



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2020 - N°2



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes
Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université
Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po
Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Thomas CLAY, Administrateur provisoire de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la revue

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, responsable éditoriale
Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.panthonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2020, mise en ligne le : 15 décembre 2020

Sommaire

Édito	3
<i>Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie</i>	6
Pauline MILON	
<i>Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law</i>	47
Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE	
<i>Droit de l'urgence et crise sanitaire</i>	97
Emmanuel JEULAND et Sophie PRÉTOT (sous la direction de)	
<i>Les règlements de peste dans l'ancien droit français</i>	103
Claire LOVISI	
<i>Droit constitutionnel et états d'urgence</i>	117
Agnès ROBLLOT-TROIZIER	
<i>Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire</i>	128
Jean-Baptiste JACOB	
<i>Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts</i>	149
William GILLES	
<i>Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique</i>	161
Liane HUTTNER	
<i>Urgence sanitaire et droit pénal</i>	165
Anne SIMON	
<i>La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?</i>	171
Sophie PRÉTOT	
<i>Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine</i>	178
Rébecca DEMOULE	

<i>Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté</i>	184
David LEMBERG	
<i>COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?</i>	186
Pascal LOKIEC	
<i>Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie</i>	190
Flora DUFFAUD	
<i>Le droit de l'urgence et les finances publiques</i>	193
Matthieu CONAN	
<i>Fiscalité et droit de l'urgence</i>	200
Ludovic AYRAULT	
<i>Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?</i>	204
Xavier LAGARDE	
<i>Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs</i>	212
Emmanuel JEULAND	
<i>Le droit à la preuve</i>	218
Gilles GOUBEAUX	

Le droit à la preuve*

Gilles GOUBEAUX
Université de Nancy II

Ndlr : cet article est une republication faite dans les conditions posées par la Loi République Numérique de 2016 et avec l'accord de l'auteur.

Référence complète de la publication originale : Gilles GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », *in* Chaïm PERELMAN, et Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Établissements Émile Bruylant, 1981, p. 277-301.

1. Il est classique de traiter la preuve comme une charge. En effet, prouver est faire reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain¹ et, en matière juridique, c'est par le juge qu'il s'agit de faire reconnaître la véracité de ses allégations, puisque la preuve est toujours envisagée, directement ou par référence, comme celle qui est administrée en justice. Or, le principe, en matière judiciaire, est que tout fait allégué à l'appui d'une prétention, s'il est contesté par l'adversaire, doit être prouvé. À défaut, la simple dénégation de l'adversaire suffit à interdire au juge de prendre ce fait en considération, ce qui signifie pratiquement le rejet de la prétention. Amasser des éléments de preuve et les présenter au juge en vue d'entraîner sa conviction est donc une condition nécessaire au triomphe du droit.

C'est assurément une tâche difficile. Les expressions employées : charge de la preuve, on dit aussi parfois : fardeau de la preuve, sont révélatrices. Il ne faut pas beaucoup d'efforts pour évoquer l'image du malheureux plaideur s'effondrant sous le fardeau trop lourd pour ses épaules, tandis que ricane son adversaire de mauvaise foi, le juge assistant à la scène, navré mais impuissant ...

La réalité est assez différente. Elle l'est déjà parce que l'attribution de la charge de la preuve à l'une ou l'autre des parties à un procès est souvent délicate. Les critères doctrinaux ne sont clairs qu'appliqués à des hypothèses simples ; très vite, il faut nuancer, compliquer, et il n'est pas étonnant que les solutions de la jurisprudence réservent parfois quelques surprises. Cette relative incertitude n'a pas que des inconvénients. Elle incite, en effet, chacun des adversaires à s'activer pour proposer ses propres preuves relativement au même fait, pour le plus grand profit de la découverte de la vérité.

* Exposé fait le 2 février 1980 au C.N.R.L.

¹ ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Vis Preuve et Prouver. – GOUBEAUX et BIHR, *Encycl. Dalloz, Répert. Dr. civ.*² éd., V° Preuve, n° 1.

Il reste cependant que si personne ne réussit à produire des preuves suffisantes, dans un sens ou dans l'autre, il faudra bien que le juge tranche le litige. C'est alors que celui des plaideurs à qui incombait la charge de la preuve et qui n'a pu y satisfaire perdra son procès. Tel est le véritable « risque » de la preuve². Il serait donc dangereux de trop compter sur les diligences spontanées de l'adversaire pour faire éclater la vérité. Prouver demeure une charge et l'échec en ce domaine est lourd de conséquences.

Mais la tâche imposée au plaideur qui doit soutenir ses allégations n'est pas impossible. Les circonstances peuvent le mettre dans l'embarras, les obstacles divers ne manquent pas. Mais il n'est pas juridiquement désarmé. Au contraire, la charge de la preuve s'accompagne de prérogatives. Certains moyens sont accordés au plaideur pour obtenir les preuves qu'il doit rassembler et il a, en principe, la certitude que les éléments de conviction qu'il pourra réunir seront effectivement soumis à l'appréciation du juge. En un mot, il existe un droit à la preuve.

2. Ni l'idée ni l'expression qui la désigne ne sont nouvelles, mais, en dépit de l'adhésion de la doctrine dominante³, on a l'impression qu'elles ont longtemps suscité assez peu d'intérêt chez la majorité des juristes français qui n'y voyaient sans doute guère plus qu'une habileté de forme didactique sans grande portée pratique. C'est qu'en effet, les manifestations du droit à la preuve ont pu paraître longtemps pour le moins limitées. À vrai dire, c'est plutôt l'inverse qui caractérisait le droit positif, avec des restrictions ou des entraves diverses venant compliquer la tâche de celui qui devait assumer la charge de prouver. Or, si l'on peut interpréter ces contraintes comme une consécration *a contrario* d'un droit à la preuve, on pouvait tout autant mettre en doute l'existence d'un principe si peu clairement exprimé par les règles positives.

Mais, depuis peu, les choses ont considérablement changé. Il est permis de voir un tournant décisif de l'évolution dans les textes qui, de 1971 à 1975, se sont succédés pour mettre en place un nouveau Code de procédure civile⁴. En atténuant le type accusatoire de la procédure devant les juridictions civiles, en cherchant à redéfinir les rôles respectifs du juge et des parties, la place du fait et du droit, ces textes ont non seulement introduit des modifications non négligeables dans les règles applicables, mais ont surtout imposé une vision renouvelée de l'ensemble de la matière⁵. On s'est alors aperçu de la

² LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, thèse Poitiers 1954, éd. L.G.D.J. 1955, préf. R. SAVATIER, p. 101 et s., 169 et s. - V. aussi : MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon 1947, n° 117. - F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 736, n° 5. - GOUBEAUX et BIHR, *op. cit.*, n° 106 et s.

³ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7 par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 1411 et s. - BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. 9, vol. 2 par PERROT, n° 1167 et s. - MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale*, n° 217 et s.

⁴ Décrets du 9 septembre 1971, du 20 juillet 1972, du 28 août 1972, du 17 décembre 1973, du 5 décembre 1975, auxquels on doit ajouter des dispositions législatives ayant un autre objet mais procédant d'une inspiration analogue, telle la loi du 5 juillet 1972.

⁵ MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 ; *Cours de droit processuel*, publié, après décès de l'auteur, par Mme CAPEL (1973). - PARODI, *L'esprit général et les*

convergence de certaines positions apparemment nouvelles avec des analyses précédemment dégagées en jurisprudence. Bref, depuis les textes réformant la procédure civile, le centre de gravité du système s'est déplacé. Un classement quelque peu différent de solutions parfois anciennes est devenu naturel, de sorte que l'éclairage sous lequel on les observe désormais a changé. Ainsi, le droit à la preuve, qui pouvait faire figure d'exercice de l'esprit à l'usage de théoriciens, a pris, en droit positif, une consistance certaine, qui impose à tous de le prendre au sérieux.

