

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNE ACADEMIQUE 1980-1981

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

La preuve des droits subjectifs en droit sénégalais

Mémoire présenté par

HENRI GREGOIRE DIOP

REPUBLIQUE DU SENEGAL

*Compte J. 2/5/81 224
Toussaint
244*

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE
DIVISION JUDICIAIRE

SUJET

**La preuve des Droits subjectifs
en Droit Senegalais**

année scolaire
1980/81

*346
D10*

Mémoire soutenu

par

Henri Gregoire Dion

S O M M A I R E

INTRODUCTION

- I) Importance et définition de la preuve
- II) Les modes traditionnels d'administration de la preuve au Sénégal
- III) Annonce du plan

PREMIERE PARTIE

LES PROBLEMES POSES PAR L'OBJET ET LA
CHARGE DE LA PREUVE ET PAR L'ADMISSIBILITE
DES DIFFERENTS MODES DE PREUVE

SECTION I

OBJET ET CHARGE DE LA PREUVE

Paragraphe I : Objet de la preuve

- I) : Le droit n'est pas objet de preuve
 - A. : Principe
 - B. : Exceptions au principe
- II) : Les faits à prouver
 - A. : Le fait ne peut être prouvé que s'il est contesté
 - B. : Le fait doit être pertinent

.../...

- III) : Déplacement de l'objet de la preuve
 - A. : Preuve indirecte et preuve d'un fait négatif
 - B. : Les présomptions

Paragraphe II: Charge de la preuve

- I) : Notion
 - A. : A qui incombe la charge de la preuve ?
 - 1) : Intérêt de la question
 - 2) : Répartition de la charge de la preuve
 - B. : Charge et principe de la neutralité du juge
- II) : Charge et principe de la légalité de la preuve
 - A. : Preuve légale et preuve par intime conviction
 - B. : Interdiction des conventions sur la charge de la preuve
 - C. : Renversement de la charge de la preuve par le biais des présomptions

SECTION SECONDE

L'ADMISSIBILITE DES DIFFERENTS MODES
DE PREUVE

Paragraphe I : L'obligation de préconstituer la preuve

- I) : Fondement de la règle de l'article 14

.../...

- II) : Domaine de la règle de l'article 14
- A. : 1^{ère} règle : Il doit être passé acte de toute conventions excédant la somme de 20.000 frs
- B. : 2^{ème} règle : Contre un écrit, on ne peut prouver que par un autre écrit.

III) : Les mesures d'instruction in futurum,

Paragraphe 2 : Les exceptions à l'obligation de préconstituer la preuve

- I) : Impossibilité de se procurer ou de produire un écrit
 - A. : L'impossibilité matérielle
 - B. : L'impossibilité morale
- II) : Le commencement de preuve par écrit
 - A. : Conditions de recevabilité
 - B. : Les "actes" pouvant servir de commencement de preuve par écrit.

.../...

.../...

LES DIFFERENTS MODES DE PREUVE EN
DROIT SENEGALAIS

SECTION I

LA PREUVE LITTERALE

Paragraphe I : Les actes authentiques

- I) : Conditions de validité
- II) : Force probante

Paragraphe II: Les actes sous seing privé

- I) : Conditions de validité
 - A) : Actes s.s.p relatant des conventions synallagmatiques : la formalité du double
 - B) : Actes constatant un engagement unilatéral : la formalité du bon pour
- II) : Force probante des actes s.s.p.
 - A) : A l'égard des parties
 - B) : A l'égard des tiers

Paragraphe III : Les autres écrits

- I) : Les lettres missives
- II) : Les copies et reproduction de titres

.../...

SECTION II

LES AUTRES MODES DE PREUVE

Paragraphe I : Les témoignages et les présomptions

- I) : Les témoignages
 - A) : La recevabilité de la preuve par témoins
 - B) : Valeur probante des témoignages
- II) : Les présomptions
 - A) : Les présomptions de l'homme
 - B) : Les présomptions légales

Paragraphe II: L'aveu et le serment

- I) : L'aveu
 - A) : L'aveu extra-judiciaire
 - B) : L'aveu judiciaire
- II) : Le serment

CONCLUSION

+++++++

INTRODUCTION

I) IMPORTANCE ET DEFINITION DE LA PREUVE

Tout un chacun, dans toute société donnée est conscient d'avoir des droits : ceci est une vérité d'évidence. Mais ce dont tout un chacun n'a pas conscience, c'est que lorsque ces droits viennent à être contestés, ils doivent être prouvés. Cette assertion est particulièrement vraie pour la société sénégalaise. Combien sont-ils, en effet, ces plaideurs sénégalais de bonne foi, sûrs de leurs droits, qui, parce qu'ils ne pouvaient rapporter la preuve de ces droits, ont perdu leur procès ? Ils sont innombrables ! ...

C'est dire toute l'importance qui s'attache au problème de la preuve des droits subjectifs, surtout en droit sénégalais !

Oh bien sûr et Dieu merci, l'exercice d'un droit n'est pas nécessairement lié à sa sanction juridique par les tribunaux. Mais et selon la formule de Motulsky : "l'efficacité des droits ne s'éprouve que dans la lutte judiciaire". Or cette efficacité dépend d'abord de la possibilité d'assurer la preuve de son droit.

.../...

Lorsqu'un droit vient en effet à être contesté, on ne pourra obtenir sa sanction juridique que si la preuve de l'acte juridique ou du fait juridique qui lui ont donné naissance peut être rapportée. La preuve n'est, autrement dit et pour reprendre une expression de Ihering, que "la rançon des droits".

Quoique belle, cette formule ne nous dit cependant pas en quoi consiste exactement la preuve. Qu'est-ce qu'en effet que prouver ?

Prouver, nous dit le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française le grand Robert, c'est faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vraie, réelle et certaine. En termes plus juridiques, prouver c'est faire reconnaître en justice la réalité d'une allégation par laquelle on affirme un fait d'où découlent des conséquences juridiques. Les preuves ce sont donc les éléments de conviction que les parties sont autorisées à soumettre à la justice. Ce sont aussi les procédés utilisés pour persuader le juge de son "bon droit".

Ces procédés aux termes de l'article 12 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais sont au nombre de cinq. Cet article, tout comme d'ailleurs l'article 1316 du code civil français énumère en effet cinq modes de preuve : l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu judiciaire et le serment.

.../...

La question qui se pose est celle de savoir si ces modes de preuve ont toujours existé au Sénégal.

II) LES MODES TRADITIONNELS D'ADMINISTRATION
ET LA PREUVE AU SENEGAL

L'islam a beaucoup influencé le droit traditionnel africain. Mais si cette influence a été forte et profonde, c'est parce que comme nous le dit Monsieur le Premier Président de la Cour Suprême du Sénégal Kéba M'BAYE, "les deux droits présentaient de nombreux points de similitude et de rencontre qui ont facilité la création d'un nouveau droit africain"... (Kéba M'BAYE : Le droit africain : ses voies et ses vertus R.S.D n° 7 mars 1970 p. 15)

C'est ainsi que dans les deux droits, la preuve par excellence était la preuve testimoniale. S'il n'y a pas lieu de s'étendre dans le cadre de cette étude sur les modalités de ce moyen de preuve en droit coutumier musulman, il convient de signaler que pour être valable, le témoignage devait émaner d'un musulman sain d'esprit et possédant la capacité juridique. Les témoins devaient être au moins deux et être mâles, le témoignage de la femme ne comptant que pour moitié sauf en matière féminine (accouchement par exemple). Trois sortes de témoignages étaient admis : directs, rapportés et par commune renommée (pour les faits anciens).

.../...

Cependant, bien que le coran prêchât la loyauté dans le témoignage nombre de témoins prenaient résolument partie pour les membres de leur famille à qui ils étaient liés par une solidarité agissante. Les plaideurs d'ailleurs le savaient bien et ne présentaient que des témoins de confiance faisant leur ce proverbe arabe : "un ami doit servir pour racoler (les femmes) ou pour témoigner" (Ali Hacène, la preuve testimoniale Revue algérienne 1928, 93).

Il fallait donc se porter vers d'autres systèmes de preuve, soit le système des ordalies qui concernait surtout le droit pénal, soit en matière civile, le système qui fait appel au serment.

Le serment dans une société profondément religieuse comme l'était le Sénégal (et comme il le demeure, du moins nous l'espérons) jouait un rôle non négligeable et il était de nature à impressionner le plaideur. C'était un complément de preuve, valable en droit coutumier musulman lorsque le plaideur n'avait présenté qu'un témoin ou deux femmes. Il pouvait aussi, à titre de serment décisoire, faire la preuve complète si, en l'absence d'éléments probants, il était, soit déféré au défendeur, soit référé au demandeur. Il se prêtait à la mosquée en prenant Allah à témoin.

.../...

Cependant, à partir du 20^e siècle, le serment perdait son effet traditionnel. Les hommes n'hésitaient plus en effet à braver les foudres de Dieu en prêtant de faux serments. Il fallut donc recourir à d'autres modes de preuve. C'est ce que fit le colonisateur français qui avait jugé tout d'abord préférable de ne pas modifier les modes de preuve qui existaient au Sénégal avant son arrivée.

Dans un premier temps, il avait paru en effet impossible au colonisateur d'exiger un écrit. L'arrêté qui promulgue le code civil au Sénégal ne sera pris qu'en 1830. Aux termes de cet arrêté, les juges pouvaient recourir au témoignage, quelle que fut la somme considérée si les contrats étaient passés entre illettrés. L'écrit n'était par conséquent exigé que des gens lettrés.

Le législateur colonial ne tenant pas compte des réalités sénégalaises, devait par la suite en 1897 décider que désormais l'écrit serait exigé dans toutes les occasions. Cette mesure n'eut pas l'effet escompté.

