

# Préconstitution des preuves, présomptions et fictions

Isabelle de Lamberterie

*Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage*

Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

---

<b>I - RAISONNEMENT JURIDIQUE, VÉRITÉ ET PREUVE EN DROIT CIVIL .....</b>	<b>2</b>
LA VÉRITÉ COMME OBJECTIF DE LA PREUVE.....	2
LES MOYENS DE PARVENIR À L'ÉTABLISSEMENT DE LA VÉRITÉ JUDICIAIRE .....	3
L'OBLIGATION DE PRÉCONSTITUER LA PREUVE ET SES LIMITES .....	3
LES PRÉSOMPTIONS.....	3
<b>II - RAISONNEMENT JURIDIQUE ET FICTION.....</b>	<b>5</b>
LES FONDEMENTS DE LA FICTION: ESSAI DE DÉFINITION.....	5
LES FINALITÉS DU RECOURS À LA FICTION.....	6
LA FICTION COMBLE UNE LACUNE DU DROIT .....	6
LA RÉPONSE À UN BESOIN DE SÉCURITÉ JURIDIQUE OU TECHNIQUE .....	6
<b>III - POUR TERMINER QUELQUES QUESTIONS... ..</b>	<b>7</b>

« Le droit, nous croyons ce qu'il est, et sans doute le savons-nous un peu. Mais la vérité ? .... Qu'en sais-je ? » C'est en ces termes que G. Cornu introduit le rapport de synthèse d'un colloque sur la vérité et le droit. Il poursuit plus loin en reprenant à son compte l'interrogation classique : « ... La vérité est-elle dans la réalité ou dans le discours ? Si la vérité est dans la réalité, la vérité est ce qui est. Si la vérité est dans le discours, la vérité devient la conformité de ce qui est dit à ce qui est. »<sup>1</sup>.

Pour le droit, la vérité peut être l'un et l'autre : le droit tend à la recherche de la vérité, prouvée et démontrée, mais il n'exclut pas la possibilité quand cela est nécessaire d'une vérité construite (fiction).

Juste un mot sur l'exercice de qualification juridique. Cette qualification est essentielle dans le raisonnement juridique car elle permet de passer du particulier au général ou encore du concret à l'abstrait. Comment prendre en considération un fait, une donnée, une solution technique, pour le revêtir de la qualité juridique qui va lui faire produire ses effets?

En matière de preuve nous avons l'occasion aujourd'hui, de mettre en œuvre avec une certaine distanciation cette démarche et ce raisonnement.

---

<sup>1</sup> *La vérité et le droit*, Rapport de synthèse aux journées canadiennes de l'Association Henri Capitant (Québec mai 1986) est repris dans G. Cornu (dir.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 211

## **I - Raisonnement juridique, vérité et preuve en droit civil**

« Prouver, c'est établir la vérité, c'est faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain, au moyen de preuves »<sup>2</sup>. Cette définition peut s'appliquer à la preuve juridique. Toutefois, il faut aussi préciser que c'est, alors, le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité d'une allégation. La preuve juridique est une preuve judiciaire et se situe au carrefour des règles de fond du droit et des règles de procédure. Comme l'explique J. Ghestin, « un droit existe indépendamment de sa preuve ». Toutefois cet auteur remarque aussi « qu'en pratique, si le titulaire d'un droit n'est pas en mesure d'en faire la preuve, il est en grand danger de ne jamais pouvoir l'exercer »<sup>3</sup>.

La preuve est donc ce qui sert à établir qu'une chose est vraie. Toutefois, cette affirmation ne s'applique pas de la même manière en droit pénal et en droit civil. En droit pénal, l'enjeu probatoire est de reconstituer le plus fidèlement possible par tous les moyens légalement admis, les faits qui donnent lieu à poursuite ainsi que le rôle des acteurs. En droit civil, l'optique est différente : la preuve est entendue, le plus souvent, comme le moyen pour une partie d'assurer l'efficacité du droit dont elle se prévaut (ex. : la preuve écrite).

