

La sincérité dans les pays de *common law*

Aurélie DUFFY-MEUNIER

Maître de conférence à l'Université Paris II-Panthéon-Assas
Membre de l'Institut de Droit Comparé

Membre associé de l'Institut Louis Favoreu -
Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, CNRS UMR 6201

« ...Je promets et jure sincèrement que je serais fidèle et que je porterai véritable allégeance à leurs majestés le roi Guillaume et la reine Marie ». La première occurrence d'un terme dérivé de la notion de sincérité remonte ainsi au *Bill of Rights 1689*. Les Lords spirituels et temporels ainsi que les Communes rassemblés à Westminster se réfèrent aux serments d'allégeance et de suprématie qui peuvent être exigés de certaines personnes par la loi. La sincérité désigne, dans ce cadre, la nature d'une promesse qui doit être formulée de façon sincère, c'est-à-dire exprimée avec vérité¹ par une personne sensée être dotée des qualités de franchise et de loyauté² envers le roi et la reine. Les deux objets, matériel et personnel, de la sincérité identifiés dans le rapport introductif semblent ici se rejoindre dans le contexte d'une prestation de serment. Cette prestation tout comme la personne prêtant serment doivent être sincères. Malgré cette apparition, certes indirecte, mais relativement ancienne et somme toute remarquable³ de la notion de sincérité, la quête postérieure de cette notion dans les pays de *common law* se heurte à plusieurs écueils méthodologiques dont le premier est celui de la traduction.

La sincérité se traduit de différentes façons dans le langage courant. Elle doit, par ailleurs, être distinguée de notions connexes en droit afin de circonscrire l'analyse et d'identifier s'il existe un développement spécifique de la notion de sincérité dans les pays de *common law*.

La notion de sincérité peut-être traduite dans le langage courant par les termes *sincerity*, *frankness*, *candour*, *genuineness*⁴. Elle peut également être rapprochée du terme connexe de *truthfulness*, qui signifie plus précisément véracité, vérité puisque quelqu'un de sincère doit exprimer « avec vérité ce qu'il sent, ce qu'il pense »⁵.

La sincérité doit cependant être distinguée de notions voisines en droit comme la bonne foi, qui s'en rapproche puisqu'elle désigne la « qualité de celui pour qui la foi est toujours sacrée, et, plus généralement, la sincérité, la franchise »⁶. La bonne foi est considérée comme un « concept relationnel » impliquant « une loyauté envers quelque chose, une promesse, un engagement »⁷, éléments qui la distinguent de la notion de sincérité. Cette dernière ne comportant pas nécessairement cet élément relationnel. Par ailleurs, la sincérité ou plutôt l'insincérité peut également faire penser à la notion de « *misrepresentation* ». Cette expression correspond au dol civil et à une affirmation factuelle pré-contractuelle inexacte⁸ qui correspond à une forme d'insincérité. Une analyse de la sincérité à travers ces concepts

¹ Le *Littré* définit le terme sincère ainsi : « Qui exprime avec vérité ce qu'il sent, ce qu'il pense ».

² En ce sens, *cf.* les définitions évoquées dans le rapport introductif d'O. Le Bot.

³ Etant donné la nature du texte dans lequel elle apparaît.

⁴ Dictionnaire *Harrap's Shorter*.

⁵ *Cf.* le *Littré*, *op. cit.* note 2.

⁶ *Cf.* le *Littré*.

⁷ M. Groves, *Australian administrative law. Fundamentals, principles and doctrines*, Cambridge University Press, 2007, p. 28.

⁸ *Dahl's Law Dictionary*.

aurait pour conséquence une approche seulement indirecte de l'état du droit positif de la sincérité et nous conduirait dans les méandres inépuisables du droit du contrat ou des délits.

Il ne faut pas, en effet, tomber dans un second écueil, celui d'un champ de recherche démesuré quant aux domaines du droit abordés et aux pays étudiés. Une approche trop large de la notion de sincérité étendrait l'étude à des champs du droit au sein desquels des notions voisines, mais aussi distinctes de la sincérité peuvent être utilisés et diluerait par là-même l'étude cette notion. Tel n'est pas l'objet de cette recherche dont le champ doit être limité à la notion de sincérité au sens strict. Il s'agit ici, plus précisément, d'examiner si la notion de sincérité strictement entendue (ou ses synonymes) est reçue par les systèmes juridiques de *common law* comme elle l'est par le système français. L'étude doit, par ailleurs, être réduite à l'analyse de pays considérés comme emblématiques des systèmes de *common law*. Seront alors envisagés les systèmes américain, australien, britannique, canadien, irlandais, néo-zélandais et sud-africain⁹. Ainsi délimitée, la recherche de la sincérité dans les systèmes de *common law*, conduit à un constat paradoxal par rapport à l'expérience française, celui de sa relative rareté.

Les occurrences du terme sincérité et ses synonymes sont moins fréquentes au sein des lois et de la jurisprudence des pays de *common law*¹⁰ qu'en France. En Irlande, le terme sincérité ou ses dérivés apparaît dans deux textes de loi¹¹. De même, au Royaume-Uni, deux lois seulement¹² en plus du *Bill of Rights* se réfèrent à cette expression. En Australie, quatre lois fédérales se réfèrent à la sincérité en matière commerciale ou de droit des étrangers¹³. Au Canada, trois lois fédérales mentionnent cette notion dans le domaine pénal¹⁴, financier¹⁵ ou de la concurrence¹⁶. Aux Etats-Unis, le US code évoque la sincérité à une dizaine de reprises dans des domaines assez variés comme, par exemple, la fonction publique, le droit social ou encore le droit processuel¹⁷. En revanche, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud, la recherche menée ne révèle aucune loi mentionnant la notion de sincérité ou des expressions connexes.

L'identification de l'exigence de sincérité au sein de la jurisprudence est plus délicate compte tenu de la forme des décisions et de la présence d'*obiter dicta* pouvant évoquer cette notion sans qu'elle n'ait de portée juridique particulière. Là encore les milliers de décisions de justice se référant à la sincérité évoquées à propos de la France¹⁸ sont loin d'être atteints par

⁹ Chacun de ces systèmes sera évoqué en fonction de la place que la notion de sincérité peut y avoir.

¹⁰ La recherche a été menée par mot-clé : « *sincerity* », « *truthfulness* », « *candour* », « *frankness* », « *genuiness* », à l'aide des bases de données *bailli* ; *austlii* ; *Canlii* ; *Irlil* ; *Nzlii* ; *saflii* et sur la base de donnée du « *legal Information Institute* » de Cornell University Law School.

¹¹ Cf. le *Defense Act, Number 18/1954*, révisé par le *Defence (Amendment) Act Number 24/2007* et l'*International Criminal Court Act Number 30/2006*.

¹² Le *Confession of Faith Ratification Act 1690* (c.7), qui est une loi ratifiant la confession de foi et établissant un gouvernement pour l'église presbytérienne et le *Matrimonial Causes (Northern Ireland) Order 1978 (No. 1045 (N.I. 15))*.

¹³ L'annexe 1 du *Trade Practices Regulations 1974* ; la section 91 du *Migration Act 1958* ; la section 41 du *Broadcasting Services Act 1992 No. 110 of 1992* et la section 13 du *Wheat Export Marketing Act 2008 (No. 65, 2008)*.

¹⁴ L'article 153. 1 (6) du Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

¹⁵ La section 94 (1) de la loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, L.C. 1984, c. 18.

¹⁶ L'article 7 (2) de la deuxième partie de la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

¹⁷ Cf., par exemple, le 28 USC Appendix Rule 609 qui évoque la procédure permettant d'attaquer l'absence de sincérité d'un témoin (cf. également 28 USC Appendix Rule 803 ; 28 USC Appendix Rule 610 ; 28 USC Appendix Rule 601 ; 28 USC Appendix Rule 404 ; 28 USC Appendix Rule 26).

¹⁸ Cf. rapport introductif.

l'ensemble des pays étudiés¹⁹, puisque environ 500 décisions de justice des Cours suprêmes ou constitutionnelles de ces pays mentionnent cette expression.

A cette rareté législative et jurisprudentielle s'ajoute une rareté de l'étude doctrinale de cette notion. L'un des quelques articles qui aborde frontalement la question de la sincérité évoque de façon assez surprenante, pour en souligner l'inutilité, la sincérité des juges²⁰. Alors que certains auteurs considèrent que l'on vit dans une ère post-vérité²¹, la sincérité n'aurait-elle aucun rôle à jouer dans les pays de *common law* ? Cette notion soulève une question d'« éthique légale »²² à laquelle les pays de *common law* semblent être à première vue moins perméables que la France. Le droit anglo-saxon et les analyses doctrinales en ce domaine font-ils preuve de plus de réalisme que le droit français qui s'attache aujourd'hui à une notion plus morale que juridique ? Cette exigence serait-elle si inhérente au droit des pays de *common law* que ces derniers n'auraient pas besoin de l'utiliser ou bien les pays de *common law* sont-ils tout simplement insensibles à toute exigence de sincérité ?

Ce premier aperçu, plus quantitatif que qualitatif, révèle une approche réservée des systèmes de *common law* à l'égard de la sincérité. Pourtant, cette notion ne semble pas laisser indifférents certains pays. L'on pense à l'affaire Clinton qui s'est transformée en affaire pénale lorsque le Président a été suspecté de faux témoignage ou encore à l'audition de Tony Blair le 29 janvier 2010 devant la Commission non parlementaire, la Commission Chilcot, sur l'engagement militaire du Royaume-Uni en Irak. Dans le premier cas, la sincérité de l'intéressé a pu être mise en cause dans le cadre de procédures juridictionnelle et de destitution²³. Dans le second cas, l'examen de la sincérité de Tony Blair à propos de l'engagement du Royaume-Uni en Irak fondé sur la prétendue présence d'arme de destruction massive dans ce pays n'aura pas de conséquences juridiques, mais essentiellement politiques.