C'est pourquoi, au début du 20^e siècle, le législateur colonial par le décret du 2 mai 1906, intervenait d'une manière plus nuancée. Ce décret, exprimait le souci de respecter les formes coutumières et celui d'assurer la preuve des contrats passés entre les

.../...

personnes de droit coutumier. Il introduisait la procédure d'affirmation devant les représentants de l'autorité.

celle-ci paraît

Chaque fois qu'un contrat était passé entre deux personnes de statut indigène, obligation était faite aux contractants de se présenter devant l'autorité administrative (commandant de cercle, chef de circonscription) et de lui faire lecture de l'écrit. L'autorité, après avoir vérifié que les formalités exigées par le décret avaient été bien accomplies, ajoutait une formule d'attestation sur le contrat. Cet écrit avait alors exactement la même valeur que l'acte sous-seing privé du code civil et présentait un certain nombre d'avantages.

Le premier de ces avantages, c'était le fait que le contrat restait soumis aux règles coutumières. L'écrit n'était là qu'*ad probatorem* c'est à dire pour servir de preuve.

Le deuxième avantage, c'était le fait qu'en cas de difficulté, le juge avait une connaissance certaine du contrat grâce à l'écrit.

le m

Enfin le troisième avantage consistait dans le fait que la procédure d'affirmation habitait les populations sénégalaises à l'usage de l'écrit.

.../...

Le texte de 1906 ne rendait pas cette procédure obligatoire. L'article 1^{er} du décret stipulait en effet que "les conventions conclues entre indigènes selon les règles et formes coutumières... peuvent en vue de preuve être constatées par écrit".

Cependant, et à plusieurs reprises, les tribunaux devaient intervenir pour affirmer que la procédure d'affirmation était obligatoire. Voir par exemple tribunal de Conakry 25 février 1948; Penant 1949 Jurisprudence p. 279 note M.P. Lavigne et Commentaire de Guy Kouassigan dans quelle est ma Loi ? Edition A. Pédone p. 65 - 66.

Dans cette affaire, le propriétaire d'un immeuble avait vendu celui-ci à deux acheteurs successifs. Le premier contrat avait été passé selon les règles coutumières alors que le second avait été établi dans le respect des prescriptions du décret du 2 mai 1906.

Le tribunal de Conakry devait déclarer la seconde vente préférable à la première (bien qu'ayant reconnu que la procédure instituée par le décret de 1906 n'était pas obligatoire) aux motifs que "...le droit coutumier est appelé à disparaître en Afrique comme il a disparu en Europe. Le rôle de la Jurisprudence est en matière coutumière d'aider à l'évolution du droit et de précéder "Oeuvre" du législateur... En conséquence, il y a lieu de dire

.../...

et de juger qu'entre deux acheteurs de bonne foi, celui qui a eu recours à la procédure d'affirmation instituée par le décret du 2 mai 1906 doit être regardé aux yeux du droit français comme le véritable propriétaire"

Cette décision se passe de commentaires. Non seulement le tribunal va au-delà de sa mission qui est de dire le droit mais il va aussi au-delà de "l'oeuvre" du législateur à qui il veut servir de guide. Elle affirme aussi, cette décision, et d'une façon péremptoire la supériorité du droit français et la nécessité de la disparition du droit coutumier. Et, bien que le litige ne port~~ât~~ pas sur la force probante des deux modes de preuve en présence, à savoir le mode de preuve traditionnel et le mode de preuve par écrit, le tribunal a établi une hiérarchie entre ces deux modes de preuve et affirme la supériorité de ^{de} la mode de preuve par écrit instituée par le législateur colonial.

Mais n'est-ce pas ce qu'a fait aussi le législateur sénégalais au moment de l'indépendance ? N'a-t-il pas purement et simplement repris les règles instituées par le code civil en matière de preuve et privilégié l'écrit par rapport aux autres modes de preuve ? A-t-il, ce législateur, tenu compte des réalités sénégalaises tout en n'oubliant pas les prescriptions du droit moderne ?

.../...

Nous allons essayer tout au long de cette étude de répondre à toutes ces questions.

III) ANNONCE DU PLAN

Dans notre législation, la théorie des preuves a été incorporée dans le code des obligations civiles et commerciales, le code de procédure civile ne s'occupant que des formes de l'administration de la preuve. Il y a cependant, et c'est assez regrettable, chevauchement entre les deux codes.

C'est ainsi que le C.O.C.C. omet de réglementer l'expertise et la descente sur les lieux, modes de preuve prévus au code de procédure. Ne voulant pas être plus royaliste que le roi, nous ne traiterons de ces deux modes de preuve qu'incidemment.

1207 ✓
Nous ne ^{me}étendrons pas non plus dans cette étude sur les formes d'administration de la preuve qui, comme nous l'avons déjà dit sont prévues par le code de procédure civile. Après ces remarques préliminaires, nous allons maintenant présenter la division très simple de cette étude.

Nous étudierons dans une première partie "les problèmes posés par l'objet et la charge de la preuve et par

.../...

l'admissibilité des différents modes de preuve" et dans une seconde partie nous traiterons "des différents modes de preuve prévus par le code des obligations civiles et commerciales".

La législation sénégalaise, étant selon une expression consacrée une "soeur jumelle" de la législation française, il est évident que tout au long de cette étude, nous nous référerons constamment au droit français, ce qui ne nous empêchera de souligner chaque fois que de besoin la spécificité du droit sénégalais.

//⁻) PREMIERE //⁻) ARTIE

LES PROBLEMES POSES PAR L'OBJET ET LA CHARGE
DE LA PREUVE ET PAR L'ADMISSIBILITE DES
DIFFERENTS MODES DE PREUVE

Comme nous l'avons déjà vu dans notre introduction, le témoignage que ce soit en droit sénégalais traditionnel ou dans l'ancien droit français fut longtemps vu avec faveur. Un adage de la très ancienne France ne disait-il pas que "Témoins passent lettres".

Cependant, et nous l'avons aussi souligné dans notre introduction, la preuve testimoniale est fragile car les témoins peuvent, soient se tromper, soient se laisser acheter, soient enfin se montrer complaisants à l'égard de leurs amis ou des membres de leurs familles.

Ces inconvénients du témoignage ont amené le législateur sénégalais à obliger, à l'instar de son homologue français les contractants à rédiger un écrit.

L'article 14 du C.O.C.C. sénégalais qui reprend les dispositions de l'article 1341 du code civil français pose en effet

.../...

l'obligation de préconstituer la preuve dans certains domaines et limitent pour ces domaines l'admissibilité des modes de preuve.

Le juge au civil sénégalais saisi d'un litige devra donc avant même d'examiner les modes de preuve produit, par les parties, vérifier si ces modes sont admissibles ou non. Il devra, aussi ce juge déterminer l'objet et la charge de la preuve autrement dit répondre aux questions : que faut-il prouver et qui doit prouver ?

Ce n'est qu'après avoir répondu à ces deux questions qu'il se penchera sur le problème de la recevabilité des différents modes de preuve prévus par le C.O.C.C.

SECTION PREMIERE : OBJET ET CHARGE DE LA PREUVE

PARAGRAPHE PREMIER : OBJET DE LA PREUVE

A la question de savoir ce qu'il faut prouver on peut répondre que seuls les faits, et non le droit, sont matière de preuve.

I) LE DROIT N'EST PAS OBJET DE PREUVE

L'objet de la preuve n'est pas de prouver la loi. L'adage latin "Da mihi factum, dabo tibi jus" (donne-moi le fait, je te donne le droit) traduit bien le rôle respectif du juge et des parties. Il n'appartient pas en effet à ces dernières de prouver la loi.

.../...

Ce principe admet cependant des exceptions. Ainsi il appartient au plaideur qui invoque une coutume ou une loi étrangère de prouver celles-ci.

A) PRINCIPE

Les plaideurs n'ont pas à apporter la preuve de la règle de droit applicable aux faits litigieux qu'ils ont soumis au juge. La notion de preuve ne s'applique en effet qu'aux données de fait. Le juge qui a pour mission de dire le droit (il a la Jurisdictio) ne saurait ignorer la loi. C'est ce que traduit l'adage latin "Jura novit curia" (le juge est censé connaître la loi) qui fait obligation au juge de connaître la loi et de l'appliquer aux faits qui lui sont soumis. Et si d'aventure, les conseils des parties (s'ils en ont) s'amusaient à essayer de prouver la loi, le tribunal ne manquerait de les rappeler à l'ordre en leur lançant la célèbre boutade : "Avocats, passez aux faits, le tribunal connaît le droit".

Il est des cas cependant où le tribunal n'est pas censé connaître le droit.

B) EXCEPTIONS AU PRINCIPE

S'il n'appartient pas aux plaideurs sénégalais de prouver la loi sénégalaise applicable à leur litige, il leur appartient

.../...

par contre, lorsqu'ils invoquent une coutume de prouver celle-ci.
La connaissance de la teneur d'une coutume par le juge est en effet
rendue difficile par son caractère oral. C'est pourquoi la partie à
un procès qui invoque une coutume est tenue de prouver celle-ci.
Elle peut le faire en produisant un certificat de coutume ou en pré-
sésentant des témoins.

De même, lorsque l'une des parties invoque une loi
étrangère, elle doit en cas de contestation prouver l'existence de
celle-ci. Dans certains litiges des lois étrangères peuvent en effet
être applicables au Sénégal. Ce sera le cas notamment lorsque l'un
des plaideurs est étranger ou lorsque le contrat litigieux a été con-
clu à l'étranger. Mais l'application de la loi étrangère reste excep-
tionnelle et ne se rencontre pratiquement qu'en matière de statut per-
sonnel. Dans la majorité des cas, le juge sénégalais aura à appliquer
la loi sénégalaise que les parties n'ont pas à prouver car seuls les
faits sont objet de preuve.

