

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°3 : la charge de la preuve

I. Lectures

- R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 169 à 183. (extrait reproduit).

II. Exercice

Dans chacun des cas litigieux suivants, déterminez quel est l'objet de la preuve et identifiez sur qui repose le fardeau probatoire. Vos réponses doivent être argumentées.

1. La société « Clermont by night » a pris à bail un local d'une surface de 3.000 m² dans la périphérie de Clermont-Ferrand afin d'y organiser des soirées sur le thème de la musique électronique. À sa grande stupéfaction, le preneur découvre après la signature que le local n'est pas relié à l'eau courante, qu'il n'est pas aux normes de sécurité requises pour accueillir du public, et que le réseau électrique est insuffisant pour supporter le puissant système de sonorisation. La société « Clermont by night » souhaite obtenir la remise en cause de ce contrat, ou, à tout le moins, des dommages et intérêts. Elle se demande également si elle pourrait suspendre le paiement de son loyer tant que le propriétaire n'aura pas effectué les travaux nécessaires.

2. Las de son trop bas salaire et des reproches répétés de Michel, son patron, Pablo a démissionné de son poste de commercial dans le secteur de l'automobile. Il a immédiatement retrouvé un travail mieux rémunéré chez un concessionnaire situé en face, dans la même zone commerciale. Malheur ! C'était là oublier qu'il était débiteur d'une obligation de non-concurrence au titre de son ancien contrat de travail. Pablo a fait l'objet d'un jugement du conseil de prud'hommes le condamnant à cesser sa nouvelle activité professionnelle sous astreinte de 100 euros par jour de retard. Après avoir constaté que Pablo travaille toujours chez son concurrent après sa condamnation, Michel n'entend pas en rester là. Il souhaite saisir le juge de l'exécution afin d'obtenir la liquidation et le paiement de l'astreinte.

3. Liam vient de décéder. Son patrimoine se compose d'un appartement sis à Paris d'une valeur de 800.000 euros et de liquidités sur un compte-courant d'un montant de 150.000 euros. Ses héritiers légaux sont ses deux fils, Pierre et Jean. Pierre rappelle à l'attention de son frère que leur père a payé pendant près de deux ans le loyer de son appartement alors qu'il se trouvait au chômage. Il considère que ces sommes devraient être déduites de ses droits successoraux. De son côté, Jean rappelle à Pierre qu'il lui avait prêté la somme de 5.000 euros afin de payer ses études, et qu'il ne l'a jamais remboursé. Ce à quoi Pierre rétorque qu'il lui avait donné cette somme, sans en attendre le remboursement.

4. Suivant acte notarié instrumenté par maître Granville, en 2010, Thibault s'est vu gratifier de la part de sa grand-mère d'un terrain situé en Normandie, près de Deauville. Habitant à Paris, et travaillant dans le domaine de la finance, il ne s'est jamais rendu sur le terrain jusqu'à ce que son épouse lui suggère d'y faire édifier une résidence secondaire. Arrivé sur les lieux, Thibault découvre avec effroi qu'un hangar à usage agricole a été construit par le voisin, lequel y entrepose son foin. Interpellé par Thibault, qui entend bien récupérer ce qui lui revient de droit, le voisin lui répond qu'il est chez lui, et que ce terrain lui appartient depuis plusieurs générations.

5. Mathias est en temps normal un bon joueur de golf. Mais, encore fatigué d'une soirée arrosée la veille, il s'est senti moins dexter qu'à l'accoutumée lors de son dernier parcours. Parvenu péniblement au treizième trou, il a alors raté son swing. Horreur ! La balle a atteint en pleine tête Sylviane, alors qu'elle était en train de cueillir des baies dans le bois attenant. Après avoir été contrainte de subir une opération de son œil droit, Sylviane souhaite demander des dommages et intérêts à Xavier. Ce dernier nie que sa balle soit à l'origine du dommage.

- R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 169 à 183.

TITRE I

L'EVOLUTION DU PROBLEME DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Dès le début de l'instance, tout au moins assez vite, il est souhaitable que soit défini ce qui doit être prouvé et qui doit satisfaire aux obligations de preuve. L'objet de la preuve ne prête pour ainsi dire pas à difficultés : seuls ont à être établis les points de fait qui conditionnent l'application de la règle de droit (1). Mais des difficultés s'élèvent souvent entre les plaideurs pour savoir qui doit rapporter la preuve de tel ou tel point contesté. Le problème de la charge de la preuve est ainsi devenu célèbre et a fait l'objet de nombreux commentaires dans les ouvrages juridiques (2). Toutefois nous ne pensons pas que la manière dont il est généralement posé soit très heureuse ni surtout que les solutions qui lui sont données rendent véritablement compte de la réalité judiciaire, s'harmonisent avec la conception moderne du procès.

Le problème de la charge de la preuve, tel qu'il est généralement présenté, dépasse les cadres du droit judiciaire, le domaine des règles de mise en œuvre. Il s'agit, en effet, non seulement de savoir qui doit réunir les preuves mais surtout qui perdra le procès dans le cas où la lumière ne sera pas faite. On voit que le problème est double (3), par l'un de ses aspects

1. Sur ce principe et ses exceptions, notamment la preuve de la loi étrangère et celle des usages, V. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Perrot, op. cit., p. 209 ; Planiol, Ripert et Gabolde, op. cit., n° 1409 ; Aubry et Rau, op. cit., revu par Bartin, § 749 et les notes.

