
Ljupcho Grozdanovski

**L'influence de la Rhétorique d'Aristote sur
la pensée juridique de la preuve indirecte**

Sonderdruck aus/Tiré à part de

**COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS HELVETICAE**

Band/Tome XII

Herausgegeben von/Edité par

Felix Hafner
Andreas Kley
Victor Monnier

Nicht im Handel/Hors commerce



Stämpfli Verlag • 2014

Ljupcho Grozdanovski*

L'influence de la Rhétorique d'Aristote sur la pensée juridique de la preuve indirecte

Introduction

Des écrits médiévaux relatifs aux preuves indirectes et aux présomptions¹ ont, comme point de départ, la *Rhétorique* d'Aristote².

Un juriste pourrait être heurté par le fait que ce soit la rhétorique, en tant qu'art de convaincre, qui soit, historiquement, la source de la pensée juridique sur la preuve. Les positivistes auraient, en effet, tendance à considérer que la source *exclusive* de la preuve est la loi : c'est elle qui définit les moyens et modes de preuve, et détermine la valeur probante des différents types de preuve. Cependant, à lire les historiens contemporains en la matière, il semble être peu contesté que la rhétorique et la preuve ont d'indéniables 'liens de parenté'³, si l'on conçoit la preuve non du point de vue purement *légal*, mais du point de vue *logique*.

Dès lors qu'elle doit, en principe, reproduire aussi fidèlement que possible des faits litigieux, la preuve ne saurait être réduite à une simple reproduction machinale des faits ; elle doit *convaincre* un juge compétent qu'un fait est survenu ou non. En ce sens, outre la dimension procédurale, elle comprend – nécessairement – une dimension *logique* ou *argumentative* : il ne suffit pas de seulement produire des pièces pouvant établir l'existence d'un fait ; encore faut-il que ces pièces soient *argumentées* de manière à persuader un juge de la vérité des allégations des parties au litige.

* Doctorant, assistant de recherche, au Centre d'études juridiques européennes (CEJE), Faculté de droit, Université de Genève.

¹ Alciati, Andrea, *De praesumptionibus*, Francfort, 1580, 523 p., Menochius, Jacobus, *De praesumptionibus, conjecturis signis et indiciis, tam civilibus quam canonicis*, Genève, Cramer, Perachon et Cramer fils, 1724, 592 p.

² Aristote, *Rhétorique*, trad. du grec de Jean Lauxerois, Paris, éd. Pocket, coll. Agora, 2007, 286 p.

³ Voir par exemple, Giuliani, Adolfo, « *Civilian treaties on presumptions, 1580-1620* » in *The Law of presumptions : essays in comparative legal history*, Helmholz, R.H. / Sellar, W. David H. (éd.), Berlin, Dunker & Humbolt, 2009, 252 p., pp. 21-72, spécialement p. 37 : « *we realise that the most appropriate instruments of analysis are not to be found in legal science, which is unable to provide the appropriate categories, but in other disciplines, and primarily in rhetoric. What treaties on presumptions make clear is that their subject matter extends beyond the boundaries of law : it is a common ground of jurists and rhetoricians* ».

Le fait que la preuve soit conçue comme étant, en substance, un argument apte à convaincre trouve une confirmation historique. Etymologiquement, la notion de *preuve* (lat. *probatio*) signifie «*épreuve, essai, vérification, inspection, examen*»⁴. En droit «*lorsqu'ils traitent la notion de preuve sur un plan général, les juristes sont d'accord pour considérer que la preuve concerne le fait et non le droit*»⁵.

Selon une *conception dynamique*, la preuve constitue «*l'opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit) à reconnaître la vérité d'une proposition*»⁶. Elle se traduit donc par le *processus d'établir un fait*, lequel comprend un ensemble de mécanismes juridiques (modes et moyens de preuve) et logiques (arguments probatoires) qui concourent dans la démonstration d'un fait⁷. Selon une conception plus *statique*, la preuve peut être entendue comme le *résultat* de ce processus, à savoir, comme une *réalité établie à suffisance* d'un fait, ou plutôt comme une *conviction*, une *croyance* générée auprès du juge qu'un état de fait est suffisamment démontré.

La *Common Law* connaît la distinction entre les notions de *proof* et *evidence* : «*proof indique soit la démonstration des faits litigieux, soit le résultat de cette démonstration, cependant qu'evidence est plutôt équivalent de l'expression française 'mode de preuve'. Lorsque nous parlons du rapport entre les présomptions et les preuves, c'est dans cette signification de 'evidence' qu'il faut entendre le mot preuve*»⁸.

En gardant à l'esprit que celui qui prouve tend à convaincre d'une vérité, il s'ensuit qu'outre les aspects *objectifs*, comprenant les pièces probatoires, la notion de preuve comprend des aspects *subjectifs*, hérités de la rhétorique. Ainsi, un alléguant doit réunir les qualités d'un bon orateur aristotélicien⁹, qui doit persuader un juge ou un jury de la vérité – ou plutôt de la

⁴ Chatelain, Emile, *Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, 1903, 1515 p., spécialement p. 1090.

⁵ Causin, Eric, «*La preuve et l'interprétation en droit privé*» in Perelman, Chaïm / Foirers, Paul, *La preuve en droit : études*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 366 p., pp. 197-237, spécialement p. 219.

⁶ Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1996, 1323 p., spécialement p. 822. Voir aussi Wróblewski, Jerzy, «*La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation*» in Perelman, Chaïm / Foirers, Paul, *La preuve en droit : études*, Bruylant, Bruxelles, 1981, 366 p., pp. 331-355, spécialement p. 333, soulignage ajouté.

⁷ Niyungeko, Gérard, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p., spécialement p. 1.

⁸ Grossen, Jacques-Michel, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel / Paris, Delachaux et Niestlé, 1954, 189 p., spécialement p. 24.

⁹ Ces qualités seront étudiées *infra*.

vraisemblance¹⁰ – des arguments qu'il présente. J. Bentham a, en ce sens, défini la preuve comme un fait qui est *réputé* être vrai, et qui constitue la raison de croire (*reason for believing*) qu'un autre fait, lié au premier, est, lui aussi, vrai¹¹. Pour I. H. Dennis, le terme *evidence* est une information qui offre un *motif de croire* (*grounds for belief*) qu'un fait, ou un ensemble de faits, est vrai¹². En France, J. Domat a appelé preuve «*ce qui persuade l'esprit d'une vérité*»¹³. En effet, «*les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge*»¹⁴. La vérité dont il s'agit n'est pas une vérité métaphysique, mais une vérité *factuelle* : «*la preuve n'ayant donc pour objet qu'une réalité concrète, sensible et observable, l'opération de preuve ne s'applique qu'à la vérification de la réalisation des éléments matériels*»¹⁵.

Toutes ces définitions, indépendamment des traditions juridiques dont elles sont issues, convergent sur un point : la finalité première de la preuve en droit est de *persuader*. Mais, n'est-ce pas aussi la finalité de la rhétorique ? La théorie de la preuve juridique peut être comprise comme étant une expression de l'art de la rhétorique en droit, justifiant le fait que l'on puisse parler d'une *rhétorique probatoire* en droit de la preuve. Les auteurs médiévaux n'avaient donc pas tout à fait tort de se référer en premier lieu à la *Aristote*, lorsqu'ils étudiaient la preuve car – il faut bien le reconnaître – les preuves existaient en tant qu'arguments bien avant que le droit, au sens positiviste, les 'enferme' dans des catégories juridiques. D'ailleurs, J. Ph. Lévy précise que «*le terme qu'emploie Aristote et que nous traduisons par 'preuve' (...) signifie proprement foi ou croyance*»¹⁶, mais c'est Cicéron «*qui utilise probare, probatio, pour parler de la preuve, dit plus souvent argumentum. Au sens large, argumentum peut désigner toute preuve voire tout moyen de persuader ou entraîner l'auditoire*»¹⁷.

¹⁰ Il s'agit, sur ce point de l'argument vraisemblable chez Aristote. Ce type d'argument sera étudié *infra*.

¹¹ Bentham, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, Londres, éd. Baldwin, Cradock and Joy, 1825, 366 p., spécialement p. 8.

¹² Dennis, I. H., *The Law of evidence*, 3^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, 898 p., spécialement p. 5.

