

Le ‘presque vrai’ et le ‘pas tout à fait faux’ : probabilités et décision juridictionnelle

par **Thierry Fossier**
conseiller à la Cour de cassation, professeur associé (Clermont-I)

et **François Lévêque**
professeur d'économie à Mines Paris Tech

La théorie des probabilités permet de rendre compte de situations ou de phénomènes dont nous ne sommes ni complètement ignorants ni parfaitement informés, et de se rapprocher pas à pas grâce à de nouveaux éléments de preuve du ‘pas tout à fait vrai’ et du ‘presque faux’. Par suite, c'est par l'expertise que le choix se fait entre deux modèles explicatifs (ou jeux d'hypothèses) dont l'un est associé à une probabilité de véracité plus grande que pour l'autre, ce qui permet d'approcher le ‘probablement vrai’ indispensable au juge, voire de mesurer à quel degré il s'éloigne du ‘probablement faux’. Mais le juge est contraint de dire par quel cheminement il passe du ‘pas tout à fait vrai’ au ‘presque vrai’ d'abord, et comment il transforme cette incertitude subsistante en vérité judiciaire, ce que vient quérir auprès de lui le justiciable. Le droit judiciaire a pour fonction première d'encadrer cette recherche, les présomptions et l'intime conviction la facilitent.

1. - Dans sa recherche du bien et du mal¹, dans sa stigmatisation du juste et de l'injuste, finalement dans la réponse à l'injonction qui lui est faite d'affirmer (rendre ferme) une position, le juge recourt nécessairement à la logique probabiliste. A l'instant de sa saisine, il n'est jamais dans l'ignorance complète, il est déjà trop tard pour recourir au lancer de dés : il dispose d'indices matériels, de statistiques relatives au cas et de modèles intellectuels, au moins de précédents pour mener des analogies. Mais il n'est pas davantage dans la certitude absolue, puisqu'il n'a pas été témoin des faits multiples et d'ailleurs fuyants qui composent un crime, un contrat, une décision administrative, un licenciement, un marché...

2. - On a ainsi pu démontrer à propos de la régulation de la concurrence par l'Autorité compétente et son juge de contrôle² que la théorie des probabilités permet de rendre compte de situations ou de phénomènes dont nous ne sommes ni complètement ignorants ni parfaitement informés, et de se rapprocher pas à pas grâce à de nouveaux éléments de preuve du ‘pas tout à fait vrai’ ou du ‘presque faux’. Par suite, c'est souvent par l'expertise que le choix se fait entre modèles explicatifs concurrents (ou jeux d'hypothèses) dont l'un est associé à une probabilité de véracité plus grande que pour les autres ce qui permet d'approcher le ‘probablement vrai’ indispensable au juge, voire de mesurer à quel degré il s'éloigne du ‘probablement faux’.

3. - Mais il y a loin de la coupe de la science aux lèvres qui diront le droit. Le juge est contraint de dire par quel cheminement il passe du ‘pas tout à fait vrai’ au ‘presque vrai’ d'abord, et comment il transforme cette incertitude subsistante en vérité définitive. Car celle-ci est ce que viennent quérir la victime qui souffre, l'épouse abandonnée, l'entreprise malmenée, le consommateur floué, le salarié devenu chômeur, l'administré qui se sent ‘pot de terre’ : non seulement avoir raison, mais - et d'autant plus fortement s'il ne lui est pas donné raison - savoir pourquoi. C'est aussi ce que requiert le maintien de l'ordre dans une collectivité qui, sans les croire tout à fait, a besoin de vérités bien senties, que rien ne remette en cause : l'autorité de chose jugée participe de cet ordre, qui interdit, sinon de critiquer un jugement, en tout cas de se dérober à son exécution une fois que les recours sont épuisés ou de recommencer indéfiniment le même procès. Etant passé de l'état religieux à l'état laïc, du mystère à la communication, le juge sait que tous les jugements ne se valent pas, qu'il faut être cru, pris au sérieux, que la fin - dénouer le litige - ne justifierait pas les moyens : affirmer sans s'expliquer.