3. Cela ne signifie certes pas que cette notion soit accueillie sans réticences. La qualification même de « droit », utilisée par les uns, suscite la méfiance des autres. Il est vrai que le terme est employé à tort et à travers, de telle sorte qu'il n'a plus toujours de signification précise : droit à la vie, droit au bonheur, droit au travail, droit à la qualité de la vie, droit à la liberté de conception... l'inflation, déjà dénoncée vigoureusement il y a une vingtaine d'années⁶ ne s'est pas ralentie. Dans cette accumulation de « droits » il devient difficile de distinguer ce qui n'est que commodité de langage de ce qui désigne une véritable catégorie juridique.

Est-il permis de voir dans le « droit à la preuve » un droit subjectif suffisamment caractérisé ? Une telle question est redoutable, car l'accord unanime est loin d'être fait sur une définition du droit subjectif⁷. Ce n'est pas une raison d'esquiver le problème, mais une justification de l'impossibilité de proposer une réponse parfaitement convaincante.

Le Nouveau Code de procédure civile français, issu du décret du 5 décembre 1975, fournit à ce sujet un argument assez important. Ce texte n'a pas hésité, en effet, à énoncer des propositions d'ordre théorique, pour situer et coordonner quelques éléments essentiels. C'est ainsi que, s'inspirant des analyses de Motulsky⁸, l'article 30 définit ainsi l'action en justice :

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

Ainsi, le texte accueille la notion de droit processuel, droit subjectif né du rapport d'instance noué entre les parties et le juge et conférant aux plaideurs le pouvoir d'exiger du juge qu'il examine au fond leurs prétentions. Pouvoir qui est d'ailleurs sanctionné pénalement (dénier de justice) et civilement (responsabilité de l'État et responsabilité

innovations du nouveau Code de procédure civile, préf. CORNU, avant-propos P. FRANCON, éd. Répert. Defrénois, 1976.

⁶ ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, éd. Dalloz, 1963, notamment n° 6, 18.

⁷ V. le résumé des principaux aspects de la controverse et notre propre tentative de présentation in *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, L.G.D.J. 1977, n° 163 et s.

⁸ « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. philosophie du droit* 1964, p. 215 et s.

personnelle)⁹. Cette faculté pour un individu de déclencher en sa faveur l'impératif d'une norme juridique correspond à la technique du droit subjectif.

Or, si l'action en justice, le « droit d'action » est ainsi rangé par le texte lui-même parmi les droits subjectifs, la même nature juridique doit être reconnue au « droit à la preuve ».

Tout comme l'action est un droit des parties à l'égard du juge (droit d'exiger l'examen de la prétention), le droit à la preuve est un droit qui astreint le juge à examiner les éléments de conviction proposés par le plaideur. Le droit à la preuve est, en effet, au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge.

Il y a plus. Le droit à la preuve, tel qu'il se dessine aujourd'hui en droit français, assujettit d'autres personnes. Avec le secours du juge, le plaideur peut contraindre des tiers et son adversaire lui-même à collaborer à la recherche des preuves, notamment en exhibant les documents qu'ils détiennent. La charge de la preuve impose une tâche difficile, mais certains moyens sont attribués afin de l'accomplir. Le droit d'obtenir des preuves se traduit par des obligations à la charge d'autrui.

4. Tels sont, en effet, actuellement, les deux aspects que présente le droit à la preuve dans le système juridique positif français : c'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers ; c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, cette fois, au juge. Dans les deux cas, la structure même du droit est identique. C'est un pouvoir d'exiger une certaine activité d'autrui. La technique est celle du droit de créance, que la personne obligée en raison du droit à la preuve invoqué soit un individu quelconque ou le juge.

Encore faut-il prendre la mesure de ces prérogatives. Comme on peut sans peine l'imaginer, les solutions sont assez nuancées. De nombreux obstacles subsistent, qui entravent la recherche ou la production des preuves. Il s'agit donc de tendre à un équilibre satisfaisant. Ces nuances, qui paraissent bien nécessaires, rendent assez difficile l'entreprise de dresser un tableau de l'état actuel du droit à la preuve dans le système juridique français. Ce tableau, de toutes façons, ne peut être qu'un diptyque :

- d'une part, le droit d'obtenir des preuves
- d'autre part, le droit de produire ses preuves.

I. LE DROIT D'OBTENIR DES PREUVES

5. Souvent, la recherche des preuves par une partie serait une tâche impossible sans l'assistance ou la collaboration d'autrui. Admettre l'existence d'un droit à la preuve conduit à permettre d'obliger, donc de contraindre certaines personnes à se prêter à l'entreprise. Qu'on le veuille ou non, c'est donc porter atteinte à la liberté individuelle.

⁹ L. 5 juillet 1972.

Aussi, les manifestations positives du droit à la preuve demeurent-elles fragmentaires et peuvent-elles parfois rencontrer des obstacles insurmontables.

A. Manifestations positives du droit à la preuve

6. Depuis fort longtemps, des dispositions législatives ont contribué à assister le plaideur dans ses efforts tendant à démontrer la vérité de ses allégations.

Ainsi en est-il de la répression du faux témoignage¹⁰. Le délit sanctionne sans doute une certaine atteinte à la dignité de la justice, mais il vise surtout à garantir aux plaideurs une recherche loyale de la vérité ; d'ailleurs, l'existence d'un préjudice causé ou susceptible d'être causé par la déposition mensongère est une condition de l'incrimination¹¹. Il en est de même du faux en écriture publique ou privée, dont la sanction constitue une protection contre des manœuvres qui tendent à empêcher le jeu normal des règles de preuve.

De telles incriminations donnent déjà un début de consistance au droit à la preuve. La menace de sanctions pénales a un rôle dissuasif. Il ne s'agit pas encore de faciliter la tâche de celui qui doit fournir des preuves ; du moins, la loi se préoccupe-t-elle d'empêcher les actes qui risqueraient de rendre cette tâche impossible. En matière de preuves, chacun a donc, et ce n'est pas une nouveauté, droit à la loyauté et à la sincérité d'autrui.

7. Mais ce genre de manifestations indirectes du droit à la preuve demeure bien timide. Aujourd'hui, il ne serait plus question de s'en contenter. On a, semble-t-il, pris conscience des difficultés de la recherche de la vérité. La Justice ne sort, en effet, pas mieux servie de l'échec de l'individu qui n'a pas réussi à obtenir les preuves dont il avait besoin pour faire reconnaître son bon droit. Le juge a cessé d'être un spectateur passif. Il peut désormais s'engager lui-même, avec tout le poids de son autorité, dans la recherche de la vérité. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile lui confère « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles »... Le juge a aussi le moyen de soutenir les efforts des plaideurs en donnant vie à leur droit à la preuve.

Consécration solennelle d'un nouvel état d'esprit, la loi du 5 juillet 1972 a inséré au Code civil un article 10 ainsi libellé :

« Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende, sans préjudice de dommages intérêts. »

¹⁰ C. Pén., art. 361 et s. (art. 363 sur le faux témoignage en matière civile).

¹¹ Cass. crim. 19 juin 1857, *D.P.* 1857. 1. 372. -6 janvier 1859, *D.P.* 1860 .1. 377.