Cette opposition, si elle est systématisée, apparaît, aussi, quelque peu artificielle. La satisfaction de la sécurité dans le procès civil n'empêche pas de voir reconnaître le principe d'un désir de vérité (A), les parties comme le juge disposant d'un certain nombre de moyens pour parvenir à l'établissement de cette vérité judiciaire (B).

### **La vérité comme objectif de la preuve**

Nous laisserons de côté le rôle respectif du juge et des parties dans la recherche de la vérité pour nous limiter à une analyse plus théorique : au rapport du droit à la vérité.

Ce rapport du droit à la vérité, à travers le raisonnement juridique, ne peut être enfermé dans un absolu qui ferait de cette vérité un dogme. Les principes énoncés sont des principes, non des absolus. La vérité est considérée comme une directive, un bien mais pas la seule directive, pas le seul bien. Le droit a toujours « modéré » la vérité<sup>4</sup>.

Si le droit dit non à la vérité absolue c'est parce qu'il considère qu'elle est impossible. La sagesse de l'histoire démontre l'intérêt d'une « vérité tempérée » qui est la recherche d'un équilibre. Pour le doyen Carbonnier « prouver le droit, c'est le faire admettre au juge sinon comme vrai (car le procès ne prétend pas à atteindre la vérité), du moins comme probable »<sup>5</sup>.

La vérité judiciaire est relative parce qu'elle est l'expression d'un débat, la gestion d'un conflit d'intérêt. Elle est aussi relative parce que le juge doit se prononcer en faveur de la meilleure preuve et non pas en fonction d'une certitude parfaite<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Dictionnaire Robert.

<sup>3</sup> *Traité de droit civil*, Introduction générale, sous la direction de J. Ghestin, 4ème édition, n° 628.

<sup>4</sup> G. Cornu, *La vérité et le droit*, *op. cit.*

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, n° 173, p. 298.

<sup>6</sup> G. Cornu, Rapport de synthèse, p. 6-7 ; voir aussi P. Louis-Lucas, «Vérité matérielle et vérité juridique», *Mélanges Savatier*, 1965, p. 583 et s.

En droit, comme ailleurs sans doute, la reconnaissance du caractère relatif de la vérité ne doit pas faire oublier qu'elle constitue un objectif qui trouve sa traduction dans le mécanisme de la preuve.

### **Les moyens de parvenir à l'établissement de la vérité judiciaire**

A travers une réglementation aussi précise que possible la loi confirme la neutralité du juge en limitant son influence sur les moyens de preuve. Elle protège aussi a priori les parties en position de faiblesse.

Dans le système dit de la preuve légale la liberté du juge est étroitement « bridée »<sup>7</sup>. La loi fixe les moyens de preuve qui peuvent être produits dans le procès civil, en détermine les conditions d'admissibilité et prévoit la force probante que le tribunal est tenu de leur accorder. Une hiérarchie plus ou moins complexe peut aussi être établie entre les procédés de preuve. On présentera ici deux de ces moyens : l'obligation de préconstituer la preuve avec ses limites et les présomptions simples.

#### **L'obligation de préconstituer la preuve et ses limites**

L'obligation légale de préconstituer est destinée à inciter les parties à se réserver des preuves et à faciliter la recherche de la vérité dans le procès. Cette obligation ne doit pas, toutefois, aboutir à une consécration d'une erreur. La jurisprudence puis le législateur, en atténuant la portée du principe, ont facilité la recherche de la vérité.

Cette obligation concerne surtout les actes juridiques et elle a pour corollaire une définition légale des preuves préconstituées. Elle lie le juge autant que les parties. Le Code civil impose indirectement un écrit pour les actes juridiques portant sur une somme supérieure à 5 000 F. Comme il est dit à l'article 1341 : « ... il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes... ».