II) LES FAITS A PROUVER

(l'objet de la preuve (2e))

Le mot fait doit s'entendre ici comme les éléments con-
crets d'où découle le droit invoqué. Il peut s'agir soit d'un fait
juridique (accident par exemple) soit d'un acte juridique (contrat).
Seuls ces faits peuvent faire l'objet de preuve à condition qu'ils
soient contestés et pertinents.

.../...

A) LE FAIT NE PEUT ETRE PROUVE QUE S'IL EST CONTESTE

Un fait allégué par une partie et qui n'est pas contesté par son adversaire n'a pas à être prouvé. Le juge devra le tenir pour établi, pour constant même si personnellement, il ne croit pas en la vérité de l'allégation car comme nous le dit Motulsky : "un fait reconnu ou simplement non contesté n'a pas besoin d'être prouvé".

Ce principe explique le fait que l'aveu judiciaire qui consiste (comme nous le verrons dans notre deuxième partie) en la reconnaissance du fait allégué par l'adversaire, lie le juge. La nécessité de prouver ne naît donc que lorsque le fait est contesté. Encore faudrait-il aussi que le fait contesté soit pertinent pour qu'il puisse être de quelque utilité au juge.

B) LE FAIT DOIT ETRE PERTINENT

Est pertinent le fait qui se rapporte au litige et dont la preuve est utile à la solution de celui-ci. Il y a impertinence du fait allégué, si à supposer ce fait établi, il n'entraînera l'application d'aucune règle de droit apte à résoudre le litige.

Il y a aussi impertinence du fait allégué lorsque la preuve du fait proposé n'est pas de nature à modifier la conviction du juge qui est déjà faite.

.../...

Dans les deux cas, l'offre de preuve de ces faits doit être repoussée par le juge.

Cependant, dans certains cas, le juge ou même la loi autorisera les plaideurs à établir la réalité des faits qui ne se rapportent pas directement au litige. La preuve va alors porter sur des faits connexes ou voisins. Il y a déplacement de l'objet de la preuve.

III) DEPLACEMENT DE L'OBJET DE LA PREUVE

Il y a déplacement de l'objet de la preuve dans trois cas : preuve indirecte, preuve d'un fait négatif et présomptions.

A) PREUVE INDIRECTE ET PREUVE D'UN FAIT NEGATIF

1) Il est des cas où la preuve directe d'un fait allégué et contesté est difficile à faire. Il appartiendra alors au juge d'autoriser la partie qui invoque ce fait à prouver des faits connexes et voisins de l'existence desquels il pourra tirer toutes conséquences utiles.

Ainsi, le juge, pour établir le comportement fautif d'un automobiliste, devra le plus souvent se fonder sur des indices matériels tels que traces de freinage ou position du véhicule.

.../...

2) Il est aussi des cas où la preuve directe d'un fait est impossible. Ainsi, il est très souvent impossible de faire la preuve directe d'un fait négatif. "Negativa non est probanda" disait-on jadis.

Cependant s'il est vrai que la preuve d'un fait négatif ne peut jamais se faire directement, il est à signaler qu'il n'est pas toujours impossible de faire la preuve d'un fait négatif. Ainsi, on prouvera qu'on n'était pas présent à telle heure à tel endroit en prouvant qu'on se trouvait au même instant en un autre lieu. Comme le dit J. Larguier : "De même que certaines formes d'abstention ne sont que des formes d'action invoquées, de même certains faits que l'on peut présenter comme négatifs ne le sont que par l'artifice d'une construction grammaticale". En d'autres termes, la négation du fait ne résulte que de la construction grammaticale utilisée. Mais il est des cas où la proposition négative ne comporte pas d'antithèse immédiate comme dans l'exemple que nous avons cité supra. Ainsi lorsque l'on dit : "je n'ai pas commis de faute", on ne peut pas rapporter la preuve directe de cette absence de faute. Ainsi l'article 143 du C.O.C.C. rend les parents responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs. Mais l'article 145 les exonère de cette responsabilité s'ils établissent qu'ils n'ont pu empêcher le dommage. La preuve directe

.../...

qu'ils n'ont pu empêché le dommage est impossible, c'est pourquoi ce fait négatif ne pourra être établi que sur la base d'un certain nombre d'éléments positifs d'où il découle qu'ils n'ont pas commis de faute (exemple cité par Mr BOYE dans son cours de droit civil de 1^{ère} année).

En conclusion, nous pouvons dire que la preuve d'un fait négatif se ramène nécessairement à la démonstration de faits positifs, faits qui peuvent parfois être présumés.

B) LES PRESOMPTIONS

Dans certaines hypothèses, c'est la loi elle-même qui prévoit le déplacement de l'objet de la preuve. Il s'agit des présomptions sur lesquelles nous reviendrons dans notre deuxième partie. Ce qui nous intéresse ici, c'est de savoir que lorsque la loi pose des présomptions, cela ne s'agit nullement de dispense de preuve, mais plutôt d'un déplacement dans certains cas, de l'objet de celui-ci. La présomption légale ne constitue en effet qu'un allègement de la preuve car comme l'a constatée la cour de cassation française : "Celui qui invoque une présomption légale doit établir l'existence du fait d'où la loi tire présomption".

.../...

La loi peut donc par le biais des présomptions déplacer l'objet de la preuve. Mais il faut prendre garde à ce que ce déplacement n'aboutisse comme nous le dit Mr BOYE à un renversement de la charge de la preuve.

PARAGRAPHE SECOND : CHARGE DE LA PREUVE

Il est un principe de bon sens : Normalement, personne ne doit rien à personne. C'est ce qu'en droit on appelle la règle de l'indépendance juridique des individus. En vertu de cette règle, il appartient à celui qui invoque un droit de l'établir c'est à dire de prouver le fait juridique ou l'acte juridique qui lui ont donné naissance.

C'est tout le problème de la charge de la preuve.

I) NOTION

A) A QUI INCOMBE LA CHARGE DE LA PREUVE ?

a) Intérêt de la question

L'organisation de la répartition de la charge de la preuve sur la base d'un principe clair et logique revêt une grande importance pour l'attribution du risque de la preuve. En effet lorsqu'à la suite de la production des éléments de preuve, la conviction du juge ne parvient pas à être faite ni dans un sens, ni dans l'autre,

...../...

et qu'il subsiste un doute, il faudra nécessairement que le juge détermine laquelle des deux parties au procès a gain de cause car il est tenu de prendre partie. Or l'incertitude et le doute qui subsistent à la suite de la production d'une preuve doivent être nécessairement retenus au détriment de celui qui avait la charge de la preuve.

Assume donc la charge de la preuve celui qui supportera éventuellement les conséquences de l'absence de preuve car comme nous le dit J. Chevalier : "Les règles concernant la charge de la preuve sont le complément nécessaire du principe qui enjoint au juge de statuer même dans le doute ; elles dictent au juge la décision qu'il doit prendre si la situation de fait reste douteuse (J. Chevalier observ. sous Cass. Civ. 15 juin 1967)

Le doute doit donc nécessairement préjudicier à celui qui a la charge de la preuve (Cass. Soc. 15 octobre 1964 Bull. civ. IV n° 678 p. 556). Reste à savoir comment est réparti la charge de la preuve.

b) Répartition de la charge de la preuve

C'est l'article 9 du C.O.C.C. qui consacre à l'instar de l'article 1315 du code civil, le principe selon lequel "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence et celui qui se prétend libéré doit prouver que l'obligation est inexistante ou éteinte".

.../...

Cet article définit les rôles respectifs des parties au procès civil. Ainsi, il appartient au demandeur qui allégué un fait contesté par le défendeur de le prouver. C'est la règle "actori incumbit probatio". Il lui suffira, pour ce faire, de rendre sa prétention vraisemblable.

Cela fait, c'est à son adversaire, le défendeur à détruire cette vraisemblance en prouvant d'autres faits qui font obstacle à l'existence du droit invoqué. Ainsi, si le demandeur prouve qu'il est créancier du défendeur en produisant le contrat, il appartiendra au défendeur qui soutient qu'il a déjà payé de prouver cette exception de paiement qu'il soulève.

C'est la règle "reus in excipiendo fit actor" consacrée par l'alinéa 2 de l'article 9 du C.O.C.C. et l'alinéa 2 de l'article 1315 du code civil : "celui qui se prétend libéré doit prouver que l'obligation est inexistante ou éteinte". Mais encore faudrait-il pour que cette règle puisse jouer que le demandeur prouve l'existence de l'obligation dont il réclame l'exécution. De simples allégations ne sauraient en effet, comme l'a constaté la 2^e section de la cour suprême du Sénégal, aboutir à un renversement de la charge de la preuve (2^e section 14 mars 1973 arrêt n° 4 recueil Aserj. p. 23).

.../...

La charge de la preuve passe donc selon les circonstances de l'une des parties à l'autre, parce que comme nous le dit Boris Starck "la preuve n'est qu'en définitive qu'un balancement de probabilités". Le tribunal quant à lui se contente d'attendre que l'une des parties fasse la preuve de son droit pour lui donner raison.

B) CHARGE DE LA PREUVE ET PRINCIPE DE LA NEUTRALITE DU JUGE-

Deux procédures sont concevables dans la conduite d'un procès. On peut soit suivre une procédure inquisitoire, soit suivre une procédure accusatoire.

Dans la procédure accusatoire, le procès est l'affaire des parties. Le tribunal, quant à lui est neutre.