Ce texte constitue aujourd'hui un des principaux supports du droit à l'obtention des preuves¹².

À ce principe peuvent se rattacher plusieurs dispositions figurant actuellement au Nouveau Code de procédure civile.

8. Il faut notamment signaler l'article 145, qui énonce :

« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Cette disposition établit un véritable droit à la préconstitution de la preuve.

La pratique n'avait pas attendu le Nouveau Code de procédure civile pour opérer cette recherche des preuves préalable à tout litige, en particulier à l'occasion d'opérations de construction¹³ : avant d'ouvrir un chantier important, qui risque de causer des désordres aux immeubles voisins, le futur constructeur obtient du juge des référés la désignation d'un expert avec mission de constater l'état des bâtiments voisins. De la sorte, il sera aisé d'établir ultérieurement l'existence et l'importance des dégâts que les travaux auront pu causer. Une telle procédure n'était pas facile à justifier sans le secours d'un texte et l'on comprend que des magistrats aient pu hésiter à intervenir en dehors de tout litige, à seule fin de permettre une préconstitution des preuves. Ce n'est donc pas sans courage, voire une certaine audace, que certaines juridictions notamment le Tribunal de grande instance de Paris, avaient admis le référé dit « préventif ».

Désormais, la légalité du procédé ne fait plus de doute, en présence du texte formel de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

On retiendra donc cette illustration particulière du droit au collationnement des preuves : avec le secours du juge qui ordonne la mesure, une personne peut contraindre des tiers à se prêter à une recherche d'éléments de preuve préalable à tout litige.

9. Du moins, les tiers qui se trouvent ainsi bon gré mal gré conduits à faciliter la tâche de celui qui amasse ses preuves ne sont-ils pas, en tout cas pas encore, des adversaires. Or, il est aujourd'hui admis que le droit à la preuve peut être invoqué même à l'encontre de celui qui a le plus grand intérêt à voir échouer les efforts de recherche des preuves : le plaideur adverse. Celui-ci, comme les tiers, peuvent en effet se voir contraints d'exhiber des éléments de preuve détenus par eux.

¹² Cf. LOBIN, « L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », *Études offertes à P. Kayser*, t. 2, p. 131 et s.

¹³ M. PEISSE, « Le référé préventif en matière de construction immobilière », *Gaz. Pal.* 1975. 2. doct. 436.

Le cas est tout à fait remarquable et constitue sans doute la plus éclatante consécration du droit à la preuve¹⁴. Il mérite que l'on s'y arrête un moment.

Il faut supposer que le demandeur connaît l'existence de documents propres à fonder sa prétention, mais ne les a pas en main. Il s'agit pour lui d'obtenir de celui qui détient ces pièces qu'il les présente au juge. On conçoit qu'une telle prétention puisse se heurter à certaines réticences, notamment lorsque les éléments de preuve en question sont aux mains de l'autre partie qui ne tient évidemment pas à favoriser l'entreprise de son adversaire.

Pendant longtemps, aucun texte de portée générale ne prévoyait la possibilité d'imposer à un plaideur ou à un tiers la production des preuves qu'il détenait. Un tel mécanisme figurait cependant aux articles 14 à 17 du Code de commerce pour obtenir de la part d'un commerçant la communication de ses livres de commerce. Mais le cas paraissait relever de la spécificité de la preuve en matière commerciale, de sorte qu'en dehors d'une telle hypothèse, le problème demeurait entier.

En doctrine, les adversaires de la généralisation d'une telle action *ad exhibendum* se retranchaient derrière l'analyse classique de la charge de la preuve, s'agissant particulièrement des documents détenus par l'adversaire : « *actori incumbit probatio* », que celui à qui incombe la charge de la preuve fasse sa recherche, son adversaire peut rester passif en attendant ; il n'a pas à fournir des armes contre lui-même : *nemo tenetur edere contra se*¹⁵.

Cependant, un fort courant contraire s'était formé¹⁶. D'assez nombreux auteurs faisaient valoir l'intérêt pour tous de découvrir la vérité, plusieurs d'entre eux invoquant le droit à la preuve...

10. Il faut observer que le débat s'est très souvent trouvé faussé par suite d'une certaine confusion sur le sens de l'expression : charge de la preuve. Une parenthèse doit être ici ouverte afin de tenter de dissiper cette confusion.

La charge de la preuve est volontiers conçue comme la détermination d'un ordre chronologique dans l'administration de la preuve : le demandeur allègue un fait à l'appui de sa prétention. Si le défendeur le conteste par une simple dénégation, il appartient au demandeur de faire la preuve de son allégation. Lorsque le demandeur a rapporté la preuve qui était exigée de lui, le défendeur peut opposer une exception. Si celle-ci est déniée par le demandeur, il incombe au défendeur de prouver les faits sur lesquels il

¹⁴ À tel point que l'on peut, dans une conception restrictive de la matière, ramener le droit à la preuve à cette seule hypothèse : C. MARRAUD, « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *J.C.P.* 1973.1.2572. - Pour une étude complète de la question, cf. DAIGRE, *La production forcée des preuves dans le procès civil*, préf. LOMBOIS (coll. public Fac. dr. et se. soc. de Poitiers, t. VIII).

¹⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n° 209. - PLANIOL et RIPERT, *op cit.*, t. 7 par GABOLDE, n° 1412. - SOLUS, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *Trav. Assoc. H. Capilant*, t. 5, p. 129 et s.

¹⁶ DEMONTES, *L'action ad exhibendum en droit moderne*, thèse Paris 1922 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, n°211. - DECUGIS, « L'évolution des preuves en droit comparé. », *Bull. soc. Législ. comp.* 1939, 77 et s - MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd. 1949, n° 479 - BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, t. 9 par PERROT, n° 1175 - LEGEAIS, thèse précitée, p. 197 - E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés ; remarques sur l'adage nemo tenetur edere contra se*, thèse dactyl. Paris 1967.

fonde l'exception qu'il allègue. Ainsi, au cours du procès, la charge de la preuve pèse alternativement sur chacune des parties, au fur et à mesure qu'elles avancent de nouveaux faits.

Il est bien certain que contraindre un des plaideurs à fournir à son adversaire les éléments de preuve dont celui-ci a besoin pour accomplir la tâche qui lui incombe est perturber cet ordre de production des preuves. Ce serait, si l'on ose utiliser cette image, méconnaître la « règle du jeu probatoire » en donnant à l'un des plaideurs le moyen de « passer son tour ».

Mais la charge de la preuve a une autre signification, que nous avons déjà évoquée : il s'agit de déterminer à qui le juge devra donner satisfaction lorsqu'aucune preuve suffisante, d'où qu'elle vienne, n'aura pu être produite. Peu importe alors l'origine des éléments de conviction sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Lorsque la vérité est connue, il est indifférent de savoir qui était spécialement chargé de la dévoiler. Mais quand aucune preuve n'est suffisante, quand l'incertitude subsiste, le juge ne peut pas refuser de statuer. Obligé de trancher le litige, il le fera à l'encontre du plaideur sur qui pesait le fardeau de la preuve et qui n'a pas réussi à entraîner la conviction.

Ainsi comprise, l'attribution de la charge de la preuve à l'une des parties n'est pas un obstacle à la communication forcée de pièces par son adversaire. En réclamant à l'autre partie un élément de preuve qui lui est nécessaire, le demandeur ne nie pas que le risque de la preuve pèse sur lui au cas où, malgré la production du document, il ne parviendrait pas à convaincre le juge ; il cherche seulement à obtenir de son adversaire un moyen de faire la preuve qui lui incombe. Il n'y a pas renversement de la charge de la preuve, dès lors que l'on ne s'attache plus à un ordre successif d'administration de la preuve.