4. - Tout le droit judiciaire, c'est-à-dire la méthode, l'organisation et le fonctionnement de la justice, est bâti pour que soit éclairé ce processus de transformation d'une réalité humaine, économique ou sociale en ce qu'on appelle la ‘vérité judiciaire’. Celle-ci n'est pas une certitude : nul n'en dispose, et le juge, pas plus que quiconque, ne peut y prétendre. Le juge établit une vérité, qui n'est pas certitude, tout au plus un ‘presque certain’. Si l'adjectif ‘judiciaire’ montre qu'il

s'agit d'une fiction, ce qui ne diminue ni la nécessité ni la force de cette 'vérité'-là, il indique aussi une marque de fabrication, celle des juges : le débat d'abord, la motivation explicite ensuite.

5. - Au coeur de ce droit judiciaire, ou constituant sa substance tandis que la façon de mener le procès en serait l'aspect formel, est mise en mouvement une mécanique probabiliste (1) et trône le problème de la preuve (2), dont les variantes descendent littéralement jusqu'à l'échelon proprement indicible de l'intime conviction du juge. L'acuité du questionnement est redoublée lorsqu'il s'agit de rechercher la responsabilité d'un dommage (3).

1. La mécanique probabiliste : dualité et révision des probabilités

6. - *A priori*, tout semble opposer le monde des probabilités et la décision judiciaire. Le premier renvoie aux jeux de hasard, un lancer de dés par exemple, et à la notion de moyenne statistique ; alors que la seconde s'appuie sur des mobiles et des enchaînements de causes, et s'évertue à cerner le cas d'espèce. Le tirage au sort pour désigner les coupables n'a-t-il pas été abandonné depuis la haute Antiquité et le recours au jugement de Dieu depuis la Renaissance ?

7. - Une telle opposition repose sur une vision tronquée et statique de la notion de probabilité.

Bien sûr, nous avons tous appris que la probabilité se calculait comme le nombre de cas favorables divisé par le nombre de cas possibles. Par exemple, la probabilité d'obtenir un 5 en un lancer de dés est de 1/6 soit environ 0,17 ; de même, la probabilité que la pièce de monnaie retombe sur face (ou sur pile) est de 1/2, soit 0,5. Nous nous rappelons tous également que ces résultats attendus s'appuient sur la loi des grands nombres. C'est seulement en lançant 100 ou 1 000 fois le dé ou la pièce que la fréquence observée des faces se rapprochera des valeurs théoriques (à condition naturellement que le dé ne soit pas pipé, ni la pièce faussée).

Mais la théorie des probabilités ne s'applique pas uniquement aux jeux de hasard et aux événements qui se répètent un grand nombre de fois. La probabilité désigne également le degré de certitude placé dans une hypothèse. Par exemple, s'il est établi que le crime n'a pu être commis que de l'intérieur et par un gaucher, il apparaîtra très probable que l'assassin parmi les personnes présentes soit le seul gaucher du groupe. Remarquons qu'il n'y a là aucune trace de fréquence ou de moyenne. Il s'agit d'un simple raisonnement sur un événement unique. L'application de la théorie des probabilités à la logique plutôt qu'au jeu de hasard a notamment été développée par John Maynard Keynes dans son grand traité de probabilité. Pour l'auteur de la Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie, « la théorie des probabilités a pour sujet la part de nos connaissances acquises par l'argumentation et traite des différents degrés dont les résultats obtenus ainsi sont conclusifs ou non conclusifs »³.

La notion de probabilité est donc double, d'un côté, la probabilité en tant que fréquence observée ou prédite, de l'autre la probabilité en tant que croyance dans la force d'une hypothèse. Les travaux de Blaise Pascal, pionnier du calcul des probabilités, illustrent parfaitement cette dualité. Pascal est le premier à résoudre le problème dit de la partie interrompue⁴, opposant deux joueurs de cartes ; et il est aussi bien sûr celui qui, dans son célèbre pari, applique la logique probabiliste pour décider de quel comportement adopter face à l'existence incertaine de Dieu. Naturellement, les deux notions se rejoignent. Le degré de certitude d'une hypothèse peut ainsi reposer sur des probabilités issues d'observations statistiques. Dès lors que les tests génétiques ont établi que 9 maris sur 10 sont le père des enfants dont leur épouse vient d'accoucher, le juge peut penser avec un degré de confiance élevé et avant de disposer de tout autre élément que le mari qu'il a en face de lui est le père biologique de l'enfant maltraité.