Il semble, en effet, que l'exigence de sincérité qui se déploie en France notamment dans le domaine budgétaire, électoral et parlementaire soit essentiellement garantie dans les pays de *common law* par des processus politiques. La sincérité budgétaire, la sincérité des débats parlementaires ou la sincérité en matière de découpage électoral ne sont pas reconnues en tant que telles, comme des exigences susceptibles de contrôle juridictionnel dans les systèmes de *common law*. C'est à travers le principe de responsabilité et de transparence que sera sans doute indirectement évaluée la sincérité budgétaire au Royaume-Uni, au Canada ou

¹⁹ Une recherche par mot-clé évoqués note 9 dans les bases de données disponibles sur les sites bailli ; austlii ; canlii ; irlii ; nzlii ; saflii et sur la base de donnée du « legal Information Institute » de Cornell University Law School fait apparaître 17 décisions de la Chambre des Lords et du Privy Council mentionnant le terme *sincerity*, 8 le terme *truthfulness*, 13 le terme *frankness*, 33 le terme *candour* et 2 le terme *genuiness* ; 35 décisions de la High Court Australienne mentionnant le terme *sincerity*, 67 le terme *truthfulness*, 74 le terme *frankness*, 28 le terme *candour* et 2 le terme *genuiness* ; 56 décisions de la Cour suprême américaine mentionnant le terme *sincerity*, 28 le terme *truthfulness*, 9 le terme *frankness*, 3 le terme *candour* et une le terme *genuiness* ; 91 décisions de la Cour suprême Canadienne mentionnant le terme *sincerity* ; 2 décisions de la Cour suprême néo-zélandaise mentionnant le terme *sincerity* et une le terme *candour* ; 5 décisions de la Cour constitutionnelle sud africaine mentionnant le terme *sincerity* et 7 le terme *candour*. Bien que ces résultats ne tiennent compte que des décisions des Cours suprêmes ou constitutionnelles lorsqu'elles existent, ils doivent être vus à la baisse compte tenu du fait que dans certaines décisions les termes recherchés ne renvoient pas à une exigence juridique de sincérité, mais sont utilisés comme de simples synonymes ou figure de style dans des *obiter dicta*.

²⁰ J. M. Kang, « The irrelevance of sincerity : deliberative democracy in the supreme court », *Saint Louis University Law Journal*, 2004, p. 305. Une recherche systématique des titres d'articles a été réalisée sur la base de donnée Westlaw ainsi que sur la base cairn et J.Stor.

Quelques commentateurs de la doctrine américaine ont utilisé la notion de norme de sincérité, cf. C. Cimido Cody, « Considering Standing, Sincerity, and Antidiscrimination », *BY ULR*, 2006, p. 74 note 9.

²¹ J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *Temp. LR*, 2006, p. 780.

²² B. Adler, « The Ethics of Perjury », *ABA Journal*, 1985, p. 76.

²³ A ce propos, cf. E. Zoller, « De Nixon à Clinton, malentendus juridiques transatlantiques », PUF, Coll. Béhémot, 1999.

en Nouvelle-Zélande²⁴. Aux Etats-Unis, la sincérité se mesure par le vecteur de processus politiques tels que le contrôle du budget par le *Congress Budget Office* ou d'autres organes parlementaires²⁵. De même, la sincérité des découpages des circonscriptions électorales fait l'objet d'un contrôle sous des formes différentes, il peut être juridictionnel, mais assez réduit aux Etats-Unis et au Canada²⁶ ou plus politique, car réalisé par des commissions indépendantes, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni ou, sous une forme différente, en Australie²⁷. Quoiqu'il en soit, dans tous ces cas, la sincérité n'est pas explicitement évoquée en tant que telle.

Quelles sont alors les manifestations concrètes de la notion de sincérité dans les systèmes de *common law* ? L'exigence de sincérité telle qu'elle est reconnue en France est-elle également consacrée comme une exigence justiciable dans ces pays ? Quelle est sa valeur ? Quels champs du droit cette notion irrigue-t-elle ? Sa garantie juridictionnelle est-elle effectivement assurée dans les différents systèmes étudiés ?

La sincérité apparaît au sein de ces pays dans des domaines divers et variés et n'est pas abordée de façon uniforme. Il s'agira alors de mettre en évidence des tendances communes à l'appréhension par ces différents pays de la notion de sincérité ainsi que les spécificités de tel ou tel système. Ces réflexions seront l'occasion de déterminer s'il existe une conception commune de la sincérité et si elle témoigne d'un particularisme de ces systèmes par rapport à la France.

L'étude de la sincérité dans les pays de *common law* conduit à préciser la façon dont elle se manifeste aussi bien du point de vue normatif que du point de vue de son champ d'application et la façon dont elle est garantie. Ces éléments permettront d'esquisser la principale fonction de cette exigence au regard des trois fonctions préalablement identifiées : discipliner, authentifier et exprimer²⁸. Afin d'apprécier la fonction et le contenu essentiel de l'exigence de sincérité dans les pays de *common law* en droit positif, il convient tout d'abord d'identifier plus précisément cette exigence (I) pour ensuite apprécier l'effectivité de sa garantie (II).

I. L'identification de la notion de sincérité

L'identification d'une exigence de sincérité dans les pays de *common law* étudiés est délicate. Elle apparaît, de ça, de là au gré des lois et des décisions de justice et présente ainsi une diversité de fondements (A). Le nombre d'occurrences textuelles et jurisprudentielles de la notion de sincérité a des conséquences sur son champ d'application, plus circonscrit qu'en France (B).

A. Les fondements de la sincérité

La valeur et la nature de la notion de sincérité sont conditionnées par des apparitions souvent disparates, explicites ou implicites, au sein de sources textuelles (1) et jurisprudentielles (2).

1. Les sources textuelles

²⁴ « Le cadre juridique des systèmes budgétaires. Une comparaison internationale », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, vol. 4 n° 3, 2004, pp. 146-147.

²⁵ A ce propos, cf. E. Zoller, « Les pouvoirs budgétaires du Congrès des Etats-Uni », *RFFP*, 2004, pp. 168-308.

²⁶ A ce sujet, cf. C. P. Hoffman, « The Gerrymander and the Commission: Drawing Electoral Districts in the United States and Canada », *Manitoba Law Journal*, vol. 31, n° 2, 2005-2006, p. 338.

²⁷ G. Beever, « The new game with the old rules : boundary determination under MPP », *VUWLR*, 2003, pp.143-148.

²⁸ Cf. rapport introductif d'O Le Bot.

La lecture des différents textes mentionnant l'expression de sincérité ou des termes connexes révèle l'absence de solennité et de formalisme avec lequel le législateur envisage cette notion. Au niveau constitutionnel, la sincérité n'est mentionnée que dans le *Bill of Rights 1689* ou dans l'annexe 2 à la Constitution sud Africaine prévoyant la formulation de la prestation de serment du Président et du vice-Président. L'évocation de la sincérité apparaît dans ce cas de façon exceptionnelle et uniquement pour attester de la loyauté et de l'authenticité de la promesse formulée par une autorité publique. Il n'existe donc pas d'exigence constitutionnelle textuelle de sincérité dans les pays de *common law* étudiés.

Cette notion n'est pas non plus explicitement et formellement reconnue en tant qu'exigence autonome. Quelques lois, précédemment évoquées²⁹, mentionnent en effet la notion de sincérité sans qu'elle apparaisse comme une catégorie juridique cohérente dans les textes législatifs. Ainsi, au Royaume-Uni, parmi les deux lois mentionnant la sincérité, seul le *Matrimonial Causes (Northern Ireland) Order*³⁰ évoque cette notion en envisageant le refus de prononcer la nullité d'un mariage dans l'hypothèse d'un manque de sincérité de la part du demandeur. L'autre texte ne fait que ratifier la profession de foi de l'Eglise presbytérienne en mentionnant l'amour porté à Jésus « en toute sincérité »³¹. En Irlande, le *Defense Act*, plusieurs fois révisé, évoque la sincérité d'une prestation de serment devant une Cour martiale et l'*International Criminal Court Act Number 30/2006* celle des témoins devant la Cour pénale internationale³². En Australie, quatre lois fédérales se réfèrent à la sincérité de déclarations en matière commerciale³³ ou à l'examen de sincérité d'un demandeur de visa de protection³⁴, à la sincérité des antécédents d'une société pouvant bénéficier d'une licence de diffusion ou d'une société demandant à bénéficier d'une accréditation sur le fondement du *Wheat Export Marketing Act 2008*³⁵. Au Canada, la loi sur les Cris et les Naskapis du Québec relative au régime d'administration locale de ces peuples autochtones du Canada envisage dans sa partie traitant de l'administration financière le contrôle par un vérificateur de la sincérité de l'état financier³⁶; la loi sur la concurrence³⁷ évoque la prestation de serment du commissaire à la concurrence et le Code criminel envisage la croyance sincère dans le consentement de la victime dans l'hypothèse de poursuites pour agression sexuelle³⁸. Aux Etats-Unis, le US code évoque cette notion dans plusieurs domaines³⁹, le plus fréquemment à

²⁹ *cf. Supra*, Introduction notes de bas de page 11 et s.

³⁰ Section 7 du *Matrimonial Causes (Northern Ireland) Order 1978 (No. 1045 (N.I. 15))*

³¹ *Confession of Faith Ratification Act 1690 (c.7)*.

³² *Cf.* la section 49 (2) (2) du *Defense Act, Number 18/1954*, révisé par le *Defence (Amendment) Act Number 24/2007*; l'article 69 de l'*International Criminal Court Act Number 30/2006*.

³³ L'annexe 1, section 28 du *Trade Practices Regulations 1974* prévoit un formulaire imposant que certaines déclarations soient formulées de façon sincère.

³⁴ La section 91 du *Migration Act 1958*.

³⁵ La section 41 du *Broadcasting Services Act 1992 No. 110 of 1992* et la section 13 du *Wheat Export Marketing Act 2008 (No. 65, 2008)*.

³⁶ L'article 94 (1) de la Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, L.C. 1984, c. 18 (94. (1)).

³⁷ L'article 7, (2) de la deuxième partie 2 de la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

³⁸ Les articles 153.1 (6) et 265 (4) du Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

³⁹ *Cf.* 25 USC Sec. 640 d à propos des droits et intérêts des tribus navajo et hopi; 42 USC Sec. 14096 qui évoque la sélection des participants à l'entraînement et à l'éducation des officiers de police qui doivent démontrer « une sincère motivation et un dévouement pour le maintien de l'ordre et le service public » (*cf.* également USC Sec. 14091); 22 USC Sec. 4113, qui, en matière de négociation collective, évoque un devoir d'envisager les négociations avec une résolution sincère de parvenir à un accord de négociation collective (*cf.* également 5 USC Sec. 7114); 50 USC Appendix Sec. 198 à propos des réparations destinées aux sino-américains internés durant la seconde guerre mondiale qui a pour but de rendre plus « crédible et sincère toute déclaration d'inquiétude des Etats-Unis à propos des violations des droits de l'homme commises par d'autres nations »; 42 USC Sec. 1395i-5 en matière de sécurité sociale concernant la possibilité d'invoquer une croyance religieuse sincère à propos de traitements médicaux; 10 USC Sec. 2122 en matière militaire à propos de la sincère motivation et dévolution

propos de l'absence de sincérité des témoins⁴⁰. Aucune ne loi ne mentionne, à notre connaissance, la notion de sincérité en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud.