Refermons cette parenthèse pour revenir plus directement au droit à la preuve.

11. La jurisprudence s'était montrée assez hésitante sur la question de la communication de pièces détenues par l'adversaire. Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 17 juin 1879 en avait admis le principe, toutefois en l'assortissant de précautions :

« Si, énonçait la Cour, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent ordonner la communication de certaines pièces qui ne sont ni signifiées ni employées, ils ne doivent user de ce moyen d'instruction qu'avec réserve et lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux »¹⁷.

Cette affirmation était courageuse, mais n'entraîna pas l'ensemble des tribunaux. De sorte que, pendant une longue période, le droit à la preuve fut refoulé par la maxime, alors triomphante : *nemo tenetur edere contra se*.

Cette éclipse du droit à la preuve dura jusqu'à une époque récente. Puis, dans les années 1960, la tendance s'est renversée.

¹⁷ Cass. req. 17 juin 1879, S, 1881. 1. 116.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1962 a pris en considération la difficulté que pouvait éprouver la victime d'un accident à exercer l'action directe dont elle bénéficie contre la compagnie d'assurances du responsable : demanderesse, la victime doit prouver ses allégations. En l'occurrence, il lui faut établir qu'un contrat d'assurance oblige la compagnie à couvrir la responsabilité de l'auteur du dommage. Comment la victime, qui est un tiers à ce contrat, pourrait-elle en produire un exemplaire sans le secours soit de l'assuré soit de l'assureur ? La Cour de cassation qui, à l'époque, ne pouvait fonder une solution sur un texte, admit que le tribunal pouvait commettre des experts avec la mission de se transporter au siège social de la compagnie et de compulsier les archives de celle-ci, afin de rechercher si, à la date de l'accident, le responsable était assuré¹⁸. Ce n'était pas encore la communication forcée de pièces, mais ce que certains ont appelé « l'expertise-perquisition », dont les résultats ne sont pas très éloignés.

Un peu plus tard, la Cour de cassation parut revenir à une attitude moins favorable au droit à la preuve. Un plaideur demandait à l'État réparation des dommages qu'il prétendait avoir été causés à son immeuble par le survol d'avions militaires supersoniques. Les juges du fond, constatant la difficulté qu'éprouvait le demandeur à prouver le lien de cause à effet entre le passage du mur du son et les dégâts subis par sa maison, avaient ordonné à l'agent judiciaire du Trésor de prendre toutes les initiatives opportunes pour qu'il soit procédé à un ou plusieurs essais en vol par un avion à vitesse supersonique, afin de faire les constatations utiles. La Cour de cassation a cassé cette décision¹⁹. Il faut reconnaître qu'en l'espèce, les exigences du droit à la preuve admises par les juges du fond dépassaient de loin la simple production d'un document d'archive ! Les diligences requises de l'adversaire étaient excessivement coûteuses et compliquées...

Toujours est-il que, dans des affaires moins originales, la Cour de cassation approuva des décisions ayant ordonné la communication de pièces détenues par une des parties²⁰ ou par un tiers²¹.

Ainsi, sans le secours d'un texte, la jurisprudence avait-elle dégagé le principe d'un abandon de l'ancienne maxime *nemo tenetur edere contra se*.

12. Ces solutions trouvent aujourd'hui une justification textuelle dans le Nouveau Code de procédure civile. Reprenant une formule déjà énoncée antérieurement par le décret du 9 septembre 1971, l'article 11 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile énonce :

« Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

¹⁸ Cass. civ. 2^e, 22 mars 1962, *Bull. civ. II*, n° 332.

¹⁹ Cass. civ. 2^e, 1^{er} juillet 1966, *J.C.P.* 1966. II. 15305, note DE JUGLART et DU PONTAVICE.

²⁰ Cass. civ. 2^e, 23 décembre 1969, *Bull. civ. II*, n° 366.

²¹ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1971, *Gaz. Pal.* 1972. I. 285, concl. PAUCOT.

Sans qu'il y ait lieu de se livrer ici à l'exégèse de ce texte, quelques expressions méritent d'être soulignées, car elles permettent de mieux saisir ce mécanisme.

- L'initiative appartient à une des parties, qui adresse à cette fin une requête au juge. Il s'agit donc bien de mettre en œuvre le droit à la preuve, de fournir à un plaideur le moyen d'accomplir la tâche probatoire qui lui incombe.

Mais le plaideur seul n'a pas le pouvoir d'imposer à son adversaire ou à un tiers de collaborer. C'est le juge qui apprécie s'il y a lieu ou non d'ordonner une telle mesure. Le droit à la preuve est donc étroitement contrôlé. La communication forcée de documents est une atteinte à la liberté individuelle. Il faut que les nécessités de la recherche de la vérité soient assez pressantes pour que l'on s'y résigne. Cela suppose une appréciation du juge. Il n'est jamais obligé de donner suite à la requête. C'est pour lui une simple faculté, qu'il exerce souverainement²².

Cela signifie que le plaideur qui invoque son droit à la preuve n'est pas du tout dispensé de faire de son côté des efforts sérieux. Il lui appartient notamment d'indiquer avec précision quels sont les éléments de preuve détenus par autrui dont il sollicite la communication, afin que puisse être portée une appréciation de leur utilité pour la solution du litige. Il ne s'agit pas de faire remettre un ensemble d'archives ou toute une comptabilité pour que le plaideur effectue lui-même un tri dans l'espoir hypothétique d'y trouver un indice²³.

- Lorsqu'il l'estime opportun, le juge ordonne la communication du document, au besoin à peine d'astreinte²⁴. C'est lui qui détermine l'étendue de la communication. À cet égard, d'ailleurs, les limites de son pouvoir ne sont pas très claires. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile fait partie d'une série de textes composant un chapitre intitulé : « les principes directeurs du procès ». Ces généralités sont mises en œuvre par d'autres textes. C'est ainsi que « l'obtention des pièces détenues par un tiers » ou « par une partie » est réglée aux articles 138 et suivants. Or, l'article 138 emploie une formule qui paraît plus restrictive que celle de l'article 10 :

« Si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie, ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

« Un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie »... La formule invite à l'interprétation *a contrario* : un plaideur ne pourrait pas obtenir l'assistance du juge pour faire exhiber par autrui un acte auquel il a été partie. La solution pourrait être une sanction de la négligence : celui qui est partie à un acte doit s'en ménager la preuve. Elle serait toutefois sévère si elle interdisait de contraindre un tiers

²² Cass. civ. 1^{re}. 4 décembre 1973, *Bull. civ. I*, n°336. - 29 mai 1975, *Bull. civ. II*, n° 156. -22 janvier 1976, *Bull. civ. II*, n°24. - JO février 1977, *Bull. civ. II*, n°32.

²³ Trib. gr. inst. Marseille 20février 1974, *Gaz. Pal.* 1974. 2. 544, note CANDAS.

²⁴ Le recours à cette sanction est légitimé par l'article 10 du Code civil (L. 5 juillet 1972). Cf. Y. LOBIN, article précité note 12.

à qui a été confié un acte sous seing privé d'un commun accord des parties, de se dessaisir du document. Il y a donc un élément de doute à cet égard, qui est révélateur de la prudence avec laquelle on s'engage dans la voie de la consécration du droit à la preuve.

