

Université Clermont Auvergne

- Année universitaire 2025-2026 -

Droit de la preuve - Cours de M. François Chevallier

Master 1 Droit pénal et sciences criminelles ; Master 2 Droit civil général ; Master 2 Justice, procès et procédures ; Master 2 Droit social

Thème n°2 : l'objet de la preuve

I. Lectures

A. Preuve du fait

i. Fait pertinent

- H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, Dalloz, réed. 2002, n°84 à 85, p. 85 à 88 (extrait reproduit).
- Civ. 3^{ème}, 7 février 2001, n°99-17.535, *Bull. civ. I*, n°14.

ii. Fait contesté

- Th. Le Bars, « La théorie du fait constant », *JCP G* 1999, I, 178.
- Soc., 2 avril 2025, n°24-11.200, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 10 juillet 2025, n°23-17.278, inédit.

iii. Fait négatif

- Req., 17 février 1913, S. 1913, p. 260 (reproduit).
- Civ. 2^{ème}, 17 mars 2016, n° 15-13.122, *Bull. civ. II*, n°1005.
- Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009, n°08-16.305, *Bull. civ. I*, n°187.

B. Preuve du droit

i. Preuve de la loi étrangère

- Civ. 1^{ère}, 13 juin 1967, *Bull. civ.* I, n°212.
- Civ. 1^{ère}, 18 décembre 2024, n°23-19.224, inédit.

ii. Preuve des usages

- Ass. plén., 26 février 1988, n°85-40.034, *Bull. A.P.*, n°2.

iii. Preuve des conventions collectives

- Soc., 7 novembre 2006, n°05-42.323, *Bull. civ.* V, n°327.

iv. Preuve du droit national

- E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Henri Plon et Marescq Aîné, 4^{ème} édition, 1873, n°5 et s., p. 2 et s. (extrait reproduit).

À la lumière de cet extrait et de vos recherches, vous vous demanderez s'il est exact que le droit interne n'a jamais à être prouvé.

II. Exercice

Vous préparerez une dissertation sur le sujet suivant (cinq pages maximum) :

« Le principe de restriction de la preuve au fait ».

- H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, Dalloz, réed. 2002, n°84 à 85, p. 85 à 88

CHAPITRE PREMIER

La charge de l'alléation

SECTION PREMIÈRE

Définition et délimitation de la charge de l'alléation

§ 1^e

La charge de l'alléation et les éléments générateurs des droits subjectifs.

84. En examinant le mécanisme de la réalisation du Droit, nous avons raisonné comme si les « circonstances de la cause » formaient une entité stable, que l'on pourrait prendre, telle quelle, pour base du travail à effectuer. Mais nous avons, dès le début, indiqué qu'il s'agissait là d'une simplification destinée à faciliter l'exposé des principes. La réalité, en effet, est plus complexe. Si, dans certains cas, comme par exemple lors de la rédaction d'un acte, les faits sont constants, dans d'autres et notamment dans la pratique judiciaire qui retient maintenant notre attention, la *contestation* vient alourdir la tâche du juriste. La « fixation » des faits doit donc, à un moment donné, intervenir, et le premier point à élucider est, dès lors, celui de savoir quel est, au regard d'une réalisation méthodique du Droit, le procédé à adopter.

La réponse nous semble s'imposer. En présence des affirmations contradictoires des parties, le juge ne peut pas se jeter, à corps perdu, dans la discussion pour essayer de découvrir ce qui lui paraîtrait être la vérité⁽¹⁾. Il n'est pas exact,

(1) Nous aurons l'occasion de préciser (v. infra. N° 115) que la vérité judiciaire n'est ni absolue ni objective, qu'elle ne consiste que dans la conviction du juge, formée d'après les règles légales.

nous semble-t-il, bien que la tradition ait accrédité cette manière de voir⁽²⁾, que l'esprit du juge doive successivement passer par trois phases : d'abord vérifier les faits, ensuite déterminer le caractère légal de ceux qu'il aura reconnus constants, et enfin leur faire produire les conséquences juridiques qui découlent de ces prémisses. Raisonner ainsi, c'est risquer de travailler en pure perte. Avant de se préoccuper du point de savoir quels sont, parmi les faits contestés, ceux qui peuvent être tenus pour exacts, il faut, à notre avis, déterminer quels sont, parmi ces faits, ceux qui présentent une importance pour la solution du litige, c'est-à-dire qui, d'après la terminologie processualiste, sont « concluants » ou « relevants »⁽³⁾. Entre la recherche de la vérité et celle du caractère « concluant » du fait litigieux, la priorité logique appartient, sans nul doute, à ce dernier travail. C'est par lui, dès lors, que le juge aura à débouter.

