

A.-B. Caire (dir.), Les présomptions. Les artifices du droit (III), Centre Michel de l'Hospital/université Clermont Auvergne/ LGDJ, 2020, 193 p.

Olivier Leclerc

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc. A.-B. Caire (dir.), Les présomptions. Les artifices du droit (III), Centre Michel de l'Hospital/université Clermont Auvergne/ LGDJ, 2020, 193 p.. Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, 2021. halshs-03156869

HAL Id: halshs-03156869
https://shs.hal.science/halshs-03156869

Submitted on 2 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Anne-Blandine Caire (dir.), *Les présomptions. Les artifices du droit (III). Actes du colloque du 16 novembre 2018*, Issy-les-Moulineaux : Lextenso/LGDJ, Centre Michel de l'Hospital, 2020, 193 p.

Compte-rendu de lecture par Olivier Leclerc
Centre de Recherches Critiques sur le Droit (UMR 5137 CERCRID), CNRS

Paru dans : *Droit & Société*, blog, rubrique « Lu pour vous », 2021
Accessible en ligne : https://ds.hypotheses.org/8658

Fruit d'un colloque tenu en 2018 à l'université de Clermont-Ferrand, l'ouvrage coordonné par Anne-Blandine Caire constitue le troisième volet d'une série consacrée aux « artifices du droit ». Nulle précision particulière n'est donnée dans le volume sur ce que désignent et recouvrent ces « artifices ». On comprend bien, cependant, à considérer les thèmes choisis – les fictions[1], les définitions[2], et maintenant les présomptions –, qu'il s'agit d'examiner certains mécanismes et outils par lesquels s'opère la régulation juridique, et plus particulièrement ceux qui permettent aux juristes « de faire 'comme si' »[3]. Les présomptions s'analysent, en effet, comme un mécanisme qui réalise un « étonnant saut dans l'inconnu » (p. 19), établit (tient pour établi) un fait inconnu à partir d'un fait connu. Mais, au-delà de cette caractérisation générale, tout travail sur les présomptions se heurte à la grande plasticité de la notion : certaines présomptions, dites « légales », sont établies par la loi ou la jurisprudence, d'autres (« judiciaires ») sont laissées à l'appréciation des juges ; certaines présomptions peuvent être combattues par l'apport d'une preuve contraire (présomptions simples), à la différence de celles qui ne souffrent aucune preuve contraire (présomptions irréfragables) ou seulement des preuves déterminées (présomptions mixtes) ; certaines tiennent un fait pour établi sans qu'il soit possible d'identifier un fait d'où elles seraient inférées (présomptions antéjudiciaires)... L'analyse est encore complexifiée par les changements qui ont affecté les dispositions du Code civil consacrées aux présomptions : l'ordonnance du 10 février 2016 a abrogé l'ancien article 1349 du Code civil, qui définissait les présomptions comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu », et y a inséré des dispositions nouvelles consacrées aux présomptions légales (art. 1354) et judiciaires (art. 1382)[4]. Enfin, il est largement admis que le mot présomption désigne, y compris dans la loi, des situations très différentes, qui ne renvoient pas toutes à la découverte d'un fait inconnu à partir d'un fait connu.

1 Anne-Blandine Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Clermont-Ferrand : Presses universitaires Droit Clermont-Ferrand, 2015.
2 Anne-BlandineCaire et Cyrille Dounot (dir.), *Les définitions. Les artifices du droit (II)*, Clermont-Ferrand : Presses universitaires Clermont-Ferrand, 2019.
3 Rafael Encinas de Muñagorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », Recueil Dalloz, 2004, 711.
4 Dans la même série d'ouvrages : L. Pailler, « La disparition de la définition des présomptions dans le Code civil après l'ordonnance du 10 février 2016 », in Anne-Blandine Caire et Cyrille Dounot (dir.), *Les définitions. Les artifices du droit (II)*, préc., p. 149-163.