- Il faut encore observer que le juge peut se contenter d'ordonner la communication d'une copie, ce qui sera notamment le cas pour les actes authentiques établis en minute, ou d'extraits d'un document. Cette dernière méthode peut se révéler particulièrement utile pour concilier les besoins de la preuve avec des impératifs de discrétion, voire de secret. Le droit à la preuve ne justifie pas, en effet, que toutes les informations possibles soient utilisables. L'article 10 du Nouveau Code de Procédure civile, en posant le principe d'une collaboration forcée de l'adversaire ou des tiers à la recherche des preuves, prend bien soin de préciser : « s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». On songe tout de suite au secret professionnel, qui est l'antithèse du droit à la preuve. Mais ce n'est pas la seule source d'empêchement légitime.

D'une façon générale d'ailleurs, le droit à la preuve, quelles que soient ses manifestations, entre fréquemment en conflit avec d'autres principes. Il faut évoquer ces résistances à la démonstration de la réalité.

B. Obstacles s'opposant à une mise en œuvre du droit à la preuve

13. Il serait certainement fort long d'énumérer les entraves et les embûches que peut rencontrer une personne lorsqu'elle tente de mettre en œuvre son droit d'obtenir les preuves dont elle a besoin. Sans même parler des obstacles de fait, tels que l'absence de témoins, la mauvaise mémoire des témoins, la contrariété des indices, etc., les obstacles de droit ne manquent pas. On se contentera d'évoquer ce qui paraît bien être le thème majeur en la matière : la défense d'une sorte de zone protectrice de l'intimité de la personne humaine. Mieux connus, plus souvent attaqués aussi qu'autrefois, les droits de la personnalité suscitent aujourd'hui beaucoup d'intérêt. Le conflit qui oppose certains d'entre eux à la preuve est souvent délicat.

14. Il en est ainsi notamment de l'obstacle qu'oppose à la recherche de certaines preuves le droit à l'intégrité du corps humain. La question se pose avec acuité dans les procès relatifs à la filiation. Est-il admissible d'ordonner un prélèvement de sang aux fins d'analyse et de comparaison ? La doctrine en a discuté²⁵, mais depuis 1955 la loi prévoit expressément le recours à ce mode de preuve. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a maintenu une place privilégiée aux examens hématologiques, en ouvrant en outre la voie à « d'autres méthodes médicales certaines »... L'atteinte à l'intégrité du corps humain est donc, au moins en ce domaine, considérée comme admissible, normale, ... sans doute

²⁵ BARBIER, « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *Rev. trim. dr. civ.* 1949, 345 - R.V. « Preuve et atteintes à la personne », *J.C.P.* 1949.1.758 - SOLUS, étude précitée, p. 128 - NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, études G. Ripert*, t. 1, p. 403 - LEGAIS, thèse précitée, p. 144 et s. - DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1977, 671.

parce que la recherche s'opère dans des conditions devenues banales et parce qu'il est apparu impossible de renoncer à la quasi-certitude qu'offrent les preuves scientifiques.

Mais, en dehors des cas visés par la loi, il n'est pas du tout certain que le droit à la preuve l'emporte sur le droit à l'intégrité du corps humain. Ainsi, un tribunal a-t-il refusé d'imposer à une femme mariée de se soumettre à tous examens et analyses destinés à établir un éventuel état de grossesse, même si, les époux étant en instance de divorce, le mari avait un intérêt certain à faire constater cet état²⁶.

De toutes façons, même lorsque la recherche d'une preuve portant atteinte à l'intégrité physique est admise, il ne saurait être question de coercition. Le juge peut, à la demande d'un des plaideurs, ordonner l'examen médical ; il ne peut faire exécuter cet ordre par la force. Depuis la loi du 5 juillet 1972 déjà évoquée, le prononcé d'une astreinte serait sans doute possible. Le plus souvent, le juge se bornera à retenir le refus de se prêter à la mesure ordonnée en tant que présomption du fait de l'homme favorable à la thèse du demandeur.

15. Le droit au secret de l'intimité de la vie privée est, depuis la loi du 17 juillet 1970, pénalement protégé contre des méthodes que certains auraient pu être tentés d'utiliser dans leur recherche de preuves. Les photographies prises au téléobjectif dans un lieu privé, les enregistrements de conversations téléphoniques, etc. sont donc prohibés et ne peuvent trouver de justification dans le droit à la preuve²⁷. Il en est de même des renseignements recueillis au prix d'une violation de domicile. C'est ainsi, par exemple, qu'un tribunal n'a pas pu retenir comme preuve d'un adultère une photographie montrant le défendeur et sa prétendue complice couchés dans le même lit, bien que les explications données par le défendeur soient peu vraisemblables : celui-ci prétendait avoir été transporté à son insu dans le lit de son employée, après avoir été préalablement endormi par un breuvage²⁸... La photographie litigieuse ayant été obtenue par une violation de domicile et constituant une captation illicite de l'image de la personne dans un lieu privé devait être écartée.

16. Mais la protection de l'intimité de la vie privée et l'inviolabilité du domicile ne sont pas absolues. Un exemple remarquable de compromis entre ces principes et le droit à la preuve est fourni par les constats d'adultère.

Pendant longtemps, l'adultère a été pénalement sanctionné, ce qui permettait de recourir, pour en rapporter la preuve, aux investigations policières. Il y a une trentaine d'années, s'est formée la pratique de constats civils d'adultère, qui constituaient en quelque sorte un diminutif des constats de police. Ces constats civils sont faits par des huissiers. Mais un huissier, agissant sur la seule demande de son client, ne peut pénétrer au domicile d'un tiers sans l'autorisation de celui-ci. Pour vaincre l'obstacle constitué par l'inviolabilité du domicile, la pratique a imaginé de solliciter un ordre émanant d'une

²⁶ Trib. gr. inst. Corbeil, réf. 5 juillet 1972, *Gaz. Pal.* 1972.2.749.

²⁷ Besançon 5 janvier 1978, 357, note LINDON - Cass. crim. 30 janvier 1978, *Gaz. Pal.* 1978.2.467 - Trib. corr. Montbéliard 1^{er} décembre 1978, *J.C.P.* 1979.II. 19248, note LINDON.

²⁸ Trib. corr. Blois 19 février 1964, *Gaz. Pal.* 1964. 1. 369.

autorité publique. Ainsi, l'époux demandeur présente une requête au président du tribunal, lequel rend une ordonnance désignant un huissier pour procéder au constat d'adultère au domicile d'un tiers. Mais l'autorisation donnée à l'huissier ne va pas jusqu'à lui permettre d'instrumenter la nuit.

La loi du 11 juillet 1975 a abrogé l'incrimination pénale de l'adultère et, en réformant le droit du divorce, s'est préoccupée des constants établis par les huissiers. L'article 259-2 du Code civil énonce, en effet :

« Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ».

On s'est demandé si ces réformes ne marquaient pas un recul du droit à la preuve : puisque l'adultère n'est plus un délit, pourquoi le juge se prêterait-il à une intrusion dans la vie privée d'autrui ? Toute atteinte à cette intimité n'est-elle pas illicite ?²⁹

Ce raisonnement n'a pas eu prise sur la jurisprudence, qui maintient sans changement le système traditionnel des constats d'adultère³⁰. Mais l'hésitation qui a pu se manifester révèle la fragilité de l'équilibre ainsi atteint de façon empirique entre le droit à la preuve d'une part et le droit à l'intimité de la vie privée d'autre part : la difficulté de prouver autrement l'adultère justifie une investigation exceptionnelle ; mais cette avancée du droit à la preuve ne vaut pas pendant la nuit. De sorte que les amours illicites demeurent à l'abri des constats... pourvu que les partenaires renoncent au confort des grasses matinées. La paresse conjugquée à l'infidélité fait donc perdre la protection de la vie privée...