Dans cette première phase, le juge ignorera donc, provisoirement, la contestation. Il supposera exacts les faits qui lui sont présentés par l'une ou l'autre des parties, et il se bornera à en déterminer le caractère « concluant ».

Mais comment mènera-t-il cette enquête ? Les règles de la réalisation méthodique du Droit le lui apprennent⁽⁴⁾.

85. Comme toute mise en jeu de cette réalisation, le conflit judiciaire pose un problème de droit subjectif structural. Le juge commencera donc par examiner, selon la méthode que nous avons décrite⁽⁵⁾, les allégations de la partie qui fait valoir un tel droit. Partant de la prétention, il recherchera, sincrétiquement d'abord, systématiquement ensuite, la règle de

(2) Cf. Bonnier, *Eléments d'organisation judiciaire*, p. 214 ; Faye, *La Cour de Cassation*, N° 152, p. 168 : Chénon, *La Cassation*, N° 50, p. 163 ; Delarouze, *Méthode*, p. 121.

(3) Nous nous en tenons à ces deux termes. Les processualistes, il est vrai, distinguent entre les faits concluants ou relevants, qui sont « de nature à former la conviction du juge », et les faits « pertinents », qui sont simplement ceux « qui se rapportent à l'affaire » (Glasson-Tissier, *Traité de proc. civ.*, t. II, N° 593, p. 656 ; cf. Req. 15 nov. 1853, D. P. 54.1.381). Mais la relation vague qu'implique cette dernière expression la rend impropre à servir de critère pour un travail méthodique : les faits « concluants », dirons-nous afin de marquer la différence, sont indispensables, les faits « pertinents » ne sont qu'utiles.

(4) Il convient de souligner que nous ne parlons, ici, que de questions de fond et laissons de côté les problèmes particuliers à la procédure, tels que ceux ayant trait à la compétence ou à la régularité des formes.

(5) Supra, N° 51 et suiv.

Droit qui pourrait sanctionner le droit subjectif réclamé ; la détermination de l'objet et du fondement juridique de la prétention se place ainsi au premier plan de ses efforts. A-t-il découvert une règle paraissant « possible » ? Il devra l'analyser, en rechercher, par l'interprétation, le contenu, et la disséquer en vue de la réduire, autant que possible, aux réalités dont elle est sortie. Les notions que fait apparaître ce travail, ce sont, nous le savons, les éléments générateurs du droit subjectif invoqué. Pour que celui-ci soit, *in concreto*, reconnu existant, il faut que ces éléments trouvent un écho parfait dans les « circonstances de la cause ». Or, comme, dans cette première opération, le juge doit faire abstraction d'une contestation éventuelle, ces circonstances se confondent avec le seul apport de la partie qui se prévaut du droit ; c'est donc sur les seules allégations de cette partie que porteront l'analyse du fait et la comparaison par laquelle se termine le travail.

Cette comparaison, nous le savons également, peut faire apparaître une coïncidence totale entre les deux facteurs en présence. Mais si ce résultat ne peut être obtenu, bien que toutes les règles « possibles » aient été épousées, il est certain, d'après ce que nous avons exposé, que le droit litigieux a été réclamé à tort. Il s'ensuit que, *sans qu'il soit besoin de pousser les investigations plus loin ni surtout de se préoccuper d'une éventuelle contestation*, la partie qui avait invoqué ce droit doit succomber *en raison de la seule insuffisance de ses allégations*.