La procédure inquisitoire, elle, laisse au juge l'initiative du procès. C'est celle qui est suivie en matière pénale.

En matière civile, c'est le principe de la neutralité du juge qui prédomine. Ce principe entraîne deux conséquences :

1) Le juge ne devra former sa conviction qu'à partir des preuves qui ont été soumises à la discussion contradictoire des parties. Il ne pourra en aucun cas faire état des faits dont il a eu une connaissance personnelle en dehors du procès (Cass. Civ. 10 août D.P. 1887 5-5- p.551). Mais il lui est cependant permis de

.../...

fonder sa décision sur des faits que le dossier lui a révélés alors même que les parties les estimant sans importance, n'avaient pas cru devoir les invoquer à l'appui de leurs prétentions.

Il pourra aussi et d'office relever des moyens de pur droit.

2) Le juge ne devra pas se laisser influencer par l'opinion d'un tiers. Même s'il est contraint de faire appel à un expert, il n'a pas le droit de lui déléguer son pouvoir d'appréciation et de décision. L'expert en effet n'émet qu'un avis. Il appartiendra au juge de décider s'il doit en tenir compte ou non (Cour Suprême, 2^e Section 22 juillet 1970 arrêt n° 17 recueil Aserj. 1970 p. 65)

Le principe de la neutralité du juge dans le procès civil est battu en brèche à l'heure actuelle car en maintes matières, le législateur sénégalais comme le législateur français du reste, accordent de très larges pouvoirs d'initiative et d'investigation au magistrat.

C'est ainsi que le juge peut inviter les parties à lui fournir toutes explications de fait qu'il estime nécessaire ; qu'il peut ordonner d'office des mesures d'instruction (expertises, enquêtes c'est à dire preuve par témoins, descente sur les lieux etc...)

.../...

L'accroissement des pouvoirs du juge et la faculté qui est sienne d'ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles n'affecte en rien la charge de la preuve.

Celle-ci en effet ne se confond nullement avec la recherche de la preuve. Mais le magistrat devra veiller au respect du principe de la légalité de la preuve.

II) CHARGE DE LA PREUVE ET PRINCIPE

DE LA LEGALITE DE LA PREUVE

A) PREUVE LEGALE ET PREUVE PAR INTIME CONVICTION

Il existe deux systèmes différents en matière de droit de la preuve : le système dit de la preuve légale ou preuve parfaite et le système dit de la preuve par intime conviction ou encore preuve imparfaite ou encore preuve morale.

Dans le système de la preuve légale, le juge n'a pratiquement pas de pouvoir d'appréciation. C'est la loi en effet qui détermine les moyens de preuve, leur condition d'admissibilité ainsi que leur force probante. Dans un tel système, affirme un auteur cité par Mr BOYE "le magistrat n'affirme pas le fait parce qu'il est convaincu de sa réalité, mais parce que l'ensemble des preuves produites équivaut à une certitude présumée légale"

.../...

Dans le système de la preuve par intime conviction par contre, les divers moyens de preuve n'ont que la valeur que veut bien leur accorder le tribunal, aucune preuve quelle qu'elle soit ne lie le tribunal. Seule compte l'intime conviction du juge.

Les preuves, en matière pénale, appartiennent toutes à la catégorie de la preuve par intime conviction.

En matière civile par contre, le législateur sénégalais a opté à l'instar du législateur français pour le système de la légalité atténuée.

Dans certaines matières en effet, le C.O.C.C. tout comme le code civil, détermine les conditions d'admissibilité des moyens de preuve (articles 13 et 14 du C.O.C.C. et article 1341 du C.C.) et leur force probante (articles 14 et 28, 33 et 35 du C.O.C.C. et 1319 à 1337, 1356, 1361 du C.C.).

Dans d'autres par contre, il laisse au juge une très grande liberté d'appréciation (témoignage et aveu extra judiciaire).

Cependant, les règles de preuve ne sont pas d'ordre public et les parties, aux termes de l'article 37 du C.O.C.C. peuvent les modifier par convention. La question qui

.../...

se pose est celle de savoir si elles peuvent modifier la charge de la preuve telle qu'elle est répartie par la loi.

B) INTERDICTION DES CONVENTIONS SUR
LA CHARGE DE LA PREUVE

Aux termes de l'article 38 du C.O.C.C. "sont nulles les conventions ayant pour objet de modifier la charge de la preuve telle qu'elle est répartie par la loi".

Toutefois si cet article interdit les conventions sur la charge de la preuve, l'article 37, quant à lui, permet aux parties de "régler conventionnellement l'acquisition ou la perte d'un droit par la production d'un mode de preuve déterminé".

Cet article n'a pas son équivalent en droit français. En France en effet, c'est la jurisprudence qui se montre favorable aux conventions sur la preuve. Quant à la doctrine, elle est divisée.

Une partie de celle-ci s'appuyant sur une conception individualiste du procès soutient que les règles de preuve sont d'ordre privé et que par conséquent les parties sont libres de les modifier.

.../...

L'autre partie, quant à elle ; estime que ces règles sont d'ordre public et ont un caractère impératif, les parties ne peuvent par conséquent les mettre en échec.

Une telle discussion a perdu tout son intérêt en droit sénégalais puisque comme nous l'avons déjà vu, l'article 37 permet les conventions sur la preuve. Mais ces conventions seraient nulles si elles visaient à renverser la charge de la preuve au profit de l'une des parties - ce qui ne peut être que le fait de la loi.

C) BENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE
PAR LE BIAIS DES PRESOMPTIONS LEGALES

Si les parties ne peuvent d'elles-même modifier les règles de répartition de la charge de la preuve, la loi, elle, le peut. Elle le fera par le biais des présomptions légales.

Mais cette fois-ci, l'utilisation du procédé de la présomption n'aboutit pas au déplacement de l'objet de la preuve mais au déplacement de la charge de la preuve. Par exemple, lorsque l'article 10 alinéa 2 du C.O. pose la règle qu'en toute hypothèse la bonne foi est présumée, il dispense de toute preuve celui qui invoque sa bonne foi. Il reviendra

.../...

au défendeur de prouver la mauvaise foi. L'article 10 du C.O.C.C. pose donc une présomption qui détermine la partie qui doit prouver.

Reste à savoir si le mode de preuve qu'elle présentera au juge sera admissible.

SECTION SECONDE : L'ADMISSIBILITE DES DIFFERENTS
MODES DE PREUVE

Aux termes de l'article 14 du C.O.C.C. "il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toute convention dont l'objet excède 20.000 francs".

Cet article pose ainsi l'obligation de préconstituer la preuve dans certains domaines et limitent pour ces domaines l'admissibilité des modes de preuve. Cependant le législateur sénégalais qui se devait de tenir compte de la situation de notre pays où la majorité de la population est analphabète n'a pas manqué de prévoir des dérogations à la nécessité d'un écrit au-dessus de 20.000 francs.

PARAGRAPHE PREMIER : L'OBLIGATION DE PRECONSTITUER
LA PREUVE

L'écrit exigé par l'article 14 du C.O.C.C est un écrit exigé ad probatam ~~men~~ et non ad solemnitaten. En d'au-

.../...

tres termes, l'écrit n'est exigé qu'à titre de preuve. Le fait qu'il n'ait pas été dressé n'a aucune incidence sur l'existence du droit invoqué. Tout le problème sera de prouver ce droit si jamais il vient à être contesté et si un écrit le constatant n'a pas été dressé.

Reste à savoir aussi pourquoi le législateur sénégalais a cru nécessaire d'exiger à l'instar du législateur français, un écrit pour toute convention dont l'objet dépasse 20.000 francs:

I) FONDEMENT DE LA REGLE DE L'ARTICLE 14
DU C.O.C.C.

Etudier le fondement de l'article 14 du C.O.C.C., c'est étudier celui de l'article 1341 du C.C. français qui lui aussi, exige un écrit pour toute convention portant sur une somme supérieure à 50 francs français ou sur une prestation quelconque dont la valeur est supérieure à cette somme.

Les auteurs justifient l'exigence d'un écrit dans ces deux articles par le fait que la force probante des écrits est supérieure à celle de tout autre moyen de preuve notamment le témoignage. Le témoignage en effet, comme nous l'avons déjà vu, est un mode de preuve fragile alors que l'écrit ménagé à l'avance est plus sûr.

.../...

La question qui se pose est celle de savoir si ces justifications, admissibles en France, peuvent être acceptées au Sénégal où la majorité de la population est analphabète et où la parole a toujours été reine.

L'étude de l'affaire Pape DIOP contre Aliou GUEYE va peut-être nous permettre de répondre à cette question. Les faits sont fort simples dans cette affaire. Pape DIOP chauffeur au service du transporteur Aliou GUEYE prétendait que son employeur lui devait 10 mois de salaire. Ce dernier soutenait avoir régulièrement versé son salaire à son employé mais il avait omis de lui délivrer des bulletins de paie car arguait-il d'une part il était illettré, et d'autre part il n'était pas délivré de bulletin de salaire dans ce cas d'après l'usage de la profession.

Le tribunal du travail de Dakar va rejeter cette argumentation aux motifs que l'article 126 du code du travail fait obligation à l'employeur de délivrer des bulletins de paie à son employé et qu'il ne peut prouver le paiement des salaires dus que par la production de ces bulletins. (affaire Pape DIOP contre Aliou GUEYE en date du 24 avril 1969 R.S.D n° 6 septembre 1969 page 101 commentée par Mr BOYE dans son cours de droit civil).

.../...