Si les fondements législatifs de la sincérité concernent des domaines relativement hétéroclites, certaines lois révèlent toutefois un trait commun entre ces différents systèmes. En effet, la sincérité semble être sous-jacente à d'autres textes qui ne mentionnent pas explicitement cette expression, mais y renvoient implicitement. Il s'agit de dispositifs législatifs en matière de parjure (*perjury*) ou faux témoignage dont l'élément commun est de sanctionner un témoignage manquant de sincérité puisque, pour reprendre le *Perjury Act 1911* applicable au Royaume-Uni, mais dont la formulation est assez proche des lois applicables aux autres pays : « toute personne qui jure légalement en tant que témoin ou interprète dans le cadre de procédure judiciaire effectuée volontairement une déclaration dans cette procédure, dont il sait qu'elle est fautive ou qu'il ne croit pas vraie, peut être coupable de parjure... »⁴¹. N'est-ce pas là, bien qu'elle ne soit pas mentionnée, une sanction de l'absence de sincérité ? On retrouve cette condamnation du parjure dans l'ensemble des systèmes étudiés⁴².

La sincérité n'apparaît pas explicitement dans ces textes, mais elle est latente à l'incrimination du parjure et constitue une exigence commune aux déclarations réalisées sous serment au sein de ces systèmes. S'il était délicat d'identifier une communauté de vue en matière de sincérité lorsqu'elle est assez explicitement mentionnée par les textes, les législations en matière de faux témoignage dans lesquels la sincérité est implicite en sont un contre-exemple. La notion de sincérité telle qu'elle se dégage des sources législatives apparaît ainsi sous deux facettes : tantôt comme une exigence explicite, mais non solennellement reconnue et manquant d'homogénéité entre les systèmes, tantôt comme une exigence implicite en matière de parjure, mais plus communément et uniformément imposée par l'ensemble de ces systèmes.

2. Les sources jurisprudentielles

La lecture des décisions de justice révèle qu'aucune décision n'a explicitement consacré l'exigence de sincérité de façon générale. Pourtant, cette notion apparaît dans la jurisprudence, mais là encore sans aucune consécration solennelle. Les décisions de justice évoquent tantôt au détour d'une décision tantôt de façon plus appuyée la sincérité ou certains synonymes lorsque le texte mentionnant cette notion est invoqué. De telles références concernent, par exemple, la sincérité des témoignages et des preuves⁴³, la sincérité des parties

aux services en uniforme que doit démontrer une personne désireuse de participer à un entraînement militaire dans le cadre d'un programme de bourse pour les professions de santé et d'assistance financière dans le cadre d'un service actif ; 31 USC Sec. 380 à propos des réparations administratives pour fausses plaintes et fausses déclarations.

⁴⁰ Cf. le 28 USC *Appendix Rule* 609 qui évoque la procédure permettant d'attaquer l'absence de sincérité d'un témoin (cf. également 28 USC *Appendix Rule* 803 ; 28 USC *Appendix Rule* 610 ; 28 USC *Appendix Rule* 601 ; 28 USC *Appendix Rule* 404 ; 28 USC *Appendix Rule* 26).

⁴¹ Section 1 du *Perjury Act 1911*.

⁴² En Irlande, cf., par exemple, la section 109 et 135 du *Defence Forces (Temporary Provisions) Act, Number 30/1923*; la section 518 de l'*Income Tax 1967*; la section de de l'*Oireachtas Witnesses Oaths Act, Number 53/1924*; la Partie 2, (8) du *Constitution (Amendment No. 17) Act, Number 37/1931*; la 1^{ère} annexe du *Criminal Justice Act, Number 2/1951*; le *Proceeds of Crime (Amendment) Act Number 1/2005* ou encore la section 27, 2) du *Criminal Evidence Act, Number 12/1992*; cf. en Australie les sections 15 MF et 15 YZA du *Crimes Act 1914*; en Nouvelle-Zélande, cf. Section 108 du *Crimes Act 1961 No 43*; en Afrique du Sud, cf. le *Corruption Act, 1992 (Act No. 94 of 1992)*; au Canada, cf. la section 131 (1) du Code criminel canadien et les sections 5 et 15 de la loi sur la preuve au Canada L.R.C. 1985, c. C-5; aux Etats-Unis, cf. le Titre 18, Partie 1, Chapitre 79 § 1621-1622 du *US Code*.

⁴³ Cf., par exemple, *R v Forbes*, [2000] UKHL 66; *Benedetto v R* [2003] UKPC 27 au Royaume-Uni; *Fagan v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation plc* [1998] IESC 27 en Irlande; *Veen v R* [1979] HCA 7; *Potter v Potter* [1954] HCA 52; *Elder's Trustee & Executor Co Ltd v Federal Commissioner of Taxation* [1951]

dans l'hypothèse d'une dissolution d'un mariage⁴⁴ ou encore de la croyance d'une personne poursuivie pour agression sexuelle quant au consentement de sa victime⁴⁵. En dehors de ces mentions, la jurisprudence ne l'a pas explicitement reconnue comme un principe autonome et justiciable en tant que tel.

Dans quelques décisions cependant la sincérité est mentionnée en dehors de toute application d'une loi s'y référant et constitue ainsi une nouvelle exigence prétorienne. Des décisions ont pu évoquer la sincérité des preuves apportées par des étrangers faisant l'objet d'une décision de quitter le territoire britannique⁴⁶, la sincérité des croyances⁴⁷, des parties à un procès⁴⁸ ou encore de l'exercice d'un pouvoir⁴⁹. Il existe par conséquent, à côté d'une exigence législative de sincérité, un contrôle juridictionnel ponctuel, mais assez explicite de la sincérité en dehors de toute disposition législative l'imposant.

Cette reconnaissance prétorienne s'étend-elle au niveau de la jurisprudence constitutionnelle ? Une réponse négative pourrait *a priori* être formulée puisque, contrairement au Conseil constitutionnel, aucune juridiction des pays étudiés n'a explicitement consacré au niveau constitutionnel, comme l'a fait en France le Conseil constitutionnel en matière budgétaire ou de droit d'amendement⁵⁰, l'exigence de sincérité. Néanmoins, ne pourrait-on pas avancer que la sincérité est une exigence inhérente aux systèmes de *common law* ? Ne peut-on pas déduire de certaines décisions emblématiques ou de l'utilisation qui est faite de l'obligation de ne pas mentir l'existence d'une exigence de sincérité ? Bien qu'elle ne soit pas reconnue par la Cour suprême américaine, la sincérité

HCA 65 en Australie; *R. c. H.S.B.*, 2008 CSC 52, [2008] 3 R.C.S. 32; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Jabarianha*, 2001 CSC 75, [2001] 3 R.C.S. 430 au Canada.

⁴⁴ En Australie *cf. Fink v Fink* [1946] HCA 54; *Bowden v Bowden* [1960] HCA 12; *Ainslie v Ainslie* [1927] HCA 23.

⁴⁵ *Cf.*, par exemple, *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777 ; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123 au Canada.

⁴⁶ *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11.

⁴⁷ Tel est le cas dans l'ensemble des systèmes à l'exception de l'Irlande et de la Nouvelle-Zélande. *Cf.* par exemple, *Lloyd v McMahon* [1987] UKHL 5 ; *Chandler (Terence Norman) v DPP (No 1)* [1962] UKHL 2 (12 July 1962); *R. v. Jones* [2006] UKHL 16 au Royaume-Uni; *Church of the New Faith v Commissioner of Pay-Roll Tax (Vic) ("Scientology case")* [1983] HCA 40 en Australie; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489 ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 ; *Hofer et al. c. Hofer et al.*, [1970] R.C.S. 958 au Canada; *Frazee v. Illinois Department of Employment Security* 489 U.S. 829 (1989); *Boy Scout of America v. Dale* 530 U.S. 640 (2000); *McDaniel v. Paty* 435 U.S. 618 (1978); *Welsh v. United States* 398 U.S. 333 (1970) aux Etats-Unis; *Christian Education South Africa v Minister of Education (CCT4/00)* [2000] ZACC 11; *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope (CCT36/00)* [2002] ZACC 1 en Afrique du Sud.

⁴⁸ Dans l'ensemble des systèmes à l'exception de l'Afrique du Sud. *Cf.* par exemple, *Ford v. R (Gibraltar)* [2003] UKPC 35 au Royaume-Uni; *Ni Eili v. Environmental Protection Agency* [1999] IESC 64 en Irlande ; *NAIS v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] HCA 77; *Sutherland Shire Council v Finch* [1970] HCA 49; *Gardiner v Motor Vehicle Insurance Trust* [1955] HCA 57; *Lang v Willis* [1934] HCA 51; *Australasian Brokerage Ltd v Australian & New Zealand Banking Corporation Ltd* [1934] HCA 34; *Storie v Storie* [1945] HCA 56; *AK v The State of Western Australia* [2008] HCA 8; *Whisprun Pty Ltd v Dixon* [2003] HCA 48 en Australie; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405; *Gaz Métropolitain Inc. c. Toupin et al.*, [1974] R.C.S. 1071 au Canada; *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982) ; *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War* 418 U.S. 208 (1974) aux Etats-Unis; *APN and TVNZ v Simunovich Fisheries Limited and others* [2009] NZSC 93 en Nouvelle-Zélande.

⁴⁹ En Australie et en Nouvelle-Zélande, *cf.* par exemple, *Cock v Smith* [1909] HCA 64; *Gilbert v Stanton* [1905] HCA 1; *Barns v Queensland National Bank Ltd* [1906] HCA 26; *Kain and others v Hutton and others* [2008] NZSC 61.

⁵⁰ *Cf.* Cons. const., n°93-320 DC du 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993, Rec.*, p. 146 et Cons. const., n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi sur l'avenir de l'école, Rec.*, p. 72.

s'imposerait, notamment aux Etats-Unis, même aux plus hautes autorités de l'Etat en raison de la portée fondamentale donnée dans les pays de *common law* « aux dépositions orales et aux témoignages »⁵¹.

