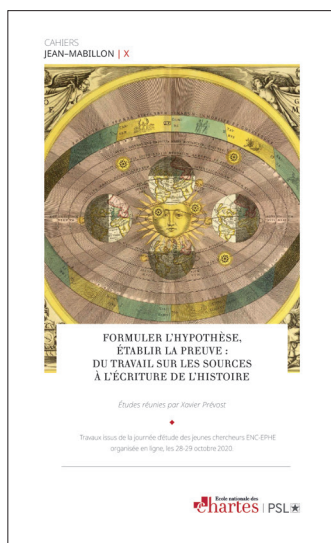




FORMULER L'HYPOTHÈSE, ÉTABLIR LA PREUVE : DU TRAVAIL SUR LES SOURCES À L'ÉCRITURE DE L'HISTOIRE

Travaux issus de la journée d'étude des jeunes chercheurs ENC-EPHE organisée au Campus Condorcet, les 28-29 octobre 2020.

Études réunies par Xavier Prévost.

École nationale des chartes

Date de mise en ligne : février 2026.

*Contenu mis à disposition selon les termes de la licence
Creative Commons : attribution, pas d'utilisation
commerciale, pas de modification.*

De la réduction du droit au procès pénal dans la comparaison des preuves historiques et juridiques

par XAVIER PRÉVOST ♦

De la réduction du droit au procès pénal dans la comparaison des preuves historiques et juridiques

XAVIER PRÉVOST ♦

Les initiateurs de la présente publication, ayant relevé l'importance de la question de la preuve non seulement en histoire, mais aussi en droit, ont eu l'idée d'en confier l'introduction à un historien du droit¹. Le rapprochement entre la preuve historique et la preuve juridique est en effet courant, et la bibliographie sur la question fournie. Si la contribution des juristes n'est pas négligeable, il semble que la majorité des travaux comparant la preuve en histoire et la preuve en droit provienne des historiens. Les écrits des juristes de droit positif sur la preuve font peu le rapprochement avec l'histoire, alors que les réflexions méthodologiques des historiens sur la preuve opèrent généralement une comparaison avec le droit. La séparation découle pour partie du positionnement différent de l'enjeu de la preuve dans les deux champs : alors qu'il s'agit de méthodologie pour le métier d'historien, la preuve est un problème avant tout technique pour la doctrine juridique, même si cela n'exclut pas complètement les réflexions théoriques sur le statut de la preuve en droit.

La preuve étant au cœur des enjeux méthodologiques de la discipline historique, cela explique qu'elle suscite de nombreux travaux : tout étudiant en histoire en a lu quelques-uns et tout chercheur en histoire en a médité de nombreux². Plutôt que de revenir longuement

¹ Je remercie les jeunes chercheurs et chercheuses ayant organisé le colloque de la confiance qu'ils m'ont accordée.

² Pour un panorama sur la preuve en histoire, voir Antoine Prost, « Preuve », dans *Historiographie. Concepts et débats*, t. II, éd. Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia et Nicolas Offenstadt, Paris, 2010, p. 853-861.

sur ces travaux, il me semble plus pertinent, en compagnie d'historiens, de partir de la question de la preuve en droit.

Plus précisément, il s'agira d'interroger le parallèle entre droit et histoire en matière de preuve en s'intéressant à la manière dont le champ juridique y est abordé. Cette approche permettra de montrer que la comparaison opérée entre droit et histoire concernant la preuve se fait au prix d'une double réduction du concept juridique de preuve.

I. Première réduction : la preuve en droit limitée à la preuve en justice

Dans le cadre de ses réflexions sur la preuve, l'historiographie compare régulièrement l'historien au juriste, et plus particulièrement au type particulier de juriste qu'est le juge. On le constate par exemple en lisant l'excellente notice consacrée à la preuve dans le *Dictionnaire de l'historien* :

Pour l'historien qui utilise la preuve, il s'agit moins de connaissance que de vérité. C'est la raison pour laquelle il partage avec le juge des modes de fonctionnement proches : l'un et l'autre s'appuient sur des preuves, parce qu'ils recherchent la vérité. De nombreuses similarités existent entre les preuves en justice et les preuves historiques, par exemple en ce qui concerne les témoignages³.