Cette question est, à l'ordre du jour, avec la loi récente qui définit l'écrit, la signature et reconnaît la valeur probatoire de l'écrit électronique signé<sup>8</sup>. Le juge conserve pour ce type de support - comme pour tous les autres - le pouvoir de contrôler si le document a été établi et conservé sous forme électronique dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité<sup>9</sup>. Le texte de loi prévoit aussi que la fiabilité du procédé d'identification du signataire électronique est présumée jusqu'à preuve du contraire quand la signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie<sup>10</sup> dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

#### **Les présomptions**

Autre moyen mis au service de la sécurité juridique, les présomptions sont définies comme une opération de l'esprit par laquelle on admet l'existence d'un fait qui n'est pas directement démontré mais qui est rendu vraisemblable par la preuve supposée ou rapportée d'un autre fait.

---

<sup>7</sup> *Traité de droit Civil*, sous la direction de J. Ghestin, *op. cit.*, n° 629.

<sup>8</sup> Voir supra.

<sup>9</sup> Art. 1316-1.

<sup>10</sup> Art. 1316-4, 2ème alinéa.

Cette définition, empruntée à Domat et reprise par toute la doctrine, présente les présomptions comme à la fois un mode de preuve et un moyen de prouver, ceux-ci correspondant à un mode de démonstration. L'article 1349 du Code civil en fait une règle de preuve indirecte fondée sur la probabilité<sup>11</sup> : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

La présomption suppose un déplacement du fait à prouver, l'objet de la preuve glissant du fait qu'il s'agit en définitive d'établir à un autre fait qu'il suffira de démontrer à sa place. Au lieu de prouver directement le fait A, on se contente de la preuve du fait B qui rend A vraisemblable. Le raisonnement est à la fois inductif et déductif et peut transiter par un principe général. Les exemples ne manquent pas : « Quand l'herbe bouge c'est qu'il y a du vent » dit le proverbe chinois cité par tous les auteurs qui ont travaillé la question. Chacun sait aussi, que de l'existence du mariage au moment de la conception on induit la règle générale selon laquelle le mariage suppose un devoir de cohabitation et de fidélité et que de cette règle l'on déduit que le mari est présumé le père<sup>12</sup>.

La présomption est un remède à une difficulté de preuve car le plus souvent le fait présumé est plus difficile à prouver que le fait retenu. Les présomptions n'ont pas toutes la même origine.

Certaines sont établies par la loi. Dans ce cas, comme le constate Ch. Perelman, elles « ne fournissent pas des éléments, mais dispensent de la preuve celui à qui elles profitent »<sup>13</sup>. A titre d'exemple, la présomption de bonne foi de l'article 2268 du Code civil : « la bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Comme le remarque J. Ghestin, ces présomptions constituent des dispenses de preuve dans la mesure où elles imposent au juge de tenir les faits pour établis faute d'une démonstration contraire suffisante<sup>14</sup>.

On peut aussi classer les présomptions suivant qu'elles sont simples ou absolues. Les premières opèrent un déplacement de la charge de la preuve. La contre-preuve peut l'emporter et ruiner la présomption si elle est plus convaincante. On dit aussi que la présomption opère un renversement de la charge de la preuve : le risque de la non-preuve pèse sur celui dont la preuve contraire est attendue.

Si la présomption n'est pas susceptible de preuve contraire on dira qu'elle est irréfragable, elle confine à la fiction. Ce n'est plus une règle descriptive suivant laquelle il est possible d'établir la preuve d'une situation juridique qui a pu effectivement se réaliser, c'est un acte de volonté qui affirme un fait, peu importe que celui-ci soit faux ou non. La vérité du fait n'est plus seulement présumée mais avérée. On entre alors dans le champ de la fiction.

---

<sup>11</sup> Voir A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, Thèse Paris II, 1995, n° 186 ; voir aussi X. Lagarde *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Bibliothèque de droit privé, tome 239, n° 219 et s.

<sup>12</sup> Article 312 du Code civil.

