A.- Le premier est issu directement des motifs d'opportunité de la règle d'attribution au demandeur de la charge de la preuve dont il constitue en quelque sorte une condensation immédiate. La règle tend, pour des raisons d'opportunité, à contrarier la subversion des situations de fait pour la seule raison qu'elles sont. S'en tenant à cette constatation qu'ils ne cherchent pas à systématiser des une structure proprement juridique ou technique, les auteurs de ce premier groupe prennent pour base de la répartition de la charge de la preuve l'idée commune de probabilité qu'exprime une grande variété de formules. Pour M. Geny la charge de la preuve incombe à « celui qui émet une prétention tendant à modifier l'état de choses existant ou une situation acquise par une preuve antérieurement faite ». Il ajoute, offrant encore une autre formule, que la preuve doit être faite « contre la situation normale » (Geny, Science et Technique, tome III, p. 275, 333 et suiv.). Baudry Lacantinerie et Barde statuent « que la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ». Bien d'autres formules sont avancées. Je retiendrai spécialement celle de M. Thévenet (Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale, thèse, Lyon, 1921). Elle semble en effet bénéficier aujourd'hui d'une certaine faveur (Beudant et Lerebours Pigeonnière par Perrot - Traité Pratique, Planiol et Ripert, tome VII par Gabolde, n° 1420 - comparer Giverdon, note J.C.P. 1955. II. 8616). D'après ces auteurs c'est l'apparence qui fixe l'attribution du fardeau de la preuve. M. Thévenet décide : « Celui-là sera obligé de faire la preuve contre lequel l'apparence existe » (op. cit. p. 87).

Quoique ces formules soient différentes, elles encourent les mêmes critiques.

a) Je leur reprocherai d'abord leur imprécision et leur équivoque qui abandonnent la désignation du demandeur à la preuve aux improvisations. On dit que la preuve incombe à qui invoque une situation anormale. Mais qu'est-ce que la situation normale ? Est-ce la situation qui se vérifie le plus souvent, la situation habituelle ? Est-ce celle qui est conforme au droit, à la règle, celle qui est régulière ? Que ce soit l'une ou l'autre qui dira quelle est la situation normale lorsque le demandeur réclame la restitution d'un prêt et que le défendeur se targue d'avoir reçu un don manuel ? Si les marchandises transportées par mer ont disparu est-il normal qu'elles aient disparu au cours du transport proprement maritime ou au cours des opérations de manutention antérieures ou postérieures à la partie maritime du transport ?

Plus équivoque encore est la notion de situation acquise. On sait combien en un autre domaine la formule droit « acquis » a défié les définitions, encore ne s'agissait-il que de préciser quand un droit était acquis, car on ne doutait pas d'un droit fût susceptible d'acquisition. Mais nul sans doute ne saurait dire ce que peut être l'acquisition d'une situation. Comment dès lors déterminerait-on la « situation acquise » ?

Mais de toutes ces formules la plus dangereusement équivoque et pourtant la plus accréditée aujourd'hui est celle qui s'en rapporte à l'apparence du soin de désigner le demandeur à la preuve. L'apparence c'est ce qui se révèle extérieurement. Je comprends qu'on parle de l'apparence de la propriété, de l'héritier apparent, même du mandataire apparent car il y a des situations qui se révèlent extérieurement. L'apparence du droit de créance est déjà une conception moins accessible encore que l'article 1240 y attache des conséquences, le créancier apparent est celui qui peut invoquer un titre apparemment efficace encore ne paraîtra-t-il

créancier qu'après examen de son titre et par conséquent au résultat déjà d'une vérification au moins sommaire, donc d'une preuve encore qu'elle ne soit pas complète. Mais où est l'apparence lorsqu'il s'agit de la multitude des faits susceptibles d'être allégués en justice ? Sans invoquer les exemples déjà invoqués tout à l'heure, quelle est l'apparence que tel incendie a pris à tel endroit ? Que la chose déposée était en bon état lors du dépôt ? Que le mandataire ignorait au moment d'agir le mort du mandant ? Que tel animal était atteint d'une maladie ? Que le chauffeur de la voiture assurée était titulaire d'un permis de conduire ? Que le testament a été déchiré par le testateur ? Que tel ouvrier a été congédié sans motifs ? Je crains que ce qu'on l'on appelle ici l'apparence ne soit pas la révélation extérieure d'une situation de droit, mais plus simplement la plus ou moins grande vraisemblance des propositions contraires des parties relativement au fait en cause en sorte que la doctrine proposée mettrait la preuve à la charge de celui des plaideurs qui soutient la proposition la moins vraisemblable. Elle rejoindrait ainsi la formule qui impose la preuve à celui qui allègue la situation anormale, inhabituelle parce que cette situation est la moins probable. Mais ces doctrines en ce qu'elles reposent sur un jugement de probabilité, que d'ailleurs elles n'avouent pas, s'exposent à une seconde critique.

b) Non seulement ces doctrines, incapables de fournir un critère sûr, abandonnent la solution du problème aux impulsions et aux préférences de l'interprète, elles dénaturent encore le problème qu'elles prétendent trancher. Le jugement de probabilité sur lequel elles reposent, confond les deux questions cependant logiquement distinctes de l'attribution de la charge de la preuve et de l'administration de la preuve.

