

a. La charge de l'allégation :

* La doctrine :

Ainsi se dégage une double constatation. D'une part, les faits « concluants », ce sont ceux qui correspondent aux éléments générateurs du droit subjectif déduit en justice ; d'autre part, la partie qui se prévaut d'un tel droit, mais qui n'allègue pas toutes les circonstances nécessaires pour faire, dans le domaine concret, écho à ces éléments, est condamnée à voir repousser sa prétention. C'est ce dernier phénomène que décrit le terme de « charge de l'allégation ». Celle-ci se définit donc comme la nécessité (1) pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit.

Cette formule appelle plusieurs précisions.

86. Les observations qui précèdent font, tout d'abord, apparaître l'opportunité de distinguer entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve (2). Cette dernière a quelque peu usurpé l'importance que, traditionnellement, on lui attribue. Elle n'est, en somme, qu'un prolongement de la charge de l'allégation, qui peut la rendre inutile : si, en effet, il résulte des propres indications d'une partie que celui-ci ne dispose pas des matériaux nécessaires à la construction de son droit, il est sans intérêt de se préoccuper d'une contestation éventuelle sur l'existence de ces matériaux ; autrement dit, la question de la preuve n'a pas lieu de se poser.

Il y a d'ailleurs une hypothèse pratique dans laquelle, par la force des choses, l'investigation du juge porte sur la seule allégation : c'est la procédure par défaut. Dans ce domaine, le juge ne peut allouer au demandeur, comparissant seul devant lui, le bénéfice du droit dont il se prévaut qu'à condition qu'un tel droit résulte du récit des faits sur lequel ce demandeur fonde sa réclamation.

87. La charge de l'allégation, par ailleurs, s'étend aux faits correspondant aux éléments générateurs du droit subjectif invoqué. Nous avons déjà exposé ce qu'implique ce terme. Les circonstances que la partie doit alléguer, ce ne sont que celles dont se déduit la naissance du droit, en non pas celles qui en établiraient l'existence actuelle, c'est-à-dire le maintien, la non-disparition.

Ce principe, à n'en pas douter, est consacré par la réglementation positive. La disposition fondamentale en matière de preuve, l'article 1315 du Code civil (3), traduit les fameuses maximes : « actori incumbit onus probandi », et : « reus in excipiendo actor fit » ; il en résulte que celui qui fait valoir un droit n'a pas à prouver (ni, a fortiori, à alléguer) les modifications qu'a pu subir ce dernier depuis qu'il l'a acquis. Mais c'est à tort que, de cet état de choses, on a prétendu déduire que ces principes seraient seulement l'expression d'une présomption légale, le fruit d'un caprice du législateur, et que dès lors, bien qu'imposés par une longue tradition, ils seraient restés sans forme rationnelle (4). L'article 1315, écrit M. Demogue, se ramène à cette idée que « tout état de

fait est supposé conforme à l'état de droit » ; et il déclare être « frappé de ce que ce principe a d'arbitraire ». Il n'y voit, pour sa part, qu'« un pis-aller favorable à la sécurité statique » (5), pour une simple présomption fondée sur l'indépendance des hommes (6). Dans le même sens, M. Mailloux affirme que cette « présomption de durée » s'expliquerait uniquement par des raisons de « commodité », « d'intérêt », de « vraisemblance ».

Ces idées nous semblent inexactes. Nous croyons au contraire - et nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet (7) - que la solution que l'on prétend faire exclusivement découler de l'article 1315, possède, en réalité, un fondement rationnel certain : elle est imposée par le jeu même de la règle de Droit, qui commande la structure, la naissance et l'évolution des situations juridiques. La dépendance dans laquelle se trouvent, par rapport à la règle de Droit, ces situations en général et le droit subjectif en particulier, la véritable impossibilité logique qu'il y a à réunir dans une même règle les éléments d'établissement et de non-destruction, voilà, pour nous, les raisons qui dictent une solution à laquelle l'article 1315 n'a fait qu'apporter la précision du Droit positif formé.

En présence, cependant, de la réglementation légale, cette discussion, n'est-elle pas vaine ? Nullement. La vigueur, la viabilité, l'intensité d'un principe de Droit sont fonction de son origine. S'il doit son existence à un acte arbitraire du législateur, il restera toujours précaire : si, par contre, il repose sur une base rationnelle, s'il plonge ses racines dans le terrain même d'où est sorti le Droit, il s'impose à l'esprit juridique et ne peut, à la longue, être ignoré par le Droit positif.

88. Ainsi donc, la partie qui se prévaut, en justice, d'un droit subjectif n'est tenue d'alléguer que les circonstances correspondant aux éléments générateurs de ce droit. Mais ces éléments doivent en principe, se retrouver intégralement dans le récit des faits ; aucun n'est, de par sa nature, exempt de cette nécessité.

Seulement, si tel est le principe (et nous verrons que son affirmation est indispensable pour éviter de fâcheuses imprécisions), des considérations pratiques impérieuses commandent de ne pas la pousser à l'extrême. Sous peine d'arriver à des solutions absurdes, un aménagement de cette exigence doit être admis ; nous le trouverons dans ce que nous proposons d'appeler « la théorie des dispenses ».

H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Sirey, 1948, spéc. p. 87-90

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

(2) On remarquera que cette distinction est déjà faite par le brocard cité plus haut (N° 80) : « secundum allegata et probata, porte-t-il, iudex iudicare debet ».

(3) « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » - « Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il est unanimement admis que la disposition, bien qu'édictee à propos de la preuve des obligations, a une valeur générale.

(4) Demogue, *Notions fondamentales*, p. 543 et suiv. ; Mailleux. *Exégèse des codes*, p. 177 et suiv.

(5) *Op. cit.*, p. 159.

(6) Notons que même si (ce que nous ne croyons pas) cette idée se trouvait seule à la base de la réglementation, celle-ci aurait déjà un fondement rationnel.

(7) *Supra*. N°s 78 et 79.