17. Bien d'autres aspects du conflit entre droit à la preuve et droit à garder secret ce qui touche intimement la personne pourraient être évoqués : secret de la correspondance, secret professionnel des confidents nécessaires, etc. Souvent, les solutions sont nuancées et procèdent de tâtonnements en vue d'atteindre un équilibre satisfaisant.

Ainsi se dégagent d'une façon souvent empirique les contours du droit à la preuve, entendu comme le droit d'obtenir des preuves. En tout cas, ce droit se manifeste, quelquefois vigoureusement. Avec l'appui ou au moins le contrôle du juge, il permet d'assujettir des tiers, qu'il s'agisse de personnes étrangères au litige ou de l'adversaire dans le procès.

Ce droit de rechercher les preuves est étroitement lié au droit de produire les preuves : il est clair qu'il n'y a pas lieu d'envisager l'application de mesures tendant à faciliter l'obtention d'éléments de preuve dont l'utilisation dans le procès se heurterait à un obstacle juridique. Cependant, malgré ces interférences, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter sur le second aspect du droit à la preuve, qui met directement en présence le justiciable et le juge : le droit de produire les preuves.

²⁹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, 3^e éd. par P. RAYNAUD, n° 300 - Trib. gr. inst. Bar-le-duc 16 janvier 1979, réformé par Nancy 14 mars 1979, *JCP* 1979.II.19210, note GOUBEAUX.

³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1979, *Gaz. Pal.* 1979.I.252, note J.V. - Nancy 14 mars 1979 précité.

II. LE DROIT DE PRODUIRE LES PREUVES EN JUSTICE

18. Les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge. Sinon, à quoi bon amasser des documents, recueillir des indices, rechercher des témoins ? Avoir un droit à la preuve, c'est avoir le droit de se servir des preuves que l'on détient ; c'est avoir le droit de produire ses preuves en justice.

Cet aspect du droit à la preuve paraît être une donnée de tout système ayant pour fin la Justice. La découverte de la vérité n'est certes pas chose facile, mais refuser délibérément de connaître la vérité paraîtrait aberrant.

Et pourtant, le droit de se faire entendre, le droit de tenter de convaincre, n'est pas toujours accordé, même dans des systèmes juridiques qui ne passent pas pour être des symboles de tyrannie et d'arbitraire. Il suffit d'évoquer en droit français le mécanisme des voies de recours combiné à la distinction du fait et du droit : combien de plaideurs éprouvent un sentiment de frustration lorsqu'ils comprennent que la Cour de cassation n'ayant plus aucune prise sur la constatation des faits opérée par les juges du fond, ils ne sont pas admis à proposer de nouvelles preuves à l'appui de leurs prétentions ! Et cependant il n'est pas possible d'élargir le droit de produire les preuves à l'instance en cassation sans remettre en question l'institution elle-même.

Ainsi, le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire ses preuves, n'est pas sans limites. Ce sont ces limites qu'il faut signaler puisqu'elles permettent de dessiner les contours du droit qui nous occupe.

Ne parler que d'obstacles ou de restrictions à la production des preuves pour caractériser le droit à la preuve n'est paradoxal qu'en apparence. En effet, c'est à l'égard du juge qu'existe le droit de produire les preuves. Or, le juge a pour mission de trancher les litiges conformément au droit. L'obliger à examiner les preuves proposées par les parties n'est pas attenter à sa liberté ; c'est simplement la conséquence normale de sa mission. Aussi n'est-ce pas du point de vue positif, celui de la prérogative de tout plaideur de se faire rendre justice, que le droit à la preuve est remarquable. Ce sont, au contraire, les limites, les restrictions qu'il subit, qui doivent être notées :

Elles paraissent être de deux types :

- d'une part, la production de preuves peut être jugée inutile,
- d'autre part, la production de preuves peut être interdite par des motifs de politique juridique.

A. La preuve inutile

19. Il est sans intérêt de produire en justice des preuves qui sont impropres à exercer une influence quelconque sur la solution du litige. Il serait absurde d'obliger le juge à examiner des éléments de preuve dont il est certain à l'avance qu'ils sont inutiles. Le bon sens impose de limiter le droit à la production des preuves aux seuls moyens qui peuvent présenter une certaine utilité. Cette règle s'exprime : « La pertinence est une condition de recevabilité de l'offre de preuve ».

Pour en saisir la portée et donc, par contrecoup, prendre la mesure du droit à la preuve, il faut envisager les différents types de situations dans lesquels s'applique le contrôle de la pertinence³¹.

20. Ce contrôle porte en premier lieu sur l'allégation. Ainsi que l'énonce l'article 6 du Nouveau Code de procédure civile :

« À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder »...

Alléguer et pas encore prouver : la simple énonciation des éléments de fait invoqués peut être suffisante si l'adversaire ne les conteste pas ; ils sont alors établis sans qu'il y ait à les prouver. Surtout, et c'est là qu'intervient le contrôle de la pertinence, la seule allégation permet de déterminer si les faits indiqués, à les supposer démontrés, peuvent ou non donner prise à une règle de droit utile pour la solution du litige. Dans la négative, il n'y a pas lieu de se préoccuper de prouver des faits dont l'existence est, finalement indifférente (ainsi, dans une instance en désaveu de paternité, le mari qui allègue le seul fait de l'adultère de sa femme ne sera pas admis à le prouver, puisque l'infidélité de la femme ne suffirait pas à exclure la paternité du mari).

21. Le contrôle de la pertinence s'exerce, en second lieu, à propos de la relation existant entre le fait allégué et les faits dont la preuve est offerte. Ici, il faut supposer au départ l'allégation d'un fait utile. Mais, en présence de la contestation élevée par l'adversaire, le demandeur se reconnaît incapable de prouver directement le fait et il propose de démontrer d'autres faits desquels, selon lui, pourrait être inférée l'existence du fait à prouver. En d'autres termes, il propose une preuve par présomption. Si les indices qu'il offre ainsi d'établir sont trop vagues ou trop éloignés du fait à prouver pour qu'une présomption puisse en être tirée par le juge, cette preuve est inutile ; la production n'en sera donc pas admise (par exemple, dans une instance en divorce pour faute, l'époux demandeur allègue l'adultère de son conjoint, fait pertinent, et propose en preuve la démonstration de l'inconduite du défendeur avant le mariage, ce qui serait sans pertinence).

22. En troisième lieu, la production de la preuve sera repoussée pour défaut de pertinence lorsqu'eu égard aux informations déjà recueillies elle ne serait plus de nature à modifier l'opinion du juge, dont la conviction est déjà faite.

23. Enfin, par le contrôle de la pertinence, il est possible de couper court à des tentatives d'administration de la preuve d'avance vouées à l'échec. Il est, en effet, inutile de laisser un plaideur proposer des moyens que l'on sait d'ores et déjà inefficaces, comme

³¹ Les nuances terminologiques entre fait pertinent, fait concluant et fait admissible, proposées en doctrine (cf. BEUDANT et LERBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, n° 1168 et s.) sont généralement ignorées par la pratique.

ce serait le cas d'une expertise sollicitée trop tardivement pour que des constatations sérieuses puissent être faites...