2. Voyez notamment : J. Villegas-Lopez, *Etude pour une théorie de la charge de la preuve en droit civil*, th. Paris 1951 ; Thévenet, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, th. Lyon 1921 ; Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Perrot, op. cit., n° 1158 ; Planiol, Ripert et Gabolde, p. 839 et s. ; Aubry et Rau, 5^{me} édit. rev. par Bartin, T. XII, § 749, p. 81 et s. ; Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, p. 542 et s. ; Bonnier, *Traité des preuves* n° 36. Bien qu'elle n'aborde pas d'une manière directe le problème, la thèse de M. Demontès, *L'action « ad exhibendum » en droit moderne*, Paris 1922, présente beaucoup d'intérêt pour sa discussion, notamment grâce aux éléments de droit comparé qu'elle apporte (Demontès, op. cit., p. 49 et s.).

3. V. notam. Bonnier, op. cit., n° 35.

il concerne l'imputation du risque de la preuve, par l'autre, et c'est le seul que nous retiendrons à cette place, il concerne véritablement la charge de la preuve. L'imputation du risque de la preuve relève des règles de fond : nous avons vu qu'elle était toujours réalisée par la loi, restreignant la liberté du juge (4). La charge de la preuve proprement dite relève du droit judiciaire. Il y a peut-être quelque subtilité dans cette distinction, mais nous pensons qu'elle est nécessaire, car c'est en partie pour n'avoir pas été suffisamment séparé du problème de fond qu'est l'imputation du risque de la preuve que le problème de la charge de la preuve reçoit encore des solutions qui heurtent notre conception du procès et surtout ne rendent pas compte de la réalité judiciaire.

Selon l'analyse traditionnelle, l'obligation de réunir et de produire les preuves, relatives aux points de fait contestés, pèse sur le demandeur. Le défendeur, du moins s'il ne fait pas état d'une exception, peut rester passif et le juge en toute hypothèse doit se garder d'intervenir. Pareille solution, que l'existence dans notre Code Civil de l'art. 1315 tel qu'il est rédigé peut dans une certaine mesure expliquer, relève d'une conception du procès particulièrement individualiste, en tout cas peu réaliste. Si le procès dans une société civilisée ne doit pas être un combat judiciaire, mais une occasion de définir ce qui est juste, il n'y a aucune bonne raison de faire peser systématiquement toutes les obligations de preuve sur le demandeur qui, même s'il est digne d'intérêt, n'aura pas les moyens suffisants pour les remplir. Le droit devrait tenir compte des inégalités de puissance qui existent le plus souvent entre les plaideurs.

D'autre part, faire du juge, dans le procès civil, un simple arbitre passif, notamment en ce qui concerne la recherche et l'administration des preuves, c'est singulièrement minimiser sa mission. Les exigences de l'équité et la bonne marche de la procédure demandent une revalorisation du rôle du juge.

Aussi des réformes sont déjà intervenues qui ont accentué le déclin de la théorie classique de la charge de la preuve, mais qui, mal appliquées, restent insuffisantes. De sorte qu'après avoir fait le point en ce qui concerne l'évolution du problème de la charge de la preuve en droit positif, nous aurons à étudier comment en législation devrait être aménagée la répartition des obligations de preuve.

4. *Supra*, p. 101.

CHAPITRE PREMIER

LE DECLIN DE LA THEORIE CLASSIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Toute l'analyse traditionnelle du problème de la charge de la preuve repose sur un texte, l'art. 1315 du Code Civil, et sur un principe, celui de la neutralité du juge. Aussi la solution donnée est, tout au moins théoriquement, très simple : il n'y a qu'un débiteur de la preuve, le demandeur.

En premier lieu, le principe de la neutralité du juge devait faire écarter toute répartition des obligations de preuve entre le juge et les plaideurs. En effet, selon la conception classique, le juge assiste à la procédure, mais ne la dirige pas ; il est l'arbitre passif du duel judiciaire. De plus, s'il intervenait activement dans la recherche des preuves, il ne pourrait que nuire à l'un des plaideurs, en tout cas compromettre gravement le caractère contradictoire de la preuve. Il doit donc se contenter de statuer sur les mesures d'instruction demandées par les parties et de fonder sa décision, mettant fin au litige, sur les éléments de conviction fournis par elles (1).

Mais l'intervention du juge en matière de preuve étant exclue, les obligations de preuve ne se répartissaient pas pour autant entre les deux plaideurs. L'art. 1315 du Code Civil précisait, de sorte que, selon l'interprétation qui en était donnée, c'est en toute hypothèse sur le seul demandeur que pesait le fardeau de la preuve (2). Comme historiquement ce principe est loin d'avoir été uniformément admis (3), diverses justifications en ont été recherchées : pour certains auteurs, c'est au demandeur de prouver parce qu'il s'attaque à un état de choses

1. Pour l'approfondissement du principe de la neutralité du juge, voyez principalement André, *Le principe de la neutralité du juge*, th. Paris 1910.

