellement reconnaître un statut relativement modeste. Mais, à l'inverse de l'autorité de la chose jugée au pénal, le statut de l'autorité de la chose jugée au civil tend plutôt à se renforcer qu'à décroître. Si la vérité pénale devient plus modeste, la vérité civile est plus ambitieuse.

D'abord, l'autorité du jugement civil est une autorité relative qui ne vaut qu'entre les parties. Ceci n'exclut pas que le jugement civil soit opposable aux tiers –en tant que fait juridique- : mais il ne leur est pas interdit de remettre en cause cette vérité relative issue d'un procès auquel ils n'ont pas pris part. Nous avons signalé que le principe de la contradiction imposait ce relativisme. Mais, aujourd'hui, la vérité pénale supporte également la contradiction des tiers : l'autorité du criminel sur le civil n'est plus que relative. Un rééquilibrage s'est donc opéré entre vérité civile et vérité pénale.

Ensuite, les contours de la chose jugée au civil sont en principe mieux circonscrits que ceux de la chose jugée au pénal. Ceci tient à l'identité d'objet et de cause requise aux termes de l'article 1351C. civ.. Dans une décision récente, la Cour de cassation affirme que l'identité d'objet se réalise lorsque le juge s'expose à contredire une décision antérieure en affirmant un droit nié ou en niant un droit affirmé par la première décision¹⁵¹. Mais, s'agissant de la cause, un arrêt de la Cour d'appel de 2011 a pu laisser supposer que l'autorité de la chose jugée au civil cherchait à s'affranchir des frontières que lui impose l'art. 1351 C. civ. Ainsi, la Cour d'appel a jugé qu'une société, déboutée par un premier jugement d'une demande en dommage et intérêts contractuels¹⁵², ne pouvait réintroduire une demande en responsabilité délictuelle sans se heurter à l'autorité de chose jugée. Autrement dit, cette décision substituait une conception factuelle de la cause du jugement à la conception juridique, qui était traditionnellement admise. Elle transposait ainsi en droit luxembourgeois la jurisprudence Cesareo¹⁵³ de la Cour de cassation française. Les motifs des juges d'appel ignoraient les sévères critiques¹⁵⁴ adressées à cette jurisprudence qui, en étendant l'autorité de la chose jugée à des points non débattus, consacre une «*autorité de la chose non jugée*»¹⁵⁵. Cette jurisprudence malheureuse semblait, il est vrai, fondée sur un malentendu¹⁵⁶. Elle ne traduit manifestement pas un consensus jurisprudentiel. Un autre arrêt de la Cour de 2009 s'était lui clairement départi de la jurisprudence Cesareo en indiquant qu'il n'y avait pas de raison de «*suivre la Cour de cassation française dans tous ses errements*»¹⁵⁷.

Enfin, le modeste statut de la vérité judiciaire du juge civil se manifeste encore par l'autorité du criminel sur le civil, qui subordonne la vérité civile à la vérité pénale. Mais nous avons déjà relevé qu'il existait une tendance des juges civils à s'affranchir de la règle afin de laisser libre cours à leur

¹⁴⁹ T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1350 sq, spéc n° 1365.

¹⁵⁰ Comp. T. HOSCHEIT, *op. cit.*, n° 1365.

¹⁵¹ C. Cass 18 mars 2010, JTM 2011, n° 15, p. 76

¹⁵² Ou plus exactement interprétée comme telle par les juges car le fondement légal de la demande n'avait pas été précisé.

¹⁵³ C. Cass. Fr. AP, 7 juill. et 2006, no 04-10.672, rapp. CHARRUAULT, avis BENMAKHLOUF, BICC 15 oct. 2006, no 648, p. 37, D. 2006. 2135, note L. WEILLER, SJ 2007. II. 10070, note G. WIEDERKEHR, SJ 2007. I. 183, no 15, obs. S. AMRANI-MEKKI, RTD civ. 2006. 825, obs. crit. R. PERROT, Dr. et proc., nov.-déc. 2006, p. 348, obs. N. FRICÉRO, Procédures 2006, n° 201, obs. R. PERROT.

¹⁵⁴ Pour un bilan : v. V. BOLARD, JTLux 2012, n° 19, p. 19 sq., para 29 sq.

¹⁵⁵ V. not. S. GUINCHARD, *L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil*, Mélanges WIEDERKEHR, Dalloz 2009, p. 379 ; Ph. THÉRY, *rapport de synthèse, colloque 3 et 4 mai 2007, Regards croisés sur l'autorité de la chose jugée, Procédures, août-sept. 2007, p. 56 et s.* ; G. WIEDERKEHR, SJ G 2007 II 10070 ; G. BOLARD, *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme*, SJ G 2008, I. 156.

¹⁵⁶ : v. V. BOLARD, JTLux 2012, n° 19, p. 19 sq., para 29.

¹⁵⁷ CA 9 fév 2009, 34, 427

vérité (Cf. supra n° XX) : par exemple, un acquittement au pénal n'exclut pas une condamnation au civil sur le fondement de l'art. 1384 al 1^{er} du Code civil¹⁵⁸. On peut ajouter ici que cette solution procède justement d'une conception juridique de la cause du jugement pénal développée par le juge civil : elle contredit donc la jurisprudence *Cesareo*.

¹⁵⁸ CA 15 mai 1956, 16, 484, 6 janv 2004, n° 2/2004.