

[...]

5 - Une première vision de la théorie du fait constant repose sur le traditionnel principe dispositif (1). Le procès civil étant la chose des parties, le juge devrait admettre l'exactitude des affirmations de Primus, dès lors que Secundus ne les contredit pas. En quelque sorte, le magistrat devrait s'en tenir au droit et s'abstenir de pénétrer dans le domaine du fait, à moins qu'on ne l'y ait invité. Le silence d'une partie, face aux affirmations de fait de son adversaire n'étant évidemment pas une invitation adressée au juge à s'immiscer dans une question de fait, celui-ci aurait le devoir de rester sur sa réserve et de tenir pour constant le fait non contesté.

6 - Pour apprécier la valeur de cette explication, il convient d'effectuer un bref retour sur la teneur du principe dispositif. Celui-ci a un double contenu. Le principe dispositif englobe, tout d'abord, le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge; lorsqu'une partie demande quelque chose, le tribunal doit se prononcer sur cette demande et uniquement sur elle. Manifestement, cette première expression du principe dispositif est étrangère à la théorie du fait constant. Pour déterminer si le juge doit, peut ou ne peut pas admettre l'exactitude d'une allégation non contestée, on n'a pas besoin de recourir au principe selon lequel il ne doit statuer ni infra ni ultra petita. Un fait que j'affirme est une chose (ex; une collision, un paiement, des injures, etc.) ; ce que je demande en est une autre (ex ; des dommages et intérêts, l'exécution d'un contrat, la révocation d'une libéralité, etc.). Dans une seconde acception, le principe dispositif commande que le fait soit le domaine des parties, tandis que le droit serait le domaine du juge (2). Cette vision des choses, si elle pouvait, à la rigueur, être admise autrefois, ne peut plus l'être de nos jours qu'avec des réserves. En effet, il n'est guère contestable que sous l'empire du Nouveau Code de procédure civile, le droit judiciaire privé confère au juge un pouvoir d'intervention accru dans le domaine des faits. Notre système procédural, initialement accusatoire, a évolué vers un système mi-accusatoire, mi-inquisitoire. Une fraction de la doctrine le déplore, mais c'est une réalité. Les faits ne constituent plus le domaine réservé des parties. Le juge peut et parfois doit y faire des incursions (3). Partant de là, on ne voit pas pourquoi les magistrats devraient s'abstenir de remettre en question l'allégation d'une partie, sous prétexte que l'autre ne l'a pas dénoncée. Cette première explication doctrinale de la théorie du fait constant ne paraît donc pas pouvoir être retenue.

7 - La seconde explication classique fait appel à l'idée de reconnaissance tacite du fait non contesté. Elle repose sur l'idée de bon sens selon laquelle si une partie n'émet aucune réserve quant aux faits affirmés par son adversaire, c'est probablement parce qu'elle est d'accord avec lui sur ce point. En substance, Secundus reconnaîtrait tacitement la véracité d'une affirmation avancée par Primus, dès lors qu'il ne la dénoncerait pas (4). Secundus supporterait, en quelque sorte, une charge de la contestation des allégations adverses (5). Cette opinion est séduisante et intéressante, mais un peu excessive par son automatisme. En effet, s'il peut arriver que le silence d'une partie s'analyse en une reconnaissance tacite, ce n'est pas toujours le cas. Ainsi celui des plaideurs qui ne dispose pas d'information sur la situation invoquée par son adversaire n'a aucune possibilité de dénier les affirmations de ce dernier, pas plus qu'il n'en a de les confirmer. Par exemple, lorsque l'auteur d'un dommage prétend qu'il a agi sous l'emprise d'un événement imprévisible et irrésistible, alors que la victime n'était pas présente au moment des faits et ne dispose pas de renseignement sur ce point, celle-ci ne peut pas nier formellement l'exactitude de cette allégation. Il en va pareillement lorsqu'une partie ne comparaît pas. Son silence ne peut, en

aucun cas, être pris pour une reconnaissance des faits allégués par le demandeur. En conclusion, si cette seconde explication de la théorie du fait

constant ne manque pas d'intérêt, elle mérite d'être affinée à travers une analyse plus poussée, laquelle fait appel aux mécanismes du droit de la preuve.

B. L'explication tirée du droit de la preuve

8 - La critique essentielle que l'on peut adresser à l'analyse reposant sur l'idée de reconnaissance tacite des affirmations d'une partie par l'autre, réside dans son caractère trop mécanique. Cela étant, on se rend bien compte que, logiquement, un fait peut être admis par le juge comme constant, lorsque le silence de l'adversaire reflète son accord avec l'auteur de l'allégation. Tout le problème consiste donc à rechercher les conditions dans lesquelles ce silence peut être pris, raisonnablement, pour une confirmation des déclarations de l'autre partie. En d'autres termes, il faut déterminer à quelles conditions le silence d'un plaideur peut être considéré comme étant signifiant.