¹³ Domat, Jean, *Œuvres complètes*, Paris, Firmin Didot, 1828, 508 p, spécialement p. 137.

¹⁴ Goubeaux, Gilles, «*Le droit à la preuve*» in Perelman, Chaïm / Foirers, Paul, *La preuve en droit : études, op.cit.*, pp. 277-301, spécialement p. 293.

¹⁵ Causin, Eric, «*La preuve et l'interprétation en droit privé*» *op.cit.*, spécialement p. 205, soulignage ajouté.

¹⁶ Lévy, Jean Philippe, «*Les classifications des preuves dans l'histoire du droit*» in Perelman, Chaïm / Foirers, Paul, *La preuve en droit : études, op.cit.*, pp. 27-58, spécialement p. 29.

¹⁷ *Idem*, spécialement p. 30.

L'objet de la présente étude est la preuve *indirecte* qui, selon la majorité des droits contemporains, est à distinguer de la preuve dite *directe*. Cette distinction n'est pas une 'invention' moderne. Déjà Aristote séparait les moyens de persuader qui relèvent de la rhétorique de ceux qui n'en relèvent pas. Les premiers « sont ceux qu'il est possible d'élaborer par nous-mêmes, selon une méthode »¹⁸, alors que les seconds sont « tous ceux qui ne nous sont pas fournis par nous-mêmes, mais qui ont été préalablement donnés : ainsi les témoignages, les aveux sous la torture, les documents et le reste »¹⁹. Cicéron a repris cette division qui, grâce à la traduction de Quintilien, a reçu l'appellation utilisée par J. Menochius dans son traité *De praesumptionibus*²⁰ : il s'agit des preuves dites non-artificielles (*probatio inartificialis*) et artificielles (*probatio artificialis*), qui correspondent aux modes de preuve directe et indirecte dans les droits contemporains²¹. Cette division est fondée, selon G. Cansacchi, sur le type de *relation* entre celui qui prouve et l'objet de la preuve²². Dans le cadre de la preuve directe, cette relation est *immédiate*, car les pièces établissant le fait litigieux sont *directement* portées à la connaissance de l'autorité chargée de vérifier son existence²³. En revanche, dans le cadre de la preuve indirecte, le rapport entre le sujet et l'objet de la preuve est *médiat*, car la preuve d'un fait dépend et découle de la preuve d'un autre fait²⁴. En droit français, la preuve directe comprend les modes de preuve dits *parfaits*, employés pour la preuve des actes juridiques par le biais des actes authentiques²⁵ et sous seing privé²⁶ ainsi que de l'aveu²⁷ et du serment décisoire.

¹⁸ Aristote, *Rhétorique*, *op. cit.*, spécialement p. 44.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Menochius, *De praesumptionibus*, *op. cit.*

²¹ Chatelain, Emile, *Dictionnaire Latin-français*, *op. cit.*, spécialement p. 109.

²² Cansacchi Giorgio, *Le prezzioni nel diritto internazionale : contributo allo studio della prova nel processo internazionale*, Naples, Eugenio Jovene, 1939, 159 p., spécialement p. 11.

²³ *Ibid.* : « si ha prova diretta quando la relazione fra il soggetto e l'oggetto di prova è immediata, nel senso, cioè, che il fatto da verificare cade direttamente sotto i sensi dell'organo verificatore ».

²⁴ *Ibid.* : « si ha, invece, prova indiretta allorchè questa relazione è mediata, cioè la verificatore giunge a constatare l'esistenza del fatto da provare attraverso un fatto diverso da questo, il quale gli fornirà il mezzo di risalire al primo ».

²⁵ Article 1317 du code civil français : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises » (al. 1) « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat » (al. 2).

²⁶ Article 1325 du code civil français, qui prévoit, à son premier alinéa que « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

La preuve indirecte, appelée circonstancielle (*circumstantial evidence*) dans les droits de *Common Law*²⁸, suppose la preuve préalable de certains faits, à partir desquels il est possible de *raisonnablement* inférer l'existence ou l'inexistence d'un autre fait que l'on cherche, en réalité, à prouver²⁹. Ce sont donc les *circonstances* entourant le fait litigieux qui permettent de l'établir, à défaut de preuves établissant *immédiatement* son existence. En droit français, il s'agit des modes de preuves dits *imparfaits*, utilisés pour la preuve des faits juridiques³⁰ par le biais du témoignage³¹, des présomptions légales³² et de l'homme³³ ainsi que du serment supplétoire ou estimatoire³⁴. Compte tenu de cette classification, les présomptions « ne sont pas autre chose que les preuves indirectes appliquées à la recherche de la vérité en justice. Elles s'opposent aux preuves directes à qui on réserve le nom de preuve proprement dites »³⁵.

La considération selon laquelle les preuves directes seraient des 'preuves proprement dites', contrairement aux preuves indirectes, renvoie à une idée ancienne liée à la *crédibilité* de la preuve : la preuve directe a été appelée

²⁷ Article 1354 du code civil français : « L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire ».

²⁸ Pour un exposé des principales caractéristiques de la 'circumstantial evidence' voir Well, William, *An essay on the principles of circumstantial evidence*, Londres, H. Butterworth, 1850, 280 p., spécialement pp. 15 ss.

²⁹ Voir notamment Heller, Kevin John, « *The cognitive psychology of circumstantial evidence* », Mich. L. Rev., 2006, vol. 105, n° 2, pp. 241-305, spécialement p. 250 : « *Circumstantial evidence is evidence from which the fact-finder can infer whether the facts in dispute existed or did not exist* ».

³⁰ La distinction entre acte et fait juridiques repose sur l'aptitude d'engendrer des effets de droit, déterminante pour les actes juridiques, mais pas pour les faits. Voir sur ce point, Batiffol, Henri, « *Observations sur la preuve des faits* » in Perelman, Chaïm / Foriers, Paul, *La preuve en droit : études*, *op. cit.*, pp. 303-314, spécialement p. 308 : « [l'acte juridique] consiste en un acte volontaire accompli en vue d'engendrer des conséquences juridiques, par exemple un contrat. Les simples faits peuvent être indépendants de tout acte humain, par exemple le décès, qui ouvre succession du défunt ; ils peuvent aussi consister en un acte même volontaire de l'homme, mais qui n'a pas été accompli en vue d'engendrer des effets de droit ».

³¹ Voir notamment les articles 200 à 203 du code français de procédure civile. L'article 201 prévoit que « Les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins ». L'article 202, alinéa 1, précise que « L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés ».

³² Article 1350 du code civil français, *op. cit.*

³³ Article 1315 du code civil français, *op. cit.*

³⁴ Article 1366 du code civil français : « Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation ».

³⁵ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Paris, Pedone, 1895, 197 p., spécialement p. 6.

non-artificielle car elle établit, par elle-même, un fait. En revanche, la preuve indirecte a été dite *artificielle*, car elle est plus un argument, qu'une pièce probatoire objective et tangible. D'ailleurs chez Cicéron, la notion d'*argumentum*, prise dans son sens étroit, « s'oppose aux preuves inartificiales et coïncide avec les preuves artificielles »³⁶. Du point de vue rhétorique, la distinction entre ces deux catégories de preuve repose sur le *degré de liberté de raisonnement* ou d'*argumentation* qui est laissé à celui qui prouve. En ce sens, la preuve directe permet de démontrer les faits litigieux sans que l'alléguant soit contraint à inférer leur existence à partir d'autres faits³⁷. Il en va autrement de la preuve indirecte. Cette dernière se rapproche plus de l'argument, car elle consiste, concrètement, en la mise en lien logique de faits clandestins (*indices*) qui, pris dans leur ensemble, tracent le chemin vers le fait qui devrait être finalement retenu ; ils rendent donc *probable* l'existence, ou l'inexistence, de ce dernier. Il est dès lors possible de conclure que la preuve indirecte repose sur une *inférence*, puisqu'elle résulte d'une « opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement, en vertu de sa liaison avec d'autres propositions déjà tenues pour vraies »³⁸. Cette liaison « peut être telle que la proposition inférée soit jugée nécessaire, ou seulement vraisemblable »³⁹.