Dès lors, pour gagner une meilleure compréhension du mécanisme présomptif, en tant qu'il constitue l'un des « artifices du droit », il est préférable de disposer d'une solide cartographie de la matière et d'indications claires sur le type de contribution que l'ouvrage entend apporter. On cherchera en vain de telles clés de lecture dans l'introduction de l'ouvrage[5], qui adopte une tonalité résolument subjective. Anne-Blandine Caire y soutient que le mécanisme présomptif est une manière de raisonner 1. « innée et primaire » (mais aucun lien n'est fait avec les travaux issus de la psychologie du raisonnement) ; 2. puissant et polyvalent (puisqu'il est aussi bien un mécanisme probatoire qu'une manière de raisonner) ; 3. pérenne (puisque, si les règles de droit en vigueur changent – y compris les dispositions que le Code civil consacre aux présomptions –, le mécanisme persiste dans notre droit à travers les siècles). Cette absence d'un cadrage plus explicite n'aide pas les lecteurs à identifier l'intention et le propos de l'ouvrage, au-delà de son objet. Cette difficulté est renforcée par le fait que les contributions ne sont pas non plus situées par rapport aux nombreux débats qui ont été consacrés par les juristes aux présomptions, en France et à l'étranger.

Le volume s'ordonne autour de deux parties. La première propose une « approche historique et théorique » des présomptions, quand la seconde est consacrée à une approche « technique et pratique ». Une telle ligne de partage expose évidemment à une certaine porosité. Schématiquement, la première partie propose de s'intéresser au mécanisme présomptif lui-même, et cela en suivant des perspectives assez différentes les unes des autres. Fabien Girard analyse de manière approfondie, à partir d'une solide littérature internationale, le *concept* de « présomption normative » et montre comment ces dernières se distinguent des présomptions antéjudiciaires, des présomptions factuelles, des règles de fond et des fictions. Dans un registre proche, mais à partir d'un matériau historique, Sébastien Dhalluin examine la pratique de la condamnation en proportion des preuves (*pro modo probationum*) par le Parlement de Flandre entre 1668 et 1720, dans laquelle il voit une prise en compte de l'intime conviction des juges, admise lorsqu'il existe une forte présomption de culpabilité justifiant le recours à la torture. D'autres contributions s'efforcent de dresser une *typologie* des présomptions établies par la loi et la jurisprudence. Gwendoline Lardeux propose ainsi d'ordonner les présomptions du Code civil selon qu'elles concourent principalement à la découverte de la vérité (finalité probatoire) ou à la réalisation d'une solution juridique donnée (finalité substantielle), tout en soulignant que cette distinction n'est « évidemment pas tranchée » (p. 29). Une orientation proche se retrouve dans le texte de Fabrice Defferrard, qui relève comment le mécanisme présomptif est employé par le droit français aussi bien pour établir une norme de suspicion légitime que pour en apporter la preuve. La contribution d'Eric Fongaro analyse la *nature* – substantielle ou processuelle – des présomptions et les incidences de cette détermination sur les règles de conflits de lois en droit international privé. La seconde partie de l'ouvrage procède selon une logique de l'illustration, consistant à montrer comment des présomptions prennent place dans certaines branches ou secteurs du droit français ou européen. Dans ces contributions, les

5 Il faudra pour cela se reporter à la thèse d'Anne-Blandine Caire, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, préf. J.-P. Marguénaud, Paris : Ed. Pedone, , 2012.

présomptions ne sont pas prises comme objet premier de la réflexion ; les textes rendent plutôt compte de leur présence dans certains domaines du droit, dont l'examen est le cœur véritable de l'analyse. Deux d'entre eux examinent ainsi la *place* prise par les présomptions dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'impartialité des juges dans la procédure pénale (Audrey Oudoul) et dans la reconnaissance du préjudice moral en droit administratif (Caroline Lantero). Deux autres contributions partagent cette démarche, tout en prenant plus fermement position sur la *valeur* qu'il convient de reconnaître aux présomptions en droit bancaire et financier (présomptions qu'Anthony Maymont juge trop défavorables au banquier) et en droit de la famille (Christine Lassalas discutant, sans véritablement trancher, de la question de savoir si le droit contemporain des couples ne commanderait pas d'abandonner la présomption de paternité).