Ainsi se dégage une double constatation. D'une part, les faits « concluants », ce sont ceux qui correspondent aux éléments générateurs du droit subjectif déduit en justice ; d'autre part, la partie qui se prévaut d'un tel droit, mais qui n'allège pas toutes les circonstances nécessaires pour faire, dans le domaine concret, écho à ces éléments, est condamnée à voir repousser sa prétention. C'est ce dernier phénomène que décrit le terme de « charge de l'allégation ». Celle-ci se définit donc comme la nécessité⁽⁶⁾ pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être

(6) « Nécessité », et non pas « obligation ». Il n'existe pas d'obligation positive pour la partie de fournir son concours à la solution du conflit judiciaire ; seulement, son abstention risque d'entraîner une décision défavorable.

88 PRINCIPES D'UNE RÉALISATION MÉTHODIQUE DU DROIT PRIVÉ

déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit.

Cette formule appelle plusieurs précisions.

- E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Henri Plon et Marescq Aîné, 4^{ème} édition, 1873, n°5 et s., p. 2 et s.

Dans les questions soumises aux tribunaux, le débat peut rouler sur un point de fait ou sur un point de droit. Prouver le fait, c'est constater certaines actions de l'homme ou certains événements de l'ordre physique qui sont de nature à provoquer l'exercice de la justice sociale. Prouver le droit, c'est établir que, tels faits étant constatés, telle ou telle prescription de la loi y est applicable. Mais lorsqu'on parle de la théorie des preuves, on n'entend pas s'occuper de la preuve du droit. Le but qu'on se propose, c'est la recherche des meilleurs moyens à employer pour vérifier les faits qui sont l'objet des débats judiciaires. Ce n'est pas que la preuve du droit doive être étrangère à ces débats. Nous ne résoudrions pas, comme Vinnius, par l'affirmative la question qu'il se pose dans ses *Quaestiones Selectae* : « *An soleae quaestiones facti sint objectum probationis ?* ».

Le fameux avertissement, qui a trop souvent interrompu les plaidoiries autrefois et de nos jours : *Avocat, passez au fait ; la Cour sait le droit*, fait peu d'honneur aux lumières des magistrats qui se sont permis pareille interpellation. Il est du devoir de l'avocat de plaider le droit, comme le fait, sinon pour enseigner la loi aux juges, du moins pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise. Mais cette preuve rentre dans une théorie toute spéciale, source à elle seule de nombreux développements, celle de l'interprétation des lois. Cette théorie, du reste, n'est pas régie à tous égards par les mêmes règles que celle qui nous occupe. L'interprétation n'est pas, en effet, un travail purement historique, où l'on se demande simplement en fait ce qu'a dit le législateur; c'est une oeuvre d'art, dans laquelle il faut coordonner les résultats pour obtenir un tout homogène, harmonique. Le jurisconsulte, qui doit faire prévaloir l'esprit sur la lettre, a mission de combler certaines lacunes, de redresser certains écarts, ou plutôt certaines apparences d'écarts. Il ne lui est, sans doute, pas permis de refaire le mécanisme légal ; mais il doit veiller à ce que le jeu des rouages, dans les détails, obéisse, autant qu'il est possible, à l'impulsion centrale. Cette faculté incontestable, bien qu'il importe de n'en user qu'avec sobriété, est tout à fait inadmissible là où il s'agit de la preuve du fait. Ou sent qu'alors il faut nécessairement ou arriver à une démonstration positive, ou s'abstenir de prononcer.

• Req., 17 février 1913, S. 1913, p. 260

260

base légale, en ce que l'arrêt attaqué consiste comme nulle, et par suite sans force obligatoire à l'égard de l'exposante, une obligation contractée par Schmerber dans un contrat passé entre lui et l'exposante pour un certain genre d'affaires commerciales, sous le prétexte que Schmerber, par un contrat antérieurement passé avec des personnes tierces, se serait interdit de faire des traités ou marchés pour ce genre d'affaires, soit en France, soit en Europe, pendant un temps déterminé, alors que l'engagement de ne pas traiter ce genre d'affaires, pris par M. Schmerber envers des personnes tierces, ne pouvait, en cas de violation, que mettre à sa charge des dommages-intérêts envers ces personnes, mais non altérer sa capacité de contracter, ni rendre illicite et nul le contrat passé par lui avec l'exposante, pour laquelle les obligations de M. Schmerber envers des tiers étaient *res inter alios acta*.

ARRÊT.