2. Ainsi Bonnier, au début de son *Traité des Preuves* (n° 38), n'hésitait pas à écrire : « nous établirons que le fardeau de la preuve doit toujours incomber au demandeur, soit qu'il affirme, soit qu'il nie ».

3. V. Thévenet, th. précitée, p. II et s. ; Villegas-Lopez, th. précitée, 1^{re} partie. Le droit comparé révèle aussi dans beaucoup de pays une conception moins individualiste : V. Demontès, th. précitée, not. p. 49 et s.

existant, à une situation normale, à une apparence qui jusqu'à preuve du contraire doit être considérée comme légitime (4). Pour d'autres c'est un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois que de faire peser sur le demandeur la charge de la preuve (5). Mais quel que soit le fondement dégagé par les auteurs, la solution ne fait pas doute. Certaines précisions ont aussi été apportées à l'énoncé du principe : ce n'est pas le demandeur qui doit prouver, mais celui qui allègue (6). Toutefois, même sous cette forme affinée, la solution proposée par les auteurs rejette sur un seul des plaigneurs la charge de la preuve, tout au moins relativement à une allégation déterminée. Pareille position est bien dans la logique individualiste, se trouve imposée dès lors qu'on envisage le procès comme un combat judiciaire. Mais elle devient choquante, certains auteurs l'ont vu (7), si on analyse le procès par rapport à l'idée de justice. Surtout la solution tirée de l'art. 1315 commence à paraître artificielle : elle ne rend pas vraiment compte de la réalité judiciaire où la charge de la preuve se répartit entre les plaigneurs. Bien plus, l'évolution du droit positif, réalisée par les modifications apportées depuis vingt ans aux textes du Code de Procédure relatifs à la preuve, tend à minimiser, voire à supprimer, le principe de la neutralité du juge, et à donner au magistrat un certain rôle dans la recherche des preuves. La réalité judiciaire et le droit écrit mettent donc aujourd'hui en défaut la théorie classique qu'il s'agisse de la répartition des obligations de preuve entre les plaigneurs, qu'il s'agisse de la détermination du rôle respectif des parties et du juge.

SECTION I

La discordance entre la théorie classique et la réalité judiciaire

Des termes de l'art. 1315 du Code Civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement

4. Comp. Thévenet, th. préc. ; Beudant, Lerebours-Pigeonnière, Perrot, op. cit., p. 251.

5. Comp. Bonnier, Traité n° 36 ; Demolombe, op. cit., T. XXIX, p. 184.

6. Comp. Mimin, n. D. C. 1942.J.35 ; Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, th. Lyon 1947.

7. V. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, p. 542 et surtout Demontès, th. précitée, p. 10 et s.

ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation », a été déduit le principe suivant : c'est à celui qui avance une allégation, généralement le demandeur, d'en rapporter la preuve. Selon l'analyse traditionnelle, ce principe doit être absolu et s'appliquer quelle que soit la nature du fait à prouver, qu'il s'agisse d'un fait positif ou même d'un fait négatif (8). Or, à raison même de cette rigueur, non seulement il est devenu suspect, mais son application à l'instance est pour ainsi dire impossible (9). De sorte qu'aujourd'hui, après l'avoir rappelé, les auteurs apportent tant de réserves en ce qui concerne son application, que c'est mieux rendre compte de la réalité que de poser en principe que la charge de la preuve pèse simultanément sur les deux plaigneurs.

§ 1 - LES RÉSERVES DE LA DOCTRINE POUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DÉDUIT DE L'ART. 1315 DU CODE CIVIL

Si le principe déduit de l'art. 1315 du Code Civil était aussi absolu que l'ont pensé certains auteurs, il faudrait se montrer rigoureux à l'égard du débiteur de la preuve, exiger de lui des éléments de conviction qui ne laissent plus de doute sur le bien-fondé de la prétention, et, jusqu'à ce qu'il en soit ainsi, ne tenir aucun grief à l'adversaire de rester purement passif. Or les opinions concordent pour ne pas imposer à celui qui avance une allégation une preuve aussi complète. Même dans l'analyse doctrinale, certaines théories communément acceptées, s'appuyant sur l'analyse logique de la preuve, ont pour effet de vider de son sens le principe de l'art. 1315 : c'est ainsi que, grâce à « la décomposition de l'objet de la preuve », une allégation peut être facilement considérée comme établie, de sorte que s'effectue un « déplacement de la charge de la preuve ».

A - La décomposition de l'objet de la preuve.

La preuve consiste dans l'établissement des faits qui ont permis le jeu de la règle juridique, source du droit invoqué.

8. Sur cette question célèbre, voy. notamment Larguier, *La preuve d'un fait négatif*, Rev. trim. 1953, p. 1 ; Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Perrot, op. cit., p. 233, n° 1161 ; Planiol, Ripert et Gabolde, op. cit., p. 844 ; Aubry et Rau par Bartin, op. cit., p. 82 ; Bonnier, Traité n° 39 ; comp. l'opinion quelque peu dissidente de Demogue, op. cit., p. 553 et s.

9. V. P. Pactet, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, th. Paris 1950 : « On ne saurait trop se méfier, écrit cet auteur, des formules rigoureuses qui ont cours devant les tribunaux judiciaires ». Cpr. Villegas-Lopez, th. précitée, in fine.