<sup>13</sup> *Les présomptions et les fictions*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, ed. Bruylant 1974, p. 340.

<sup>14</sup> *Traité de droit civil*, Introduction, *op .cit.*, n° 717.

## II - Raisonnement juridique et fiction

« Une vérité fausse », cet oxymore cité par A.M. Leroyer exprime à propos d'une peinture la difficulté à distinguer ce qui relève ou non de la réalité<sup>15</sup>. Une telle définition ne pourrait-elle, aussi, s'appliquer à la fiction en droit ? Artifice de la technique juridique, mensonge de la loi, *doli boni*<sup>16</sup>, la fiction intrigue, inquiète, est critiquée ou au contraire encouragée. De nombreuses thèses et ouvrages lui ont été consacrés. Notre propos s'appuiera sur ces travaux de spécialistes dont nous essayerons de dégager ce qui caractérisent – à travers des exemples - les fondements et les mécanismes des fictions juridiques.

### Les fondements de la fiction: essai de définition

La fiction est présentée de façon positive ou négative et n'a pas manqué de déchaîner les passions comme les critiques.

Pour Gérard Cornu « Mensonge de la loi » mais aussi « bienfait de celle-ci » consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit<sup>17</sup>.

Ch. Perelman dans son ouvrage sur l'éthique du droit présente la fiction de « décision où l'on qualifie les faits contrairement à la réalité pour obtenir le résultat souhaitable qui serait conforme à l'équité, à la justice ou à l'efficacité sociale »<sup>18</sup>.

La fiction désigne, donc, un concept arbitrairement forgé qui remplace la situation naturelle. C'est une construction intellectuelle, un raisonnement.

Est-ce un procédé indispensable ? Un procédé utile ? Un procédé dangereux ?

Chez la plupart des auteurs qui ont travaillé sur la fiction, la fiction joue un rôle positif. Perelman souligne que dans une société démocratique la fiction est un moyen de protéger les faibles, la personne humaine, de sauvegarder les relations de confiance indispensables à la vie sociale. Ces valeurs doivent se concilier en fonction du contexte avec la sécurité juridique, le respect des règles, la recherche de la vérité.

Pour Gény, la fiction est un procédé indispensable de la technique juridique nécessité par l'infirmité de l'esprit humain à créer des concepts nouveaux.

Les fictions ont été aussi critiquées. A travers la fiction, c'est le danger d'une justice ou d'un droit qui ne serait qu'un instrument au service d'un pouvoir, d'une politique.

Il n'empêche que malgré ces risques et critiques, il s'agit d'un des procédés les plus courants de la technique juridique. La fiction, comme opération intellectuelle, est un artifice juridique. Elle consiste à faire « comme si ». Dans la loi on trouve les expressions « est censé », « est réputé ».

---

<sup>15</sup> A.-M. Leroyer, (*Les fictions juridiques, op. cit.*) l'attribue à un juriste du XVI<sup>e</sup> siècle.

<sup>16</sup> Nicolas Kasirer, «Le faux témoignage du droit», note introductive in *Le faux en droit privé*, sous la direction de N. Kasirer, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Ed. Thémis, Montréal, 2000.

<sup>17</sup> *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd. 2000, verbo : Fiction.

<sup>18</sup> Chaim Perelman, *Ethique et Droit*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 593.

## **Les finalités du recours à la fiction**

Les finalités du recours à la fiction<sup>19</sup> varient suivant le domaine du droit concerné (droit public, droit civil, pénal, international). Ce peut être substituer une règle à une autre, cacher le réel ou encore le justifier. Dans la Société de l'information, la fiction pourrait s'attacher à combler une lacune du droit ou encore à répondre à un besoin de sécurité.

## **La fiction comble une lacune du droit**

La jurisprudence a développé dans les années 70/80 le principe d'une obligation d'information et de conseil pesant sur le vendeur professionnel qui contracte avec un non professionnel. Sur le fondement d'une fiction de tromperie, le professionnel « ne pouvait ignorer » les vices apparents. Celui-ci ne peut apporter la preuve contraire en prouvant sa bonne foi et il ne peut opposer, le cas échéant, les clauses limitatives de responsabilité du contrat<sup>20</sup>.