Pourtant, en droit, la preuve ne se limite pas à l'activité du juge. Les définitions générales de la preuve ne renvoient pas au procès, telles celles du dictionnaire juridique de référence :

1. Démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises ou requises par la loi.
2. Moyen employé pour faire la preuve ; mode de preuve⁴.

³ Claude Gauvard, « Preuve », dans *Dictionnaire de l'historien*, éd. Claude Gauvard, Paris, 2015, p. 551.

⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Association Henri Capitant, Paris, 11^e éd., 2016, v^o « preuve », p. 801.

En droit, la preuve ne concerne pas uniquement les situations contentieuses⁵. Pour faire valoir ses droits, il est fréquent qu'un particulier doive prouver certains éléments en dehors de tout litige ; par exemple dans ses rapports avec l'administration : pour obtenir un passeport, il faut prouver sa nationalité ; pour s'inscrire sur les listes électorales (et donc exercer son droit de vote), « il faut prouver soit son domicile ou sa résidence sur la commune, soit sa qualité de contribuable sur la commune, soit sa qualité de gérant ou d'associé majoritaire ou unique d'une société sur la commune »⁶. Il est aussi fréquemment nécessaire d'apporter des preuves juridiques dans des rapports entre particuliers : pour vendre un immeuble, il faut prouver sa propriété ; pour se marier, il faut prouver avoir atteint l'âge nubile.

Comme on le voit à travers ces exemples, même en dehors d'un procès, la preuve est souvent indispensable à l'effectivité des droits, ce que résume une célèbre formule citée dans tous les cours sur la preuve : *idem est non esse aut non probari*⁷ – adage qu'il serait sans doute difficile de transposer tel quel pour la méthode historique.

Dès lors, la comparaison entre le travail de l'historien et celui du juge constitue une première réduction de la réflexion sur la preuve, limitant celle-ci à la preuve en justice. Toutefois, cette réduction demeure faible, dans la mesure où le procès est le cadre privilégié d'intervention de la preuve. Même les juristes, lorsqu'ils raisonnent

5 « La preuve n'implique pas nécessairement le contentieux et encore moins le procès. Il est des situations non contentieuses dans lesquelles il est nécessaire de rapporter des preuves. Par exemple, l'obtention de documents administratifs d'identité suppose que le requérant établisse certains faits (date de naissance, lien de filiation, domicile, etc.). Ces demandes non contentieuses impliquant la preuve de certains faits peuvent d'ailleurs être adressées à un juge dans le cadre des actions gracieuses. D'une façon générale, il est fréquent que celui qui revendique un droit et entend l'opposer à un tiers, même si ce n'est pas devant un tribunal, doive étayer ses prétentions », Augustin Aynès et Xavier Vuitton, *Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle*, Paris, 2^e éd., 2017, p. 1.

6 Il s'agit de la formulation employée par le site officiel de l'Administration française : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1965> [consulté en décembre 2020].

7 Sur cette formule, voir par exemple François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 10^e éd., 2015, p. 473-474.

sur la preuve, considèrent principalement le cadre juridictionnel. Il suffit pour s'en convaincre d'ouvrir les manuels de droit de la preuve qui ne traitent généralement que de la preuve judiciaire, ainsi définie par l'un des ouvrages de référence :

La preuve en justice désigne les opérations et moyens visant à emporter la conviction du juge sur l'exactitude ou l'inexactitude d'une affirmation de fait dans une procédure juridictionnelle⁸.

Cette définition indique que la preuve en justice est à la fois une opération (le mécanisme par lequel on fait la preuve), un moyen (l'élément apportant la preuve) et un résultat (le fait prouvé). Elle met aussi en avant les débats entre deux grandes conceptions de la preuve judiciaire, qui ne sont pas sans lien avec les interrogations des historiens (comme le souligne la citation précédente du *Dictionnaire des historiens*) : la preuve permet-elle de déterminer la vérité des faits ou simplement d'emporter la conviction du juge ? La réponse, pour les auteurs du manuel, n'est pas le choix d'une des deux alternatives puisque :

ces deux aspects sont l'un et l'autre liés à la preuve en justice. D'une part, sous un angle prescriptif, on peut dire que le but du procès est de trancher les litiges par l'application des règles de droit à des faits vrais. La découverte de la vérité apparaît ainsi comme la dimension téléologique de la preuve, ce vers quoi elle doit tendre. D'autre part, sous un angle descriptif, il est également exact que la preuve se réalise concrètement dans le procès par des opérations qui aboutissent à forger chez le juge une conviction ; qu'il soit convaincu ou qu'il ne le soit pas, dans les deux cas il en tirera des conséquences, en décidant que le fait disputé est prouvé ou ne l'est pas. Ainsi la vérité constitue l'horizon de la preuve en justice et la conviction du juge en est le moyen concret⁹.