Cette affaire nous montre les problèmes posés par l'application de l'article 14 dans un pays comme le nôtre où la majorité de la population ne sait ni lire, ni écrire. Il ne faut cependant pas jeter la pierre au législateur sénégalais qui a essayé de tenir compte de cette situation en posant dans l'article 20 du C.O.C.C. l'obligation pour la partie illettrée de se faire par deux témoins lettrés.

Aux termes de cet article "la partie illettrée doit, en effet se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence, ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés".

Mais pour que cet article ne demeure pas lettre morte, encore faudrait-il qu'il y ait des lettrés dans toutes les zones du Sénégal. Ce qui malheureusement n'est pas le cas. Peut-être qu'en encourageant la profession "d'écrivain public" pourra-t-on arriver à mettre en oeuvre l'article 20 du C.O.C.C.

Quoiqu'il en soit, il appartiendra au juge sénégalais de tenir compte des réalités de son pays. Il devra aussi, ce juge toujours avoir à l'esprit que l'obligation de préconstituer la preuve ne s'étend pas à toutes les personnes ni à toutes les matières.

.../...

II) DOMAINE DE LA REGLE DE L'ARTICLE 14
DU C.O.C.C.

L'obligation de préconstituer la preuve ne concerne que les parties à la convention. Cette règle n'est pas en effet opposable aux tiers qui peuvent prouver la convention par tous moyens.

Cette précision apportée, voyons en ^{consiste} quoi la règle édictée par l'article 14 du C.O.C.C. complétée par celle édictée par l'article 29 alinéa 2.

A) 1^{ère} REGLE : IL DOIT ETRE PASSE ACTE DE TOUTES
CHOSSES EXCEDANT LA SOMME DE 20.000F

D'après l'article 14, comme nous l'avons déjà vu, toute convention dont l'objet dépasse 20.000 francs doit être relatée par écrit. Par toute convention cet article entend tout acte juridique c'est à dire tout acte qui donne naissance à une obligation ou qui entraîne une transmission de droits réels, comme aussi tout acte qui emporte l'extinction ou la mutation de ces mêmes droits.

Par opposition aux actes juridiques, les faits matériels ou simples faits ne tombent pas sauf exceptions ^{pour} sauf le coup de l'article 14 du C.O.C.C. Les plus connues

.../...

de ces exceptions concernent les faits par lesquels on prouve l'état civil d'une personne (filiation légitime ou naturelle par exemple). L'article 29 du code de la famille dispose en effet que l'état des personnes "n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil" (cf arrêt du 20 juillet 1977 de la Cour Suprême).

Cependant, les faits peuvent généralement se prouver par tous moyens ce qui est l'application d'une règle générale à savoir que la nécessité d'un écrit doit être écartée lorsqu'il s'agit d'établir un fait, qui par sa nature même, ne prêtait point lorsqu'il s'est passé à la rédaction d'un écrit.

B) SECONDE REGLE : CONTRE UN ECRIT, ON NE PEUT PROUVER QUE PAR UNE AUTRE ECRIT

Aux termes de l'article 29 alinéa 2 "la preuve par témoins ou par présomptions du fait de l'homme n'est pas recevable contre et outre le contenu d'un acte écrit". Il apparaît nécessaire de préciser le domaine d'application de cet article.

Il ressort de cet article que lorsqu'on écrit est dressé, fut-ce à propos d'une opération ne dépassant

.../...

somme de 20.000 francs, la preuve du contenu de cet écrit ne peut se faire par témoins. A contrario, on ne pourra prouver, contre le contenu de l'acte, c'est à dire rien de contraire aux dispositions de cet acte, ni outre ce contenu, c'est à dire rien qui aurait été soi-disant omis, que par un écrit.

La question qui se pose est celle de savoir si les dispositions de l'article 29 alinéa 2 sont d'ordre public. La jurisprudence française se prononce pour la négative. Elle considère en effet que la règle posée par l'article 1341 du code civil, équivalent de notre article 29 alinéa 2, est une règle protectrice de simples intérêts privés, et que dès lors ^{que} les parties ~~qui~~ ne soulèvent pas le moyen du défaut de preuve littérale devant les juges du fond ^{elles} ont valablement renoncé à s'en prévaloir (civ. 6 janvier 1136 D.H. 1936 - 115).

La jurisprudence sénégalaise ne s'est prononcée qu'incidemment sur ce problème en admettant que les parties peuvent recourir à des témoins pour interpréter l'écrit (Cour d'Appel de Dakar 27 Juin 1969 arrêt n° 150 p. 76 recueil Aserj. 1969).

Elle ne s'est pas par contre prononcée du moins à notre connaissance, sur le problème des enquêtes et des expertises à futur prévues par le code de procédure civile.

.../...

III) PRECONSTITUTION DE LA PREUVE AU MOYEN
DES ENQUETES ET DES EXPERTISES IN
FUTURUM

Le droit sénégalais contrairement au droit français semble admettre les mesures d'instruction in futurum.

En droit français en effet, les enquêtes et les expertises à futur sont interdites aux motifs que les textes n'admettent l'enquête et l'expertise qu'à titre incident.

Ce n'est en effet qu'à l'occasion d'un procès déjà engagé que le juge peut ordonner des enquêtes ou une expertise.

Les auteurs avancent aussi l'argument qu'admettre la validité des enquêtes et des expertises in futurum serait faire sortir le juge de sa mission légale qui est d'interpréter la loi et de dire le droit et qui n'est pas de permettre aux parties de trouver des moyens de preuve qui pourraient leur être utiles plus tard.

Cette position de la procédure Française est critiquable à plus d'un titre. En effet pourquoi ne pas permettre aux parties de s'assurer dès maintenant de l'audition de témoins qui peuvent être appelés à disparaître ou qui risquent l'âge aidant, de ne plus se souvenir. Pourquoi par ailleurs ne pas permettre au juge de constater dès maintenant un état de fait essentiellement temporaire ?

.../...

Le code de procédure civile sénégalais a semblé prendre en considération ces critiques. L'article 136 de ce code dispose en effet "que la demande d'enquête est soit principale, soit incidente". En droit Français l'enquête est toujours une demande incidente. Il semblerait donc qu'en droit sénégalais une personne puisse en dehors de tout procès saisir le juge pour lui demander d'ordonner une enquête à propos de faits qui se sont pas encore contestés mais qui risquent de l'être.

L'article 156 du code de procédure civile, quant à lui, prévoit l'expertise en futurum puisqu'il dispose : "lorsqu'au cours d'un procès ou avant tout procès..." Les victimes d'accidents de la circulation auraient intérêt à mettre en oeuvre cette article. En saisissant dès la survenance de l'accident le juge des référés par exemple aux fins de nomination d'expert, ils auraient en leur possession un certificat médical dont l'authenticité ne pourra pas être mise en doute par l'autre partie.

Nous le voyons, même en dehors de tout procès, le droit sénégalais à l'instar du droit allemand, permet les mesures d'instruction in futurum réproovées en droit français.

Ces mesures d'instruction in futurum rappellent la procédure d'affirmation instituée par le décret du 2 mai 1906

.../...

que nous avons étudié dans notre introduction. Elles permettent aux parties de préconstituer des preuves en vue d'un procès éventuel. Malheureusement, il semblerait que dans la pratique, les sénégalais n'y recourent jamais.

Il est vrai qu'il n'est pas toujours possible de se ménager à l'avance une preuve. C'est ce qu'a compris le législateur sénégalais qui à l'instar du législateur français, a prévu des exceptions à l'article 14 du C.O.C.C.

PARAGRAPHE SECOND : LES EXCEPTIONS A L'OBLIGATION
DE PRECONSTITUER LA PREUVE

Ces exceptions sont au nombre de quatre. Trois d'entre elles, sont prévues par la loi.

Ainsi aux termes de l'article 13 du C.O.C.C., la preuve est libre en matière commerciale pour les actes juridiques. Autrement dit, les conventions passées par les commerçants peuvent être prouvées par tout moyen même si l'objet de ces conventions excède 20.000 francs. Toutefois certains actes de commerce tels que les effets de commerce (lettre de change, billet à ordre ou chèque) ne peuvent être prouvés que par des écrits.

.../...

Les deux autres exceptions légales à l'obligation de préconstituer la preuve sont consacrées par les articles 15 et 16 du C.O.C.C. Il s'agit de l'impossibilité de préconstituer de la preuve et du commencement de preuve par écrit.

Avant d'étudier ces deux exceptions, signalons que la quatrième exception à la règle de l'article 14 est tirée du principe général du droit qui veut que "la fraude corrompt tout" (fraus omnia corrumpit). La preuve par tous moyens sera donc admissible pour les actes juridiques lorsque ceux-ci sont attaqués pour fraude.

I) L'IMPOSSIBILITE DE SE PROCURER UN ECRIT

Aux termes de l'article 15 du C.O.C.C., le créancier pourra prouver l'existence de l'opération juridique dont l'objet excède même 20.000 francs par tous moyens toutes les fois qu'il ne lui a pas été possible de se procurer ou de produire une preuve écrite de la convention.

Quoique l'article 15 ne définisse pas la notion d'impossibilité de se procurer un écrit, nous pouvons en nous référant au code civil et à la jurisprudence française dire qu'il y a deux sortes d'impossibilités : l'impossibilité matérielle et l'impossibilité morale.

.../...

A) L'IMPOSSIBILITE MATERIELLE

"Par impossibilité matérielle, nous dit Boris Starck, on entend certains événements imprévus, qui par suite de leur soudaineté, n'ont pas laissé aux parties, le temps matériel de rédiger un écrit".

Le code civil, qui contrairement aux C.O.C.C prévoit l'impossibilité matérielle en indique les applications (article 1348 du C.C.).