LA COUR: — Sur le moyen unique de cassation: — Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que, suivant une convention en date du 25 janv. 1883, déclarée valable par un arrêt de la Cour de Rouen, passé en force de chose jugée, Schmerber s'est engagé envers la Comp. française du celluloid à ne s'occuper, dans aucun pays d'Europe, de la fabrication ou de la vente du celluloid; qu'il est, néanmoins, devenu, en Allemagne, le directeur technique d'une société, dite la Deutsche celluloid fabrik, ayant pour objet la fabrication de produits composés de celluloid; qu'aux termes d'un traité intervenu le 9 juill. 1894 entre cette société et son directeur, celui-ci s'est obligé à garder le secret sur le mode de fabrication et sur la production de la société, et que la Deutsche celluloid fabrik, prétendant que Schmerber aurait contravenu à cet engagement et se serait frauduleusement concerté avec Morane et Bernadac pour utiliser les procédés de fabrication dont il avait eu connaissance en raison de ses fonctions, a introduit contre ces trois parties une action en dommages intérêts; — Attendu que la Cour de Rouen, saisie du litige, déclare que le traité de 1894, servant de base à l'action de la Deutsche celluloid fabrik, avait été conclu par cette société en pleine connaissance de la situation de Schmerber; qu'il avait pour but ou pour objet d'enfreindre une prohibition sanctionnée en France par une décision de justice, et de faire fraude aux droits

(1-2) Lorsque la demande en divorce de la femme est basée sur la non-consommation du mariage, la demanderesse n'a pas seulement la charge de prouver la non-consommation, elle doit établir encore qu'elle est imputable au mari, et est de sa part volontaire, et partant injurieuse. V. Cass. 20 déc. 1888 (S. et P. 1890.I.805; *Pand. pér.*, 1898.I.128), et le rapport de M. le conseiller Danis; 22 févr. 1899 (S. et P. 1899.I.189; *Pand. pér.*, 1899.I.251), et les renvois; 12 nov. 1900 (vol. implic.) (S. et P. 1901.I.80). Addit. Baudry-Lecantinier et Chauveau, *Des perds*, 3^e éd., t. 4, n. 48; et Suppl. à notre C. civ. annoté, par Griffood, sur l'art. 281, n. 131 et s.

1^{re} PARTIE.

d'un tiers; — Attendu qu'en présence de ces constatations souveraines, c'est à bon droit que l'arrêt attaqué a considéré qu'un contrat de cette nature, quelle qu'en fut la valeur en Allemagne, était contraire à l'ordre public en France, et a décidé qu'il ne pouvait produire aucun effet dans ce pays; — D'où il suit qu'en rejetant comme irrecevable l'action de la Deutsche celluloid fabrik, ledit arrêt n'a violé aucun des textes de loi invoqués par le pourvoi; — Rejette, etc.

Du 23 oct. 1913. — Ch. civ. — MM. Baudouin, 1^{er} prés.; Iau, rapp.; Lombard, av. gén. (concl. conf.); Morellet et Raynal, av.

CASS. usq. 17 février 1913.

DIVORCE, ABSTENTION DU DEVOIR CONJUGAL, INJURE GRAVE, PRÉUVE, EXPERTISE (RÉP., v° Divorce et séparation de corps, n. 584 et s.; Pand. Rép., v° Divorce, n. 780 et s.).

Si la femme demanderesse en divorce, qui invoque à l'appui de sa demande la non-consommation du mariage, est tenue d'établir, d'une part, la non-consommation prétendue, et, d'autre part, que cette non-consommation est imputable, non à elle, mais à son mari, et constitue, de la part de celui-ci, une injure grave de nature à faire prononcer le divorce, cette double preuve peut être administrée par tous les moyens légaux propres à faire la démonstration des faits allégués (1) (C. civ., 231, 1315).

Ainsi, lorsque la femme fonde sa demande en divorce sur la non-consommation du mariage, en présentant un certificat médical à l'appui, les juges du fond, qui, dès documents déjà produits devant eux, déduisent que la femme n'a jamais opposé de résistance à l'accomplissement du devoir conjugal, peuvent, sur la demande de la femme, désigner des médecins experts, chargés de faire, sur la personne de la femme et sur celle du mari, des constatations techniques de nature à déclarer sur la valeur des prétentions de la femme et de la défense du mari (2) (Id.).