Or, comme l'a fait remarquer BARTIN (10) : « En pure logique, la preuve ne devrait jamais avoir pour objet que les faits mêmes qui ont donné naissance au droit invoqué en justice » ; mais il ajoute : « en réalité pareille exigence est inadmissible ». C'est que la certitude absolue ne pouvant pour ainsi dire jamais être obtenue, le juge doit se contenter de probabilité, de vraisemblance. Aussi BARTIN n'hésite pas à poser en principe que : « La preuve ne peut porter que sur des faits voisins et connexes, de la réalité desquels le plaideur demande au juge d'inférer par un détour plus ou moins long la réalité de ceux qu'il aurait voulu, mais qu'il n'a pu atteindre directement (11) ».

Cette idée de BARTIN a été accueillie avec enthousiasme par la majorité des auteurs (12) et certains l'on invoquée pour rendre moins rigoureuse la preuve de celui qui émet une allégation. Ainsi tout récemment encore il était fait appel au déplacement nécessaire de l'objet de la preuve en faveur de celui qui doit démontrer une proposition négative (13). Reprenant un problème qui avait fait couler beaucoup d'encre dans une littérature juridique déjà ancienne, M. LARGUIER pouvait, conformément à la plupart des opinions antérieures, maintenir même pour la preuve du fait négatif la règle de l'art. 1315 : « la charge de la preuve, écrit cet auteur, ne se trouve pas en principe déplacée par cela seul que l'on invoque un fait négatif ». Mais un tel principe étant particulièrement rigoureux, notamment lorsqu'il s'agit de faire la preuve d' « une négative indéfinie », c'est à l'idée de BARTIN que M. LARGUIER a recours : « Il faut si l'on ne déplace pas la charge de la preuve, en déplacer l'objet (14) », propose-t-il, écrivant encore : « Comme on ne peut exiger la preuve complète, et impossible, que l'on n'a jamais contracté, que l'on n'a commis aucune faute, que l'on a ignoré l'existence de tel fait ou de tel acte, le juge devra se contenter d'une preuve approximative (15) ».

Ainsi, d'après la plupart des auteurs, le débiteur de la preuve peut se contenter d'établir certains faits différents de ceux qui servent de support direct à son droit mais qui renvoient ceux-ci vraisemblables.

10. Note 10 bis, sous Aubry et Rau, T. XII, 5^{me} édit., p. 78.
11. Bartin, note 10 bis précitée.

12. Voyez notamment M. Picard, *De la preuve par commune renommée*, th. 1911, p. 120 et s. ; L. Mazeaud, *La preuve intrinsèque*, th. Lyon, p. 126 et s., Beudant, *Lerebours-Pigeonnier et Perrot*, op. cit., page 213, n° 1146.

13. Larguier, *La preuve d'un fait négatif*, Rev. Trim. Drt. Civil 1953, p. 1 et s.

14. Larguier, op. cit. p. 28.
15. Larguier, op. cit., p. 29.

La loi elle-même, dans certains cas, allège singulièrement « le fardeau de la preuve ». En édictant des obligations de résultat, en établissant des présomptions, elle met en œuvre cette idée que ne peut être exigée du plaideur qu'une preuve plus ou moins complète. Malgré la formule de l'art. 1353, la présomption légale « ne dispense pas de toute preuve » celui au profit duquel elle existe, mais elle lui permet une preuve aisée, n'obligeant qu'à établir un fait duquel la simple logique ne permettrait pas de conclure avec une vraisemblance suffisante à la réalité du fait servant de support direct au droit (16). De même dans les cas, assez rares il est vrai, où le législateur permet la preuve par commune renommée (17), le débiteur de la preuve peut se libérer d'une manière extrêmement facile. Nombreuses sont donc les dispositions légales qui consacrent en faveur de celui qui allègue, notamment du demandeur, un déplacement de l'objet de la preuve.

Mais lorsque la loi n'affecte pas le jeu du principe général, c'est le juge qui, suivant l'expression de M. LARGUIER, dispose « d'un moyen puissant ». « Il peut, écrit le même auteur (18), se servir de cette arme redoutable qu'est entre ses mains l'appréciation des éléments de preuve proposés, avec une rigueur plus ou moins grande, pour parvenir ainsi, par le canal des règles de preuve, au résultat de fond qu'il peut souhaiter ». Sans doute, il doit exiger une probabilité suffisamment grande. S'il entend se contenter de présomptions, la loi exige qu'elles soient précises et concordantes. D'autre part la notion de pertinence (19) lui enjoint une certaine sévérité. Mais il ne faut pas se faire illusion. Tant que le débat ne sera pas à sa fin, le juge se montrera très indulgent. Aussi, et cette conséquence ne fait pas doute pour la plupart des auteurs, il suffit que le débiteur initial de la preuve ait présenté quelques éléments de conviction pour que son adversaire ne puisse pas sans danger garder une attitude passive. La théorie du déplacement de l'objet de la preuve conduit nécessairement à admettre que, même en l'absence de dispositions spéciales de la loi, il est facile pour celui qui allègue de rejeter sur l'autre plaideur la charge de la preuve.