1) La première application a trait aux "obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits"

La question qui se pose est celle de savoir si cette disposition de l'article 1348 du C.C. est applicable en droit Sénégalais. Notre droit en effet, ignore la distinction établie par le C.C. entre contrats et quasi-contrats et entre délits et quasi-délits. Cependant l'on peut sans faire référence aux notions de quasi-contrat ou quasi-délit faire application du 1^o) de l'article 1348 du C.C. Ainsi en matière de gestion d'affaires prévue par le C.O.C.C. le géré bénéficiera de la disposition de l'article 1348, car n'ayant pas été en rapport avec le gérant, il n'a pu se prémunir d'une preuve écrite contre lui.

2) La seconde application prévue par l'article 1348 concerne les "dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine³ tumulte ou naufrage" les "obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pouvait pas avoir des actes par écrit".

Ces cas se confondent. La rapidité des circonstances qui donnent naissance à l'obligation explique la règle établie pour le cas de ces accidents imprévus que sont un incendie, une ruine, un naufrage.

.../...

L'article 15 du C.O.C.C. qui parle d'impossibilité de se procurer un écrit vise certainement tous les cas que nous venons de citer. Mais en s'abstenant de prévoir les applications de l'impossibilité matérielle, elle laisse au juge sénégalais un très large pouvoir d'appréciation. Il appartiendra donc à la jurisprudence sénégalaise de donner une définition, la plus large possible à la notion d'impossibilité matérielle de se procurer un écrit. Tout ce qu'on peut dire, quant à présent, c'est que le fait d'être illettré ne constitue nullement une impossibilité matérielle de se procurer un écrit (cf Affaire Papa DIOP contre Aliou GUEYE déjà citée).

Quant à l'impossibilité de produire un écrit, visé également par l'article 15 du C.O.C.C., elle recouvre l'hypothèse, de la perte, du vol ou de la destruction de l'écrit qui avait été préalablement dressé.

Le créancier doit d'abord, dans ce cas prouver que l'écrit a existé et qu'il a été détruit ou volé. Cette double preuve peut être faite par témoins ou présomptions. Ce n'est alors que le créancier sera recevable à prouver par témoins le contenu exact de l'acte perdu.

B) IMPOSSIBILITE MORALE DE SE PROCURER UN ECRIT

Cette impossibilité résulte surtout des usages. Dans certains cas, il est moralement impossible d'aller à l'encontre des usages et d'exiger un écrit. C'est ainsi que les habitudes de la profession hôtelière sont de ne pas délivrer de reçus pour les dépôts d'hôtellerie. Le voyageur logeant dans une hôtellerie ne pourra donc pas en exiger un (La jurisprudence française admet par analogie

.../...

d'autres cas d'impossibilité morale d'exiger un écrit. Elle a fait application entre le médecin et ses clients, le maître et ses domestiques, l'instituteur et ses élèves, la femme et son mari, le père et le fils... (Civ. 17 mars 1938. P.P. 38-1-115 ; Req. 12 mars 1941 S.1941-1-131).

Au Sénégal, la Cour d'Appel de Dakar s'est prononcée incidemment sur le problème de l'impossibilité morale de se procurer un écrit dans l'affaire Khalil et Daher Dalank contre dame Nahmat HACHEM, (C.A. Dakar n° 202-16/7/1971)

Dans cette affaire, les frères Dalank qui avaient signé un effet de commerce au bénéfice du défunt mari de la dame Nahmat HACHEM, prétendaient, pour faire admettre la preuve testimoniale qu'ils avaient honoré cet effet de commerce, que "leurs" relations amicales avec feu Mourad étaient d'une telle intensité qu'ils ne songeaient à lui réclamer quittance".

La cour va avec raison, rejeter ce moyen. Etendre en effet l'hypothèse de l'impossibilité morale aux rapports entre amis serait allé trop loin. Au Sénégal, où la notion de parenté est large, admettre cette impossibilité entre parents est déjà plus que largement suffisant, et ce d'autant plus que le législateur a admis la preuve par témoignage lorsqu'on possède un commencement de preuve par écrit.

II) LE COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ECRIT

Aux termes de l'article 16 du C.O.C.C. les témoignages et présomptions sont également recevables lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle commencement de preuve par écrit tout acte qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué. Ce commencement de preuve ainsi défini doit remplir certaines conditions pour être recevable.

A) CONDITIONS DE RECEVABILITE DU COMMENCEMENT DE PREUVE
PAR ECRIT

1) Il doit s'agir d'un écrit. Ce peut être un "acte" c'est à dire un écrit rédigé en vue de faire preuve, mais auquel il manque une des conditions exigées par la loi (acte sous seing privé non signé, acte authentique nul pour non accomplissement des formes légales : Ainsi au Sénégal, il semblerait que la jurisprudence du tribunal de 1^{ère} instance de Dakar assimile à un commencement de preuve par écrit les ventes d'immeubles réalisés par actes sous-seing privés. Nous n'avons malheureusement pas nous procurer un jugement traitant de cette question).

Ce peut être un simple projet d'acte ou même un écrit quelconque non rédigé pour faire preuve : une lettre missive, par exemple faisant allusion au fait ou à l'acte juridique à prouver.

2) L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose et rendre vraisemblable le fait allégué. Les juges apprécient souverainement ce point - voir C.A. Dakar n° 202- Dans cette affaire déjà citée, les frères Dalank proposaient de prouver par témoins qu'ils avaient honoré entièrement l'effet de commerce qu'ils avaient signé à l'ordre de Feu Mourad en produisant les justifications de paiements qu'ils avaient effectués en 1967, 1968, et 1969 et qui pour eux, valaient commencement de preuve par écrit. La Cour d'Appel va rejeter

ces moyens aux motifs que la plupart des justifications admises pour les dits paiement ne sont pas des écrits émanant de feu Mourah et rendant vraisemblable le fait allégué.

B) LES "ACTES" POUVANT SERVIR DE COMMENCEMENT
DE PREUVE PAR ECRIT

Cela peut être comme nous l'avons déjà vu un acte authentique irrégulier en la forme, un acte sous seing irrégulier ou même un écrit non signé dont l'auteur peut être identifié par son écriture. Une simple lettre missive voire une feuille de brouillon peuvent d'après la jurisprudence servir aussi de commencement de preuve par écrit.

La notion de commencement de preuve par écrit a même été étendue à d'autres cas par le législateur témoignage. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 192 du code de procédure civile, "si l'une des parties ne comparait pas, ou comparaisant, refuse de répondre, Le tribunal peut en tirer toute conséquence de droit et notamment faire état de l'absence ou du refus de répondre comme équivalent à un commencement de preuve par écrit". Cet article offre donc la possibilité au plaideur ne possédant pas d'écrit rendant vraisemblable sa prétention de demander au tribunal d'ordonner la comparution personnelle de son adversaire aux fins d'interrogatoire sur les circonstances de l'affaire. Si celui-ci ne comparait pas, ou comparaisant, refuse de répondre aux questions du tribunal, son attitude pourra être considérée comme valant commencement de preuve par écrit.

Mais qu'il s'agisse d'un écrit ou de l'attitude du défendeur, au cours de la procédure, le commencement de preuve n'est rien d'autre qu'une preuve imparfaite qui doit être complétée par des preuves par témoignage.

En définitive grâce à l'extension considérable de la notion de commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins, voire par "tous moyens" des actes juridiques même au dessus de 20.000 francs est assez souvent possible.

La question qui se pose est celle de savoir ce que recouvre l'expression "tous moyens de preuve".

Nous allons essayer dans notre seconde partie intitulée "des différents modes de preuve en droit sénégalais" de répondre à cette question.

/// ECONDE /// A R T I E

LES DIFFERENTS MODES DE PREUVE EN DROIT SENEGALAIS

Comme nous l'avons déjà vu dans notre première partie, l'article 12 du C.O.C.C., à l'instar de l'article 1316 du C.C. énumère 5 modes de preuve : l'écrit, le témoignage, les présomptions, l'aveu judiciaire et le serment. La preuve d'un fait ne pourra donc être administrée que par l'un de ces moyens. L'expression preuve par "tous moyens" ne signifie en effet nullement que la preuve peut être administrée par n'importe quel moyen. Elle ne pourra l'être que par les moyens prévus par la loi, ce qui s'explique aisément : une trop grande liberté des moyens de preuve risquerait de faciliter les fraudes.

La loi détermine non seulement les modes de preuve mais aussi la valeur probante de chacun de ces modes.

Nous allons étudier successivement ces différents modes de preuves en réservant une place de choix à la preuve littérale ou par preuve par écrit qui, comme nous l'avons déjà vu, est le mode de preuve par excellence.

SECTION PREMIERE : LA PREUVE LITTERALE

On appelle preuve littérale celle qui résulte des écrits destinés à servir de preuve. Ces écrits sont

.../...

appelés actes (actes instrumentaires) ou titres.

Ces actes peuvent être authentiques ou sous-seing privé. Cependant d'autres écrits sont susceptibles aussi d'être utilisés comme preuves.

PARAGRAPHE PREMIER : LES ACTES AUTHENTIQUES

L'acte authentique est défini par l'article 17 du C.O.C.C. comme "l'acte qui a été reçu par un officier public compétent, instrumentant dans les formes requises par loi".

Voyons quelles sont les conditions de validité de cet acte avant d'en étudier la force probante.

I) CONDITIONS DE VALIDITE

L'acte authentique ne peut être que l'œuvre d'un officier public. Les officiers publics qui peuvent dresser des actes authentiques sont variables. Il peut s'agir d'officiers ministériels tels que huissiers et notaires, d'autorités administratives, d'officiers de police judiciaire, d'agents diplomatiques ou de commissaires priseurs.