Seul l'examen des circonstances propres à l'espèce peut, dans chaque cas désigner celle des propositions contraires avancées par les plaideurs qui jouit du bénéfice de l'apparence ou de la vraisemblance. Le testament est-il déchiré ? A envisager le fait objectivement, il n'y a aucune apparence qu'il ait été déchiré par le testateur ou par un autre, mais il y aura apparence qu'il a été déchiré par le testateur ou par un autre suivant que les morceaux en auront été trouvés dans les papiers du défunt ou ailleurs. Ce sont encore les circonstances qui rendront vraisemblable que le mandataire connaissait ou ignorait le décès du mandant. Mais examiner les circonstances particulières de l'espèce c'est déjà entrer dans l'appréciation des preuves. Ce jugement de probabilité auquel ces doctrines font appel ne peut être que le résultat de la preuve encore que cette preuve ne soit pas complète il ne peut et ne doit être d'aucun secours pour l'attribution du fardeau de la preuve qui désigne en droit, objectivement et préalablement à toute preuve celle des propositions qui sera retenue en cas de doute.

Bartin n'a pas médiocrement contribué à répandre cette confusion entre l'attribution de la preuve et son administration. Une preuve complète lui paraissant impossible. Bartin enseignait que le plaideur n'est jamais tenu que de fournir au juge des motifs suffisants de décision, ce qu'il appelait la « probabilité suffisante ». Qui ne voit que cette observation concerne seulement la mesure de la preuve à fournir par celui qui la doit, mais elle ne saurait en elle-même désigner celui des plaideurs qui doit la fournir. Elle le suppose déjà connu. Bartin cependant considérant la charge de la preuve comme pesant alternativement et successivement sur l'un et sur l'autre des plaideurs était amené à tirer de cette constatation relative à l'efficacité de la preuve une conséquence quant à l'attribution du fardeau de la preuve. Lorsqu'un plaideur a satisfait à l'obligation de la preuve en donnant au juge des motifs suffisants de décision, la charge de la preuve, à l'en croire, basculait en quelque sorte pour peser sur son adversaire. C'est ce qu'il

appelait la « décomposition de la preuve ». Le créancier présentant son titre de créance l'avait-il rendue suffisamment probable, rejetait sur le débiteur de la preuve de la nullité de cette obligation. Ce qui pour Bartin n'était qu'une explication de la décomposition de la preuve est devenu pour les auteurs qui l'ont suivi le principe même qui devait décider de l'attribution du fardeau de la preuve. Nous en rencontrerons des exemples. Observons seulement ici que les deux questions de l'attribution du fardeau de la preuve et de la mesure de la preuve qui doit être fournie sont distinctes puisque déterminer lorsqu'un plaideur a satisfait à l'obligation de la preuve qui lui incombait suppose que le fardeau de la preuve a déjà été attribué. C'est d'autre part méconnaître le sens de cette attribution du fardeau de la preuve. Il ne s'agit pas en effet de désigner celui des plaideurs qui doit fournir la première preuve, puis de préciser le moment où celui-ci ayant satisfait à la nécessité de la preuve, la charge en passe à son adversaire. Encore une fois dans notre système de procédure, il n'y a pas à proprement parler un « ordre de la preuve ». Dans l'ensemble des faits que les parties soumettent au juge à l'appui de leurs argumentations, il y en a qui étant contestés et susceptibles d'influer sur la décision du litige, doivent être prouvés. Désigner le plaideur à qui incombe la preuve de chacun de ces faits, c'est déterminer entre les propositions contraires des parties relativement à ce fait celle que le juge retiendra si la proposition contraire n'est pas établie à suffisance de preuve. Cette désignation dépend du rôle que joue le fait en question dans l'argumentation des parties indépendamment de tout jugement de probabilité, ainsi que de l'administration ultérieure de la preuve. C'est pourquoi l'attribution du fardeau de la preuve est une question de droit dont la Cour de cassation se réserve le contrôle. Elle ne peut se ramener à l'appréciation d'une probabilité suffisante qui relèverait de l'appréciation souveraine des juges du fait puisqu'elle supposerait l'examen des circonstances propres à l'espèce.