16. V. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, th. Lille 1949.
17. V. M. Picard, *La preuve par commune renommée*, th. Paris 1911.

18. Larguier, article précité, p. 29.

19. V. G. Porre, *Le fait pertinent*, th. Aix 1937 ; M. Sadek-Fahmy, *Le fait pertinent et admissible dans ses rapports avec la théorie générale des preuves comme élément probatoire en droit comparé*, th. Paris 1923.

B - *Le déplacement de la charge de la preuve.*

La plupart des auteurs modernes, se rendant compte qu'il serait inique d'imposer au demandeur une preuve complète, l'adversaire ayant la possibilité de rester sans risque complètement passif, ont, grâce à la notion de décomposition de l'objet de la preuve, été amenés à penser que très vite, au cours du procès, pouvait se réaliser un déplacement de la charge de la preuve (20). Le débiteur initial de la preuve a-t-il proposé quelques éléments de conviction plus ou moins faciles à réunir, par le jeu d'une disposition légale ou même par l'interprétation du juge, le fardeau de la preuve se trouve rejeté sur l'adversaire. Aussi certains auteurs (21) ont pu écrire que celui qui a « la charge juridique » de la preuve n'en a pas nécessairement « la charge effective ». Mais ce déplacement de la charge de la preuve, se réalisant d'une manière incessante jusqu'à la fin du procès entre le demandeur et le défendeur, correspond plus à une analyse théorique, d'ailleurs séduisante, du procès qu'à la réalité judiciaire. Pour que, en tenant compte de ce déplacement de la charge de la preuve, on puisse déterminer à un moment donné quel est le débiteur de la preuve, il faudrait fréquemment faire le point au cours de l'instance. Or dans la pratique il n'en est rien. Toutefois la théorie du déplacement de la charge de la preuve a comme premier intérêt de mettre en relief la tendance de la doctrine actuelle à priver de signification le principe de l'art. 1315 qu'elle continue d'énoncer. En second lieu, elle a pour effet de faire peser un doute très grave sur les deux plaideurs, qui en cours d'instance ne peuvent que très malaisément savoir quelles sont en ce qui concerne la preuve leurs obligations respectives (22). De sorte que, malgré le principe de l'art. 1315 selon lequel un seul des deux plaideurs doit supporter la charge de la preuve, pratiquement « ce fardeau » pèse en réalité simultanément sur l'un et sur l'autre.

§ 2 - LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LA RÉALITÉ JUDICIAIRE

La réalité judiciaire se prête mal à l'application des théories séduisantes mais bien subtiles élaborées par la doctrine pour atténuer la rigueur légale envers le demandeur. Les auteurs qui se sont penchés avec le plus de minutie sur le problème

20. V. notam. Beudant, Lerebours-Pigeonnier et Perrot, op. cit., p. 262.
21. V. notam. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, th. Lyon 1947.

22. Comp. Villegas-Lopez, th. précitée, p. I.

l'ont bien senti. BARTIN, au terme d'un effort d'analyse particulièrement remarquable, avouait son impuissance à proposer un principe général susceptible de s'appliquer à la généralité des instances. « J'ai combattu, a-t-il écrit, les quatre propositions qui résument la doctrine de MM. AUBRY et RAU sur la répartition de la charge de la preuve entre demandeur et défendeur. Cette doctrine est la seule, à ma connaissance, qui ait été formulée sur la question. Je ne chercherai pas à lui en substituer une autre : selon moi, en effet, toute tentative analogue, sur le même terrain et dans le même ordre d'idées, est également vouée à l'insuccès (23) ». Sans être aussi catégorique que BARTIN, tout récemment M. PERROT, dont le souci est évident de défendre certains principes tout en tenant compte de la réalité judiciaire, insistait sur « les difficultés de mise en œuvre » des règles sur la répartition des obligations de preuve (24). Mais il constatait que cette question essentielle s'estompe d'elle-même (25), que « pratiquement la conviction du juge est le résultat d'un faisceau d'éléments de preuve apportés par chacun des plaideurs... (26) ». En manifestant ainsi des doutes sur la concordance entre les principes et la réalité judiciaire, les théoriciens se rencontrent avec ceux qui ont pu observer de plus près cette réalité. « Dans la pratique, écrit M. MIMIN (27), chacun prend position sur le point de fait et aligne ses preuves. Celui-là même qui soutient n'avoir rien à prouver ne manque pas de pousser son offensive pour ruiner l'allégation adverse. Jamais sûr que les règles classiques lui laissent le titre de défendeur, il appréhende du moins qu'elles ne concordent pas toutes en sa faveur, et le maniement de l'article 1315 lui paraît s'offrir aux deux parties avec son double tranchant. Quand, après cette dualité d'efforts, le juge proclame que la preuve est faite dans tel sens, la formule vaut quelle que soit la partie à qui le fardeau de la preuve incombe ».