24. Dans toutes ces hypothèses, le juge peut refuser d'examiner les preuves. Le droit de prouver n'est pas le droit d'établir n'importe quoi n'importe comment. Le rejet, avant tout examen, de la preuve dont l'inutilité est certaine est une mesure qu'impose le fonctionnement correct des juridictions. Cependant, on conçoit qu'une telle solution laisse généralement une impression d'amertume au plaideur qui n'est pas admis à produire toutes ses preuves. L'appréciation de la pertinence est volontiers suspecte de préjugé.

Or, le contrôle de la Cour de cassation sur ce point est, par la force des choses, assez limité³². Des différents aspects que présente la pertinence de l'offre de preuve, seul le premier, relatif à l'allégation, pose certainement une question de droit, car il s'agit de dire quelle catégorie de faits est visée par la règle juridique. Ailleurs, la pertinence dépend de l'aptitude de la preuve proposée à convaincre ou non le juge si on la suppose rapportée ; seul le juge du fond lui-même peut faire cette appréciation qui dépend entièrement des circonstances.

C'est ce qu'exprime fréquemment la Cour de cassation en ces termes :

« Si les juges du fond ont, en principe, un pouvoir souverain d'appréciation quant à la pertinence des faits offerts en preuve, il en est autrement quand les faits invoqués, dans le cas où leur existence serait établie, justifieraient les prétentions de la partie qui les articule »³³.

Lorsque les juges du fond, dans un procès en responsabilité, refusent d'entendre le plaideur qui prétend démontrer la faute de la victime, en disant que cette démonstration est inutile, cela signifie que, pour eux, cette faute n'aurait aucun effet exonératoire. C'est une affirmation sur un point de droit, qui actuellement, est erroné ; la décision sera censurée... Mais si les juges disent que leur conviction est déjà faite et qu'en conséquence il n'y a plus rien à prouver, ou considèrent que le moyen de preuve proposé ne pourra pas les convaincre, il n'y a là aucune position de principe sur une question de droit ; le refus de l'offre de preuve échappe à la censure de la Cour de cassation³⁴.

25. Le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire les preuves, est limité par un légitime souci d'efficacité aux seules preuves utiles. L'appréciation de cette utilité

³² CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, chron. p. 37

³³ Jurisprudence constante. Cf. GOUBEUX et BIHR, *op. cit.*, n°100 et les références citées.

³⁴ Il faut cependant réserver le cas exceptionnel où les juges auraient refusé la preuve proposée, non en raison des circonstances de l'affaire, mais en se fondant sur des considérations d'ordre général tenant à la nature du procédé de preuve (par exemple, énoncer : « un témoignage indirect ne pourrait l'emporter sur un témoignage direct », car ce serait se référer à un système de preuve légale et ainsi statuer en droit (CHEVALLIER, chronique précitée)

étant faite par le juge, c'est-à-dire par celui-là même qui se trouve obligé par l'effet du droit à la preuve, on peut se demander s'il n'y a pas une certaine part d'illusion dans l'affirmation de l'existence de ce droit à l'égard du juge.

Ce serait sans doute excessif. Le juge n'est pas un débiteur dont l'intérêt s'oppose à celui de son créancier. Qu'il garde lui-même le contrôle de sa propre obligation ne l'empêche pas d'être tenu. Sa fonction le conduit à respecter le droit de tout plaideur à produire des preuves utiles.

À condition toutefois que la production en question ne soit pas illicite. Il existe, en effet, de nouvelles restrictions au droit de produire des preuves, qui s'imposent au juge comme aux plaideurs : administrer certaines preuves en justice est parfois prohibé.

B. La preuve interdite

26. L'interdiction de prouver peut paraître choquante. Elle est cependant relativement fréquente. C'est, en effet, un puissant instrument de politique juridique.

Un recensement complet des utilisations de cette méthode serait difficile et fastidieux. Notons seulement quelques lignes générales.

27. L'échec le plus brutal du droit à la preuve est évidemment la prohibition pure et simple de démontrer certains faits. En ce cas, le choix d'une politique par le législateur se montre au grand jour. Ainsi en était-il par exemple, de l'ancienne interdiction de prouver l'existence d'un lien de filiation adultérine ou incestueuse.

28. Le plus souvent, le refus de connaître la réalité se dissimule davantage, en empruntant la technique de la présomption irréfragable. À partir de certains faits, la loi et quelquefois la jurisprudence considèrent comme établis d'autres faits, sans qu'il soit possible de démontrer le contraire : le passage des prémisses à la conclusion est imposé.

Il a été maintes fois observé que, sous couvert d'un aménagement de la preuve, ce sont alors des règles de fond qui sont établies. La loi tire certaines conséquences d'une situation de fait. La présomption est une façon de justifier la solution, une certaine explication des motifs du législateur. Mais, en n'autorisant pas la preuve contraire, la loi manifeste, en réalité, son indifférence pour l'enchaînement supposé des faits.

Lorsque le Code civil établissait une présomption irréfragable de durée des grossesses, c'était moins déterminer la durée des gestations que dire : en matière de filiation il y a lieu de tenir compte de l'existence ou de la dissolution du mariage entre le 180^e et le 300^e jour précédant la naissance. En décidant que la présomption désormais serait simple, la loi du 3 janvier 1972 est revenue sur ce point à un simple aménagement de la preuve, mais a aussi, par-là, modifié la définition de la paternité légitime... Présumer qu'un vendeur professionnel connaît les vices cachés de la chose vendue cesse d'être un aménagement de la preuve lorsqu'il est interdit de démontrer l'impossibilité de connaître les défauts de la marchandise. En établissant une telle règle, la jurisprudence détermine une attribution des risques, qui n'a plus rien à voir avec la compétence et la diligence supposées du professionnel...

Ainsi, lorsqu'on y réfléchit, en cas de présomption irréfragable, la preuve interdite n'est autre qu'une preuve inutile, puisque le fait qu'elle tend à établir est indifférent à l'application ou à l'exclusion de la règle juridique en cause : du vice de la chose dérive une responsabilité du vendeur professionnel, qu'il ait pu ou non connaître ce vice... De même, avant 1972, de la date de naissance et de celle du mariage résultait la légitimité, que la conception ait eu lieu ou non au cours de la période légale, etc.

Il y aurait toute une étude à faire sur les raisons qui poussent à déclarer irréfragable une présomption légale et à mettre ainsi en échec le droit à la preuve. On s'apercevrait sans doute qu'au souci de paix des familles et d'un certain ordre moral qui dominait dans le Code civil, on est passé à des préoccupations de justice économique, au service des consommateurs...

Quoi qu'il en soit, la présomption irréfragable est à retenir dans les empêchements à la production des preuves.

29. Outre ces prohibitions visant le fait à prouver lui-même et paralysant par conséquent toute tentative de démonstration, quel que soit le type de preuve offert, il est d'autres restrictions, moins sévères, qui font seulement obstacle à la production de certaines preuves.

Il est ainsi, naturellement, de l'obligation pour le juge d'écarter les preuves obtenues d'une façon illicite : détournement de correspondance, écoutes téléphoniques clandestines, violation de domicile, atteinte au secret professionnel, etc. La solution s'impose et n'appelle guère de commentaires.