A concevoir la preuve indirecte comme un argument, et à s'y intéresser du point de vue logique, la *Rhétorique* d'Aristote constitue une importante référence permettant de comprendre les raisonnements qui caractérisent cette preuve. Il y a, en effet, un trait commun qui réunit la rhétorique et la théorie de la preuve : c'est la notion de *vraisemblance*. En rhétorique, un argument vraisemblable est considéré comme convaincant (I), alors qu'en matière de preuve indirecte, un fait vraisemblable est considéré comme un fait établi (II).

³⁶ Lévy, Jean Philippe, « *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit* », *op. cit.*, spécialement p. 30.

³⁷ Heller, Kevin John, « *The cognitive psychology of circumstantial evidence* », *op. cit.*, spécialement p. 248 : « *Direct evidence is evidence that 'proves a fact without an inference or presumption and which in itself, if true, establishes that fact'* ».

³⁸ Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, spécialement p. 510.

³⁹ *Ibid.*

I. En matière de rhétorique : argument vraisemblable, argument convaincant

La première affirmation d'Aristote dans la *Rhétorique* est que celle-ci « est le pendant de la dialectique »⁴⁰ car « l'une et l'autre, en effet, traitent de questions dont la connaissance, d'une manière ou d'une autre, est commune à tous, et ne relève pas d'une science particulière »⁴¹. C'est pour cette raison que « tous les hommes sont concernés par l'une et l'autre : tous, en effet, dans une certaine mesure sont en situation d'avoir à examiner un propos ou à l'étayer, d'avoir à développer une défense ou une accusation »⁴².

La rhétorique s'intéresse donc à la recherche et à l'établissement d'une vérité, sans qu'il soit nécessaire d'en « posséder un savoir technique, et ce, devant des auditeurs qui ne peuvent pas considérer synthétiquement toute la diversité des choses, ni avoir un raisonnement logique de grande ampleur »⁴³.

Aristote ne confond toutefois pas la vérité 'philosophique' et la vérité 'sophistique' ; il affirme, au contraire, qu'un argument tend à établir, le plus souvent, ce qui se rapproche du vrai : « voir le vrai et voir ce qui s'apparente au vrai relèvent de la même capacité ; d'ailleurs, en leur être même, les hommes sont suffisamment ouverts au vrai et parviennent le plus souvent à la vérité : aussi bien, être auprès du vraisemblable dans la probabilité relève de la même disposition que de la vérité »⁴⁴.

La vraisemblance devant ainsi caractériser tout argument convaincant, il convient de s'interroger sur les éléments qui déterminent la *force de persuasion* d'un discours. Suivant Aristote, ces éléments sont de deux types. Il y a, d'une part, les qualités propres à l'orateur (les techniques rhétoriques) (A) et d'autre part, les éléments propres au discours (les moyens rhétoriques) (B).

A. Éléments tenant aux qualités de l'orateur : les techniques rhétoriques

Pour Aristote, la manière dont une vraisemblance est établie dépend, dans une large mesure, si non exclusivement, des capacités rhétoriques et dialectiques de l'orateur. En revanche, la *crédibilité* des arguments avancés – pris objectivement en tant qu'arguments cohérents et logiques, nonobstant la personne de l'orateur – dépend du fondement que ceux-ci trouvent dans le

⁴⁰ Aristote, *Rhétorique*, *op. cit.* spécialement p. 37.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Idem*, spécialement p. 48.

⁴⁴ *Idem*, spécialement p. 41.

vrai et dans le juste : « la rhétorique est utile, parce que le vrai et le juste, en vertu de leur être même, ont plus de force que leurs contraires, et que leur défaite leur incombe donc nécessairement les jugements ne sont pas rendus dans le sens qu'il faut »⁴⁵.

Il s'ensuit que la notion d'*argument convaincant* comporte, de manière générale, deux principales dimensions : une *logique* ou *dialectique*, et une *axiologique*. En ce qui concerne la première dimension, un argument construit logiquement aurait – naturellement – plus de force de persuasion qu'un argument fallacieux. Quant à la seconde dimension, un argument qui serait perçu par un auditoire comme exprimant un aspect ponctuel d'une conception communément admise du vrai ou du juste, serait plus apte à emporter la conviction. L'argument qui réunit ces deux dimensions est, en principe, construit suivant une *technique rhétorique* qui réunit trois qualités spécifiques : la disposition éthique de l'orateur, la manière de mettre l'auditeur dans une situation affective particulière, et le discours lui-même.

En ce qui concerne l'orateur, Aristote précise qu'il devrait être un homme juste et raisonnable : « la disposition éthique de l'orateur a une force de persuasion, lorsque le discours est prononcé de telle manière que l'orateur inspire la confiance : car nous faisons plus rapidement plus grande confiance aux gens de bien, sur toute question en général, mais tout particulièrement sur celle où la précision manque ou le doute demeure »⁴⁶. Toutefois, « cette confiance-là, elle aussi doit naître du discours même et non de je ne sais quel préjugé favorable à l'orateur »⁴⁷.

L'affectation de l'auditeur « advient du fait des auditeurs, lorsque le discours les affecte de telle ou telle manière : de fait, nous ne rendons pas le même jugement dans la tristesse ou dans la joie, dans l'amicalité ou dans l'animosité »⁴⁸.

Pour ce qui est, enfin, du discours lui-même, « le discours (...) produit la persuasion lorsque nous exposons le vrai ou le vraisemblable à partir des éléments qui, dans chaque question, permettent la persuasion »⁴⁹.

Aristote conçoit ainsi le discours non comme un *acte déclaratif* consistant à énoncer une affirmation ; il s'agit plutôt d'un *acte communicationnel*. En effet, le discours *stricto sensu* n'est qu'un élément qui contribue à générer la persuasion. Aristote implique aussi la personne de l'orateur avec ses prédispositions intellectuelles et morales, ainsi que l'auditoire, avec ses prédispositions affectives. L'auditoire n'a donc pas un rôle passif ; il n'est pas

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Idem*, spécialement p. 45.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

le simple récepteur du discours prononcé. Il a, au contraire, un rôle extrêmement important puisque c'est lui qui émet le jugement final sur le fait de savoir si un discours réussit à persuader.

B. Éléments tenant à la logique du discours : les moyens rhétoriques

Il y a, selon Aristote, trois moyens – en réalité syllogismes – de persuasion, liés à la démonstration logique du vrai ou du vraisemblable. Il s'agit du raisonnement inductif, comprenant l'exemple, du syllogisme et du syllogisme apparent⁵⁰. La philosophe affirme : « pour moi, donc, le raisonnement vraisemblable est le syllogisme de la rhétorique, et l'exemple est le raisonnement inductif de la rhétorique. Tous les orateurs produisent la persuasion en démontrant soit par des exemples soit par des raisonnements vraisemblables : il n'y a rien d'autre »⁵¹. En ce sens, le raisonnement vraisemblable se traduirait par le processus suivant : « partir de plusieurs cas semblables pour démontrer ce qu'il en est, c'est un raisonnement inductif en dialectique, et c'est un exemple en rhétorique ; partir de présupposés pour en déduire une proposition différente, en vertu même de ces présupposés et de leur valeur générale ou la plus fréquente, cela s'appelle un raisonnement par syllogisme en dialectique, et c'est un raisonnement vraisemblable en rhétorique »⁵².

Il est intéressant de relever que dans la construction du raisonnement vraisemblable, Aristote distingue les arguments fondés sur une *nécessité* et ceux fondés sur la *fréquence*. Il précise, sur ce point, que « parmi les données dont partent les syllogismes rhétoriques, il y en a peu de nécessaires »⁵³. En outre, « les propositions fréquentes et possibles procèdent de raisonnement qui sont nécessairement de cette même sorte, et les propositions nécessaires relèvent de raisonnement nécessaires »⁵⁴. Partant, « le raisonnement vraisemblable étant formé à partir de vraisemblances et d'indices, il s'ensuit nécessairement que ces deux éléments auront ces deux traits du 'nécessaire' et du 'le plus fréquent' »⁵⁵.

Le vraisemblable est, en ce sens, « ce qui advient de la manière la plus fréquente : non, certes, dans l'absolu, comme certains le définissent, mais comme ce qui, dans le registre de ce qui peut être ainsi ou autrement, est en

⁵⁰ *Idem*, spécialement p. 46.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Idem*, spécialement p. 47.