En admettant cette conclusion (« la vérité constitue l'horizon de la preuve en justice »), on peut faire un parallèle entre l'activité du juge et celle de l'historien. Toutefois, cela soulève alors une autre question : le concept de vérité est-il le même en droit et en histoire ? Et à travers cette question, c'est celle de la spécificité de la preuve

⁸ Étienne Vergès, Géraldine Vial et Olivier Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, 2015, p. 8.

⁹ É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve...*, p. 9.

judiciaire qui se pose. Ce point est fortement débattu, avec des positions tranchées. Par exemple, Giovanni Busino, dans son long article sur la preuve dans les sciences sociales, affirme explicitement :

La nature de la preuve juridique est très différente de la preuve historique ou de la preuve expérimentale. Entre la vérité scientifique, la vérité historique et la vérité judiciaire existe une incompatibilité radicale¹⁰.

Il faut également citer Yan Thomas qui, dans un article intitulé « La vérité, le temps, le juge et l'historien », soutient que :

lorsqu'ils ont à construire un fait, historiens et juristes ne s'appuient pas sur une même idée de la vérité. Ce dernier point est de loin le plus important. Il commande en grande partie la discussion. On dit communément que la vérité en histoire est affaire d'adéquation du jugement aux faits alors que, en droit, le jugement ne constate pas, mais déclare la vérité. [...] Avant que la "chose" n'ait été jugée, on pourrait croire que professionnels de l'histoire et professionnels du droit n'ont pas de mal à s'entendre, la réalité qu'il leur faut établir étant la même : la vérité ne semble tenir qu'à l'existence de cette "chose". Or c'est ici que surgissent les malentendus. Les faits traités par le droit et portés à la connaissance des juges n'ont aucune consistance propre, s'ils n'ont d'abord reçu leur signification d'une loi. En droit, la question de fait est toujours posée après la question de droit. [...] La factualité même du fait n'est pas de même nature pour les historiens et pour les juristes. Pour les historiens, elle s'impose d'emblée. Pour les juristes, elle est subordonnée à une signification

¹⁰ Giovanni Busino, « La preuve dans les sciences sociales », dans *Revue européenne des sciences sociales*, 41, 2003, p. 22, en ligne : <https://doi.org/10.4000/ress.377> ; il poursuit : « Le juge doit résoudre une *quaestio facti*, qui lui a été soumise par les parties (*nemo iudex sine auctore*), d'après une *quaestio juris*. Son activité, gouvernée par les lois positives, se borne à l'examen des faits qui lui ont été soumis (*iudex secundum allegata decidere debet ; quod non est in actis non est in mundo*). L'historien, par contre, choisit son sujet, formule ses questions et utilise tous les matériaux qu'il juge utile pour y répondre. Les caractéristiques de la preuve judiciaire ont pour fonction de faire naître une conviction sociale alors que la preuve scientifique vise à établir une vérité objective bien que provisoire, indifférente à l'utilité sociale. [...] La preuve juridique vise à légitimer les décisions de l'autorité et des institutions, à structurer des représentations comme celles d'adhésion, de faute ou encore de négligence. La décision judiciaire s'impose *inter partes* ; elle est la solution donnée à la controverse. Ce n'est jamais le cas en historiographie. Alors que le juge doit donner la solution aux questions qui lui ont été posées, l'historien peut suspendre son jugement et laisser à d'autres historiens la charge des questionnements et la quête d'autres archives ».

normative antérieure. Avant même d'être avérés, les faits sont qualifiés – qualifiés, donc préjugés¹¹.