L'officier public doit être compétent ratione materiae et ratione loci. Autrement dit, il doit instrumenter dans son

.../...

ressort territorial. Ainsi un officier d'état civil ne peut célébrer valablement un mariage que dans sa commune.

Un huissier ne peut instrumenter que dans un certain ressort, celui de la juridiction près de laquelle il siège. En principe, les actes notariés sont rédigés en minutes. Cette minute, c'est à dire l'original est conservée par le notaire. Les parties quant à elles disposent de copies encore appelées expéditions. L'une de ces copies appelée "la grosse" contient la "formule exécutoire" qui permet de procéder à une mesure d'exécution notamment une saisie.

L'acte notarié qui ne remplit pas les conditions exigées par la loi pourra valoir d'acte sous seing privé lorsqu'il a été signé par les deux parties, ce qui en diminuera la force probante.

II) FORCE PROBANTE DES ACTES AUTHENTIQUES

Aux termes de l'article 18 du C.O.C.C., "l'acte authentique fait pleine foi à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public a fait ou constaté personnellement conformément à ses fonctions.

Cette disposition de l'article 18 invite à faire une distinction capitale.

.../...

Ce qui est établi jusqu'à inscription de faux, c'est la sincérité des déclarations et énonciations provenant de l'officier public lui-même, à propos de faits qu'il a pu et du vérifier ex-propiis sensibus (par ses propres sens). Il en est ainsi de la date de l'acte ou de l'identité des parties. Il en est de même ainsi des volontés exprimées par les parties. Toute mention qui correspond à une constatation personnelle de l'officier public a valeur de preuve. Pour démontrer que cette mention est fausse, l'adversaire ne peut recourir qu'à une seule procédure, celle de l'inscription de faux.

Au contraire, les énonciations que l'officier public ne fait que relater mais qui émanent des parties elles-mêmes, ou celles qu'il fait lui-même alors que la loi ne lui donne pas mission de les émettre, ne font loi que jusqu'à preuve du contraire car elles ne sont couvertes que par l'affirmation et la signature des parties (civ. 8 déc. 1937 D. H. 1938 - 114)

Il en est ainsi par exemple de la mention sur un acte de naissance déclarant qu'un enfant est né de telle femme. L'acte de naissance est bien un acte authentique mais l'officier d'état civil n'a pas assisté à l'accouchement et ce qu'il mentionne à ce sujet (nom de la mère, sexe de l'enfant) n'a pas la valeur attachée aux actes authentiques mais celle attachée aux actes sous seing privé.

.../...

PARAGRAPHE II LES ACTES SOUS SEING PRIVE (s.s.p)

Ce sont des actes rédigés par les parties elles-même ou par un tiers autre qu'un officier public et qui dans tous les cas portent la signature des parties.

L'absence d'intervention d'un officier public lors de l'établissement de ces actes explique la différence existant au double plan des conditions de validité et de la force probante entre actes authentiques et actes s.s.p.

I) CONDITIONS DE VALIDITE DES ACTES s.s.p.

Pour être valable en tant que preuve écrite préconstituée, une seule condition commune à tous les actes s.s.p. est exigée : la signature des parties. Aux termes de l'article 19 du C.O.C.C. en effet, l'acte s.s.p. est valable lorsqu'il est signé par les parties. Lorsque celles-ci sont illettrées, l'article 20 dispose qu'elles doivent se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'acte leur identité et leur présence, et qui attestent en outre que la nature et les effets de l'acte ont été précisées à la partie illettrée.

En France, ceux qui ne savent pas signer ne sauraient faire des actes s.s.p. Une simple croix au bas de l'acte ou des empreintes digitales n'ont en effet aucune valeur.

.../...

(X)

Outre la signature, condition commune à tous les actes s.s.p., d'autres conditions, ^{liées} tenait à la nature de l'opération juridique qu'il s'agit de constater par écrit, sont exigées:

A) ACTES s.s.p. RELATANT DES CONVENTIONS SYNALLAGMATIQUES : LA FORMALITE DU DOUBLE

Aux termes de l'article 21, "l'acte s.s.p. relatif à une convention synallagmatique doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct".

Le contrat est synallagmatique lorsqu'il donne naissance à plusieurs obligations réciproques par exemple la vente est un contrat qui fait naître des obligations à la charge du vendeur (livrer la chose) et de l'acheteur (payer le prix). Chaque partie ayant un intérêt distinct, il est normal que le contrat synallagmatique soit rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties.

C'est ce que l'on appelle la formalité du double.

Cette formalité qui remonte à la pratique de l'ancien droit se justifie par une préoccupation d'équité. La loi a voulu assurer à chaque contractant une situation égale à celle de l'autre en lui permettant d'exiger les prestations auxquelles il a droit sans avoir besoin d'emprunter l'écrit qui pourrait se trouver s'il était unique aux mains de son adversaire.

.../...

La loi exige aussi pour la régularité du s.s.p. qui sur chaque original, mention soit portée du nombre d'exemplaires rédigés (art. 21 al. 2). Cette exigence se justifie parce qu'autrement, il dépendrait de chaque contractant, quand bien même la formalité requise aurait été régulièrement accomplie, de rendre insupportable la preuve de son adversaire en détruisant ou en dissimulant l'original resté entre ses mains.

Cependant la formalité du double n'est pas nécessaire lorsque l'une des parties à l'acte a complètement exécuté son obligation (par exemple le vendeur a aussitôt livré la chose vendue) car dans ce cas seule l'une des parties est obligée (l'acheteur doit encore le prix). En ce cas, le s.s.p restera entre les mains du créancier car c'est lui qui aura éventuellement à s'en servir comme preuve de son droit.

La formalité du double n'est non plus nécessaire lorsque les parties déposent l'unique exemplaire rédigé pour constater le contrat synallagmatique entre les mains d'un tiers. Ce dernier étant en principe neutre, chaque partie pourra lui demander de produire le s.s.p. en tant que preuve.

B) ACTES CONSTATANT UN ENGAGEMENT UNILATERAL :

"LA FORMALITE DU BON POUR..."

Aux termes de l'article 22 du C.O.C.C., l'acte s.s.p. contenant un engagement unilatéral doit être rédigé en

.../...

entier de la main de celui qui le souscrit. Dans le cas contraire, il faut que celui qui s'engage écrive de sa main, outre sa signature, un bon pour ou un approuvé portant en toutes lettres le montant de son obligation". Cet article prévoit ainsi "la formalité du bon pour".

En droit français, cette formalité ne concerne que les promesses unilatérales portant sur une somme d'argent ou une chose appréciable en argent (art. 1326 du C.C. al. 1^{er}). Au Sénégal, la loi est plus exigeante. Elle vise en effet tout engagement unilatéral, ce qui laisse supposer que la mention "bon pour" ou "approuvé" doit être apposée même sur des actes unilatéraux qui ne sont pas des promesses d'une somme d'argent ou d'une "chose appréciable". Aussi lorsque par exemple une personne donne à une autre mandat d'agir pour elle, si cet acte n'est pas écrit en entier de la main de celle qui donne le mandat, elle doit aux termes de l'article 22 du C.O.C.C. faire précéder la signature des mots "bon pour" (ou pouvoir dans le cas du mandat).

Cette formalité du "bon pour" a pour but d'éviter l'abus des blancs seings. Il serait en effet facile à une partie de remplir une feuille signée en blanc par une personne trop confiante de m'importe quelle promesse. Ce faisant, elle commettrait

.../...

un abus de blanc-seing, délit pénal dont la preuve est malheureusement difficile à faire. L'on a voulu aussi éviter que des personnes s'engagent sans savoir exactement à quoi. Au Sénégal, cela ne risque pas d'arriver aux illettrés car la formalité du bon pour n'est pas exigée d'eux. La présence de témoins certificateurs (art. 22 al. 3 du C.O.C.C.) remplace en effet pour eux cette formalité.

Il est important de souligner en conclusion sur les conditions de validité des actes s.s.p, que lorsque l'un de ces actes ne contient pas les signatures des parties ou lorsqu'il ne contient pas la formalité du bon pour ou ne remplit pas la formalité du double (selon qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral ou d'une conversion synallagmatique) il sera nul comme instrument de preuve. Mais il pourra valoir comme commencement de preuve par écrit. L'acte juridique, autrement dit le negotium n'est pas en effet nul. Le s.s.p. est simplement privé de sa valeur de preuve complète (Civ. 1^{ère} 22 janv. 1968 ; D. 1968 Som. 50)

II) FORCE PROBANTE DES ACTES s.s.p.

Aux termes de l'article 23 du C.O.C.C. "l'acte s.s.p. reconnu par celui auquel on l'oppose ou déclaré sincère par le juge, fait foi de son contenu à l'égard de tous jusqu'à preuve contraire".

.../...

La formule utilisée par l'article 23 n'est pas des plus heureuses. Cet article dispose en effet que l'acte s.s.p. fait foi de son contenu à l'égard de tous. Cependant il faut distinguer selon qu'il s'agit des parties à l'acte ou selon qu'il s'agit de tiers.

A) A L'EGARD DES PARTIES

Il faut entendre par parties non seulement les auteurs de l'acte, mais aussi les personnes représentées à l'acte ainsi que les ayant cause à titre universel ou universel de ces auteurs. A l'égard de toutes ces personnes, l'acte s.s.p. fait foi de son contenu jusqu'à preuve contraire. Cette affirmation doit être cependant être nuancée.

Si en effet l'acte s.s.p. fait foi de sa date, de sa signature et de son écriture inter partes c'est à dire entre les parties à l'acte, il n'en est pas de même pour les héritiers de celles-ci du moins en ce qui concerne l'écriture et la signature de leurs auteurs.