⁵³ *Idem*, spécialement p. 50.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, soulignage ajouté. Le nécessaire et le plus fréquent ont une expression dans la théorie juridique de la preuve indirecte est seront étudiés *infra*.

relation avec ce quant à quoi il est vraisemblable, comme le général est en relation avec le particulier »⁵⁶.

En ce qui concerne les indices, « d'un côté, celui qui est nécessaire, c'est la preuve, de l'autre celui qui ne l'est pas n'a pas reçu de nom exprimant sa différence. Cela dit, j'appelle nécessaires les indices à partir desquels le raisonnement selon syllogisme advient »⁵⁷. Le philosophe estime que parmi les indices, « c'est la preuve qui est de ce type : de fait lorsqu'on croit qu'il est impossible de réfuter un argument avancé, on croit alors apporter une preuve, considérée comme démontrée, c'est-à-dire, pousse jusqu'à son terme : de fait dans le langage, tekmar ('preuve') et péras ('terme') c'est la même chose »⁵⁸.

La réflexion d'Aristote sur les indices, et plus généralement sur le raisonnement vraisemblable, est importante, puisqu'elle met en avant le procédé logique de base de toute preuve indirecte : il faut des faits certains afin d'émettre un jugement sur la vérité d'un fait incertain. Lorsque ce fait est un fait litigieux que l'on cherche à établir, les indices 'certains' – à l'instar des indices en rhétorique – ne pourront pas établir ce fait avec certitude, mais seulement le rendre vraisemblable. C'est sur ce point que droit et rhétorique, telle qu'étudiée par Aristote, se rejoignent.

II. En matière de preuve : fait vraisemblable, fait établi

A bien y regarder, il est possible de trouver les traces d'Aristote à trois niveaux de la théorie et pratique juridiques de la preuve : premièrement, au niveau de la logique de la preuve indirecte (A), deuxièmement, au niveau du jugement conduisant à désigner un fait comme vraisemblable (B), troisièmement, au niveau de la pratique des juridictions internationales et européennes en matière de preuve indirecte (C).

A. Les traces d'Aristote dans la logique de la preuve indirecte

En rhétorique, tout raisonnement vraisemblable part des indices. Ces derniers sont la matière brute, les éléments qui sont logiquement mis en lien par celui qui construit un argument. Cependant, c'est le qualificatif de 'vraisemblable' qui mérite plus d'attention, car il implique un jugement sur la vérité d'un fait

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

ou d'une affirmation. La 'valeur de vérité' (*truth value*) a, en tant que telle, fait l'objet autonome d'études plus récentes relatives à la preuve. Par exemple, les présomptions, faisant partie de la preuve indirecte, ont été qualifiées d'estimations provisoires de la vérité de certains faits (*provisionally acceptable truth claims*)⁵⁹. Toutefois, à transposer la théorie aristotélicienne du raisonnement vraisemblable à la preuve indirecte en droit, il convient de souligner, d'abord, la nécessité d'indices permettant d'établir un fait incertain (1), et ensuite, la proximité 'de genre' entre les indices et le fait dont la preuve est recherchée (2).

1. Le rôle des indices

Les indices font office de faits certains. Appelés *signes*, ceux-ci peuvent être nécessaires (*tekmerion* ou *signum*), lorsqu'elles traduisent un rapport exclusif et constant entre une cause et un effet. Ils peuvent aussi être probables (*eikos* ou *verisimile*)⁶⁰, si un fait certain donne lieu à plusieurs conclusions possibles. Dans la doctrine anglo-saxonne, la notion de faits certains ou avérés a été étudiée par R. Whately, qui a opéré une – subtile – distinction entre la prémisses et le signe. La première est, selon l'évêque, un fait qui est la condition pour qu'un autre fait soit considéré comme vrai. Le second, en revanche, est un fait dont on doit raisonnablement pouvoir anticiper les conséquences.

L'avantage des faits certains est qu'ils sont dépourvus de doutes, rendant ainsi inutile toute preuve de leur existence. Le terme utilisé dans les droits de *Common Law* pour désigner ceux-ci est celui d'évidences (*self-evident facts*), dont l'expression la plus poussée en droit est la théorie des faits notoires. Les signes et indices dans la preuve indirecte sont donc primordiaux, car ils rendent possible le mouvement de pensée qu'est la conjecture. D'ailleurs, la preuve indirecte a historiquement été appelée *preuve conjecturelle*. J. Menochius, influencé par Balde, a considéré que les notions d'indice et de conjecture sont synonymes⁶¹. L'indice est, selon l'auteur, une conjecture qui met en évidence des conséquences probables, mais pas nécessaires, de certains faits⁶².

⁵⁹ Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 180 p., spécialement p. 32.

⁶⁰ Voir sur ce point Giuliani, Adolfo, « *Civilian treaties on presumptions, 1580-1620* », *op.cit.*, spécialement p. 43.

⁶¹ Menochius, *De praesumptionibus*, *op.cit.*, spécialement p. 9 : « *conjectura et indicium sunt duo synonyma* ».

⁶² *Idem*, spécialement p. 10 : « *est indicium conjectura ex probabilis et non necessariis orta, à quibus potest abesse veritas* ».

Il s'ensuit que les faits certains *cautionnent* la vérité du fait litigieux et doivent, dès lors, être suffisamment *concordants* pour qu'un juge compétent soit, en raison de cette concordance, davantage persuadé que le fait dont l'on cherche la preuve a, ou n'a pas eu lieu⁶³. Au sujet des présomptions par exemple, J. Domat a souligné que « *la certitude ou l'incertitude des présomptions, et l'effet qu'elles peuvent avoir pour servir de preuves, dépend de la certitude ou incertitude des faits dont on tire les présomptions, et de la justesse des conséquences qu'on tire de ces faits pour la preuve de ceux dont il s'agit* »⁶⁴. Il a considéré, en outre, que « *lorsqu'une chose est signe d'une autre, on présume la vérité de celle qui est signifiée par la certitude de celle qui la signifie* »⁶⁵.

L'on peut dès lors conclure que la concordance des faits certains permettant d'établir un fait litigieux implique, d'abord, l'absence de contradiction : plus les indices sont concordants ou convergents, plus la vraisemblance du fait à prouver sera forte. Elle implique ensuite que les faits certains et le fait que l'on cherche à prouver sont *connexes*, c'est-à-dire, relèvent du même genre.

2. La proximité 'de genre' entre les indices et les faits dont la preuve est recherchée

A se référer aux définitions retenues de la preuve indirecte⁶⁶, le fait que l'on cherche à prouver ne pouvant pas être démontré directement, il est établi au moyen de la preuve préalable d'un autre fait qui doit, nécessairement, être proche au premier. La preuve de la paternité est, sur ce point, un exemple parlant. En effet, lorsque l'on cherche à établir une paternité, c'est la preuve de la naissance d'un enfant dans le cadre d'un mariage qui permet de tenir pour *vraisemblable* – et non *certain* – le fait que le mari de la mère est le père biologique de l'enfant de celle-ci.

L'on peut observer que lorsqu'une chose connue est 'signe' d'une chose inconnue ou douteuse, la première, en tant que chose certaine, constitue le fondement sur lequel la deuxième peut être tenue pour 'probablement vraie' ou 'vraisemblable'. Or, pour qu'il y ait 'vraisemblable' il faut au préalable qu'il y ait le 'semblable'. Il serait, en effet, absurde d'établir un fait, afin de

⁶³ Cansacchi, Giorgio, *Le prezunzioni nel diritto internazionale : contributo allo studio della prova nel processo internazionale*, op. cit., spécialement p. 21.

⁶⁴ Domat, *Œuvres complètes*, op.cit., spécialement p. 166. En soulignant « *la justesse des conséquences qu'on tire* » des présomptions, Domat fait allusion à la plausibilité, en tant que qualité inhérente aux présomptions, qui a été étudiée par une doctrine contemporaine et qui sera étudiée plus loin, voir *infra*, p. 51.

⁶⁵ *Ibid*, soulignage ajouté.

⁶⁶ Voir *supra*.

rendre probable un fait d'un genre différent. Aristote l'a d'ailleurs souligné au sujet de l'*exemple* qui, en tant que syllogisme inductif, traduit une relation du « *semblable au semblable, lorsque deux éléments appartiennent au même genre, mais que l'un des deux est plus connu que l'autre* »⁶⁷.