La conception juridique de la vérité a donc une influence majeure sur le statut de la preuve judiciaire, comme le démontre bien Xavier Lagarde dans le numéro que la revue de théorie juridique *Droits* a consacré à la preuve :

Dans leur grande majorité, les auteurs [...] ne voient dans la vérité judiciaire qu'une vérité de second rang [...] ils l'opposent à la vérité historique. En effet, la preuve judiciaire se fait selon des procédures légalement organisées et conduit à des conclusions irrévocables ; sur ces deux points elle se distingue de la preuve historique. Ainsi, la nécessité juridique pour chaque juge de mettre un terme au litige dont il est saisi impose un sacrifice de l'idée de vérité. À quoi s'ajoute une nécessité pratique, la sécurité des transactions juridiques obligeant les parties à ces transactions à ne pas discuter de leur teneur une fois que celles-ci sont acquises. Vérité imposée, vérité convenue ; chargée de ces qualificatifs, l'idée même de vérité sort bien mal en point du traitement que lui inflige notre droit de la preuve¹².

Cette conception n'est toutefois pas unanime. D'aucuns affirment qu'il n'y a pas de différence de nature entre la preuve en justice et la preuve scientifique ou historique¹³. Toutes ces preuves sont établies dans le cadre de règles et obéissent à des raisonnements identiques.

Si la question de la différence de nature divise, il est en revanche certain que les contextes d'établissement de la preuve en droit¹⁴ et en

¹¹ Yan Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », dans *Le Débat*, 102, 1998 = id., *Les opérations du droit*, Paris, 2011, p. 261-262.

¹² Xavier Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », dans *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 23, 1996, p. 32.

¹³ Voir la synthèse présentée par É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve...*, p. 10-13.

¹⁴ Concernant la preuve judiciaire, Bruno Lesmesle écrit d'ailleurs : « À chaque époque, la préférence a été accordée à une preuve plutôt qu'à une autre mais ce n'est pas ce choix préférentiel qui offre un critère pertinent de différenciation. La différenciation ne repose pas sur la gamme des preuves disponibles, en dépit de son enrichissement à l'époque contemporaine avec l'avènement des preuves scientifiques : l'éventail demeure malgré tout assez peu ouvert. Ce qui compte est moins la nature de la preuve que la procédure mise en œuvre pour la rendre opérationnelle », Bruno Lesmesle, « Conclusion », dans *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, éd. Bruno Lemesle, Rennes, 2003, p. 265.

histoire différent. Ces différences contextuelles vont permettre de caractériser une seconde restriction du concept juridique de preuve dans le cadre des comparaisons effectuées avec la preuve en histoire. Déjà limités au seul procès, les rapprochements entre les démarches de l'historien et du juge ne s'intéressent qu'à la procédure pénale.

II. Seconde réduction : la preuve en justice limitée à la preuve en procédure pénale

Le sujet de la preuve en histoire a suscité de vifs débats historiographiques¹⁵. Certains auteurs, à partir du *linguistic turn* des années 1960-1970, ont remis en cause la pertinence de la preuve en histoire en apparentant l'histoire à la fiction. Ces travaux ont alors engendré d'importantes controverses sur le statut de la preuve, en particulier dans le cadre des rapports entre histoire et rhétorique. Parmi les réactions, l'une des plus stimulantes fut celle de Carlo Ginzburg, qui a publié une série de contributions fameuses sur la question : dès lors que l'on s'intéresse à la preuve en histoire, elles constituent des lectures indispensables.

Dans ces travaux, Carlo Ginzburg fait régulièrement la comparaison entre la preuve en droit et la preuve en histoire : c'est même l'objet d'un ouvrage à part entière, paru en italien en 1991 et traduit sous le titre *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*¹⁶. Le titre indique déjà la première réduction évoquée

¹⁵ Ces débats sont rapportés dans la plupart des travaux sur la preuve en histoire, voir, par exemple : C. Gauvard, « Preuve », dans *Dictionnaire...* ; Victor Ferry, « Le paradoxe de la preuve en histoire. Une approche rhétorique de l'écriture d'Arlette Farge », dans *Mots. Les langages du politique*, 95, 2011, p. 130-134, en ligne : <https://doi.org/0.4000/mots.20149> ; Charlotte Baratin, « Histoire, histoire ancienne. Réflexions sur le régime de la preuve. Tentative de refondation épistémologique ou reconfiguration disciplinaire ? », dans *Les cahiers du centre de recherches historiques*, 45, 2010, en ligne : <https://doi.org/10.4000/ccrh.3551>.