Mais si, dans la réalité judiciaire, le problème de la charge de la preuve s'évanouit le plus souvent, il n'en est pas toujours ainsi. D'abord, il est des cas où il peut être primordial de savoir si le concours des parties dans la production des preuves, généralement spontané, peut être imposé juridiquement. D'autre part si devant le juge du fait le problème de la charge

23. Bartin, n. 20 bis, ss. Aubry et Rau, T. XII, 5^{me} édit., § 749, p. 90.
24. Perrot, note sous Civ. 29 Mai 1951, J. C. P. 1951.II.6421 ; Comp. Beudant, Lerebours-Pigeonnier et Perrot, op. cit., p. 234.
25. Perrot, note précitée, J. C. P. 1951.II.6421.
26. Perrot dans Beudant et Lerebours-Pigeonnier, op. cit., p. 235.
27. Mimin, note sous Soc. 10 Avril 1941, D. C. 1942.I.35.

de la preuve ne donne pas lieu à de réelles difficultés, il n'en est pas de même devant la Cour de Cassation. Ainsi deux tendances bien différentes coexistent : l'une caractérise principalement l'attitude des juges du fait, qui consiste dans une certaine méconnaissance du problème, l'autre définit l'attitude de la Cour de Cassation, qui consiste dans un attachement rigoureux à l'art. 1315.

Il est bien certain que les observations de M. MIMIN rendent fidèlement compte de la manière dont sont réduites devant le juge du fait les difficultés que soulève l'art. 1315 : spontanément, les deux plaideurs concourent à la preuve. Mais qu'adviendrait-il, si le défendeur se contentait de rester passif sous prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire. Une telle attitude serait très dangereuse : le juge ne manquerait pas d'en tenir rigueur au plaideur et se montrerait d'autant plus favorable à considérer comme rapportée la preuve dont le demandeur serait censé avoir juridiquement la charge. Aussi on peut dire que, même en dépit de leurs affirmations, les deux plaideurs se croient juridiquement obligés de concourir à la production des preuves. En réalité, c'est à la fin de l'instance que se pose véritablement un problème, et il s'agit moins alors pour le juge de savoir qui devait fournir la preuve que de pouvoir déterminer qui va supporter le risque de la preuve dans les cas où une lumière suffisante n'aura pas été faite. Dans certain cas la loi elle-même, par exemple en édictant une présomption irréfragable, impose nettement la solution. En l'absence de disposition légale particulière, le juge doit revenir à l'application du principe général de l'art. 1315. Mais ce texte n'est clair qu'apparemment et les décisions judiciaires donnent une grande impression de casuistique. Toutefois la nature du fait qui, en fin de compte, reste à prouver guide souvent la solution du tribunal pour imputer le risque de la preuve soit au demandeur, soit au défendeur (28).

Par contre devant la Cour de Cassation un certain climat humain de l'instance n'existe plus (29), et le problème de la charge de la preuve reparaît vraiment à peu près tel que le pose l'art. 1315. A partir de ce texte, la Cour Suprême construit un raisonnement. Le demandeur au procès a la charge de la preuve. Si les juges du fait sans constater qu'il a rapporté cette preuve accueillent cependant la demande, leur décision doit être cassée. Dans une perspective de respect rigoureux

des textes, on peut se réjouir de cette interprétation de la Cour de Cassation, mais on la regrette du point de vue de l'équité : beaucoup de décisions dont le dispositif est juste, mais qui se sont insuffisamment expliquées en ce qui concerne les obligations de preuve et leur exécution, tombent sous la condamnation de la Cour Suprême.

Cette différence dans la manière où se pose le problème de la charge de la preuve, suivant qu'il s'élève devant les juges du fait ou devant les magistrats de la Cour de Cassation, est apparue clairement à l'occasion d'une affaire qui dans les dernières années a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 4 mars 1947 (30), puis à celui de la Section Civile du 29 mai 1951 (31).

Au mois de Septembre 1934 un homme avait fait une chute. Blessé à la cuisse, mais croyait-il sans gravité, il était rentré à son domicile. Au bout de quelques jours, ressentant de violentes douleurs au membre accidenté, il fit appel à son médecin qui lui conseilla de se faire examiner par un chirurgien. Le praticien auquel il vint s'adresser diagnostiqua une tumeur osseuse du fémur et procéda à l'amputation du membre malade. Mais après l'opération, un examen histologique révéla qu'il ne s'agissait nullement d'une tumeur, mais d'une fracture à retardement en relation avec la chute antérieure, qu'ainsi l'amputation avait été décidée là « où un simple appareillage de fracture eût suffi pour la guérison ». Le malade assigna en responsabilité les héritiers du médecin et du chirurgien qui étaient intervenus, décédés au jour de l'action. Il semble que deux arguments aient été principalement développés pour justifier la demande : en premier lieu l'erreur de diagnostic, en second lieu l'absence de consentement donné par l'accidenté à l'amputation. A tort ou à raison (32), les juges, tout au moins ceux d'appel, ont élaboré leur décision en se bornant à rechercher si oui ou non le malade avait consenti à l'amputation. Or l'absence de ce consentement pas plus que son existence n'était établie clairement : un problème d'imputation du risque de la preuve se posait, pour lequel les textes de la loi, tant l'art. 1147 du Code Civil que l'art. 1315, n'ont pas semblé au juge imposer nettement une solution. Nous ne connaissons pas la décision de première instance, mais les magistrats de la Cour d'Angers se sont attachés à la nature du fait restant à prouver, consentement du malade, et à la signification de ce fait,