La proximité 'de genre' entre les faits certains et le fait litigieux permet d'expliquer la raison pour laquelle le fait démontré suivant une preuve indirecte, ne peut pas l'être d'une manière *certaine*, mais uniquement d'une manière *probable*. En effet, lorsque cette preuve est employée pour établir un fait, ce dernier est un principe un fait douteux, mal connu, dépourvu de preuves directes. Il s'agit d'une « *réalité insuffisamment connue, ou mieux, un acte volontaire de l'esprit, tenant pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable* »⁶⁸. C'est en ce sens que dans l'impossibilité de prouver, directement, un fait litigieux, il faut se tourner vers les *faits voisins* à ce dernier afin de tirer une conclusion quant à la vérité du premier fait. Par exemple, il n'est jamais certain qu'un homme est le père d'un enfant ; mais s'il est marié à la mère de celui-ci, la paternité devient probable et, en vertu d'une présomption légale, un fait présumé.

B. Les traces d'Aristote dans la désignation du fait vraisemblable

La désignation d'un fait comme vraisemblable implique un *jugement* relatif à la qualité de vrai qui peut être attribuée à ce fait (1), mais conduit aussi à s'interroger sur les *critères* selon lesquels est fait ce jugement (2).

1. Le jugement relatif à la vérité du fait dont la preuve est recherchée

L'une des questions principales étudiées dans la théorie des probabilités a été celle de l'*évaluation* des caractéristiques objectives, communes à plusieurs faits, ou phénomènes, observables. La difficulté de la question réside dans le fait « [qu'] *il n'y a pas de commune mesure qui permette d'évaluer la relation qui existe entre deux faits* »⁶⁹.

Le *probable* peut être défini comme ce « *qui a de sérieuses chances de se produire et dont il est raisonnable de prévoir* », pour des événements futurs, ou comme « *très plausible et donc qu'il est naturel de présumer* », pour des

⁶⁷ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 51, soulignage ajouté.

⁶⁸ Gény, François, *Science et technique de droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, T. III, spécialement p. 328.

⁶⁹ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Paris, Pedone, 1895, 197 p., spécialement p. 15.

événements passés⁷⁰. La probabilité se situe dès lors « à mi-chemin entre la possibilité et la certitude »⁷¹. Elle est, selon J. M. Keynes, une exclusion raisonnable du doute ou une croyance rationnelle (*rational belief*) que la connaissance acquise sur une chose présente un degré satisfaisant de certitude, permettant de la considérer comme établie⁷².

En philosophie, le raisonnement vraisemblable d'Aristote a été repris, *mutatis mutandis*, à l'époque des lumières. Cependant, contrairement à Aristote, qui a cantonné l'étude de ce raisonnement dans le domaine de la rhétorique, des philosophes, dont le plus représentatif est sans doute D. Hume, ont transposé cette idée à la connaissance de manière générale. Selon Hume, la connaissance est composée d'un ensemble de conclusions probables, issues de la comparaison constante⁷³ que les hommes font entre les choses et les effets qu'elles engendrent⁷⁴. L'une des questions centrales chez le philosophe a été celle de savoir pourquoi les mêmes causes produisent nécessairement les mêmes effets⁷⁵. La conclusion à laquelle il est parvenu a été que les probabilités – en tant que données objectives sur des phénomènes observables – ne suffisent pas pour expliquer la nécessité qui lie les différentes causes aux conséquences qu'elles produisent. Il a alors ajouté un autre élément : celui du *jugement* rendu selon la croyance ou l'opinion commune (*belief*)⁷⁶. La théorie de Hume a rapidement été reprise dans la

⁷⁰ Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, 970 p., spécialement p. 711. Voir aussi Caire, Anne-Blondine, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2012, 436 p., spécialement p. 56 : « Le terme probable a deux sens. Au sens épistémologique, la probabilité est la vraisemblance, la crédibilité (...) Au sens mathématique, la probabilité est le rapport du nombre d'occurrences effectives au nombre d'occurrences possibles d'un événement ». L'auteur considère qu'en matière de présomption, la probabilité la plus souvent utilisée (pour les présomptions dites *preuves*) est la probabilité épistémologique.

⁷¹ Decottignies, Roger, *Les présomptions en droit privé*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 328 p., spécialement p. 22.

⁷² Keynes, John Maynard, *A treatise on probability*, Londres, Macmillan & Co., Ltd, 1921, 466 p. spécialement p. 15.

⁷³ Hume, David, *The philosophical works of David Hume*, vol. I, *Treatise on human nature*, Edimbourg, 1821, 347 p.

⁷⁴ *Idem*, spécialement p. 110. D. Hume considère que tout rapport entre les phénomènes et les choses traduit une relation de ressemblance, de proportions quantitatives, de proportions qualitatives ou de contradiction.

⁷⁵ *Idem*, spécialement p. 115 : « why we conclude, that such particular causes must necessarily have such particular effects, and why we form an inference from one another ? ».

⁷⁶ La croyance est définie par D. Hume comme une idée vive (*lively idea*) liée à une impression présente, voir *idem*, spécialement p. 132 : « An opinion therefore or belief may be most accurately defined, a lively idea related to or associated with a present impression ». R. Decottignies estime, au sujet de la notion d'idée vive, que « celui qui [formule un jugement] se fait simplement interprète de la vivacité de l'image qui

théorie générale de la preuve indirecte, notamment, dans la théorie générale de la présomption : « le caractère probable d'un fait s'impose à l'esprit. Un impératif logique lie le jugement de l'auteur de la présomption. La conduite qu'il tient n'implique aucune décision de sa part »⁷⁷.

L'idée de *jugement* implique qu'il ne suffit pas de simplement constater, à l'issue d'une observation, qu'une cause produit *habituellement* un effet : la mari d'une mère est, en effet, *habituellement* le père de son enfant. Il convient plutôt de s'intéresser de la *finalité* que l'on poursuit lorsque l'on désigne un fait comme probable : pourquoi *faut-il* que le mari d'une mère soit considéré comme le père biologique de son enfant ? Les présomptions fournissent, sur ce point encore, une illustration parlante. A reprendre l'exemple de la paternité, est-ce en raison d'une réitération dans le temps qu'elle se présume, ou est-ce plutôt en raison du fait qu'il est *plausible* qu'il en soit ainsi, afin de prévenir la multiplication des actions en contestation de paternité et compromettre la paix familiale ? Outre la probabilité 'objective' ou 'observationnelle' issue, en substance, d'un acte d'observation, il faut donc introduire une autre dimension de la probabilité que l'on peut appeler 'plausibilité', résultant d'un acte de jugement quant à l'utilité pratique que l'on cherche en désignant un fait comme probable.

Les théoriciens modernes en matière de probabilités, ainsi qu'en matière de preuve, considèrent que le *plausible* est un élément indissociable du *probable*. L'évêque R. Whately a d'ailleurs critiqué la dissociation entre ces deux aspects de la théorie des probabilités, en considérant que le premier est, en réalité, une sous-espèce du second⁷⁸. Parmi les théoriciens contemporains, D. Walton adopte substantiellement la même position⁷⁹. N. Rescher admet que le probable est un *critère de classification*, car il permet d'hierarchiser un certain nombre de données selon des critères objectifs. Toutefois, le *plausible* est, selon lui, l'élément déterminant car il suppose une *décision* sur ce qui est préféré dans un ordre juridique ou social donné. En ce sens, la probabilité fonde la *qualité de preuve suffisante* à un fait, alors que la plausibilité accroît l'*autorité de preuve* de ce fait⁸⁰.

s'impose à lui », voir Decottignies, Roger, *Les présomptions en droit privé*, *op.cit.*, spécialement p. 25.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Whately, Richard, *Rethoric*, *op.cit.*, spécialement p. 17.

⁷⁹ Walton, Douglas, *Legal argumentation and evidence*, Penn. State Univ. Press, 374 p., spécialement p. 15.