L'affaire Clinton est particulièrement emblématique de l'exigence de sincérité susceptible de peser sur le Président américain puisque c'est « d'abord une affaire qui concerne le fonctionnement de la justice et l'administration des preuves »⁵². En effet, la procédure civile intentée par Paula Jones est devenue une affaire pénale à partir du moment où la suspicion pour faux témoignage et entrave au bon fonctionnement de la justice a pesé sur le Président Clinton et Monica Lewinsky⁵³. L'enquête menée par le Procureur indépendant Kenneth Starr a conduit le Président à comparaître devant un grand jury afin de témoigner et a conclu que le Président « s'était rendu coupable de faux témoignage (*perjury*), de subornation de témoins et d'entraves à la justice (*obstruction to justice*) »⁵⁴. C'est sur la base du rapport du Procureur Starr que la Chambre des représentants a décidé l'ouverture de la procédure d'impeachment se fondant notamment dans l'article I de l'acte d'accusation sur le faux témoignage du Président Clinton et l'accusant d'avoir « volontairement corrompu et manipulé le processus judiciaire des Etats-Unis ». Cette référence à l'idée de corruption est intéressante compte tenu de l'étymologie latine de la sincérité qui renvoie à *sincerus* signifiant « non corrompu »⁵⁵. Ainsi, bien qu'elle n'ait, en définitive, pas été sanctionnée par la destitution du Président, son insincérité a déclenché la procédure d'impeachment et l'on peut se demander si cela ne témoigne pas de l'importance de cette exigence au sein du système américain.

Pourrait-on étendre le constat du Professeur Zoller qui considère que « Le fait que le système juridique américain soit tout entier adossé à un système d'administration de la preuve différent du système français explique que la question de la sincérité soit centrale outre-atlantique⁵⁶ » à l'ensemble des systèmes de *common law* étudiés ? Ces derniers semblent, en effet, sanctionner à travers le parjure l'absence de sincérité en matière de témoignage, sans limiter le champ d'application de cette exigence, qui peut s'imposer à tous y compris aux autorités publiques. La sincérité existerait ainsi de façon sous-jacente dans le système juridictionnel compte tenu de l'importance du témoignage dans l'administration de la preuve des faits dans les droits de *common law*⁵⁷. Elle semble être, malgré son absence de consécration explicite, inhérente aux règles d'administrations de la preuve orale et par extension au bon fonctionnement de la justice. Elle serait ainsi intrinsèque aux règles processuelles dans les systèmes de *common law*, ce que semble confirmer l'étude de son champ d'application.

B. Le champ d'application de la sincérité

Contrairement au droit français, cette notion n'irrigue pas toutes les branches du droit. Une lecture des occurrences de cette notion révèle, dans un premier temps, que cette exigence est commune à la grande majorité des systèmes étudiés dans deux domaines : le droit processuel et les croyances⁵⁸ (1). Outre les deux principaux champs d'application de la

⁵¹ E. Zoller, « De Nixon à Clinton, malentendus juridiques tranatlantiques », *op. cit.*, p. 55, p. 83 et s.

⁵² *Ibid.*, p. 81.

⁵³ *Ibid.*, p. 63.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁵ Cf. Rapport introductif d'O. Le Bot.

⁵⁶ E. Zoller, « De Nixon à Clinton, malentendus juridiques tranatlantiques », p. 102.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁸ Le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Australie, le Canada et les Etats-Unis à l'exception de l'Afrique du Sud et de la Nouvelle-Zélande, pour lesquels nous n'avons pas trouvé de décisions explicites à ce sujet, évoquent la sincérité dans le contexte du droit processuel ; le Royaume-Uni, l'Australie, les Etats-Unis, l'Afrique du Sud et le Canada l'évoquent dans le contexte des croyances religieuses ou non religieuses.

sincérité, chacun des systèmes étudiés utilise cette notion dans des domaines plus spécifiques qu'il conviendra d'aborder, dans un second temps (2).

1. Les champs d'application communs de la sincérité

a. Le droit processuel

Le procès a été présenté par la Cour suprême américaine dans la décision de 1986 *Nix v. Whiteside* comme une « recherche de la vérité »⁵⁹. L'exigence de sincérité y trouve donc toute sa place. La Cour suprême irlandaise a d'ailleurs souligné qu'« en général, la justice est mieux servie lorsqu'elle est exercée avec la plus grande sincérité et lorsque toutes les preuves sont disponibles »⁶⁰. Dans la décision *R. c. Osolin* de 1993, le juge L'Heureux-Dubé a plus précisément constaté dans son opinion dissidente que « La crédibilité est la question centrale dans beaucoup d'affaires criminelles. Qui plus est, le déroulement du procès est entièrement conçu de manière à donner au juge des faits l'occasion d'apprécier la sincérité des témoins »⁶¹. Compte tenu du fait que le témoignage est dans les droits de *common law* la preuve par excellence, l'association de la sincérité à ce mode de preuve dans les décisions britanniques, irlandaises, australiennes, canadiennes et américaines n'a rien de surprenant. Par exemple, dans l'affaire *Forbes* de 2000, la Chambre des Lords a considéré qu'il était nécessaire de compléter un témoignage oculaire, même « sincère », par une seconde identification du suspect pour éviter toute erreur judiciaire⁶² ou encore, dans l'affaire *Re S (A Minor)* de 1997⁶³, Lord Slynn évoque l'appréciation par le juge de la sincérité du témoin, cruciale dans la détermination des faits. La Cour suprême Irlandaise⁶⁴ ainsi que la Cour suprême Canadienne⁶⁵ ont, par ailleurs, rappelé qu'il revenait au juge de première instance d'examiner la sincérité des témoins. Cette appréciation de la sincérité a également été évoquée à plusieurs reprises dans des décisions de la Haute Cour Australienne⁶⁶ et de la Cour suprême américaine⁶⁷.

Ces évocations ne conduisent pas les juridictions suprêmes à entrer dans le détail du contrôle de la sincérité qui revient aux juges du fond. Un très grand nombre de décisions laisse toutefois apparaître que la sincérité est déterminante en matière de témoignage.

Outre le droit de la preuve, l'appréciation par les juges de l'intérêt à agir des requérants, semble tenir compte de la sincérité de leur requête ou de leur défense. Les

⁵⁹ *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157,166 (1986).

⁶⁰ *Payne -v- Showlin & ors* [2006] IESC 5.

⁶¹ *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595.

⁶² *R v. Forbes*, [2000] UKHL 66, § 6.

⁶³ *In re Re S (A Minor)*, [1997] UKHL 32.

⁶⁴ *In Fagan v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation plc* [1998] IESC 27, § 37-39. Cf. également, *Hanrahan v. Merck Sharp and Dohme (Ireland) Ltd.* [1988] IESC 1; *Re Glynn, deceased* [1989] IESC ; *Director of Public Prosecutions -v- Diver* [2005] IESC 57; *DPP -v- Gilligan* [2005] IESC 78 ; *Hussey -v- Twomey & ors* [2009] IESC 1.

⁶⁵ *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291. Dans cette affaire la Cour suprême rappelle également que les témoignages d'experts sur la sincérité des témoins doivent être rejetés. A ce sujet, Cf. aussi par exemple, *R. c. H.S.B.*, [2008] 3 R.C.S. 32; *R. c. Khelawon*, [2006] 2 R.C.S. 787 et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 dans lesquelles la sincérité de témoignages par ouï-dire est évoquée ; *L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401 ; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751 ; *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446 ; *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405.

⁶⁶ *Veen v R* [1979] HCA 7; (1979) 143 CLR 458; *12.Potter v Potter* [1954] HCA 52; (1954) 90 CLR 391; *Elder's Trustee & Executor Co Ltd v Federal Commissioner of Taxation* [1951] HCA 65; *Roads and Traffic Authority of NSW v Dederer* [2007] HCA 42 (30 August 2007); *Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd* [2007] HCA 22; (2007) 81 ALJR 1107 (24 May 2007).

⁶⁷ *Tome v. United States*, 513 U.S. 150.

jurisprudences britannique⁶⁸, australienne⁶⁹, irlandaise⁷⁰ et, dans une moindre mesure canadienne⁷¹ et néo-zélandaise⁷² en témoignent puisque les opinions des juges se réfèrent assez fréquemment à la sincérité des requérants afin d'éviter tout abus de procédure. Si la sincérité des requérants est souvent évoquée sans réelle conséquence sur l'issue du litige, l'expérience irlandaise est remarquable car depuis l'arrêt *Vozza* de 1957 le manque de sincérité du requérant peut, s'il est établi conduire la Cour suprême à rejeter un recours *en certiorari*⁷³. Aux Etats-Unis, bien qu'aucune décision de la Cour suprême ne mentionne à notre connaissance la sincérité dans ce contexte, cette exigence apparaît, selon certains, de façon tacite afin d'apprécier l'intérêt à agir des requérants dans des affaires de discrimination. Certains auteurs⁷⁴ ont ainsi démontré que la sincérité pouvait être une exigence implicite permettant aux cours d'apprécier si une atteinte à un droit constitutionnel est suffisamment concrète et personnelle dans ce type de litige⁷⁵.

b. Les croyances religieuses

Le droit processuel est un domaine dans lequel la sincérité joue le rôle le plus déterminant. Pourtant, cette notion est aussi évoquée dans une large majorité des pays étudiés à propos de la question des croyances. Seuls l'Irlande et la Nouvelle-Zélande font exception à cette tendance. Des décisions britanniques⁷⁶, canadiennes⁷⁷, américaines⁷⁸ et sud-africaines⁷⁹ évoquent la sincérité des croyances. Au Canada, par exemple, la Cour suprême a considéré que « bien qu'un tribunal judiciaire ne soit pas qualifié pour interpréter et déterminer le contenu d'une conception subjective d'une exigence religieuse, il l'est pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question

⁶⁸ *Lloyd v McMahon* [1987] UKHL 5; *Lewis, Patrick Taylor and Anthony McLeod, Christopher Brown, Desmond Taylor and Steve Shaw v. The Attorney General of Jamaica and Another (Jamaica)* [2000] UKPC 35; *Ford v. R (Gibraltar)* [2003] UKPC 35.

⁶⁹ *NAIS v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] HCA 77; 80 ALJR 367; 223 ALR 171; *Caledonian Collieries Ltd v Australasian Coal & Shale Employees' Federation (No 2)* [1930] HCA 2; *Sutherland Shire Council v Finch* [1970] HCA 49; *Storie v Storie* [1945] HCA 56; *AK v The State of Western Australia* [2008] HCA 8.