28. Comp. Mimin, note précitée, D. C. 1942.I.35.

29. Comp. Perrot, n. ss. Civ. 29 Mai 1951, J. C. P. II.6421.

30. Angers 4 Mars 1947, D. 1948.I.298, n. R. Savatier.

31. Sect. Civ. 29 Mai 1951, D. 1951.I.53, n. R. Savatier, J. C. P. 1951.II.6421, n. Perrot.

32. V. les observations de M. R. Savatier dans sa note sous l'arrêt précité de la Cour d'Angers, D.1948.I.298.

régularisation de l'intervention chirurgicale. Ils en ont conclu que c'est le chirurgien qui devait supporter le risque de la preuve du consentement et retenu la responsabilité de ce seul praticien, à l'exclusion de celle du médecin qui l'avait assisté : « Attendu, est-il dit dans l'arrêt de la Cour d'Angers, qu'avant de procéder à l'amputation de la jambe, on devait s'assurer du consentement du malade : qu'il appartenait à celui-ci de choisir entre l'amputation immédiate présentée comme nécessaire et les risques d'un atermoiement, que le rapport d'expertise, en disant que les médecins avaient à proposer au malade l'amputation s'ils estimaient que c'était le traitement efficace et qu'il n'est pas possible qu'ils ne l'aient pas fait, indique par là quel était leur devoir, mais non que ce devoir ait été rempli ; que le jugement attaqué, constatant que B... jouissait de la plénitude de ses facultés mentales, eût dû en conclure que c'était l'autorisation de cet homme lucide qu'il fallait obtenir, non celle d'un tiers sans qualité ; que la preuve que B... ait consenti à l'amputation n'est ni rapportée, ni même offerte ; que d'autre part, les circonstances de l'opération n'impliquent pas le consentement tacite de l'intéressé, celui-ci, victime d'un traumatisme et d'une fracture, ayant pu s'imaginer que l'opération qu'on préparait tendait à une simple réduction ; Attendu que le chirurgien est responsable de son intervention ; que c'est à lui de s'assurer du consentement du patient... ».

Ainsi la pensée des magistrats de la Cour d'Angers paraît bien nette : c'est en partant de la nature du fait à prouver qu'il est possible de trouver une solution équitable, en cas de disposition insuffisamment claire de la loi, au problème d'imputation du risque de la preuve. Mais devant la Cour de Cassation, un tout autre principe prévaut et la Chambre Civile par un arrêt du 29 mai 1951 devait casser la décision de la Cour d'Angers : « Vu les articles 1147 et 1315 du Code Civil ; Attendu que, si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentissement du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se prépare, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération ; mais attendu qu'en rattachant ainsi, dans les circonstances par lui relevées, la responsabilité du chirurgien à l'inexécution non

établie d'une obligation à la fois professionnelle et contractuelle, l'arrêt attaqué a méconnu les règles de la preuve et a violé les textes ci-dessus visés... ».

Il ne nous appartient pas d'aborder ici la question de fond, d'apprécier s'il convient de faire jouer plus ou moins largement la responsabilité médicale (33), mais la décision de la Chambre Civile a besoin d'être appréciée par rapport au problème général de la preuve. Des termes de l'arrêt se déduit le syllogisme qui a déterminé la solution des magistrats et que M. PERROT (34) a lumineusement formulé : « La charge de la preuve incombe au demandeur ; le malade est le demandeur puisque, pour fonder sa prétention, il invoque l'inexécution de l'obligation contractuelle qui pèse sur le chirurgien ; donc c'est au malade à faire la preuve des éléments génératrices de son droit, dont la faute du chirurgien qui a manqué à son obligation en opérant le malade sans son consentement ». Mais un tel raisonnement, conforme à la lettre de l'article 1315, n'a pas reçu l'approbation des commentateurs de l'arrêt (35). C'est que la manière dont la Cour de Cassation utilise la notion de charge de la preuve a quelque chose de choquant et il est certain, en tout cas, que la différence de point de vue entre les juges du fait et les magistrats de la Cour Suprême ne peut qu'être préjudiciable aux plaideurs.

Nous ne pensons pas qu'en partant de l'article 1315 puisse être donnée une solution satisfaisante au problème de la charge de la preuve. Un auteur comme M. PERROT a pu faire un effort d'analyse digne de remarque pour proposer une interprétation de ce texte qui ne heurte pas l'équité : « La qualité de demandeur au sens de l'article 1315 du Code Civil, a-t-il écrit, ne doit pas être envisagée sous son aspect procédural ; le demandeur est celui qui, demandeur ou défendeur, peu importe, doit légitimer une prétention contraire au fait établi ou vraisemblable : « onus probanti incumbit ei qui dicit (36) » ; et afin de faire une application de ce principe à l'espèce, il écrivait encore : « De sorte que, pour découvrir qui est demandeur, au sens de l'article 1315 du Code Civil, il faut d'abord rechercher si l'acte dont on demande réparation ne constitue pas en soi et indépendamment de toute justification la preuve matérielle et évidente d'une atteinte à un droit ; car alors, s'il en est ainsi, c'est au défendeur à l'instance à

33. V. les observations de M. R. Savatier, D.1952.J.53 et la chronique du même auteur, *Impérialisme médical sur le terrain du droit : le « permis d'opérer » et les pratiques américaines*, D. 1952, chr. p. 157.