8. - Une fois rapprochée la probabilité de la logique, l'opposition entre le calcul des chances et la décision judiciaire commence à s'estomper. Elle disparaît complètement en considérant un des principaux théorèmes de la théorie des probabilités, le théorème de Bayes. Ce théorème offre un précieux moyen de réviser son degré de croyance dans une hypothèse en fonction de l'apport de nouveaux éléments de connaissances. La formule (1) ci-dessous le résume :

(1) $p(H/e) = p(H)[p(e/H)/p(e)]$: où H désigne une hypothèse, e un élément de preuve et / l'opérateur 'Sachant que'. Supposons par exemple que H désigne l'hypothèse que l'inculpé soit coupable du meurtre et que e désigne la présence de traces de son ADN sur la victime. $p(H/e)$ est la probabilité que l'hypothèse de culpabilité soit vraie sachant que l'ADN de l'accusé a été retrouvée sur le cadavre.

L'équation (1) se lit alors de la façon suivante : la probabilité de H sachant e est égale à la probabilité de H multipliée par la probabilité de e sachant H divisée par la probabilité de e.

Elle permet d'établir comment le degré de certitude d'une hypothèse change avec les indices qui sont apportés. Au départ, seule la probabilité générale, ou *a priori*, de culpabilité est connue, $p(H)$; elle peut être fondée sur l'expérience du juge ou sur la culpabilité observée en moyenne par la statistique dans des affaires similaires. L'élément de preuve, ou indice, apporté change la donne. Grâce au théorème de Bayes, une nouvelle probabilité, *a posteriori* - la probabilité que H soit vraie sachant que l'élément e a été trouvé -, peut être calculée ; elle dépend de la probabilité *a priori*, $p(H)$, et d'un multiplicateur, $[(p(e/H)/p(e))]$. C'est ce dernier qui va conduire à réviser à la baisse ou à la hausse, et plus ou moins fortement, la probabilité *a priori*, $p(H)$.

9. - Bien évidemment lorsque l'indice n'apporte rien de significatif, l'évaluation de la culpabilité n'est pas modifiée. Apprendre, par exemple, que l'inculpé se prénomme Martin n'entraîne pas de révision de la probabilité de sa culpabilité de meurtre : $p(H)$ est égal à $p(H/e)$ car $p(e/H)$ est égal à $p(e)$ (i.e., la proportion d'individus portant le prénom Martin est la même parmi la population des assassins que dans la population française). A l'inverse, dès lors que la probabilité de trouver l'ADN de l'accusé sur le cadavre sachant qu'il est coupable, $p(e/H)$, est plus élevée que la probabilité de trouver l'ADN de l'accusé sur le cadavre indépendamment de sa culpabilité, $p(e)$, la probabilité de culpabilité se voit augmentée suite à la découverte de l'ADN car selon la formule, $p(e/H)$ est plus grande que $p(e)$.

10. - Notons que la formule (1) peut être appliquée plusieurs fois de suite, au fur et à mesure de l'arrivée de nouveaux éléments de preuve. Il suffit d'utiliser la probabilité *a posteriori* comme nouvelle probabilité *a priori*. Cette démarche qui consiste à réviser son degré de certitude ou de croyance placé dans une hypothèse en fonction de nouveaux éléments de connaissance porte le nom en théorie des probabilités de méthode Bayésienne.

Notons également que $p(H/e)$ revient à établir dans quelle mesure l'indice e entraîne que l'hypothèse H soit juste. Si par exemple $p(H/e)$ est égale à 0,9 il est hautement probable que e implique H . D'où le terme utilisé de probabilité des causes pour désigner également cette démarche probabiliste.

11. - Cette mécanique probabiliste étant rappelée, examinons comment elle est mise en mouvement par le droit judiciaire.

2. Preuve, présomption, conviction du juge

12. - Dans une vision classique mais acceptable par tous, du problème de la preuve en justice, la distinction est faite entre celle des actes, produits de la volonté, dont la preuve est, sauf quelques exceptions, écrite et dont l'existence même peut être niée si aucun écrit n'en a été dressé⁵, en sorte que la 'vérité judiciaire' ne procède que d'une constatation du juge ; et celle des faits, auxquels s'appliquent les questions soulevées dans l'introduction, c'est-à-dire à partir desquels le juge doit dégager une vérité.

13. - Autrement dit, lorsque l'effet juridique n'est pas recherché en tant que tel, que la volonté s'exprime sans égard *a priori* pour cet effet-là, à plus forte raison lorsqu'aucune volonté n'est décelable dans le processus qui a conduit à la saisine du juge, ce qui peut être une définition du fait, alors ce juge ne peut exiger la même preuve formelle.