⁸⁰ Rescher, Nicholas, *Plausible reasoning : an introduction to the theory and practice of plausible inference*, Assen/Amsterdam, Van Gorcum, 1976, 124 p. spécialement p. 28 : « With probability we ask 'how many alternatives does the thesis engross in its content ?' ; with plausibility 'how reputable a source or principle speaks for the

2. *Les critères de jugement sur la vérité du fait dont la preuve est recherchée*

Dès lors que la qualification d'un fait de *probablement vrai* implique un jugement, encore faut-il déterminer les critères par rapport auxquels ce jugement est effectué. Aristote l'a précisé dans sa *Rhétorique*: un argument persuasif est celui qui articule des présupposés communs, ou des conceptions communes notamment du juste.

Les écrits d'une doctrine aristotélicienne plus récente permet de discerner deux critères majeurs qui s'attachent au jugement sur la sur la vérité du fait que l'on cherche à prouver. Il s'agit, d'une part, du principe *quid prelumque fit*, exprimant l'idée de fréquence (a), et d'autre part, du *sens commun*, exprimant un savoir commun ou populaire (b).

a. L'observation de ce qui arrive le plus souvent

En matière de preuve indirecte, il est souvent considéré que notamment les présomptions sont des expressions du principe *quid prelumque fit*. La présomption de paternité en est – une fois encore – un exemple illustratif, car, bien qu'il ne soit pas certain que les conjoints des mères sont dans *tous les cas*, les pères biologiques de leurs enfants, toujours est-il qu'il s'agit d'une réalité historiquement confirmée: dans une *grande majorité des cas*, les enfants nés dans le cadre d'un mariage ont – très probablement – pour père les conjoints de leurs mères.

Dans son traité relatif aux présomptions, A. Alciat a même structuré son étude suivant trois règles 'universelles', toutes expressions du principe *quod prelumque fit*. La première règle posée est que les qualités inhérentes, ou naturelles, chez l'homme se présument toujours (*quod qualitas naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur*)⁸¹. Il cite, à ce titre, l'amour présumé d'un père pour son fils, comme fondement pour un certain nombre de droits successoraux⁸². Selon la deuxième règle, ce qui est susceptible de changer ne peut pas être présumé (*quod mutatio non praesumatur*)⁸³, et inversement, et c'est la troisième règle générale, ce qui est constant se présume toujours (*quod semper fit praesumptio in meliorem partem*)⁸⁴. Le juge W. Blackstone a, dans son ouvrage *Commentaries on the laws of England*, s'est montré particulièrement 'aristotélicien' au sujet de la preuve

thesis ?'. In the former case we orient ourselves towards the content of the thesis, in the other towards its probative credentials ».

⁸¹ Aleiati, Andrea, *De praesumptionibus*, op.cit., spécialement pp. 29 ss.

⁸² *Idem*, spécialement p. 146.

⁸³ *Idem*, spécialement pp. 144 ss.

⁸⁴ *Idem*, spécialement pp. 239 ss.

par présomptions, en estimant qu'à défaut d'une preuve directe d'un fait litigieux, il faut se tourner vers la circonstance qui donne *nécessairement* ou *normalement* (*necessarily or usually*) naissance à ce dernier⁸⁵. Parmi les auteurs français, A. Doyen a relevé que « *toutes les présomptions sont fondées sur la liaison qui existe entre une vérité connue et la vérité que l'on cherche, et sur la conséquence qu'on en peut tirer par analogie de ce qui arrive le plus souvent : praesumptio ex eo quod prelumque fit* »⁸⁶. Dans la mesure où les faits tenus pour établis en raison de l'expérience commune n'ont pas besoin d'être prouvés, ils sont des candidats idéaux (*truth candidates*)⁸⁷, en matière de présomptions, pour la substitution d'un fait connu à un fait dit inconnu: « *l'idée intermédiaire qui unit le fait connu et le fait inconnu n'est plus une idée de raison mais une idée d'observation, d'expérience. Elle ne constitue d'ailleurs qu'une probabilité comme toutes les observations fournies par les lois de la nature morale* »⁸⁸.

b. L'idée de normalité résultant du sens commun

Aristote affirmait qu'il faut « *user des maximes rebattues et des maximes les plus communes (...) parce qu'elles sont communes, en effet, on croit qu'elles expriment l'opinion unanime, et on considère qu'elles sont justes* »⁸⁹. Il faut souligner que le philosophe ne considère pas les maximes comme des expressions d'une sagesse philosophique – dans le sens de *sophia* – mais plutôt comme des expressions d'un savoir populaire, car ce savoir exprime ce qu'une majorité considère comme étant un état normal des choses. Le *normal* peut être défini comme « *à la fois le plus fréquent, le plus courant, en bref, une moyenne et en même temps, ce qui devrait être parce juste, utile, souhaitable voire nécessaire* »⁹⁰. Il constitue le contexte dans lequel les présomptions, et plus généralement les preuves indirectes, sont établies⁹¹.

⁸⁵ Blackstone, William, *Commentaries on the laws of England in four books*, Londres, Sweet & Maxwell, 1836, livre III, 450 p., pp 370 ss, spécialement p. 370

⁸⁶ Doyen, Alphonse, *De la preuve en général et des présomptions en particulier*, thèse pour la licence, faculté de droit de Strasbourg, imp. Edouard Huder, 1847, 25 p. spécialement p. 9.

⁸⁷ Selon l'expression de N. Rescher, voir Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, op. cit., spécialement p. 36.

⁸⁸ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, op.cit., spécialement p. 10.

⁸⁹ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 189.

⁹⁰ Llorens-Frayse, Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1985, 380 p., spécialement p. 1.

⁹¹ Mendonca, Daniel, « *Presumptions* », *Ratio Juris* (1998), vol. 14, n° 4, pp 399-412, spécialement p. 402: « *the contextual element plays an extremely important role in the analysis of the concept of acceptance* ».

Il est possible de distinguer deux types de normalité ; un dit *descriptif*, « qui reflète le consensus social, qui correspond à ce qui est considéré comme normal par la société », un autre dit *dogmatique* qui correspond « non plus à ce qui est observable dans la réalité, mais à des principes, à des valeurs, à des dogmes, qui permettent d'établir ce qui devrait être considéré comme un comportement ou une situation normale »⁹².

Lorsque l'on cherche à établir un fait par une preuve indirecte, la référence à la normalité, ou à ce qui est communément admis comme normal ou vrai, peut s'avérer utile. A reprendre l'exemple de la preuve de paternité, dire que le mari d'une mère est le père de son enfant n'a rien de choquant ; c'est plutôt le contraire qui serait perçu comme un état de fait 'anormal'. Dès lors, le jugement sur la vraisemblance d'un fait que l'on cherche à prouver *fait appel* à un certain sens commun. C'est le philosophe écossais T. Reid qui est considéré comme l'un des fondateurs de la doctrine moderne en la matière. Selon lui, les actions de l'homme suivent des principes qualifiés de rationnels « par la double raison qu'ils ne peuvent exister que dans un être raisonnable, et qu'une conduite conforme à ces principes est ce qu'on a toujours appelé une conduite conforme à la raison »⁹³. L'avantage du sens commun est qu'il est pratiquement immun à la preuve contraire car le contester irait... à l'encontre du sens commun. En outre de la *Rhétorique*, dans laquelle Aristote fait allusion à la notion de sens commun, il a plus spécifiquement étudié cette notion dans sa doctrine relative à la *doxa*⁹⁴, à savoir, l'expression de ce que la majorité considère comme approprié ou normal⁹⁵. A une époque plus récente, N. Rescher confirme que le sens commun ne procure pas des certitudes catégoriques, mais des *présomptions* de vérité attachées à certains faits⁹⁶. Selon l'auteur, cette notion revêt trois

⁹² Bernard, Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p., spécialement p. 37.

⁹³ Reid, Thomas, *Œuvres complètes*, Paris, 1829, 434 p., spécialement p. 122.

⁹⁴ Voir aussi Sarfati, Georges-Elia, « Pragmatique linguistique et normativité : remarques sur les modalités discursives du sens commun », *Langages* (2008) vol. 2, n° 170, pp. 92-108, spécialement p. 102. L'auteur considère qu'il y a trois types de sens commun : le *canon*, qui correspond à l'institution discursive de la topique de référence, la *vulgate*, en tant que reformulation de l'essentiel du canon, et la *doxa*, qui correspond à un stade supérieur de reformulation du contenu canonique et qui « devient littéralement savoir commun » ; voir aussi Nyckees, Vincent, « Une linguistique sans langue ? Contribution à une réflexion sur les conditions d'émergence d'un sens commun », *Langages* (2008) vol. 2, n° 170, pp. 13-27.