34. Perrot, note sous l'arrêt, J. C. P. 1951.II.6421.

35. V. R. Savatier, D.1952.J.53 ; Perrot, J. C. P. 1951.II.6421.

36. Perrot, note précédente.

démontrer la légitimité de son intervention (37) ». Mais une telle interprétation de l'article 1315 est d'une mise en œuvre difficile et conduit à admettre en cours d'instance le déplacement continual de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur. Ainsi pour nous en tenir à l'espèce analysée, si, en vertu d'une certaine interprétation de l'article 1315, on fait peser sur le chirurgien défendeur la charge de la preuve du consentement du malade, il faut, et la théorie de la décomposition de l'objet de la preuve l'autorise, permettre au chirurgien de rapporter cette preuve aisément, et très vite c'est le malade qui devient le débiteur de la preuve ; mais il est équitable aussi que le malade ayant à prouver une position négative, alors qu'il s'est trouvé dans des conditions particulièrement difficiles pour se ménager des preuves, puisse établir avec une certaine facilité que le chirurgien n'a pas demandé son consentement. De sorte qu'il paraît vain de « La vérité, écrit M. SAVATIER (38), est que la conviction du juge doit garder toute liberté de se faire d'après les circonstances de l'espèce ».

Ainsi dans les cas les plus délicats, le principe de l'article 1315 non seulement n'est d'aucune utilité, mais prête à confusion. Les deux parties doivent être considérées comme ayant l'obligation de rapporter la preuve du point de fait contesté. A la fin du procès, si le doute subsiste, le juge rendra sa décision en fonction des règles légales d'imputation du risque de la preuve. Malheureusement celles-ci sont très insuffisantes et manquent de clarté. On comprend dès lors que, dans une certaine mesure, la casuistique reprenne ses droits : « On peut, semble-t-il, écrivait déjà BARTIN (39), se placer sur un autre terrain et faire autre chose que ce qui a été tenté jusqu'ici, renoncer à poursuivre l'établissement d'une formule que la précision même qu'on veut lui donner rend incertaine et décevante à l'application, se borner à rapprocher les unes des autres les solutions fournies par la pratique et arriver ainsi à classer, dans des catégories distinctes et relativement nettes, les différentes sortes de litiges où les questions de droit les plus étrangères les unes aux autres supposent, pour l'établissement du fait dont la solution du procès dépend, l'emploi d'un raisonnement semblable et d'un même procédé de démonstration ». Mais pour parvenir à établir « des familles

37. Perrot, note précitée.

38. R. Savatier, note au D.1952.J.53.

39. Bartin, n. 20 bis, ss. Aubry et Rau, T. XII, 5^{me} édit., § 740.

naturelles de litiges (40) », recevant chacune une solution au problème d'imputation du risque de la preuve, une décision comme celle de la Cour d'Angers paraît, tant au point de vue de l'équité qu'à celui de l'analyse juridique, infinité plus profitable que celle de la Cour de Cassation.

Quo qu'il en soit, il faudrait réduire les cas où se pose le problème d'imputation du risque de la preuve, parce qu'un doute subsiste sur l'existence du fait dont dépend la solution du procès. Pour cela il est nécessaire de poser en principe que les plaideurs sont également tenus de fournir les preuves et que leur empressement à remplir cette obligation sera apprécié par le juge comme un indice dont il pourra tenir compte pour la solution du procès. Un tel principe étranger à la conception individualiste de l'instance nous semble devenu nécessaire tant la théorie classique, même considérablement adaptée, est difficile à mettre en œuvre. Surtout, il nous paraît conforme à une analyse plus morale du procès où les plaideurs doivent se présenter en toute bonne foi devant le juge. D'ailleurs en revalorisant dans une large mesure les pouvoirs de celui-ci, le législateur moderne semble avoir pris conscience de cette idée selon laquelle dans une société civilisée le procès ne doit pas être un combat judiciaire dont les plaideurs sont les maîtres absolus, mais une occasion de définir ce qui est juste.

SECTION II

L'extension par le législateur des pouvoirs du juge en matière de preuve

Dans la théorie classique, peut-être plus encore que celui qui faisait peser la charge de la preuve sur le demandeur, un principe était incontesté : la neutralité du juge. Il n'est pourtant formulé par aucun texte, mais accepté traditionnellement, il a été maintes fois réaffirmé par les auteurs (41).

40. Bartin, eod. loc.

41. V. André, *Le principe de la neutralité du juge*, th. Paris 1910 ; Beudant, *Lerebours-Pigeonnier et Perrot*, op. cit., n° 1151 ; Planiol, *Ripert et Gabolde*, op. cit., n° 1416 ; Bartin sous Aubry et Rau, op. cit., § 749 n. 8 ter ; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 97. Exceptionnellement cependant, quelques auteurs se sont attaqués au principe de la neutralité du juge. Tissier notamment (Rev. Trim. drt. civ. 1906, p. 648) s'est élevé contre une conception où « le juge est une espèce d'automate à qui l'on fournit les éléments du procès pour retirer ensuite un jugement ». Comp. Demontès, th. précitée, p. 13 et 14.