Dans cette hypothèse de la preuve des faits, le législateur, qui nourrit en France de mauvais souvenirs de l'arbitraire des Parlements de l'Ancien Régime, laisse le moins possible vagabonder l'esprit du juge.

Certes, le juge dispose d'une première présomption, en quelque sorte l'hypothèse de départ que lui soumettent les parties au procès : à ce juge, il est présenté un individu soupçonné d'un crime, ou il est raconté un accident qui semble impliquer plusieurs automobilistes...

14. - Mais pour la suite du raisonnement, le législateur établit des présomptions. Ce sont d'abord des cadeaux probatoires faits à l'un des plaideurs. Ce sont aussi des facilités intellectuelles pour le magistrat - les civilistes parlent « d'opération de l'esprit par laquelle on tire la vraisemblance d'un fait à partir de la preuve acquise d'un autre »⁶, de '*conséquences que (la loi ou) le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*' (C. civ., art. 1349)⁷.

15. - Voici qui illustre parfaitement la mécanique probabiliste esquissée précédemment à partir du théorème de Bayes. Nous avons vu qu'il livre un procédé simple permettant de produire une information nouvelle - la probabilité *a posteriori* - à partir de la combinaison de plusieurs autres éléments d'information, dont la probabilité *a priori*. De façon plus générale, la statistique offre un grand nombre de procédés analogues. Rappelons que la démarche inductive⁸ est en effet

au coeur de cette application technique de la théorie des probabilités. Le statisticien cherche en effet à inférer d'un ensemble limité d'informations particulières d'une partie de la population - celles apportées par l'échantillon - des caractéristiques générales valables pour l'ensemble de la population.

16. - Citons deux présomptions en matière pénale, pour l'exemple. Lorsqu'une personne vivant avec une prostituée ne peut pas justifier de ses ressources, il est présumé proxénète, poursuivi en tant que tel et la charge de la preuve est alors renversée. Lorsqu'un auteur ou un journaliste reproduit une allégation diffamatoire, il est présumé de mauvaise foi et poursuivi comme l'auteur même de la diffamation. Dans ces deux configurations, le législateur se porte fort d'une réalité statistique : les compagnons des prostituées sont souvent leurs souteneurs, les journalistes véhiculent parfois des ragots... Dans certaines hypothèses, celles-ci ou d'autres, la 'preuve contraire' est admise : ce sera un témoignage, une preuve écrite, un alibi démontré... La loi signifie, dans le cas du souteneur, que l'hypothèse *a priori* la plus vraisemblable est que le compagnon d'une prostituée vit des revenus de celle-ci, mais le juge doit étudier quand même, à partir de ce que lui rapporte le mis en cause, l'hypothèse inverse selon laquelle d'autres ressources, licites, profitent au couple. En d'autres termes, la présomption donne un degré de certitude *a priori*, degré de certitude qui pourra être ensuite révisé selon les éléments de preuve contraire apportés par la personne soupçonnée de proxénétisme.

17. - Il existe une face claire et une face sombre du mécanisme de la présomption établie par la loi. On aura compris qu'une présomption est une simplification destinée à gagner du temps et à améliorer l'efficacité de la justice. Mais la présomption empêche aussi l'imagination et, à certains égards, dispense de recourir à des probabilités élaborées. La présomption est alors une probabilité définitivement figée dans la loi. Cette probabilité peut ne pas guider la décision - toutes les présomptions ne sont pas irréfragables - mais combattre une présomption est une voie d'exception, placée sous le contrôle du juge. Voilà qui est fort utile mais signifie nécessairement l'approximation, voire la fausseté. Un exemple peut en être donné : lorsque le conducteur d'un véhicule qui a été piloté en infraction au Code de la route n'a pas pu être identifié, le titulaire du certificat d'immatriculation ('carte grise') est présumé responsable de l'infraction et poursuivi. La loi, et à sa suite le juge, ne cherchent pas à invoquer ici une quelconque mesure statistique (il n'est pas avéré du tout que les véhicules d'entreprises, principalement concernés par ce dispositif, soient conduits le plus souvent par le titulaire de la carte grise !), mais à empêcher des discussions considérées *a priori* comme longues et possiblement sans issue. Il n'est pas sous-tendu par la loi qu'il existe un rapport avec une probabilité, mais on procède par économie : *ex post* (accélérer le traitement d'affaires somme toute simples) et *ex ante* (conjuguer en un seul agent, l'intérêt et les moyens d'instaurer la prudence au volant). Sous un certain angle, le procès-verbal que dresse le gendarme est aussi le vecteur, légalement consacré, d'une présomption : il veut transformer un fait en acte, dont le contenu s'imposerait par conséquent au cours du débat devant le juge. Comme ce ne peut être qu'une fiction (il y a des procès-verbaux inexacts, de bonne ou de mauvaise foi), il faut néanmoins admettre une preuve contraire (par exemple, un procès-verbal de contravention vaut 'jusqu'à preuve contraire', au demeurant fort difficile à rapporter, exclusivement un écrit ou un témoignage).

