

13.- Certes, on peut dire alors qu'il reste bien peu de chose, au point de vue de la preuve, de l'opposition entre fait positif et fait négatif, si, d'une part, la présence d'un fait négatif dans un débat ne suffit pas à renverser toujours la charge de la preuve en faveur de celui qui invoque ce fait, et si, d'autre part, la preuve du fait négatif se ramène à celle de faits positifs : l'on se demandera si le problème présente un aspect original et si la preuve du fait négatif mérite qu'on lui consacre un examen particulier.

Il ne faut pourtant pas se laisser abuser par ce rapprochement. D'abord, en effet, le fait négatif aboutira parfois à un renversement de la charge de la preuve. A défaut, un déplacement d'objet se constatera toujours. Or, il est certain que c'est en présence de la preuve à faire d'un fait négatif que le juge aura, en pratique, la possibilité de se montrer plus ou moins exigeant, en décidant il partir de quel degré la vraisemblance lui paraît suffisante pour constituer une preuve (1). L'idée de probabilité joue certes un rôle important dans la preuve d'un fait positif : mais elle devient essentielle dans celle d'un fait négatif, où l'on voit se diluer l'élément probatoire (2). Elle fournit alors au juge un puissant instrument de politique judiciaire. Et, sous couleur de neutralité (3), le juge pourra se servir de cette arme, comme à son gré, pour parvenir au résultat de fond qu'il estime être le plus favorable.

Ainsi pensons-nous montrer qu'il n'est pas excessif de dire que le problème de la preuve d'un fait négatif, souvent négligé par la doctrine, est en réalité à la source même d'un nouveau « gouvernement des juges » (4). C'est que la preuve négative est quotidienne (5). C'est continuellement que les magistrats ont à décider si le défendeur n'est pas responsable, s'il n'a pas commis de faute. Or, ces faits négatifs vont affecter les principes généraux du droit de la preuve. Dans une mesure qu'il nous appartiendra de déterminer, loi et jurisprudence ont ainsi abouti à déformer les règles du droit commun, soit en jouant du mécanisme du renversement de la charge de la preuve, soit, à défaut, en déterminant en quoi pourrait consister l'objet de la preuve d'un fait négatif.

Cette double déformation possible - la seconde n'étant appelée à jouer qu'à défaut de la première - commandera l'ordre de nos développements.

J. Larguier, La preuve du fait négatif, R.T.D. civ. 1953, p. 1 et s., spéc. n° 13, p. 11 et 12

(1) Il est parfois admis, dans la pratique anglaise notamment, que le juge se montre moins rigoureux pour la preuve d'une proposition négative : s'il n'y a pas de témoignage opposé, il suffit que l'allégation se fonde sur une présomption raisonnable (Greenlaf, t. 1er, p. 105-106, cité par Bonnier, op. cit. p. 33, n° 49).

(2) Aubry et Rau, t. 12, par Bartin, § 749, texte et note 18. Comp. Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, Traité pratique, t. 7, n° 1419.

(3) V., sur la répartition légale de la preuve, que le juge ne peut modifier arbitrairement, Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 542 et suiv. ; Glasson, Tissier et Morel, *op. cit.*, n° 596. p. 666 et 667.

(4) V. Savatier, *Le gouvernement des juges en matière de responsabilité civile*, in *Introduction à l'étude du droit comparé* (Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, t. 1er, p. 453).

(5) Ce qui ne signifie naturellement pas que son domaine soit sans limites : nous avons vu quels dangers présenterait une telle extension (*supra*, n° 7).