¹⁶ Carlo Ginzburg, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Lagrasse, 1997 ; 1991 pour la version italienne originale. Dans cet ouvrage, on relèvera notamment le passage suivant, p. 23-24 : « Pour moi, comme pour beaucoup d'autres, les notions de "preuve" et de "vérité" sont, au contraire, partie intégrante du métier d'historien. [...] Un historien a le droit de repérer un problème là où un juge rendrait un non-lieu. C'est là une divergence importante, qui suppose cependant un élément pouvant unir historiens et juges : l'usage de

précédemment, il n'est pas question ici de la preuve en droit, mais uniquement de la preuve en justice. Quant au procès Sofri, il s'agit d'une affaire pénale ayant défrayé la chronique italienne, et l'on voit donc que le rapprochement entre le travail de l'historien et celui du juge ne concerne ici que le champ criminel. Il en va de même d'un autre texte très important de Carlo Ginzburg : intitulé « Preuves et possibilités », il a été écrit pour accompagner la réédition de l'ouvrage de Natalie Zemon Davis consacré à l'affaire Martin Guerre¹⁷.

Cette célèbre affaire du mitan du xvi^e siècle concerne la réapparition dudit Martin Guerre huit ans après son départ du village d'Artigat, au sud de Toulouse. Le revenant reprend alors sa vie au sein de la communauté villageoise et partage le lit de sa femme pendant de longues années, avant qu'un procès ne vienne briser la belle histoire. Celui-ci démontre que l'individu revenu à Artigat n'est pas Martin Guerre, mais un imposteur nommé Arnaud du Tilh. Il n'est pas compliqué de se figurer comment les recherches sur cette affaire favorisent la comparaison entre le travail de l'historien et celui du juge. C'est ce que fait magistralement Carlo Ginzburg, qui souligne tant les rapprochements que les divergences :

[L]a tentative de saisir le caractère concret des processus sociaux à travers la reconstruction des vies d'hommes et de femmes de naissance modeste – tentative que l'on retrouve dans l'ouvrage de Natalie Davis – a bel et bien remis à l'honneur la proximité partielle entre l'optique de l'historien et celle du juge, ne serait-ce que parce que la source la plus riche pour les recherches de ce genre est précisément constituée d'actes provenant des tribunaux laïcs ou ecclésiastiques. [...] Il s'agit d'une documentation précieuse, quoique inévitablement insuffisante : l'historien se pose – et poserait aux

la preuve. Le métier des uns et des autres se fonde sur la possibilité de prouver, en fonction de règles déterminées, que x a fait y ; x pouvant désigner indifféremment le protagoniste, éventuellement anonyme, d'un événement historique ou le sujet impliqué dans une procédure pénale ; et y une action quelconque. Mais il n'est pas toujours possible d'obtenir une preuve ; et quand bien même on y arrive, le résultat relèvera toujours de la probabilité (fût-elle de neuf cent quatre-vingt-dix-neuf pour mille) et non de la certitude. Ici se greffe une divergence ultérieure, une de celles, nombreuses, qui marquent, au-delà de la contiguïté préliminaire dont avons parlé, la profonde séparation entre historiens et juges ».

¹⁷ Carlo Ginzburg, « Preuves et possibilités », préface à Natalie Zemon Davis, dans *Le retour de Martin Guerre*, Paris, 2008 ; 1984 pour la version italienne du texte.

accusés et aux témoins, s'il disposait d'une machine à remonter le temps – une infinité de questions que les juges et les enquêteurs du passé n'ont pas formulées et n'auraient d'ailleurs pas pu formuler. Il ne s'agit pas seulement de distance culturelle, mais de diversité des objectifs. À un moment donné, la gênante proximité professionnelle entre historiens ou anthropologues d'aujourd'hui et juges ou enquêteurs d'hier cède le pas à une divergence dans les méthodes et les objectifs. Ce qui n'empêche pas une superposition partielle des deux points de vue¹⁸.