(M... C. M...). — ARRÊT.

LA COUR: — Sur le moyen unique de cassation, tiré de la violation des art. 231 et 1315, C. civ., et 7 de la loi du 20 avril 1810: — Attendu que, si la femme demanderesse en divorce, qui invoque, à l'appui de sa demande, la non-consommation du mariage, est tenue, d'une part, d'établir

Mais comment cette dernière preuve peut-elle être rapportée? Tous les modes de preuve étant admissibles en matière de divorce ou de séparation de corps (V. Baudry-Lecantinier et Chauveau, op. cit., t. 4, n. 116; et notre Rép. gén. du dr. fr., v° Divorce et séparation de corps, n. 2276 et s.; Pand. Rép., v° Divorce, n. 410 et s.), il faut admettre que la preuve de la non-consommation volontaire, de la part du mari, peut être prouvée, non seulement par voie d'enquête, mais aussi par voie d'expertise, sauf aux juges à veoir, à raison de la nature particulièrement délicate des constatations que peut, en pareil cas, impliquer l'expertise, du

non-consommation prétendue, et, d'autre part, d'établir que cette non-consommation est imputable, non à elle, mais à son mari, et constitue de la part de celui-ci une injure grave de nature à faire prononcer le divorce, cette double preuve devant les faits allégués; — Attendu que la dame M..., qui présente un certificat attestant qu'elle était encore vierge, fait sa demande en divorce sur la non-consommation du mariage; qu'elle connaît devant la Cour, pour la vérification de ses allégations, à la fois à une expertise médico-légale; que l'arrête que, tirant des documents déjà devant la Cour qu'il n'approuve pas, que la dame M... eût jamais opposé résistance à l'accomplissement du devoir conjugal, a nommé, ayant faire trois médecins experts, avec mission de faire, sur la personne de la femme et celle du mari, certains constatations techniques de nature à déclarer sur la valeur des prétentions de la dame M... et de la défense du mari; statuant ainsi, l'arrêt attaqué, motivé, n'a violé aucun des textes visés au pourvoi; — Rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Paris daté du 3 avril 1912, etc.

Du 17 févr. 1913. — Ch. req. — MM. non, prés.; Morellet, rapp.; Bonn, av. (concl. conf.); de Segurne, av.

CASS.CIV. 15 et 16 avril 1913

SAISIE IMMOBILIÈRE, SAISIERS INScritS, CRÉAncIERS NON S. IMMOBILIÈRE INDIVIS, HYPOTHÈQUE, C. TIERS, PARTAGE, LICITATION PRES. DEMANDE EN SUBROGATION, DROIT A SAISISSANT, CRÉAncIERS SUIVANTS BIENHEUREMENT, MAINELEVÉE, JUGEMENT PORT A JUSTICE, TRANSCRIPTION ET SAISIE, ALIÉNATION POSTERIEURE, V. TRANSCRIPTION DE LA VENTE, INCITE POSTERIEURE, DEMANDE EN DISSEL, MAINELEVÉE DES HYPOTHÈQUES, CRÉA. SUBROGÉ AUX POURSUITES, QUOTE FAUT DES, CASSATION (RÉP., v° Saisie immobilière, n. 1852 et s.; Pand. Rép., n. 1711 et s.).

Le droit de demander la saisie en cas de saisie immobilière, n'importe quelles, mais aux seuls créanciers (les dûs) à cause par l'accomplissement des factures

droit qui leur appartiennent discrétionnairement (Cass. 31 oct. 1906, S. et P. 1907.I.813 et renvoi) de refuser l'expertise sollicitée. La question est plus douteuse en ce qui concerne l'interrogatoire sur faits et articles, et la constatation personnelle, car on discute sur le point savoir si l'interrogatoire — et il en faut faire même de la constatation personnelle — peut être ordonné en matière de divorce. T. 1907.I.813 sens de l'affirmative, Rosen, 21 nov. 1907, Cass. 19 janv. 1892 (S. et P. 1892.I.73) et renvoi. Mais V. en sens contraire, les citées en note sous cet arrêt.