⁷⁰ *Ni Eili v. Environmental Protection Agency* [1999] IESC 64; *Hussey -v- Twomey & ors* [2009] IESC 1.

⁷¹ *R. c. Jaw*, [2009] CSC 42 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

⁷² *APN and TVNZ v Simunovich Fisheries Limited and others* [2009] NZSC 93.

⁷³ cf. *The State (Vozza) -v- O Floinn* [1952] IR 227 cité dans *De Roiste v. Minister for Defence* [2001] IESC 4. A ce sujet, cf. également, *Hussey -v- Twomey & ors* [2009] IESC 1; *Brennan v. Windle & Ors* [2003] IESC 48; *O'Keefe -v- District Judge Connellan* [2009] IESC 24 ; *Dekra Eireann Teoranta v. Minister for the Environment and Local Government* [2003] IESC 25; *Daly v. Murphy* [1999] IESC 72 ; *Novell Inc. v. MCB Enterprises* [2001] IESC 204.

⁷⁴ C. Cimido Cody, « Considering Standing, Sincerity, and Antidiscrimination », *BY ULR*, 2006, p. 72.

⁷⁵ Cf. par exemple, *Carroll v. Nakatani*, 188 F. Supp. 2d 1219, 1227 (D. Haw. 2001); *Comer v. Cisneros*, 37 F.3d 775 (2d Cir. 1994).

⁷⁶ *Chandler (Terence Norman) v DPP (No 1)* [1962] UKHL 2 dans laquelle la sincérité des croyances d'un groupement dont le but est d'empêcher une guerre nucléaire n'a pas été mise en doute ; *R. v Jones*, [2006] UKHL 16 (29 March 2006), une affaire de désobéissance civile.

⁷⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. ; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Jack and Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332; *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993); *Cutter v. Wilkinson* 544 U.S. 709 (2005); *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972).

⁷⁸ *Frazee v. Illinois Department of Employment Security* 489 U.S. 829 (1989); *Brown v. Payton*, 544 U.S. 133 (2005); *Estate of Thornton v. Caldor, Inc* 472 U.S. 703 (1985).

⁷⁹ *Christian Education South Africa v Minister of Education* (CCT4/00) [2000] ZACC 11; 2000 (4) SA 757; 2000 (10) BCLR 1051; *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* (CCT36/00) [2002] ZACC 1; 2002 (2) SA 794.

litigieuse »⁸⁰. En Australie, la sincérité a servi de critère dans une affaire dont l'objet était notamment de déterminer si les croyances et pratiques acceptées par la scientologie pouvaient être décrites comme une religion⁸¹. Aux États-Unis, cette question se manifeste particulièrement dans des affaires d'objection de conscience, comme la décision *Welsh*⁸². Dans ce domaine, l'examen de la sincérité des croyances, y compris non religieuses, semble être depuis longtemps⁸³ une exigence importante permettant d'apprécier la recevabilité d'une demande d'exemption de service militaire⁸⁴.

2. Les champs d'application spécifiques de la sincérité

Certains systèmes utilisent la notion de sincérité dans des domaines plus spécifiques. Au Royaume-Uni, la sincérité est utilisée en droit des étrangers. Nous avons vu, en effet, qu'elle était utilisée pour examiner les preuves avancées afin de contester une décision de quitter le territoire⁸⁵. Dans la jurisprudence britannique, le contrôle de la légalité de procédures de surveillance des conversations de détenus avec leurs avocats⁸⁶ est également basé sur l'absence de sincérité des propos tenus par le détenu lorsqu'il est sous surveillance. En Australie, on retrouve la sincérité en droit de la famille afin d'apprécier la sincérité des époux dans le cadre d'un partage des biens après une dissolution du mariage⁸⁷. Par ailleurs, les jurisprudences australienne et néo-zélandaise renvoient toutes deux à cette notion évoquée dans une affaire britannique de 1863 afin d'examiner la sincérité de l'exercice d'un pouvoir⁸⁸. Cette notion est dans ce cas associée à celle de bonne foi. Au Canada, elle joue un rôle important en matière pénale afin d'apprécier la sincérité de la croyance d'une personne poursuivie pour agression sexuelle dans le consentement de sa victime⁸⁹.

Dans l'ensemble de ces domaines ainsi que dans le domaine des croyances, la sincérité ne semble pas recherchée pour elle-même. Elle est un élément parmi d'autres permettant au juge d'apprécier les tenants et les aboutissants d'un litige, contrairement à ce qui peut être le cas en matière de témoignage. Dans ce domaine, elle s'avère être une exigence plus individualisée notamment dans l'hypothèse du faux témoignage. Par ailleurs, quelle que soit la diversité et la spécificité des domaines dans lesquels elle est utilisée, la sincérité semble, dans les pays de

⁸⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁸¹ *Church of the New Faith v Commissioner of Pay-Roll Tax (Vic) ("Scientology case")* [1983] HCA 40.

⁸² *Welsh, v. United States* 398 U.S. 333 (1970). A ce propos, cf. M. C. Cohen, D. C. Wright, « Semantic, Sincerity and Section 6(j), *Welsh, v. United States* », *Loyola University Law Review*, 1971, p. 387; R. H. Mott, « Successful evaluation of sincerity after *Welsh* », *Santa Clara Lawyer*, 1971, p. 381 et s.

⁸³ Cf. à ce sujet, T. O. Smith et D. A. Bell, « The conscientious- objector program – A search for sincerity », *University of Pittsburgh Law Review*, 1958, p. 695 et s.

⁸⁴ La décision *Welsh* reprend ainsi le test de "sincérité" établi dans la décision *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

⁸⁵ *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11; *Khawaja v Secretary of State for the Home Department* [1983] UKHL 8; *Zamir v Secretary of State for the Home Department* [1980] UKHL 14.

⁸⁶ *McE, Re (Northern Ireland)* [2009] UKHL 15. Dans cette affaire la surveillance n'a pas été déclarée illégale et la sincérité du détenu dans ses relations avec son avocat n'a par conséquent pas été prise en compte pour justifier la confidentialité des conversations entre un client et son avocat. Cf. également, *R v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly*, [2001] UKHL 26.

⁸⁷ *Bowden v Bowden* [1960] HCA 12; (1960) 103 CLR 610 (1 March 1960); *Moss v Moss* [1936] HCA 21; (1936) 55 CLR 166 (8 May 1936); *Ainslie v Ainslie* [1927] HCA 23; (1927) 39 CLR 381 (30 May 1927)

⁸⁸ *Duke of Portland v. Topham* [1863] 1 H.L.C., 32, p. 54 cité dans *Cock v Smith* [1909] HCA 64; (1909) 9 CLR 773; *Gilbert v Stanton* [1905] HCA 1; (1905) 2 CLR 447 et *Barns v Queensland National Bank Ltd* [1906] HCA 26; (1906) 3 CLR 925 (14 May 1906) en Australie et par la décision *Kain and others v Hutton and others* [2008] NZSC 61 en Nouvelle-Zélande.

⁸⁹ Cf., par exemple, *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777 ; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123.

common law, être indissociable de la recherche de la vérité, y compris en dehors du droit processuel qui est son principal champ de prédilection. Les prétentions des parties à un procès, les croyances religieuses ou d'un accusé dans le consentement de sa victime, les conversations entre un avocat et son client détenu, les prétentions des époux dans le partage des biens conjugaux ou l'exercice d'un pouvoir doivent être vrais, authentiques. La sincérité se résumerait alors à une obligation de ne pas mentir. Comment s'assurer du respect de cette obligation ? Il convient à présent d'apprécier si la garantie de cette exigence est effective en se limitant au domaine du témoignage, qui est le plus représentatif de cette obligation et le plus fréquemment reconnu au sein des systèmes de *common law*.

II. La garantie de l'exigence de sincérité

Outre la question des croyances ou encore de l'intérêt à agir qui sont des domaines sur lesquels la majorité des systèmes étudiés s'entendent pour utiliser la notion de sincérité, cette dernière se trouve être reconnue le plus largement comme exigence susceptible de contrôle juridictionnel autonome dans le cadre du droit de la preuve. Évaluer l'effectivité de la garantie de l'exigence de sincérité dans ce domaine, au sein duquel l'obligation de ne pas mentir est la plus manifeste, conduit à aborder les procédures permettant de contrôler le respect de l'exigence de sincérité (A) pour ensuite envisager la sanction de l'absence de sincérité (B).

A. Le contrôle de l'exigence de sincérité

L'examen de la sincérité en matière de témoignage peut porter sur des objets différents (1). Il se déploie dans le cadre spécifique du procès (2) sur la base de critères variables (3).

1. L'objet du contrôle

Contrôler la sincérité est un exercice périlleux car il implique d'effectuer une investigation dans la sphère la plus intime d'un témoignage, dont l'auteur peut avoir une position différente selon les circonstances de l'affaire. Le contrôle de la sincérité des témoignages suppose, par conséquent, de distinguer les témoignages sous serment et les autres formes de témoignages, notamment les témoignages par oui-dire dont il est difficile de vérifier la fiabilité. En vertu des règles de *common law*, les preuves basées sur des oui-dire étaient, en principe, inadmissibles bien qu'il existe certaines exceptions⁹⁰. Ainsi, Lord Normand dans l'affaire *Tepper v. The Queen* a rappelé que « la règle qui s'oppose à l'admission d'oui-dire est fondamentale. Ce n'est pas la meilleure des preuves et elle n'est pas délivrée sous serment. La sincérité et la crédibilité de la personne dont les propos sont rapportés par un autre témoin ne peuvent pas être contrôlés par voie de contre-interrogatoire et la lumière que jetterai son comportement sur son témoignage serait perdue »⁹¹.

Cette règle, rappelée par la Chambre des Lords dans l'affaire *R. v. Sharp*⁹², est généralement reconnue dans l'ensemble des systèmes de *common law*. De telles preuves, n'étant pas fournies après un serment, peuvent ne pas être fiables. Il est donc difficile d'en apprécier la valeur étant donné qu'elles ne sont pas présentées devant la Cour et ne peuvent pas être contrôlées par un contre-interrogatoire (*cross-examination*). Le serment et le contre-interrogatoire conditionnent ainsi l'appréciation de la sincérité d'un témoignage qui à défaut est en principe irrecevable. Cette règle semble cependant s'être atténuée. Des exceptions à

⁹⁰ Notamment lorsque le témoin n'est pas disponible soit en raison de son décès ou, aux États-Unis, depuis la décision *Giles v. California* June 25, 2008 (Sup Ct (US) si son absence a été provoquée par le défenseur.