Cette réflexion, aussi passionnante soit-elle, reste circonscrite au procès pénal. Cette réduction est bien plus importante que la précédente limitant la preuve en droit à la preuve en justice : si le procès constitue effectivement le cadre privilégié d'intervention de la preuve, le procès pénal n'en est que l'aspect le plus connu, mais en rien le plus important ou le plus représentatif. Ne raisonner sur la preuve en droit qu'à partir de la procédure pénale s'avère très restrictif et ne reflète pas fidèlement les enjeux juridiques de la preuve. On ne saurait se limiter à ce qui est visible par l'opinion pour comprendre ce qu'est la preuve en droit. De la même manière qu'on ne saurait résumer l'histoire aux historiens médiatiques, on ne peut réduire le droit au juge pénal (et donc la preuve en droit à la preuve dans le procès pénal).

La réflexion sur la preuve judiciaire est bien plus large, puisqu'elle dépend du type de procédure dans laquelle elle s'insère. La principale source de l'affaire Martin Guerre est d'ailleurs sur ce point explicite. Il s'agit de l'œuvre de l'un des juges de ce litige, Jean de Coras (1512-1572), jurisconsulte humaniste¹⁹, qui fut professeur de droit civil en France et en Italie, puis magistrat au parlement de Toulouse, où il eut à connaître du cas Martin Guerre. Le commentaire de l'arrêt du parlement, qu'il publia en 1561, « fut un étonnant succès

¹⁸ C. Ginzburg, « Preuves et possibilités », préface..., p. 12-13.

¹⁹ Sur l'humanisme juridique, voir *L'Humanisme juridique. Aspects d'un phénomène intellectuel européen*, éd. Xavier Prévost et Luigi-Alberto Sanchi, Paris, 2022 ; ainsi que le vaste bilan historiographique sur la pensée juridique de la Renaissance établi par Géraldine Cazals, « Une Renaissance. Doctrine, littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en France », dans *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 14, 2018, en ligne : <https://doi.org/10.35562/cliothemis.80>.

de librairie avec cinq rééditions »²⁰ ; succès renouvelé par celui du livre de Natalie Zemon Davis et du film réunissant Gérard Depardieu et Nathalie Baye, dans lequel Roger Planchon incarne Jean de Coras. Dans son ouvrage, si ce n'est dans le film de Daniel Vigne, Jean de Coras rappelle que la recevabilité des preuves en droit dépend de la procédure qui s'y applique [annotation LXII] :

Par tant que les mauvais, trop licencieux, et virulents, n'ont jamais espargné leur puante, et infaicte langue, à detracter des gens de bien, et de vertu, on ha veu souvent advenir que par leur venimeuses maledicences, un homme de bien, ha resté diffamé d'un fait, auquel il n'eust voulu penser pour sa vie, et neantmoins tel bruit, injustement espandu, le notoit, envers plusieurs personnes, trop proclives, à mal sentir, de leur prochain : selon l'opinion seule desquelles pourtant, ne seroit raisonnable juger ou condamner cet homme. Et ainsi es matieres civiles ; car un meschant homme, facilement pourroit faire semer un bruit de choses faulses pour servir à sa cause. Dont noz loix ont saintement ordonné, la preuve, par bruit et fame, n'estre pas entiere ; si ce n'est en certains cas, assemblez par noz interpretes, es lieux communs ; comme quand il est question, de prouver les bornes, et limites des terres. Ou de monstrier, quelques faitcz vieux, et anciens, excedans la mémoire des hommes. Ou bien de faire apparoir, que Jean est filz d'Antoine, Pierre, filz de François, ou autre filiation. Ou de prouver la mort de quelcun. Ou de mettre en evidence quelque autre chose, qui ne peut se prouver qu'à grande difficulté. Et bien qu'es matieres civiles, soit receu, que le bruit et renomnee, fait une demy preuve ; toutesfois es causes criminelles (desquelles nous parlons) ou bien es causes civiles, hautes, et graves, cela n'ha point lieu. Dont lors ne pourroit le juge, conjoindre ceste demy preuve, avec un tesmoing, pour la rendre pleine, et entiere²¹.

Jean de Coras, avec une série d'exemples choisis, explique à son lecteur que la commune renommée est une preuve qui peut parfois être reçue en matière civile, alors qu'elle ne le sera jamais en matière pénale. En effet, au ^{xvi}^e siècle comme aujourd'hui, les règles de preuve diffèrent entre les procédures civiles et pénales.