18. - Les présomptions sont aussi nombreuses en droit privé (civil, affaires, travail...) : un mur séparatif de deux propriétés est présumé mitoyen, ce qui fixe notamment le régime de son entretien ; tout enfant est présumé avoir pour père biologique le mari de la femme ayant accouché... Et dans ces divers cas, lorsque la loi admet que la présomption soit renversée par divers éléments factuels qui constitueront une probabilité plus forte que celle du code.

Mais s'il n'y a ni preuve écrite ni présomption légale, le juge est bel et bien livré à sa plus totale liberté dans son appréciation initiale et dans sa révision en fonction des éléments factuels qui lui sont communiqués.

19. - Certes, la loi sait à qui demander de réunir les éléments dits probants : en matière pénale, au procureur de la République, dont c'est la fonction première ; en d'autres matières, au plaideur qui y a le plus intérêt, en général celui qui saisit le tribunal. La loi sait très bien aussi encadrer les modalités de recueil de ces éléments : perquisitions, saisies, police scientifique, auditions, écoutes, vérifications diverses... Les trois codes de procédure sont d'une loquacité inimaginable sur ce volet du droit judiciaire, qu'ils adaptent chaque jour davantage aux préceptes des droits de l'homme et au principe général de 'loyauté'. Enfin, la loi sait comment faire analyser correctement, sinon scientifiquement, les éléments ainsi réunis : c'est, globalement, le rôle des experts.

Sous cet angle, le système de preuves dit 'continental' (par opposition au système britannique et, par dérivation, nord-américain) cherche de manière irrépensible à s'enraciner dans la raison, la conviction du juge ne venant que coiffer ou couronner des éléments d'allure scientifique, dans leur contenu ou dans la méthode de récolte.

20. - Mais aucun de ces éléments n'est considéré par la loi comme supérieur aux autres. Aucun en principe ne se suffit à lui-même et les juges ont interdiction de se décider, en tout cas de s'expliquer, sur la base d'un seul. En matière pénale, tous sont bien connus des amateurs de récits criminels : des indices, des témoignages, des notes, courriers ou courriels compromettants, des aveux. En d'autres matières, le panel est moins connu du public : le code invoque des serments solennels faits devant les juges, les témoignages dont la forme est strictement encadrée, et surtout les 'présomptions de l'homme', sans grand rapport avec les présomptions évoquées précédemment, et décrites par la loi comme des conjectures '*abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat*' (*sic*) (C. civ., art. 1349), autrement dit l'équivalent des indices du droit pénal.

Cette absence de hiérarchie entre les éléments probants a un nom, qui résume tout notre système de preuves des faits, singulièrement en matière pénale : l'intime conviction du juge. Le terme est joliment développé dans le Code de procédure pénale à propos des jurés de cour d'assises, mais il renvoie au for intérieur du magistrat.

21. - L'intime conviction n'est pourtant que le troisième et dernier stade du cheminement judiciaire en matière de faits : elle coiffe, à partir de la présomption première qu'est l'hypothèse soumise au magistrat, l'ensemble des présomptions, légales et judiciaires, qui s'y sont greffées au cours du procès. En matière pénale, c'est l'intime conviction qui permet ce passage d'une culpabilité presque vraie (il est très probable du fait de l'évidence rassemblée que l'inculpé soit coupable) à la vérité judiciaire : la personne mise en cause est coupable.

Il est indéniable que l'intime conviction comporte une dimension d'arbitraire, au sens où elle procède secrètement et ne se justifie pas, par définition même. Un contrôle des 'motifs insuffisants ou contradictoires', - ni plus ni moins, et les mots ont leur poids ici -, est effectué par la Cour de cassation. L'intime conviction est un arbitrage plus qu'un arbitraire : elle renvoie le juge à l'exercice d'un choix entre des jeux concurrents d'hypothèses pouvant aboutir à des conclusions opposées. D'un côté, par exemple, un alibi solide, un mobile mince et des indices matériels défavorables, d'un autre un alibi peu crédible, un mobile évident et des indices matériels peu probants. Au juge de décider quel est le modèle explicatif qui est marqué de la probabilité de véracité totale la plus grande.