⁹¹ [1952] A.C. 480, 486 cité dans *R v. Myers*, [1997] UKHL 36 ; Cf. *Fenwick's Case*, 13 How. St. Tr. 537, 591—592 (H. C. 1696) cité dans l'opinion majoritaire du juge Scalia, in *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

⁹² [1988] 1 W.L.R. 7, p. 11 et *Kearley* [1992] A.C. 228, pp. 254-255.

l'interdiction d'admettre des preuves par ouï-dire se développent⁹³. Aux Etats-Unis ou en Nouvelle-Zélande, les témoignages par ouï-dire peuvent être exceptionnellement admissibles lorsqu'ils proviennent d'une personne empêchée et s'ils sont considérés comme suffisamment fiables⁹⁴. La sincérité du témoignage par ouï-dire sera dès lors examinée pour en déterminer la recevabilité, comme en Nouvelle-Zélande par exemple⁹⁵. La Cour suprême Canadienne⁹⁶, le *Criminal Justice Act 2003* britannique⁹⁷ et des législations étatiques en matière de preuve en Australie⁹⁸ sont également revenus sur le rejet de toute preuve obtenue par ouï-dire tout en encadrant strictement une telle admission. Par conséquent, le contrôle de la sincérité peut porter soit sur des preuves et témoignages obtenus par ouï-dire afin d'en apprécier la recevabilité, soit sur des témoignages présentés devant le tribunal après une prestation de serment grâce à un contre-interrogatoire (*cross-examination*).

2. Le cadre du contrôle

Le cadre le plus propice du contrôle de la sincérité du témoin est celui du procès. La confrontation orale des témoins est ainsi considérée comme le meilleur moyen de tester le témoignage dans les pays de *common law*⁹⁹. Le contrôle de la sincérité des témoins est réalisé lors du contre-interrogatoire dans le cadre de la procédure de « cross examination »¹⁰⁰. C'est « le meilleur outil juridique jamais inventé pour la découverte de la vérité »¹⁰¹. La Cour suprême Irlandaise¹⁰², la Chambre des Lords britanniques¹⁰³ et la Cour suprême américaine¹⁰⁴ ont ainsi rappelé que le droit à un interrogatoire contradictoire, qui ne signifie pas

⁹³ A ce sujet, cf. I. Dennis, « The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights », *Crim. L.R.*, 2010, p. 256 et T. Worthen « The hearsay provisions of the Criminal Justice Act 2003: so far, not so good? », *Crim L.R.*, 2008, pp. 431-442.

⁹⁴ Aux Etats-Unis cf. *Idaho v. Wright* (89-260), 497 U.S. 805 (1990) et *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). Ces témoignages ne sont admissibles qu'à condition que le témoin absent du procès ne soit pas disponible et lorsque le défendeur a eu l'opportunité de le contre-interroger cf. *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004). En Nouvelle Zélande cf. la section 18 (1) (a) de l'*Evidence Act 2006*.

⁹⁵ Cf. Section 16(1) (d) de l'*Evidence Act 2006* cité dans P. Marshall, « The veracity of witnesses in civil and criminal proceedings: section 37 of the Evidence Act 2006 », *Auckland U. L. Rev.*, 2008 p. 2.

⁹⁶ *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Pour une illustration d'une exception à la règle interdisant la recevabilité des témoignages par ouï-dire si elle répond aux exigences de nécessité et de fiabilité reconnues dans la décision cf. *R v Smith* (1992) 94 DLR (4th), cf. également. *R v Khelawon* [2006] 2 SCR 787 et *R. v Devine* [2008] 2 S.C.R. 283.

⁹⁷ Cf. Section 114, 116, 117 et 121 du *Criminal Justice Act 2003*. A propos de cette loi, cf. D. Birch et M. Hirst, « Interpreting the new concept of hearsay », *CLJ*, 2010, p. 73. Cf. également *R. v Horncastle* [2009] UKSC 14 dans laquelle la Cour suprême britannique a admis qu'une condamnation puisse exclusivement ou principalement se baser sur un témoignage par ouï-dire, compte tenu de l'encadrement prévu par le *Criminal Justice Act*, sans que cela ne porte atteinte à l'article 6 (3)(d) de la CEDH. A propos de cette décision, cf. I. Dennis, « The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights », *op. cit.*, 2010, p. 256, S. Wallace, « The Empire strikes back: hearsay rules in common law legal systems and the jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EHRLR*, pp. 408-418.

⁹⁸ Elles ont été adoptées au *Commonwealth* et au *New South Wales*, en *Tasmania* et à *Victoria*, cf., par exemple, l'*Evidence Act 1995* (NSW).

⁹⁹ L. Meinthes-Van der Walt, « The Presentation of Expert Evidence at Trials in South Africa, The Netherlands and England and Wales », *Stellenbosch LR*, 2001, pp. 285-286.

¹⁰⁰ P. Marshall, « The veracity of witnesses in civil and criminal proceedings: section 37 of the Evidence Act 2006 », *op. cit.*, p. 4.

¹⁰¹ J. Wigmore, « Evidence in Trials at Common law » § 1367, Chadbourn Rev. ed., 1974 cité dans J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 788.

¹⁰² *DPP v Kelly* [2006] 2 I.L.R.M. 321, p. 342.

¹⁰³ *R. v Camberwell Green Youth Court* [2005] UKHL 4, p. 10-11.

¹⁰⁴ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

nécessairement un droit à la confrontation au Royaume-Uni¹⁰⁵, est profondément ancré dans les traditions de *common law*. Aux Etats-Unis, ce principe procédural qui est, selon le Chief Justice Warren dans l'affaire *Greene v McElroy*¹⁰⁶, resté « relativement immuable dans [la] jurisprudence » et a « des racines anciennes », trouve son « expression dans le sixième amendement » selon lequel « Dans toutes poursuites criminelles, l'accusé aura le droit [...], d'être confronté avec les témoins à décharge, d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à charge, ... ». Il poursuit en citant le Professeur Wigmore selon lequel « Depuis les deux derniers siècles, la politique du système anglo-américain de preuve a été de regarder la nécessité du contrôle par examen contradictoire comme une caractéristique vitale de leur droit »¹⁰⁷. C'est notamment à partir de cet examen contradictoire qu'il sera possible de déterminer si le témoin a été sincère. Mais sur la base de quels critères ?

3. Les critères du contrôle

L'appréciation de la sincérité d'un témoignage et son admissibilité, s'il s'agit d'un témoignage par ouï-dire, dépendent donc essentiellement de la nature de celui-ci et du cadre dans lequel il a été apporté. En effet, la sincérité d'un témoignage présenté sous serment devant un tribunal pourra plus aisément être appréciée que celle d'une preuve par ouï-dire.

Dans certains systèmes, l'examen de la jurisprudence révèle que l'appréciation de la sincérité de témoignage peut dépendre des antécédents des témoins¹⁰⁸ ou de preuves et témoignage concordants¹⁰⁹, comme en Irlande. Les contradictions dans les témoignages peuvent entrer en ligne de compte¹¹⁰. Cependant, au Canada, des contradictions dans le témoignage ne sont pas susceptibles d'affecter sa crédibilité¹¹¹ et la décision d'un jury¹¹² compte tenu de la sincérité du témoignage. Mais rien n'est dit sur les modalités d'appréciation de cette sincérité qui reste subjective. La Cour suprême canadienne a d'ailleurs été confrontée au revers de la clause 13 de la Charte qui protège contre les témoignages auto-incriminants en empêchant l'utilisation de tels témoignages dans d'autres procédures. Cela a conduit certains témoins à mentir lors de témoignages afin de « sauver » l'accusé. La Cour, afin de juguler ce phénomène, a admis qu'il était possible de contrôler la sincérité des témoins par un contre-interrogatoire sur sa connaissance des implications de l'article 13 de la Charte¹¹³. Le témoin pourra cependant mentir en affirmant qu'il ignorait les implications de cet article.

Aux Etats-Unis, la confrontation et le contre-interrogatoire sont des éléments fondamentaux permettant de s'assurer de la crédibilité d'une déclaration¹¹⁴. A moins que le témoin avoue avoir menti, la preuve du mensonge est rapportée par l'intermédiaire de preuves circonstancielle ce qui prend du temps et soulève certaines difficultés¹¹⁵. Le juge Scalia a donné des illustrations assez contradictoires de facteurs pouvant être pris en compte par certaines juridictions pour s'assurer de la crédibilité d'un témoignage par ouï-dire. Ces éléments illustrent a fortiori les critères pouvant être pris en compte en matière de témoignage

¹⁰⁵ *R. v Camberwell Green Youth Court* [2005] UKHL 4, p. 10-11.

¹⁰⁶ 360 U.S. 474 (1959).

¹⁰⁷ 360 U.S. 474 (1959), cf. également *Pointer v Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

¹⁰⁸ *Wigmore on Evidence*, 3d ed., 1940, § 1367.

¹⁰⁹ *DPP -v- Gilligan* [2005] IESC 78.

¹¹⁰ *Hussey -v- Twomey & ors* [2009] IESC 1.

¹¹¹ Cf. en Australie, *Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd* [2007] HCA 22.

¹¹² *R. c. H.S.B.*, [2008] 3 R.C.S. 32, § 12.

¹¹³ *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827.

¹¹⁴ *R. c. Jabarianha*, [2001] 3 R.C.S. 430.

¹¹⁵ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

¹¹⁶ A ce propos, cf. P.J. Meitl, « The Perjury Paradox : The Amazing Under-Enforcement of the Laws regarding Lying to Congress », *QLR*, 2006-2007, p. 567 citant l'affaire *United States v. Markiewicz*, 978 (F. 2d 786, 811 (2d Cir. 1992)).

sous serment. Il s'agit, par exemple, du caractère détaillé ou très bref d'une déposition, du fait que le témoin soit ou non déjà détenu pour un autre crime (ce qui l'inciterait à témoigner sans crainte d'être condamné) ou du fait que la déclaration est effectuée immédiatement ou longtemps après les événements¹¹⁶. Ces éléments démontrent que l'appréciation de la sincérité ou de la crédibilité d'un témoignage est très subjective. Etant donné le caractère aléatoire des éléments pouvant être pris en compte pour apprécier la crédibilité d'un témoignage par ouï-dire, la Cour suprême estime que le seul élément susceptible de garantir cette crédibilité est l'examen contradictoire. D'ailleurs, dans la décision *Davis v. Alaska* de 1973, la Cour suprême a rappelé que le « contre-interrogatoire est le principal moyen par lequel la crédibilité d'un témoin et la véracité de son témoignage sont examinés »¹¹⁷. Elle permet « de révéler de possibles partis pris, préjugés ou motif ultérieur du témoin ... qui peuvent affecter le poids de son témoignage »¹¹⁸. En définitive, la jurisprudence montre que l'appréciation de la sincérité repose davantage sur une « impression »¹¹⁹ subjective, de la « bonne opinion »¹²⁰ que l'on peut avoir sur un témoin que sur de réels éléments tangibles¹²¹, ainsi que le révèlent certaines décisions de la Haute Cour australienne.