⁹⁵ Sarfati, Georges-Elia, « Note sur 'sens commun' : essai de caractérisation linguistique et sociodiscursive », *op.cit.*

⁹⁶ Rescher, Nicholas, *Common-sense : a new look at an old philosophical tradition*, Wisconsin, Marquette Univoir Press, 2005, 270 p. spécialement p. 57 : « In sum, common-sense contentions are not categorical certitudes but powerful presumptions ».

principales expressions ; la première est *observationnelle* (*observational*), qui résulte de la réitération observée des phénomènes extérieures – et qui donne lieu au principe *quid prelumque fit* – la deuxième est *évaluative* (*judgmental*), qui comporte un certain nombre de critères permettant d'opérer des jugements dits *appropriés*, et la troisième est consensuelle (*consensual*), qui exprime ce qu'une majorité considère, par convention explicite ou implicite, comme étant vrai⁹⁷. Le sens commun a l'avantage de fournir des vérités transparentes (*transparent truths*) qui n'ont pas besoin d'une preuve supplémentaire car elles sont déjà suffisamment évidentes en soi (*self-evident*)⁹⁸. Dès lors qu'il constitue un repère pour ce qui est normalement considéré comme vrai, il facilite aussi l'*acceptation* de ces vérités⁹⁹. Par exemple, toute personne raisonnable accepterait d'admettre qu'il est normal que les enfants nés dans le cadre d'un mariage soient légitimes ou qu'un inculpé d'une infraction pénale soit *prima facie* présumé innocent¹⁰⁰.

Le sens commun est dès lors un bon point de départ pour toute démarche cognitive, car il permet de faire un *jugement intuitif* et *immédiat* sur la vérité

⁹⁷ *Idem*, spécialement p. 12. Ces trois expressions du sens commun correspondent aux trois 'classes' de vérité examinées par H. Volken, à savoir, la *vérité-correspondance*, se traduisant par le rapport de correspondance entre une proposition et un fait réel, la *vérité-cohérence*, qui vise la cohérence d'une proposition dans un système logiquement consistant, et la *vérité-consensus*, qui se traduit par le fait que la qualité de 'vrai' est attribuée à un énoncé par voie de consensus, voir Volken, Henri, « 'Je vois, mais je ne crois pas...' : Preuves et vérité dans les sciences formelles », *Revue européenne des sciences sociales* (2003), n° 128, vol. XLI, pp. 145-160. L'on retrouve des idées similaires in Pintore, Anna, « *Consenso y verdad en la jurisprudencia* », *Doxa* (1997) n° 20, pp. 279-293. L'auteure souligne que la vérité consensuelle permet d'avoir une homogénéité éthique et politique au sein d'un système juridique donné : « Y a ello una que la univocidad semántica de un Derecho tiene como precondition de hecho, a su vez, la existencia de un consenso en la 'esfera pública', o sea la homogeneidad social sobre el terreno ético-político que, allí donde existe, se trasvasa a la normas jurídicas ». Voir aussi Strong, C. A., « Pragmatism and its' definition of truth », *op.cit.*

⁹⁸ Rescher, Nicholas, *Common-sense*, *op. cit.*, spécialement p. 29. Voir aussi Sarfati, Georges-Elia, « Pragmatique linguistique et normativité : remarques sur les modalités discursives du sens commun », *op.cit.*, spécialement p. 104.

⁹⁹ Il existe un courant sur la théorie de l'*acceptation des vérités* que nous n'allons pas le traiter en détail ; l'on relèvera seulement que le sens commun facilite l'acceptation de la preuve d'un fait dès lors que ce dernier est considéré comme relevant d'un cours normal des choses. Voir sur ce point Freeman, James B., *Acceptable premisses. An epistemic approach to an informal logic problem*, Cmabridge, Cambridge University Press 2009, 416 p., Ch. 1 « Why do we need a theory of acceptability » (pp. 3-20) et Ch. 2 « Acceptability and presumption » (pp. 21-67).

¹⁰⁰ Rescher, Nicholas, *Common-sense*, *op.cit.*, spécialement p. 40 : « Acceptance of such a proposition is seen as only normal, natural, and to be expected. For common sense is a matter of what any sensible person will (or should) accept ».

des choses. Ce jugement a été appelé une inférence *par défaut* (*default reasoning*) qui n'a pas pour finalité d'aboutir à une certitude, mais à une solution provisoire considérée comme plausible, naturelle ou normale¹⁰¹.

Dans le cadre des présomptions par exemple, J. Domat a considéré que les faits qui servent de base pour celles-ci «*sont tels, qu'ils sont toujours réputés pour vrais, jusqu'à ce que le contraire ait été prouvé, et il y en a d'autres qui sont toujours réputés contraires à la vérité, si on ne les prouve. Ainsi tout ce qui arrive naturellement ou communément, est tenu pour vrai, comme au contraire, ce qui n'est ni ordinaire, ni naturel, ne passera pas pour vrai, s'il n'est point prouvé*»¹⁰².

Il est possible de conclure que si toute preuve en droit est *par nature* un argument, l'on comprend plus aisément pourquoi la pensée d'Aristote en matière de rhétorique a tant influencé la doctrine juridique en matière de preuve. L'on voit ainsi apparaître, dans les doctrines relatives à la preuve indirecte entre le XV^{ème} et le XX^{ème} siècles, des éléments qu'Aristote a signalés au IV^{ème} siècle av. J.C., en ce sens que la construction de l'argument vraisemblable et persuasif aristotélicien a un écho indéniable dans la théorie des probabilités de D. Hume, dans la théorie de la présomption juridique de J. Domat, dans la théorie du sens commun de T. Reid et de N. Rescher. Plus particulièrement, la *Rhétorique* d'Aristote semble avoir posé un 'modèle' pour la preuve indirecte en droit. En effet, un fait est indirectement démontré, lorsque dans un cas de carence de preuve directe, l'on examine ses liens avec des faits *ponctuellement vrais* (indices), l'on tient compte de faits *communément admis comme vrai* (selon le sens commun), et l'on tire une conclusion quant à la vérité du fait que l'on cherche à établir. N'est-ce pas ce qu'Aristote affirmait, en substance, au sujet des raisonnements en rhétorique : «*partir de plusieurs cas semblables pour démontrer ce qu'il en est, c'est un raisonnement inductif en dialectique, et c'est un exemple en rhétorique ; partir de présupposés pour en déduire une proposition différente, en vertu même de ces présupposés et de leur valeur générale ou la plus fréquente, cela s'appelle un raisonnement par syllogisme en dialectique, et c'est un raisonnement vraisemblable en rhétorique*»¹⁰³.

¹⁰¹ Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, op.cit., spécialement p. 79 : «*the logical validity of inference rules in standard (truth-functional) logic is determined on an input-output basis, a valid rule being one that will invariably yield true outputs (conclusions) from true ininputs (premises). All such inference rules will faithfully and unfailingly transmit the truth of premises to the conclusions. By contrast, the inference processes of default logic are such that truth – real of suppositional – of the premises does not assure the truth of the conclusions but will at most establish that conclusion as contextually plausible*».

¹⁰² Domat, *Œuvres complètes*, op. cit., spécialement p. 169, soulignement ajouté.

¹⁰³ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 47.

C. Les tendances 'aristotéliennes' dans la pratique des juridictions européennes et internationales

La pratique des juridictions internationales et européennes révèle quelques tendances que l'on pourrait qualifier d'aristotéliennes en ce qui concerne la production et l'appréciation de la preuve indirecte. Il est ainsi possible d'identifier une telle tendance au sujet des faits qui, ne pouvant pas être établis par une preuve directe, sont démontrés *indirectement*, à partir d'indices. Il est curieux d'observer, sur le point du raisonnement employé en matière de preuve indirecte, qu'à l'instar d'Aristote et de ses successeurs, les juridictions internationales et européennes tiennent compte non seulement de la proximité de 'genre' entre les indices et le fait que l'on cherche à établir, mais, plus généralement, apprécient cette proximité à la lumière des impératifs liés à la nature conventionnelle du droit international ou européen, ainsi qu'à ceux liés à la justice et à l'équité.