22. - D'emblée, on est frappé de ce paradoxe : la preuve présente d'autant plus d'importance, que le législateur allège l'obligation du juge de se justifier. L'exemple du droit pénal est patent : il requiert la réunion d'indices matériels et de données psychologiques en général compliqués ; l'enjeu est maximal puisqu'il s'agit de mettre en oeuvre la répression ; et pourtant les codes criminels ne comportent aucune théorie générale de la preuve en cette matière, ils se contentent d'encadrer la procédure de collectes des faits, ils s'en remettent finalement aux vertus du contradictoire.

Il n'y a pas lieu de le regretter, d'autant que l'abolition de la hiérarchie des preuves, dit système 'de la preuve légale'^a, est une conquête révolutionnaire. Le droit de la responsabilité, qui tend à absorber le droit privé dans son ensemble⁹, donne des exemples caractéristiques de cet 'arbitrage' judiciaire, dénommé expressément ou pas intime conviction.

23. - Le droit de la responsabilité est plutôt simple dans ses articulations : dans l'ordre croissant de difficulté probatoire, le juge attend la preuve d'un dommage, celle d'un fait dit 'générateur', celle d'un lien de causalité entre les deux. Il est inutile de proclamer à quel point les probabilités ont un rôle de premier plan dans cette recherche, à tous les stades. Depuis le XIX siècle, le calcul statistique prend dans ce domaine la forme de présomptions légales, du type de celles que nous avons évoquées en première partie, et de présomptions créées par la Cour de cassation, généralement approuvées par la doctrine (l'Université). Mais cette entrée massive des probabilités dans le droit perdure, notamment devant l'apparition de 'dommages absolus' au sens où ils transcendent la relativité du temps et des sujets de droit, ou qu'il faut 'absolument' réparer sans discussions byzantines autour de tel ou tel stade du raisonnement en trois temps énoncé précédemment. On en trouve des exemples dans les grands accidents aériens ou maritimes, dans les atteintes majeures à l'environnement, dans les actes de terrorisme, dans les suites de catastrophes dues à l'urbanisation, etc.

24. - Il ne s'agit pas ici d'évoquer un thème cher à l'analyse économique du droit, celui des présomptions de faute, lesquelles ne reposent pas sur le calcul de probabilité mais cherchent comment allouer *ex ante* les responsabilités afin de maximiser les efforts de prudence de celui qui est le mieux à même d'éviter l'accident au moindre coût et accessoirement de réduire *ex post* les dépenses de justice.

25. - La présomption de causalité obéit à bien des égards à la même référence 'philosophique'. La causalité est de loin le tiers le plus ardu du cheminement probatoire de la victime. L'opposition, traditionnelle en droit de la responsabilité, entre la 'causalité adéquate' et la 'causalité équivalente' illustre parfaitement le recours qui est fait, là encore, à l'analyse économique du droit classique. La théorie de la causalité adéquate rattache exclusivement le dommage à celui de ses

antécédents qui, normalement, d'après la suite naturelle des événements (selon l'expression habituelle de la Cour de cassation), était de nature à le produire, à la différence d'autres facteurs dont la suite dommageable apparaît exceptionnelle. La causalité équivalente, de plus en plus souvent retenue par les tribunaux pour favoriser les victimes, retient comme cause du dommage, et condamne solidairement, sans les hiérarchiser, tous les facteurs qui sont en lien direct avec ce dommage.

26. - Bien plus proche de notre questionnement est la présomption de préjudice, qui a connu une évolution spectaculaire, dont le fondement probabiliste ne fait pas de doute, aboutissant à la théorie du risque : le recours au concept de perte de chance. La question d'origine était celle de la réparation possible ou impossible des préjudices futurs d'une victime, notamment de la réparation des séquelles probables d'un accident. Les auteurs de grands dommages, ou leurs assureurs le plus souvent, redoutent la spéculation ou l'angoisse qui pousseraient une victime à imaginer des préjudices seulement éventuels. La solution apportée à ce problème par la Cour de cassation : perte de chance de profiter d'un bel appartement parce que le notaire a mal rédigé l'acte de vente, perte de chance d'un propriétaire de cheval d'encaisser le prix d'une belle course parce que le transporteur de l'animal est arrivé en retard, perte de chance de réussir une belle carrière parce qu'un chauffard blesse un candidat peu avant le concours... Voici que le calcul de probabilité s'affine, et même s'individualise, comme on l'aura compris !