Ainsi, contrairement à ce que l'intitulé de l'ouvrage laisse présager, les contributions réunies s'attachent en réalité très majoritairement aux présomptions « légales » – désignation à laquelle G. Lardeux préfère justement celle de présomption « de droit » et F. Girard de présomption « normative », pour refléter qu'elles sont établies aussi bien par la loi que par la jurisprudence. Sur ce terrain, l'ouvrage apporte des éclairages intéressants et ne manquera pas de retenir l'attention des juristes tant ces présomptions foisonnent dans le droit positif[6]. En contrepoint, l'ouvrage laisse très largement de côté le mécanisme même de la présomption comme forme de raisonnement conduisant à inférer une proposition de fait d'une autre proposition, et plus encore les présomptions qui permettent d'inférer une proposition de fait d'un élément de preuve. L'analyse des présomptions est ainsi ramenée à ce qui se prête à une mise en ordre relevant de la dogmatique juridique, à savoir les présomptions légales, les présomptions « de fait » étant, elles, laissées hors de l'analyse tant elles sont « rétives à toute systématisation » (G. Lardeux, p. 28), « tributaire[s] de l'infinie variété des espèces » (F. Girard, p. 79).

On trouvera pourtant, au fil de la lecture, également matière à discussion et à réflexion sur ce second terrain. Ainsi, comment faut-il comprendre le sens du mot « tire » (« des conséquences que la loi ou le magistrat *tire* d'un fait connu à un fait inconnu ») dans l'article 1349 ancien du Code civil ? G. Lardeux semble y voir un raisonnement déductif (n° 3, 6, 9, 44), et non inductif ou abductif, tout en relevant que les inférences réalisées peuvent être inexactes (et sont parfois ouvertes, du reste, à la preuve contraire). Une telle position se prête, à l'évidence, à discussion. De même, les présomptions de droit sont-elles d'ordre probatoire ? Les contributeurs à l'ouvrage n'apportent pas tous la même réponse à cette question (comp. p. 28 et p. 51). Le texte de Fabien Girard ouvre sur ce sujet la voie à une réflexion approfondie[7]. L'auteur montre que ces présomptions « constituent seulement une forme particulière de la détermination juridique des faits de l'affaire » (p. 53). Il en résulte que, si ces présomptions normatives « ont partie liée avec

6 Voir notamment Roger Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préf. J. Boulanger, Paris : LGDJ, 1950 ; Philippe Merle, *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris : LGDJ, 1970 ; Louis de Gastines, *Les présomptions en droit administratif*, préf. J.-L. de Corail, Paris : LGDJ, 1991 ; Claire Quétant-Finet, *Les présomptions en droit privé*, préf. E. Jeuland, Paris : IRJS Editions, 2013 ; Ljupcho Grozdanovski, *La présomption en droit de l'Union européenne*, Limal : Anthemis, 2020.

7 Voir également sa thèse : Fabien Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, t. 1, Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 105-155.

le droit de la preuve, c'est uniquement en ce qu'elles portent sur la question centrale de l'objet de la preuve » (p. 54). Cette idée le conduit à proposer d'intéressants développements sur cette notion centrale du droit de la preuve qu'est la pertinence, à partir du croisement des analyses de Michele Taruffo sur l'objet de la preuve et de celles de Neil MacCormick et Ota Weinberger sur les faits institutionnels. F. Girard relève ainsi que le « fait » qui constitue l'antécédent abstrait de la règle de droit n'est jamais redevable du régime du vrai et du faux (p. 58) : « parce que le droit a l'aptitude de créer un monde qui lui est propre », le juge devra « identifier un fait 'matériel' auquel référer l'antécédent abstrait de la règle de droit. C'est ce qu'on appelle le *fait juridiquement pertinent* qui (…) est le résultat d'un processus de qualification juridique » (p. 61). La démonstration, pleinement convaincante, ne doit cependant pas faire oublier que, au moins dans le procès civil, ce sont bien les parties qui proposent au juge d'inférer (y compris par des présomptions) – à partir des propositions de fait qu'elles formulent – que des faits juridiquement pertinents sont prouvés, ce qui déclenche l'application de la règle de droit. Le rôle du juge s'étend ainsi, bien au-delà de la détermination des faits institutionnels, à l'appréciation des faits matériels dont les parties proposent d'inférer ces faits institutionnels. Mais ce serait là ramener la discussion vers les questions de preuve à proprement parler, soulignant ainsi les liaisons fondamentales qui existent entre la détermination des faits juridiquement pertinents et la preuve des faits matériels.