c) Contre la théorie qui s'en remet à l'apparence du soin de désigner le demandeur à la preuve je dirigerai une autre critique que n'encourent pas de la même manière les théories voisines. La théorie de l'apparence contrarie la jurisprudence. L'idée d'apparence devrait en effet conduire à modifier l'attribution du fardeau de la preuve d'après la progression de la procédure. L'apparence se modifie au fur et à mesure que progresse l'instruction de l'affaire. Le plaideur qui a entraîné la convocation du juge en première instance bénéficie en instance d'appel, de l'apparence. Mais la jurisprudence a toujours considéré que l'attribution du fardeau de la preuve précisément parce qu'elle est fixée a priori avant tout examen des faits reste la même en appel qu'elle était en première instance. Peu importe que les premiers juges aient estimé rapportée la preuve incombant à l'une des parties ; celle-ci n'en devient pas pour autant défenderesse à la preuve (Soc. 24 juin 1955, Bul. 1955. IV. 429 - Req. 1 juin 1892, S. 1986. I. 492 - Req. 23 décembre 1892, S. 1986. I. 491 - Req. 15 juin 1898, S. 1889. I. 127). L'effet dévolutif de l'appel replace la cause et les parties dans l'état où elles étaient avant le jugement, le débat recommence devant les juges du second degré dans les mêmes conditions où il se présentait devant les juges du premier degré. La décision de première instance n'invertit pas la charge de la preuve au profit de celui qui en bénéficie. C'est l'évidence même, si comme nous le prétendons, l'attribution du fardeau de la preuve d'un fait déterminé dépend de l'influence que ce fait devrait exercer à le supposer établi sur la décision du litige et, par conséquent du rôle qu'il joue dans l'argumentation des plaideurs.

Au reste la jurisprudence ne semble pas favorable à tenir compte de l'apparence telle qu'elle se présente dès l'origine du procès pour fixer l'attribution du fardeau de la preuve. Je n'en citerai qu'un exemple sauf à confirmer l'impression qu'il nous aura laissée en confrontant, au fur et à mesure que nous les rencontrerons, les solutions du droit positif avec la théorie de l'apparence.

Cet arrêt est de la Chambre Civile et du 3 mars 1926 (S. 1926. I. 167). Le propriétaire d'un local à usage commercial l'avait loué sous la condition qu'il ne serait pas sous-loué ou que le bail ne serait pas cédé sans son autorisation. Le locataire s'étant établi ailleurs, le local avait été occupé successivement par plusieurs personnes. Le propriétaire se prévalait de cette situation pour demander la résiliation du bail. Les occupants s'y opposaient prétendant être non sous-locataires ou cessionnaires du bail, mais gérants du fonds de commerce en vertu d'un contrat verbal passé avec le locataire de l'immeuble, propriétaire du fonds de commerce. Or le contrat de gérance de fonds de commerce s'analyse en un bail portant sur le fonds de commerce envisagé dans son ensemble, il ne constitue pas une sous-location de l'immeuble où le fonds est exploité de telle manière qu'en donnant le fonds en gérance le propriétaire du fonds conservait sa double qualité de propriétaire du fonds de commerce et locataire de l'immeuble et n'avait pas transgressé la prohibition de sous-louer ou de céder le bail, cette prohibition étant du reste d'interprétation restrictive (Cass. com. 8 février 1949, J.C.P. 1949. II. 4947, note Cohen). Toute la question était de savoir si les occupants de l'immeuble étaient dans les lieux au titre de cessionnaires du bail ou sous-locataires. Comment le propriétaire en aurait-il pu faire la preuve ? Etranger au contrat il ne pouvait le produire. C'eût été l'occasion de recevoir l'action ad exhibendum. Les juges du fait l'admirent le propriétaire ayant sommé ses adversaires de présenter le contrat de gérance, ceux-ci s'abstinrent. Le juge du fond dans le doute le condamna considérant qu'il leur appartenait de démontrer que la situation n'était qu'apparente. C'était expressément leur imposer la charge de la preuve sur la base de l'apparence. C'était aussi une solution équitable. Ils étaient aptes à faire la preuve qu'ils n'avaient voulu faire. La Cour de Cassation n'en cassa pas moins l'arrêt au motif qu'il avait renversé l'ordre de la preuve. Elle marquait ainsi que l'attribution du fardeau de la preuve est indépendante de l'apparence à laquelle les juges du fait avaient cru pouvoir se fier.