## **La réponse à un besoin de sécurité juridique ou technique**

L'actualité récente nous donne une fois de plus l'occasion de mesurer le besoin d'équilibre entre le « donné » et le « construit ». Si l'on veut développer l'utilisation des nouveaux médias pour échanger ou commercer, la question de la fiabilité des échanges est à l'ordre du jour. La reconnaissance de l'écrit électronique ou de la signature électronique passe par la recherche de garanties de sécurité appropriées. Pour le cyberconsommateur comme le cybermarchand comment s'assurer que celui qui signe est la personne habilitée à le faire ? La loi du 13 mars 2000<sup>21</sup> pose le principe que cette signature électronique est présumée fiable si le signataire utilise un procédé reconnu comme apportant cette garantie de fiabilité.

S'agit-il d'une présomption simple ? Est-il possible d'apporter la preuve contraire si le commerçant utilise le procédé reconnu ? Même si en principe la preuve contraire peut toujours être rapportée<sup>22</sup>, les conditions techniques permettent-elles de rapporter cette preuve ? L'existence du certificat<sup>23</sup> - procédé retenu par la directive signature électronique, comme par le décret du 30 mars 2001 transposant la directive<sup>24</sup> - n'aboutira-t-elle pas à créer une sorte de fiction portant à confondre signature électronique et certificat ? Il suffit d'avoir un certificat pour garantir l'identité d'une personne et par conséquent que cette personne a effectivement accepté les engagements souscrits. On mesure la difficulté d'apporter la preuve contraire quand un certificat est fourni ! Si tel était le cas, la question du fondement de cette fiction devrait être posée. S'agit-il de servir les intérêts des consommateurs ? des commerçants ? des sociétés qui développent ces techniques ?

---

<sup>19</sup> Voir les différentes contributions à l'étude de C. Perelman et P. Forières, op .cit, supra.

<sup>20</sup> Civ. I, 18 avril 1989, Bull. I, n° 150. Le fondement de cette jurisprudence est critiqué par M. Fabre-Magnan qui dénonce l'utilisation d'une technique qui permet au juge de modifier la règle de droit. Depuis, les textes du Code de la consommation considèrent comme non écrites les clauses limitatives de responsabilité.

<sup>21</sup> Art. 1316-4 du Code civil.

<sup>22</sup> «La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu'à preuve du contraire» article 1316- 2 ème alinea

<sup>23</sup> Dans la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 (JOCE du 19/1/2000 L 13/12), il s'agit du procédé de certification à clé publique.

<sup>24</sup> Voir I. de Lamberterie, J.F. Blanchette, Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, lecture critique, technique et juridique, in JCP-La semaine juridique Entreprise et affaires n°30 26 juillet 2001 p. 1269

Pourra-t-il y avoir, par ailleurs, des signatures électroniques fiables sans ce certificat ou tout autre procédé ? Comment en apporter la preuve ?

On mesure avec cet exemple, combien le droit de la preuve est tributaire des représentations. C'est l'idée que l'on se fait de la vérité. Si, comme on l'a vu, l'idée de preuve appelle l'idée de vérité, les présomptions irréfragables, dans la mesure où elles ne réservent pas la preuve contraire, peuvent-elles être qualifiées de règles de preuve ? La remise en cause de la légitimation de la vérité construite ne se retrouve-t-elle pas aussi dans le désir de recourir à la vérité biologique ou à l'expertise ?

### **III - Pour terminer quelques questions...**

L'institution judiciaire dispose-t-elle des moyens pour tenir le pari de la vérité ? Les règles de preuve libèrent-elles le juge de la prétention d'atteindre à la vérité en même temps qu'elles lui donnent les moyens de neutraliser les contestations ?