Pourtant, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont essayé de systématiser le standard de contrôle de la véracité des témoins au niveau législatif¹²² grâce à la règle de véracité qui est appréciée au regard du « *Substantial helpfulness test* »¹²³. La règle de véracité consiste en ce qu'« une partie ne puisse pas présenter de preuve dans une procédure civile ou criminelle à propos de la véracité d'une personne à moins que la preuve soit substantiellement utile à l'appréciation de la véracité de cette personne »¹²⁴. Les lois prévoient que la véracité d'une personne sera établie si les preuves fournies démontrent un ou plusieurs de ces éléments : le manque de sincérité de la part d'une personne soumise à une obligation légale de dire la vérité ; la condamnation d'une personne à un ou plusieurs délits indiquant une propension à la malhonnêteté et au manque de sincérité ; des déclarations préalables incohérentes ; de la partialité, une raison de la part de cette personne de mentir¹²⁵ ou des preuves qui prouveraient que le témoin a effectué une fausse déclaration consciemment ou inconsciemment¹²⁶. La prise en compte de ces éléments isolément ou de façon cumulée peut conduire à remettre en cause la sincérité d'un témoin ou d'une partie au procès¹²⁷. En définitive le contrôle réalisé sur la base de critères, variables et subjectifs, semble assez restreint. Il peut conduire si un témoignage s'avère être insincère à la sanction de son auteur.

B. La sanction de l'absence de sincérité

¹¹⁶ *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

¹¹⁷ *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, (1974).

¹¹⁸ *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223.

¹¹⁹ *Farah Constructions Pty Ltd v Say-Dee Pty Ltd* [2007] HCA 22; (2007) 81 ALJR 1107, § 48. Le juge Gleeson dans l'affaire *Re Refugee Review Tribunal; Ex parte Aala* [2000] HCA 57; (2000) 204 CLR 82, pp. 88-89 a d'ailleurs observé que « les décisions en matière de crédibilité sont souvent basées sur des impressions ». Cf. également en ce sens, la décision de la Cour suprême canadienne *Laurentide motels ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

¹²⁰ *Roads and Traffic Authority of NSW v Dederer* [2007] HCA 42.

¹²¹ *Veen v R* [1979] HCA 7; (1979) 143 CLR 458 (28 February 1979); *Elder's Trustee & Executor Co Ltd v Federal Commissioner of Taxation* [1951] HCA 65; (1951) 96 CLR 563.

¹²² Cf. Section 37 de l'*Evidence Act 2006* néo-zélandais et les sections 103(1) de l'*Evidence Act 1995 (Cth)*, de l'*Evidence Act 1995 (NSW)* et de l'*Evidence Act 2001 (Tas)*, section 103(1) en Australie.

¹²³ *Ibid.*, p. 21.

¹²⁴ En nouvelle Zélande, cf. *Evidence Act 2006* Section 37 (1).

¹²⁵ En nouvelle Zélande, cf. *Evidence Act 2006* Section 37 (3).

¹²⁶ Cf., par exemple, en Australie, section 103 (2) de l'*Evidence Act 1995*.

¹²⁷ Cf., par exemple, en Nouvelle-Zélande, *R v Thompson* [2006] 2 NZLR 577, [66] (CA).

La sanction de l'absence de sincérité est prononcée en cas de parjure (1). La difficulté de prouver le parjure a pour conséquence une sanction (2), assez rare cependant (3), de l'absence de sincérité des témoins.

1. La nature de l'incrimination

En matière de témoignage, le parjure, qui est un délit grave est connu de l'ensemble des systèmes étudiés sanctionne l'insincérité des témoins. L'Irlande reconnaît ce crime dans plusieurs textes, y compris dans un amendement constitutionnel désormais abrogé¹²⁸. Le parjure est condamné par le *Crime Act 1914*¹²⁹ en Australie et le *Crime Act 1961*¹³⁰ et l'*Evidence Act 2006* en Nouvelle-Zélande. Dans cette dernière loi¹³¹, la notion de véracité, qui est définie comme « la disposition d'une personne de s'abstenir de mentir de façon générale ou dans le cadre d'une procédure »¹³² est utilisée plutôt que celle de sincérité¹³³. D'ailleurs, les Australiens ont interprété leurs lois en matière de preuve de façon comparable à l'*Evidence Act 2006* néo-zélandais¹³⁴. En Afrique du Sud, il faut remonter à une loi de 1992, le *Corruption Act 1992 (Act No. 94 of 1992)* pour trouver des traces du parjure. Au Canada et aux États-Unis, les sections 131 et suivantes du Code criminel canadien¹³⁵, les sections 5 et 15 de la loi sur la preuve au Canada¹³⁶ et le paragraphe 1621 du Chapitre 79 contenu dans le Titre 18 de la première partie du US Code condamnent le parjure à partir d'éléments constitutifs comparables.

Pour être établi, il faut en principe prouver qu'une personne a effectué sous serment une déclaration dont il sait qu'elle est fautive¹³⁷. Rappelons simplement que la formulation

¹²⁸ Cf., par exemple, la section 109 et 135 du *Defence Forces (Temporary Provisions) Act, Number 30/1923*; la section 518 de l'*Income Tax 1967*; la section de de l'*Oireachtas Witnesses Oaths Act, Number 53/1924*; la Partie 2, (8) du *Constitution (Amendment No. 17) Act, Number 37/1931*; la 1^{ère} annexe du *Criminal Justice Act, Number 2/1951*; le *Proceeds of Crime (Amendment) Act Number 1/2005* ou encore la section 27, 2) du *Criminal Evidence Act, Number 12/1992* qui rappelle la formulation du *Perjury Act* britannique.

¹²⁹ Sections 15 MF et 15 YZA du *Crimes Act 1914*. Plusieurs autres lois condamnent le parjure, cf. notamment, Section 58 du *Family Law Act 1975*; Section 21 et 26 du *Mutual Assistance in Criminal Matters Act 1987* et Section 164 de l'*Evidence Act 1995*.

¹³⁰ *Crimes Act 1961 No 43*, Section 108. Plusieurs autres lois incriminent le parjure, cf. notamment, l'*Electoral Act 1993 No 87*; l'*Armed Forces Discipline Act 1971 No 53*; le *Family Proceedings Act 1980 No 94*.

¹³¹ *Evidence Act 2006 No 69*, Section 37 sur les règles de "véracité": « A party may not offer evidence in a civil or criminal proceeding about a person's veracity unless the evidence is substantially helpful in assessing that person's veracity. »

¹³² Section 37 (5) de l'*Evidence Act 2006*.

¹³³ A propos de cette loi, cf. P. Marshall, « The veracity of witnesses in civil and criminal proceedings: section 37 of the Evidence Act 2006 », *op. cit.*, p. 13.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 21.

¹³⁵ Section 131 (1) du Code criminel.

¹³⁶ L.R.C. 1985, c. C-5.

¹³⁷ Cf. par exemple, la section 1 du *Perjury Act 1911* au Royaume-Uni, Sections 15 MF et 15 YZA du *Crimes Act 1914* en Australie; la section 108 (1) du *Crimes Act 1961 No 43* en Nouvelle-Zélande « *Perjury is an assertion as to a matter of fact, opinion, belief, or knowledge made by a witness in a judicial proceeding as part of his evidence on oath, whether the evidence is given in open court or by affidavit or otherwise, that assertion being known to the witness to be false and being intended by him to mislead the tribunal holding the proceeding.* »; Section 131 (1) du Code criminel canadien « *...commet un parjure quiconque fait, avec l'intention de tromper, une fausse déclaration après avoir prêté serment ou fait une affirmation solennelle, dans un affidavit, une déclaration solennelle, un témoignage écrit ou verbal devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette déclaration soit faite devant elle, en sachant que sa déclaration est fautive* »; Titre 18 Partie I, Chapitre 79, § 1621 du US Code: « *Whoever— (1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he*

britannique du *Perjury Act 1911*, qui est reprise par plusieurs autres textes, évoque une déclaration réalisée par un témoin « dont il sait qu'elle est fausse ou qu'il ne croit pas vraie »¹³⁸. Prouver le parjure revient à démontrer l'insincérité du témoin, démonstration qui est difficile à réaliser compte tenu du caractère très subjectif de la sincérité. En effet, la constitution de ce délit implique la preuve que le défendeur a effectué une fausse déclaration sous serment à propos d'un fait que le témoin savait ne pas être vrai¹³⁹. Un élément essentiel du crime de parjure est ainsi la preuve de son caractère intentionnel¹⁴⁰, ce qui peut être particulièrement difficile à établir¹⁴¹. Le témoin honnête ayant établi des faits qui s'avèrent ne pas être vrais sera protégé en invoquant qu'il pensait que ce qu'il disait était vrai¹⁴². Ainsi, un témoignage erroné que le témoin pensait vrai ne pourra être à l'origine d'une poursuite pour parjure¹⁴³. Mais comment prouver cela ? Aux Etats-Unis, par exemple, une personne qui effectue un faux témoignage en raison d'une erreur, d'une confusion ou d'une mauvaise mémoire ne peut pas être condamné sur la base de la section 1621 pour parjure lorsqu'elle se rétracte¹⁴⁴. La preuve du parjure et par conséquent du manque de sincérité d'un témoin est donc difficile à rapporter.