27. - On est bien ici dans le raisonnement probabiliste car il s'agit de spéculer sur 'ce qui se serait passé si...'. Le juge doit en quelque sorte imaginer un arbre de décisions ou d'événements, dont le point de départ serait que l'événement ne s'est pas produit et les bifurcations successives sont différents événements, auxquels sont associées des probabilités et dont certains excluent qu'il y ait une perte. La probabilité de la perte se calcule alors comme la multiplication des probabilités de chaque événement de la séquence qui aboutit à la perte.

3. Conclusion

28. - Dans le domaine des sanctions, dont il n'est pas interdit d'affirmer qu'il présente une importance première en droit privé comme en droit administratif, la soif de certitude est légitime. Mais elle est inextinguible : la vérité judiciaire est une construction en millefeuilles, dans laquelle la mécanique probabiliste, bien plus que le calcul de probabilités, joue un rôle central, jusqu'aux portes de l'intime conviction du juge. Sous cet angle, la tradition juridique continentale qui inclut ce qu'elle dénomme les présomptions dans l'ensemble de ce qu'elle dénomme le système de la preuve, mériterait d'être comparée, par exemple en matière de droit pénal ou de droit de la concurrence ou des marchés financiers, à la tradition anglo-saxonne du 'doute raisonnable'.

In La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 2 Avril 2012

Note 1 F. Lévêque et Th. Fossier, *Le bien et le mal en droit économique : Lamy Concurrence 2011*, n°27, p. 100.

Note 2 F. Lévêque, *Les probabilités et le droit, une rencontre inattendue : Lamy dr. aff. 2012*, à paraître.

Note 3 J. Maynard Keynes (1920), *A Treatise on Probability*, chap. 1 : éd. Rough Draft Printing, 2008.

Note 4 2 joueurs misent 11 ducats dans une partie à 60 points en deux manches ; la partie est interrompue à l'issue de la première manche alors qu'un joueur a marqué 50 points et l'autre 30 points. Quelle somme doit récupérer chaque joueur ? Pascal apporte la réponse : 16,5 ducats pour le premier joueur et 5,5 pour le second (V. <http://www.math93.com/theoreme/probabilites.html>).

Note 5 Lorsqu'une, ou des volontés, s'exprime pour produire des effets de droit, ce qui peut être une définition correcte de l'acte juridique, la trace doit en être conservée, pour être au besoin retrouvée. Un écrit - papier ou électronique - constatant et décrivant l'acte, subsidiairement un écrit rendant vraisemblable l'acte (ce que la loi appelle de manière éloquente '*commencement de preuve par écrit*') : point de probabilités qui vaillent ici. Peut-on au moins se défendre contre la preuve écrite ou ses équivalents ? Oui, par un autre écrit. Non par des témoignages, pas davantage par des probabilités, sinon dans le domaine particulier de l'acte électronique.

Note 6 G. Cornu, *Vocabulaire juridique, Présomption* : éd. PUF, 2011.

Note 7 Inspiré de *J. Domat, Loix civiles dans leur ordre naturel (1689), III-6-IV.*

Note 8 L'induction consiste à généraliser à partir de faits ou données empiriques. Par exemple : Milou et Pongo sont des chiens. Ils ont quatre pattes, donc tous les chiens ont quatre pattes. Cette démarche de raisonnement diffère de la déduction qui procède du général au particulier : Tous les chiens ont quatre pattes, Milou et Pongo sont des chiens, donc ils ont quatre pattes.

Note 9 Ce truisme, décrit dès l'entre-deux-guerres par tous les auteurs, tient à deux facteurs indépassables : (i) la 'victimisation' des relations humaines (l'enfer c'est les autres), économiques (privatisation des profits, socialisation des pertes), sociales (le contrat social est une escroquerie), dont nous sommes tous porteurs ; (ii) la complexité grandissante du droit, qui induit nécessairement ses contradictions, en sorte que l'Etat peut se contenter, plutôt que de sanctionner la violation de règles absconses, de rechercher puis d'indemniser le dommage s'il en est, individuel ou collectif.