²⁰ Jacques Poumarède, « Coras (Corasius) Jean de », dans *Dictionnaire historique des juristes français (xii^e-xv^e siècle)*, éd. Patck Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, Paris, 2015, p. 266.

²¹ Jean de Coras, *Arrest mémorable du parlement de Tolose, contenant une histoire prodigieuse de notre temps avec cent belles et doctes annotations*, Lyon, 1561, p. 66.

Très schématiquement, même si les différences tendent de plus en plus à s'estomper²², ces deux procédures relèvent de deux systèmes de preuves distincts :

[Le] droit [positif français] à cet égard oscille entre deux systèmes différents : soit que la loi exige que la preuve soit faite par certains moyens qu'elle désigne précisément et qui ne laissent au juge aucun pouvoir d'appréciation – c'est le système dit de la *preuve légale* ; soit qu'au contraire la preuve soit libre – système dit de la *preuve morale* – comme l'est, du même coup, l'appréciation du juge qui statue alors par *intime conviction*, c'est-à-dire conformément aux convictions que lui ont inspirées les preuves rapportées par les parties. Le droit français ne consacre en aucune matière un pur système de preuve légale. L'opposition se fait plutôt entre le *droit civil*, caractérisé par un *système de preuve mixte* (pour partie preuve légale, pour partie preuve morale), et des systèmes plus proches de la *preuve morale*, que consacrent le droit pénal, le droit commercial et le droit administratif²³.

Cette distinction recoupe en partie celle qui distingue les systèmes de preuve selon que la procédure est accusatoire ou inquisitoire²⁴. Lorsque la procédure est accusatoire, il appartient aux parties de réunir les preuves et de les présenter au juge, qui n'a alors qu'un rôle passif : « il doit départager les parties en prenant appui sur les preuves que chacune présente. Toute preuve étant associée à une partie, une intervention active de sa part serait perçue comme un défaut de neutralité »²⁵. Il en va différemment dans une procédure inquisitoire – telle celle du procès pénal – dans laquelle le juge joue un rôle actif dans la réunion des preuves : comme l'indique son

²² « Il paraît manichéen d'opposer le procès pénal, tourné vers la vérité, et le procès civil, tourné vers la sécurité. [...] Les procédures pénales, administratives et civiles se rejoignent peu à peu, sur le principe selon lequel on ne peut bien juger que si l'on connaît le mieux possible les faits à propos desquels il convient d'appliquer la règle de droit. Ainsi, l'aptitude technique du droit, à travers les preuves, à tendre vers la vérité est une condition du bien-jugé », F. Terré, *Introduction générale...*, p. 474-475.

²³ Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, 14^e éd., 2012, p. 238.

²⁴ Voir la présentation synthétique donnée par É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve...*, p. 78-80.

²⁵ É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve...*, p. 79.

appelation, dans cette procédure, le juge enquête. À travers cette distinction, on constate nettement que si le travail de l'historien peut – au moins partiellement – être rapproché de celui du juge pénal, il se distingue très nettement de celui du juge appliquant une procédure accusatoire.

Par la mise en avant de cette double réduction, le propos n'est pas de nier la pertinence du rapprochement entre la preuve en droit et la preuve en histoire pour comprendre la nature de la preuve et son statut dans ces deux domaines, mais de montrer la limitation couramment opérée par l'historiographie lorsqu'elle effectue ce rapprochement.

Carlo Ginzburg affirme très justement que « réduire l'historien au juge, c'est simplifier et appauvrir la connaissance historique ; mais réduire le juge à l'historien, c'est pervertir irrémédiablement l'exercice de la justice »²⁶. J'ajouterais que réduire le juriste au juge pénal, c'est simplifier et appauvrir la connaissance juridique, dont on mesure toute la complexité quand on l'aborde à travers la question de la preuve. C'est là l'un des grands intérêts du colloque ici publié : que la jeune recherche nous permette de mieux comprendre la preuve dans toute sa complexité.

XAVIER PRÉVOST

Professeur d'histoire du droit
à l'université de Bordeaux (IRM – UR 7434)
Membre junior de l'Institut universitaire de France (IUF)

²⁶ C. Ginzburg, *Le juge et l'historien...*, p. 121.