Ainsi, en droit international l'on peut citer l'*affaire des indemnités russes* de 1912, dans laquelle la Cour permanente d'arbitrage a estimé qu'il serait «*contraire à l'équité de présumer une responsabilité de l'Etat débiteur plus rigoureuse que celle imposée au débiteur privé dans un grand nombre de législations européennes*»¹⁰⁴. En matière d'interprétation des traités internationaux, il a été précisé, dans l'*affaire de l'île de Timor* de 1914, que «*l'interprétation des traités doit, dans le doute, se faire conformément à l'intention réciproque constatable, et aussi conformément à ce qui peut être présumé entre Parties agissant loyalement et raisonnablement, avoir été promis par l'une à l'autre à teneur des termes employés*»¹⁰⁵. Dans le domaine du droit de droits des traités, la conclusion d'un traité international entraînant une limitation des droits souverains des parties contractantes, la Cour permanente de justice internationale a jugé, dans l'*affaire du Lotus* de 1927, que «*les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas*»¹⁰⁶. De même, l'on retrouve une affirmation similaire dans l'*affaire du Lac Lanoux* de 1957, selon laquelle «*la souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations*

¹⁰⁴ Cour Permanente d'arbitrage, sentence arbitrale du 11 novembre 1912, *Empire russe c. Empire ottoman (affaire de l'indemnité russe)*, Recueil, vol. XI, pp. 421-477.

¹⁰⁵ Cour permanente d'arbitrage, sentence arbitrale du 25 juin 1914, *Pays-Bas c. Portugal (Affaire de l'île de Timor)*, Recueil, vol. XI, pp. 481-517.

¹⁰⁶ Cour permanente de justice internationale, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10, *Affaire du Lotus*, Recueil, série A, n° 10, pp. 1-108, spécialement p. 18. L'affaire *Lotus* est souvent considérée comme étant la première à consacrer une présomption portant, selon une doctrine postérieure, sur le transfert minimal des compétences souveraines. Cette présomption sera examinée en droit de l'Union européenne dans la première partie de notre thèse, voir *infra* p. XXX.

internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles »¹⁰⁷.

En droit de l'Union européenne, dès lors qu'il a été jugé, dans l'arrêt *Les Verts c. Parlement européen* de 1986¹⁰⁸, que les traités fondateurs constituent la « Charte constitutionnelle de base »¹⁰⁹ de l'ordre juridique de l'Union, l'on s'attendrait à ce qu'il y serait assuré le respect des principes inhérents à un Etat de droit, dont celui de la légalité. Sur ce point, dans une ordonnance de 2004, la Cour de justice a jugé qu'il « ne saurait être présumé dans un Etat de droit, qu'une obligation légale ne sera pas respectée »¹¹⁰. Dans un ordre similaire d'idées, ce qui ne se présume pas dans un Etat de droit est la méconnaissance des règles en vigueur. Par exemple, dans l'arrêt *Klass* de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1978¹¹¹, celle-ci a précisé qu'elle « doit présumer que dans la société démocratique de la République fédérale d'Allemagne les autorités compétentes appliquent correctement la législation en cause »¹¹². Le principe de légalité étant considéré, en droit de l'Union européenne, comme exprimant une conformité des droits des Etats membres à ce dernier, l'on peut citer l'arrêt *Factortame* de 1991¹¹³ dans lequel une question de compatibilité avec le droit de l'Union a été soulevée dans un contexte opposant « la vieille règle de la Common law, selon laquelle aucune mesure provisoire ne peut être ordonnée contre la Couronne, c'est-à-dire contre le gouvernement [et] la présomption selon laquelle les lois nationales sont conformes au droit communautaire »¹¹⁴.

¹⁰⁷ Tribunal arbitral franco-espagnol, sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *Espagne c. France (Affaire du Lac Lanoux)*, Recueil, vol. XII, pp. 281-31, spécialement p. 301.

¹⁰⁸ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste 'Les Verts' c. Parlement européen*, affaire 294/83, Recueil, p. 1339.

¹⁰⁹ *Idem*, pt 23.

¹¹⁰ Cour de justice des Communautés européennes, ordonnance du 28 octobre 2004, *Commission européenne c. CMA CGM e.a.*, affaire C-236/03 P, non publiée au Recueil.

¹¹¹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass e.a. c. Allemagne*, Requête n° 5029/71.

¹¹² *Idem*, pt 59.

¹¹³ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd*, affaire C-213/89, Recueil, p. I-2433.

¹¹⁴ *Idem*, pt 13. Dans le même ordre d'idées voir Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Ltd.*, affaire C-318/00, Recueil, p. I-905, conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 26 septembre 2002. Au pt 34 de celles-ci, l'avocat général se réfère aux « principes de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime, et étant donnée la présomption de conformité au droit communautaire des dispositions du droit national » pour affirmer qu'il est « douteux que l'on puisse pénaliser quelqu'un qui a agi dans le respect d'une loi d'un

De même, dès lors que les individus sont des sujets directs au droit de l'Union européenne, un certain nombre de présomptions sont établies en leur faveur, afin de permettre qu'ils puissent faire utilement valoir les droits qu'ils tirent des dispositions du droit de l'Union. Sur le plan procédural, la Cour de justice a jugé, dans une ordonnance de 1959¹¹⁵, « qu'il convient de s'assurer qu'il existe une forte présomption en faveur du bien-fondé de la demande au principal (*fumus boni juris*) »¹¹⁶.

Il s'ensuit que la possibilité d'identifier en matière de preuve indirecte, deux critères, à savoir, le plus fréquent et le nécessaire, en tant que concepts originaires aristotéliens, ou le probable 'observationnel' et le plausible, développés dans la théorie moderne des probabilités, permet de penser que la doctrine, les droits positifs contemporains et les pratiques jurisprudentielles en droit international et européen sont dans une large mesure héritiers de la Rhétorique d'Aristote, en ce qui concerne la logique suivie dans l'établissement de la preuve d'un fait à partir d'indices. La raison en est que le procédé de la preuve indirecte est substantiellement similaire à celui de l'argument vraisemblable : dans le premier cas, il s'agit de faire appel à des certitudes pour rendre un argument probable, dans le second cas, l'on fait appel à des certitudes pour rendre un fait probable. C'est comme si, dans les deux cas, l'on cherchait une voie vers une vérité qui, malgré tous nos efforts, ne reste qu'à moitié découverte.

En gardant à l'esprit cette idée de chercher une voie vers le vrai, mais d'être contraint d'emprunter la voie vers le vraisemblable, il semble approprié de conclure avec Cicéron qui, en parlant des topiques, a fait allusion au fait que plus que la découverte d'une vérité toute entière, il faut – en rhétorique et en droit – connaître les lieux où cette vérité est susceptible de se trouver, ne serait-ce que partiellement : « comme il est facile de trouver une chose cachée, si le lieu où elle se trouve est indiqué ou marqué par un signe, quand nous voulons découvrir un argument, il faut que nous connaissions les lieux ;

Etat membre (...) pour le fait que cette loi a été jugée par la suite incompatible avec le droit communautaire ».

¹¹⁵ Cour de justice des Communautés européennes, Ordonnance du Président du 20 octobre 1959, *Eva von Machmüller e.a. c. Commission européenne*, affaires jointes 43/59, 44/59 et 45/59 R., Recueil, p. 983.

¹¹⁶ *Idem*, p. 988. En l'espèce la Cour a eu à se prononcer sur un litige entre la Communauté et ses agents alors que le statut relatif à ceux-ci, prévu à l'article 179 du traité instituant la Communauté économique européenne, n'a pas encore été promulgué au moment de la saisine.

c'est ainsi qu'Aristote appelle ces espèces de réservoirs où l'on va puiser les preuves »¹¹⁷.

¹¹⁷ Cicéron, *Topiques, Œuvres complètes*, Paris, Librairie Garnier Frères, 1870, 485 p., pp. 217-289, spécialement p. 221. Cicéron distingue plusieurs catégories d'arguments, ou *lieux* de rencontre des interlocuteurs. Ceux-ci comprennent les conjugués, le genre, l'espèce, la similitude, la différence, les contraires, les dépendances, les antécédents, les conséquences, les choses qui répugnent entre elles, les causes, les effets, la comparaison avec parité, supériorité ou infériorité.