9 - La réponse à cette question est d'ordre psychologique autant que juridique. Pour qu'une personne reconnaisse tacitement un fait proclamé par son adversaire, il faut d'abord qu'elle ait su ou pu savoir que le fait allégué était exact ou erroné. On ne peut confirmer ou infirmer que ce que l'on est censé connaître. Il convient également que cette personne ait été en mesure de percevoir l'importance du fait allégué au regard de la solution du litige. En effet, dans certaines circonstances, une partie peut légitimement penser qu'il est inutile de répondre à une affirmation de son adversaire. Il en va ainsi lorsque la contestation est apportée à l'adversaire par une pièce du dossier ou par des témoignages. À quoi bon revenir sur une affirmation qui semble déjà démentie par les éléments de la cause?

10 - Enfin, et surtout, il convient également que l'affirmation non démentie ait été portée à la connaissance de la partie restée silencieuse. Ceci suppose une procédure réellement contradictoire, mais aussi que le fait lui ait été signalé de manière suffisamment ostensible. Une simple allégation ou, à plus forte raison, un argument, peuvent paraître négligeables au point de n'appeler aucune réponse. On sait que le juge, lorsqu'il répond aux conclusions des parties n'est pas tenu de répondre aux simples arguments ni même aux simples allégations de la partie dont la prétention est rejetée. Dans ces conditions, on voit mal pourquoi l'adversaire, durant le déroulement du procès, devrait se sentir obligé de répondre à ce type d'affirmation sommaire. Il faut donc considérer que seul le fait spécialement invoqué par une partie, c'est-à-dire celui qui apparaît dans un véritable moyen, appelle une éventuelle contestation de l'adversaire. Le silence d'un plaideur, face à une affirmation adverse constitutive d'un argument ou d'une simple allégation n'est pas significatif d'une quelconque approbation. Seule l'absence de dénégation du fait spécialement invoqué (6) dans un moyen peut, le cas échéant, avoir valeur de reconnaissance tacite.

11 - A supposer que le silence d'un plaideur soit signifiant, le juge qui considère un fait comme constant ne fait que recourir à un mécanisme probatoire bien connu, à savoir celui de la présomption du fait de l'homme (7). D'un fait connu, il déduit un fait inconnu. Plus précisément,

du silence d'une partie combiné aux déclarations de son adversaire, il déduit la véracité de celles-ci. En d'autres termes, il estime que si Secundus ne dénie pas les propos de Primus, c'est certainement parce que Primus a dit la vérité Note 12. Comme chaque fois qu'il recourt à une présomption de fait, le magistrat se fonde sur une probabilité.

12 - Par conséquent, il n'est pas exact, contrairement à ce que l'on écrit habituellement, que le fait constant fasse l'objet d'une dispense de preuve. En réalité, le fait constant est un fait prouvé par présomption du fait de l'homme. De cette logique du fait constant, découlent des conséquences quant à l'office du juge. [...]

Th. Le Bars, La théorie du fait constant, JCP (G), 1999, I, 178, n° 5 à 12 (extrait)

(1) En ce sens, V., par ex.,]. Carbonnier, Droit civil. Introduction, Thémis, 25e éd, 1997, n° 180, p. 320; F. Terré, Introduction générale au droit, précis Dalloz, 3e éd, 1996, n° 511, p. 441. Ces auteurs invoquent également un souci d'économie du contentieux.

(2) Principe exprimé traditionnellement par l'adage « da mihi factum, dabo tibi jus ».

(3) Ex. NCPC, art. 10, 138, 143; pour une hypothèse d'obligation (Plus rare), V. C. trav., art. L. 122-14-3, tel que l'a interprété la jurisprudence.

(4) Cf. les explications critiques de J. Devèze, op. cit., n°s 56 et 71.

(5) En ce sens H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Thèse Lyon, 1947, rééd. Dalloz, 1991, n° 110.

(6) À notre sens, le fait spécialement invoqué peut être défini comme celui qui est articulé au sein d'un moyen, c'est-à-dire d'un raisonnement tendant à la reconnaissance du bien ou du mal fondé d'une prétention. Le fait n'est que « simplement allégué » lorsqu'il est énoncé au détour d'un moyen (ou a fortiori indépendamment de tout moyen), sans en constituer logiquement une des articulations.

(7) À rapp. J. Devèze, op. cit., n° 78 ; J. Normand, Le juge peut-il tenir pour non établi un fait allégué et non contesté ? ... : RTD civ. 1992, p. 449.