B. - Le second standard a été proposé par M. Esmein lorsqu'à l'occasion d'une remarquable étude sur le fondement de la responsabilité contractuelle (Rev. Trim. De Droit civil 1933, p. 627 et suiv.) il se flattait en 1933 d'offrir « une esquisse de l'ensemble des règles générales sur la charge de la preuve ». Son point de départ est cette observation de Bartin que chaque partie n'a pas à faire une preuve totale et n'est tenue d'établir qu'une simple probabilité. Ce qui n'était pour Bartin qu'une constatation devient principe pour M. Esmein qui reproche à Bartin de n'avoir su tirer de cette observation toutes les conséquences dont elle était susceptible. Il propose de désigner ce principe sous le nom de « principe de probabilité suffisante ». De ce principe dogmatiquement affirmé, il en dégage un autre qui dans sa pensée, telle qu'elle s'exprimait alors, dominait et régissait l'attribution de la charge de la preuve. Des deux règles énoncées par l'article 1315 la première qui impose à qui réclame l'exécution d'une obligation d'en faire la preuve, lui paraît relever de cette faveur pour les situations établies qu'il érige en principe : le « principe d'inertie » comme il l'appelle. Mais l'article 1315 impose au débiteur qui se prétend libéré la preuve de l'extinction de l'obligation. Ce principe d'inertie suffirait à en rendre compte si cette règle ne s'appliquait qu'aux causes d'extinction de l'obligation, mais d'après la jurisprudence c'est encore au débiteur qu'incombe la preuve de la nullité de l'obligation quoiqu'il dût normalement appartenir au créancier d'établir que l'obligation existe et est en conséquence exempte de nullité. C'est ici que M. Esmein fait intervenir la principe de probabilité suffisante dont il déplore qu'on n'ait pas su tirer meilleur parti. Pour lui ce principe repose sur « l'idée qu'il ne faut pas exiger d'un plaideur plus qu'il ne peut pratiquement faire, alors surtout que l'autre partie peut y suppléer sans être surchargée ». C'est là ce qu'il appelle le principe de « l'aptitude à la preuve ».

Voilà toute une architecture de postulats. Cette intrépidité à généraliser, cet appétit de principes auraient invité à classer la théorie de M. Esmein au nombre des constructions dogmatiques si ses conclusions avaient présenté plus de netteté. Mais l'aptitude à la preuve est une considération d'opportunité, de politique, non un critère technique. Elle n'offre qu'une directive indiquant le but poursuivi en laissant à l'interprète une grande liberté d'appréciation. Ce n'est en somme qu'un standard. Encore M. Esmein ne s'y est-il pas tenu. Dans la 6ème édition d'Aubry et Rau, ont disparu aussi bien les formules d'Aubry et Rau, que les observations de Bartin. Le « principe d'aptitude à la preuve » s'évanouit. Il ne reste qu'une casuistique ; le juge en chaque cas se réfèrerait implicitement à « une présomption fondée sur l'expérience » ou se prononcerait « par la volonté de favoriser l'une des parties dans ce jeu parfois hasardeux qu'est l'opération de preuve ». Ainsi M. Esmein explique les solutions de la jurisprudence tantôt par cette présomption fondée sur l'expérience qui n'est autre que l'idée de probabilité, tantôt par un parti pris en faveur pour l'un des plaideurs image atténuée du principe de l'aptitude à la preuve. On ne constatera pas la sagacité en chaque cas des explications de M. Esmein, mais cette casuistique non seulement ne fournit pas de règle, mais implique même qu'il ne saurait y en avoir.

Il n'y a pas à reprendre la critique de l'opinion qui fait dépendre l'attribution du fardeau de la preuve d'un jugement de probabilité porté a priori. Il n'est pas plus satisfaisant de la faire dépendre de l'aptitude respective des parties à faire la preuve. Bentham avait déjà proposé de faire supporter la charge de la preuve « à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient c'est-à-dire avec le moins de délais, de vexations et de frais » (tome III. P. 172). Je conviens que cette considération d'opportunité peut parmi d'autres orienter la décision, elle ne saurait à elle seule décider. Si, comme il a été déjà maintes fois montré, l'attribution du fardeau de la preuve désigne avant tout examen des preuves, celui des plaideurs qui, subissant le risque de la preuve, succombera dans le doute quel paradoxe n'y aurait-il pas à faire succomber celui des plaideurs qui était censé pouvoir faire la preuve le plus facilement puisque par hypothèse la preuve n'a pas pu être rapportée.

A cet argument à lui seul décisif s'ajoute l'inconvénient dirimant de l'imprécision du critère tiré de l'aptitude de la preuve. Cette imprécision abandonne l'attribution du fardeau de la preuve aux improvisations et à l'arbitraire des appréciations subjectives. La Cour de Cassation en sanctionnant comme question de droit qu'elle marque entend écarter ce péril. C'est pour l'éviter que certains auteurs se sont efforcés de rattacher la charge de la preuve aux caractères objectifs du fait à prouver, en classant les différents faits susceptibles de preuve dans des catégories définies à partir de constructions a priori.

J. Chevalier, Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve, Les cours de droit, 1958/1959, spéc. p. 117 et s.