On remarquera pourtant que l'illicéité d'une preuve fait l'objet d'une appréciation dans laquelle le droit à la preuve est pris en considération. Un exemple le montre clairement : celui du secret professionnel médical³⁵. Les chambres civiles de la Cour de cassation montrent à ce propos une certaine souplesse. Il a été admis, en effet, non seulement que le secret médical n'était pas opposable au patient lui-même, mais encore qu'il ne pouvait pas mettre obstacle à la production de certificats médicaux par les héritiers du malade, lorsqu'ils tentent de faire annuler un testament pour insanité d'esprit du testateur³⁶ ou quand ils cherchent, pour la même raison, à faire annuler une vente³⁷. L'argument décisif, dans ces affaires, a manifestement été l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les héritiers de faire autrement la preuve qui leur incombait : leur droit à la preuve a vaincu l'obligation au secret. Mais la mesure de la force des impératifs opposés est délicate ; le droit à la preuve ne triomphe pas toujours. Ainsi, dans une autre affaire a-t-il été décidé qu'un héritier, défendeur à une action en recherche de paternité exercée contre son auteur, ne pouvait pas apporter la preuve de l'impuissance de celui-

³⁵ MELENNEC et BELLEIL, « Le secret professionnel et la recevabilité des certificats médicaux comme mode de preuve en justice », *Gaz. Pal.* 1976, 1. doct. p. 30.

³⁶ Cass.civ. 1^{re}, 26 mai 1964, *D.* 1965, 109, note LEBRIS, *J.C.P.* 1964.II.17751, concl. LINDON ; *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 162, obs. R. SAVATIER.

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1968, *J.C.P.* 1968.II.15560, note LINDON ; comp., dans le même sens, à propos d'une rente viagère : Paris 21 décembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.I.202, concl. RICALENS ; *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 371, obs. CORNU.

ci en invitant un médecin à révéler ce qu'il avait constaté sous le sceau du secret³⁸. Le moins que l'on puisse dire est donc que les solutions sont nuancées.

30. Il y a encore obstacle à la production de certaines preuves dans les règles qui visent à privilégier des procédés probatoires déterminés, comme la preuve littérale. Ce type d'entrave au droit à la preuve est la conséquence d'un système de légalité des preuves. Dans un tel système, généralement, la loi ne se borne pas à fixer impérativement le degré de force probante des différents modes de preuve ; elle détermine quels sont les moyens de preuve qui peuvent être accueillis par le juge, ce qui signifie qu'elle élimine les autres.

Il est bien connu que le droit français applique, en matière civile, un système mixte : légalité des preuves dans certains cas, liberté de la preuve ou régime de la preuve morale dans d'autres. Dans le droit des obligations, la ligne de partage passe par la distinction des actes juridiques et des faits juridiques. Ailleurs, des règles éparses peuvent, dans telle ou telle situation, limiter la recevabilité des moyens de preuve : ainsi, le mariage, hormis le seul cas de l'article 197 du Code civil, ne peut être prouvé que par l'acte de l'état civil adéquat.

L'étude précise des limites à la recevabilité des preuves, issues du système de légalité, dépasse l'objet de cet exposé. Le principe de primauté de la preuve écrite, qui résulte de l'article 1341 du Code civil, justifie d'ailleurs à lui seul des débats³⁹.

Ce qu'il faut ici remarquer à ce propos est la résurgence du droit à la preuve, même dans les secteurs où ce droit se trouve bridé par le principe de légalité des preuves.

31. Ce sont d'abord les tempéraments à la règle de l'article 1341 du Code civil prévus par la loi et qui ont reçu en jurisprudence un accueil tel que la sévérité apparente des textes est, le plus souvent, illusoire⁴⁰. On sait que le commencement de preuve par écrit qui, selon l'article 1347, rend recevable la preuve testimoniale ou indiciaire est défini d'une façon extrêmement large, puisqu'il peut consister en des déclarations verbales⁴¹ ou, plus fort encore, dans le silence ou l'absence d'une partie convoquée à une comparution personnelle⁴².

L'impossibilité d'établir ou d'exhiber l'écrit, en principe nécessaire, justifie, selon l'article 1348, une dispense ouvrant la voie à la liberté de la preuve. Or, le texte qui était rédigé en termes assez restrictifs, a reçu une interprétation pour le moins bienveillante⁴³. De l'allusion faite par le texte au « dépôt fait par les voyageurs logeant en une hôtellerie » a été tirée la notion d'impossibilité morale de se procurer un écrit, grâce à laquelle de très nombreuses conventions sont librement prouvées.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1970, D. 1970.765, concl. LINDON.

³⁹ Cf. la conférence de M. GINOSSAR au C.N.R.L. : « Primauté de la preuve littérale. Présomption ou fiction ».

⁴⁰ Cf. pour le détail et les références jurisprudentielles : GOUBEUX et BIHR, *op. cit.*, n° 330 et s.

⁴¹ ... relatées par écrit, tout de même, ce qui est vraiment un minimum !

⁴² Solution dégagée certes en jurisprudence, mais consacrée par la loi (L. 24 mai 1942 ; aujourd'hui, L. 9 juillet 1975 ayant ajouté un 3^e alinéa à l'article 1347).

⁴³ MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.* 1972. I.2468.

Il faut ajouter à ces exceptions la liberté de preuve en matière commerciale et aussi l'interprétation, cette fois plutôt restrictive, du principe même de l'article 1341 : distinction entre l'existence et le contenu des actes, incidence de la fraude, caractère d'ordre privé de l'exigence de la preuve écrite, etc.

En définitive, on s'aperçoit d'une assez vive résistance du droit à la preuve aux restrictions artificielles résultant d'une limitation légale de la recevabilité des moyens de preuve.

32. Il en est une autre illustration, souvent passée inaperçue⁴⁴, mais intéressante bien que son importance pratique ne soit pas très considérable : il s'agit de la faculté de déférer à l'adversaire le serment décisoire, prévue par l'article 1358 du Code civil. Quand on y songe, n'est-il pas extraordinaire que le Code civil, tout imprégné du principe de laïcité reçu de la Révolution française, ait ainsi accueilli l'appel solennel à la sanction divine ? Et avec quelle force, puisque la délation du serment est toujours possible, quelles que soient les limites ordinaires à la recevabilité des preuves, et que la prestation du serment commande le sort du procès ! Or, cette anomalie trouve une explication satisfaisante si l'on se réfère au droit à la preuve. Le plaideur sur qui pèse la charge de la preuve ne réussira pas toujours dans sa recherche des éléments de conviction ; d'autant plus que le système de légalité des preuves partiellement consacré par le Code limite encore la recevabilité des moyens de preuve.

Dans ces conditions, déférer le serment à l'adversaire, le mettre au défi de jurer que sa cause est juste, constitue l'ultime chance de sortir du doute. Par hypothèse, la partie qui défère le serment n'a pas réussi elle-même à faire sa preuve. Mais elle a un droit à établir la vérité. La loi lui offre donc la possibilité de s'en remettre à la loyauté de son adversaire. Si celui-ci prête le serment, le demandeur perd son procès, mais si le défendeur refuse de jurer, alors c'est lui qui perd. Lorsqu'il joue ainsi son va-tout, aucun obstacle ne vient plus entraver la tentative de celui qui défère le serment. La délation du serment, dernier sursaut du droit à la preuve, est toujours recevable.

Conclusion

33. « Dieu existe, je l'ai rencontré » a écrit un auteur. Parodiant ce titre, nous pourrions dire : « le droit à la preuve existe, nous l'avons rencontré » ou, du moins, nous avons pu évoquer certaines de ses manifestations en droit positif français. Solutions souvent nuancées, quelquefois teintées de paradoxe : la sollicitude pour le plaideur qui est aux prises avec des obstacles qu'il ne peut surmonter avec ses seules forces coexiste avec des prohibitions légales entravant ses efforts ; surtout, le droit à la preuve qui, dans une large mesure est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le

⁴⁴ V. cependant, CHEVALLIER, *La charge de la preuve*, Cours de droit civil approfondi, Paris 1958-1959.

juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice.

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.



- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.