2. La nature de la sanction

Dans les pays de *common law*, un témoin est immunisé contre toute poursuite civile¹⁴⁵. La victime d'un propos mensonger n'a donc aucun recours de droit privé contre l'auteur de ce propos. Elle ne peut pas, par conséquent, réclamer de dommages et intérêts à ce dernier. La condamnation pour faux témoignage est, par contre, à l'origine de sanctions de nature pénale. Le recours le plus répandu contre des faux témoignages est le parjure qui est un délit et même un délit grave (*felony*) aux Etats-Unis. Le faux témoignage, pour certaines juridictions, constitue « quelque soit son cadre, [...] une infraction sérieuse qui entraîne un dommage incalculable au fonctionnement et à l'intégrité du système juridique ainsi qu'aux individus »¹⁴⁶. Les conséquences de ce délit sur le fonctionnement de la justice sont telles que les peines susceptibles d'être prononcées en cas de parjure sont assez sévères. Au Royaume-Uni, la peine peut aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement ou sept ans de servitude pénale

does not believe to be true; or (2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States. »

¹³⁸ Section 1 du *Perjury Act 1911*.

¹³⁹ A ce propos, cf. J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 794 et J. Fischweicher, « Perjury », *Am. Crim. L. R.*, 2008, p. 803.

¹⁴⁰ Cf. par exemple, *United States v. Dunnigan*, 507 U.S. 87,94 (1993) cité par J. Fischweicher, « Perjury », *Am. Crim. L. R.*, 2008, p. 805 et *Lalani* [1999] 1 C.A. 481 au Royaume-Uni.

¹⁴¹ P.J. Meitl, « The Perjury Paradox : The Amazing Under-Enforcement of the Laws regarding Lying to Congress », *QLR*, 2006-2007, p. 567

¹⁴² J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 795.

¹⁴³ Par exemple, aux Etats-Unis, cf. *Bronson v. United States*, 409 U.S. 352, 359 cité *in ibid.*, p. 794.

¹⁴⁴ *United States v. Dunnigan*, 507 US 87, 93 (1993) et *United States v. Peak* 856 F. 2d 825, 831 (7th Cir. 1988).

¹⁴⁵ En Australie du Sud, la section 3 du *Wrongs Act 1936 (SA)* rend toutefois possible des recours civils contre le parjure. A ce propos, cf. R. Cooter, « Truth bonding and other truth revealing mechanisms for courts », *European Journal of Law & Economics*, 2004, p. 310 et, pour les Etats-Unis, L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*

¹⁴⁶ *United States v. Holland*, 22 F.3d 1040, 1047 (11th Cir. 1994). Cf. également, J. Fischweicher, « Perjury », *Am. Crim. L. Rev.*, 2008, p. 7999 note 1.

et/ou des amendes. Aux Etats-Unis, l'auteur d'un parjure peut être condamné par une peine allant jusqu'à cinq ans de prison ou/et une amende¹⁴⁷. En Nouvelle-Zélande, le parjure est uniquement sanctionné par une peine de prison pouvant aller jusqu'à sept ans et quatorze ans lorsqu'il est susceptible de conduire à la condamnation d'une personne à trois ans de prison. Au Canada, la peine de prison peut également atteindre quatorze ans¹⁴⁸. La sanction peut, dans certains cas, prendre une forme différente. Aux Etats-Unis, un avocat sachant que son client va commettre un parjure peut mettre un terme à sa relation avec son client voir même dénoncer le parjure à la Cour¹⁴⁹. En outre, la sanction est proportionnée au crime avec lequel le parjure est rattaché¹⁵⁰. A cet égard, la Cour d'appel britannique a jugé que les condamnations pour parjure devaient être proportionnées à la nature de la peine qu'est susceptible d'encourir la personne impliquée dans le procès¹⁵¹. Compte tenu de la difficulté à prouver le caractère intentionnel du parjure et de la gravité des sanctions encourues, de telles condamnations sont assez rares.

3. La fréquence de la sanction

Les condamnations en matière de parjure semblent relativement limitées. Les statistiques au Royaume-Uni et aux Etats-Unis l'illustrent¹⁵². Elles ne sont prononcées que dans des affaires d'une particulière gravité. Le nombre de condamnations pour parjure est donc assez restreint. Elles sont restées statiques entre 1991 et 2000¹⁵³ puis ont augmenté dans les dernières années au Royaume-Uni pour récemment se réduire¹⁵⁴. Certains auteurs ont d'ailleurs constaté que même dans les plus sérieux cas de parjure, comme dans l'affaire des six de Birmingham, il est toujours rare qu'une action soit entreprise contre les auteurs du parjure¹⁵⁵.

Aux Etats-Unis, en 2003, sur 83 530 personnes poursuivies pénalement devant les Cours de district, seulement 88 ont été poursuivis pour parjure et 75 condamnés¹⁵⁶. En 2008, sur un total de 91 835 personnes poursuivies pénalement, 342 ont été poursuivies pour parjure, outrage ou intimidation et 176 condamnés¹⁵⁷. D'ailleurs, très peu de personnes commettant un parjure dans des procès civils sont poursuivies aux Etats-Unis. Ainsi, dans la décision *ABF Freight System, Inc v. National Labor Relations Board*¹⁵⁸, la Cour suprême a admis que le Conseil national des relations de travail avait un pouvoir discrétionnaire pour réintégrer un employé licencié illégalement, bien que cet employé ait commis un parjure lors des auditions administratives. Cependant, les juges Scalia et Connor ont rédigé une opinion

¹⁴⁷ Section 1621 (2) du US Code.

¹⁴⁸ Section 132 du Code criminel.

¹⁴⁹ A ce propos, cf. *Nix v. Whiteside* 475 US 157, 168 (1986) et J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 783.

¹⁵⁰ Cf. par exemple *United States v. Keys*, 67 F.3d § 813. A ce sujet, cf. J. Fischweicher, « Perjury », *op. cit.*, p. 823.

¹⁵¹ *Yates* (1989) 11 Cr. App. R (S) 451.

¹⁵² Nous n'avons pu avoir accès qu'aux statistiques de ces deux pays.

¹⁵³ A ce propos, cf. S. S.M. Edwards, « Perjury and perverting the course of justice considered », *Crim. LR.*, 2003, p. 528.

¹⁵⁴ Cf. *Criminal Statistics, England and Wales* 2005, p. 71 qui montre que si en 1995, 241 personnes ont été condamnées pour parjure, 152 l'ont été en 2005. Les statistiques de l'année 2008 révélant une réduction de ces condamnations à 83, cf. *Criminal statistics, England and Wales* 2008 disponible sur le site: rds.homeoffice.gov.uk.

¹⁵⁵ S. S.M. Edwards, « Perjury and perverting the course of justice considered », *op. cit.*, p. 529.

¹⁵⁶ J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 782.

¹⁵⁷ Cela signifie que les condamnations pour parjure uniquement sont sans doute moins importantes, le *Bureau of Justice Statistics* fourni seulement ces données combinées sur le site bjs.ojp.usdoj.gov.

¹⁵⁸ 510 U.S. 317 (1994).

concurrente critiquant la tolérance du Conseil à l'égard du parjure, regrettant que le Cour suprême ait « manqué une opportunité de faire quelque chose pour le droit »¹⁵⁹. Cette approche tolérante des cours à l'égard du parjure en matière civile aux Etats-Unis s'explique sans doute par une volonté de ne pas submerger les Cours¹⁶⁰ et sans doute les prisons. En effet, les sanctions prononcées peuvent dans certains cas tenir compte de la surpopulation carcérale afin de limiter les peines de prison au strict nécessaire, comme en témoigne la jurisprudence britannique¹⁶¹. Au Royaume-Uni, seulement onze personnes ont été condamnées à des peines de prison allant au-delà de trois ans entre 1981 et 2000¹⁶². En 2008, parmi les 86 personnes jugées et/ou condamnées par la Crown Court, 42 ont été condamnées à des peines de prison pour une moyenne de 11 mois et parmi les personnes jugées par la Magistrate's Court, sur 7 personnes poursuivies, 6 ont été condamnées à des peines de prison ne dépassant pas trois mois. Aux Etats-Unis, en 2008, parmi les 176 condamnés au parjure 5 ont écopé de peines de prison¹⁶³. Ces éléments statistiques démontrent, dans les pays dans lesquels elles sont disponibles, que l'absence de sincérité dans le cadre des témoignages est sanctionnée dans les cas les plus graves et surtout lorsqu'elle se manifeste dans des procès pénaux. Le faible risque de condamnation n'aurait pas l'effet décourageant escompté pour certains auteurs et n'empêcherait pas l'insincérité de certains témoins¹⁶⁴. La pratique judiciaire en ce domaine semble donc démontrer une sanction assez modérée de l'absence de sincérité en matière de témoignage. Cette exigence ne bénéficie donc que d'une garantie relative.

En définitive, les pays de *common law* n'ont pas eu, contrairement à l'expérience française, à faire face à une diffusion tentaculaire de l'exigence de sincérité. Si cette notion se retrouve le plus communément en droit processuel ou en matière de croyance, elle semble être une exigence autonome, clairement identifiée et sanctionnée dans le cadre du droit de la preuve. La première occurrence de la notion de sincérité dans le serment prêté au roi Guillaume et à la Reine Marie aurait-elle marqué cette notion qui semble essentiellement se développer dans le cadre du droit de la preuve et des témoignages, c'est-à-dire dans un domaine dans lequel une prestation de serment est formulée ? En matière de témoignage surtout, mais aussi dans les autres domaines identifiés, la sincérité présente une certaine homogénéité de sens puisqu'elle correspond à une obligation de ne pas mentir. La sincérité apparaît ainsi essentiellement comme un moyen d'établir la réalité dans le cadre du procès. Alors que le droit français appréhende la sincérité comme un vecteur de discipline, d'expression et d'authentification, la sincérité dans les pays de *common law* étudiés semble se limiter à cette dernière fonction, celle de l'authentification qui trouve au cœur du procès son domaine de prédilection. Elle renvoie ainsi à un idéal d'une justice pure et non corrompue, qui s'avère toutefois difficilement accessible en pratique.

¹⁵⁹ *ibid.* p. 783.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Cf. en ce sens, *James*, (1989) 11 Cr.App.R. (S) 167 at 16 et *Kefford* [2002] Crim.L.R. 432 cité dans S. S.M. Edwards, « Perjury and perverting the course of justice considered », *op. cit.*, p. 535.

¹⁶² S. S.M. Edwards, « Perjury and perverting the course of justice considered », *op. cit.*, p. 536.

¹⁶³ Cf. le site bjs.ojp.usdoj.gov/fjsrc/tsec.cfm

¹⁶⁴ J. L. Watts, « To Tell the Truth: A qui tam Action for Perjury in a civil proceeding is necessary to protect the Integrity of the Civil Judicial System », *op. cit.*, p. 782.