S'agissant tout d'abord de la date, elle s'oppose à toutes les parties même aux héritiers (art. 24 du C.O.C.C). Mais s'agissant de la signature ou de l'écriture que contient l'acte s.s.p, l'article 25 du C.O.C.C. introduit une distinction.

.../...

C'est ainsi que le contractant à qui l'on oppose l'acte doit désavouer l'écriture ou la signature si elle les conteste. Une simple affirmation suffit, il n'est pas nécessaire de prouver le faux comme pour les actes authentiques. La charge de la preuve est alors renversée. Celui qui entend se servir de l'acte doit alors engager une procédure dite "de vérification d'écriture" (cf art. 130 et 131 du Code de procédure civile).

A défaut de désaveu du supposé signataire, la signature ou l'écriture que contient l'acte s.s.p. sont tenues pour reconnues par lui.

Par contre les héritiers ou ayant cause peuvent se borner à déclarer qu'ils ne reconnaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 25 al. 2 du C.O.C.C.). C'est alors à celui qui produit l'acte de faire vérifier en justice la signature ou l'écriture dont il s'agit.

S'agissant de l'exactitude des mentions portées à l'acte, l'acte ^{est} ^{fait} foi jusqu'à preuve contraire. Il appartiendra à celui qui contesterait cette exactitude de faire la preuve que les mentions sont fausses. Mais cette preuve ne pourra être faite qu'au moyen d'un autre écrit car contre un écrit, on ne peut prouver que par un autre écrit (avoir art. 29 al. 2 du C.O.C.C. déjà étudié et Civ. 1^{ère} 27 nov. 1967, J.C.P 68, II 15 361)

.../...

B) A L'EGARD DES TIERS

Les tiers sont d'une part les "penitus extranei" c'est à dire toutes les personnes qui n'ont pas de rapport juridique, avec les contractants. Ce sont d'autre part les ayant cause à titre particulier, c'est à dire, ceux qui recueillent un bien particulier du patrimoine de leur débiteur ou de leur co-contractant. Les créanciers chirographaires ne sont ^{pas} considérés comme tiers par la jurisprudence qui les traite comme des ayant cause universel, parce qu'ils ont un droit éventuel sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur. La date de l'acte s.s.p. passé par ce dernier leur est donc opposable. Reste à savoir si les autres mentions qui y sont contenues leur est aussi opposable.

S'agissant de ces mentions, elles sont supposées véridiques ; elles établissent donc la preuve des points qu'elles concernent sauf pour les tiers, à plus forte raison pour les créanciers chirographaires, à démontrer leur inexactitude par la procédure ordinaire.

S'agissant de la date de l'acte, l'article 24 du C.O.C.C. dispose "A l'égard des tiers, l'acte s.s.p acquiert date certaine du jour où il a été enregistré, du jour du décès d'une des parties ou du jour où l'acte a été mentionné dans un acte dressé par un officier public".

.../...

Le principe donc, c'est que la date de l'acte s.s.p n'est pas opposable aux tiers. Elle ne pourra l'être que s'il a été enregistré. La date du jour de l'enregistrement (formalité fiscale) sera celle de l'acte.

Un acte s.s.p. acquiert aussi date certaine à compter du jour du décès de l'une des parties à l'acte car il est impossible de signer un acte après son décès.

Enfin la mention de l'acte dans un acte dressé par un officier public rend la date opposable aux tiers. La date de l'acte s.s.p. sera dans ce cas la même que celle de l'acte authentique.

La question qui se pose est celle de savoir si d'autres événements autres que ceux énumérés par l'article 24 du C.O.C.C. peuvent conférer date certaine à un acte s.s.p. à l'égard des tiers.

Si on réfère à la jurisprudence française, l'énumération de l'article 24 du C.O.C.C. est limitative. Elle considère, en effet qu'aucun autre événement aussi probant qu'il paraisse (aposition du timbre de la poste par exemple : Aix 27 mai 1845 D. 1845, 2, 118 ou amputation des bras du signataire) ne pourrait conférer date certaine à un écrit privé.

PARAGRAPHE III) LES AUTRES ECRITS

Il s'agit des lettres missives, des copies et reproduction de titres prévus aux article 27 et 28 du C.O.C.C.

.../...

A) LES LETTRES MISSIVES

Aux termes de l'article 27 du C.O. "la lettre missive fait foi des engagements qu'elle contient contre celui qui l'a signée" Cet article assimile donc la lettre missive à l'acte s.s.p. Cette lettre a donc la même force probante que l'acte s.s.p. dès lors qu'elle est signée et à condition qu'elle constate expressément un acte juridique. Mais il se peut qu'elle ne fasse qu'une allusion à cet acte. Dans ce cas, elle ne vaudra que comme commencement de preuve par écrit.

La question qui se pose est celle de savoir si en ce qui concerne les contrats synallagmatiques, un échange de lettres doit être exigé. En France, cet échange de lettres est considéré par la jurisprudence comme l'équivalent de l'écrit fait en double exemplaire.

Au Sénégal, la loi n'a pas soumise la lettre missive aux formalités "du double" et "du bon pour", ce qui serait irrationnel car la lettre missive n'est pas un écrit dressé aux fins de preuve.

B) COPIES ET REPRODUCTION DE TITRES

L'article 28 du C.O.C.C. détermine la portée et les conséquences des copies et reproduction des titres en disposant que : "la copie, photocopie ou toute reproduction d'actes authentiques ou d'actes s.s.p. a la même force probante que l'acte lui-même

.../...

lorsqu'elle est certifiée conforme par un officier public ou, dans les limites de leurs attributions, par le conservateur de la propriété foncière et le receveur de l'enregistrement".

L'original en tout état de cause pourra toujours être exigé par le tribunal.

SECTION SECONDE : LES AUTRES MODES DE PREUVE

Il s'agit des témoignages, des présomptions, de l'aveu et du serment.

PARAGRAPHE PREMIER : LES TEMOIGNAGES ET LES PRESOMPTIONS

I) LES TEMOIGNAGES

On peut définir le témoignage comme étant une déclaration faite par une personne sur des faits dont elle a eu personnellement connaissance. Le témoin doit avoir constaté ^{sur} elle-même par ses propres sens le fait ou l'acte au sujet duquel ^{il} elle porte son témoignage. C'est celui qui a vu ou qui a entendu ce sur quoi il témoigne.

Le témoignage se distingue par là de la commune renommée qui est une déclaration portant sur des bruits, des on dit, il parait que. Le juge n'a pas à tenir compte de ces "commérages" dont on n'arrive à déterminer ni la source, ni la véracité. Cependant il faut veiller à ne pas confondre commune renommée et témoignage indirect

.../...

Le témoin indirect est celui qui relate des faits qui lui ont été exposés par un témoin direct.

A) LA RECEVABILITE DE LA PREUVE TESTIMONIALE

La preuve testimoniale ou preuve par témoins est recevable chaque fois que la préconstitution de la preuve n'est pas obligatoire. Ainsi elle sera recevable pour les faits juridiques (article 13 du C.O.C.C.) et pour les actes juridiques portant sur une somme inférieure à 20.000 frs.

Elle sera également recevable lorsque les plaideurs posséderont un commencement de preuve par écrit ou lorsqu'ils seront dans l'impossibilité morale ou matérielle de produire ou de se procurer un écrit.

Signalons enfin qu'en matière commerciale, la preuve par témoins est toujours recevable.

B) VALEUR PROBANTE DES TEMOIGNAGES

La force probante des témoignages n'est pas déterminée par la loi. Elle est laissée à la prudence du magistrat qui apprécie la gravité, la précision ou la concordance des témoignages. Le témoignage est donc une preuve par intime conviction du juge de même d'ailleurs que les présomptions du fait de l'homme.

.../...

II) LES PRESOMPTIONS

Le code civil français contrairement au C.O.C.C. sénégalais définit en son article 1349 les présomptions : "Ce sont les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu".

La présomption est donc un procédé de raisonnement qui consiste à tenir pour vrai un fait non à partir de la constatation de sa réalité mais sur la base d'une probabilité ou d'une possibilité plus ou moins grande en se fondant sur des indices ou des événements voisins.

Il ressort de la définition de l'article 1349 du C.C. qu'il existe deux catégories de présomptions : celles du magistrat encore appelées présomptions de l'homme et celles de la loi ou présomptions légales.

A) LES PRESOMPTIONS DE L'HOMME

Ce sont les inductions que le magistrat fonde sur des indices quelconques qui lui sont signalés par les conclusions des parties. La loi ne pouvait pas évidemment les énumérer. Elle se contente de dire qu'elles "sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat" qui ne doit les admettre que si elles sont "graves, précises et concordantes" (art. 30 du C.O.C.C.).

.../...

Les présomptions de l'homme ne sont admissibles que dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales (cf. art. 29).

Les modes de reproduction de la parole sont assimilées par l'article 31 du C.O.C.C. à des présomptions de l'homme.

B) LES PRESOMPTIONS LEGALES

Ce sont celles qui sont attachées par un texte de loi à certains actes ou certains faits. Elles ont, ^{pour} (à cet) effet, de dispenser de toute preuve celui qui est en situation de s'en prévaloir c'est à dire qui peut prouver l'existence du fait ou de l'acte d'où la loi tire la présomption.

Exemple : L'article 191 du code de la famille décide que l'enfant né 180 jours au moins après la célébration du mariage de sa mère et 300 jours au plus à compter de la dissolution de ce mariage a pour père le mari de sa mère. La loi présume que la femme a été fidèle et que par conséquent l'enfant est issu des oeuvres du mari.

L'effet probatoire des présomptions légales n'est comme celui des présomptions de l'homme, abandonné aux lumières du magistrat. Elles font foi. La loi détermine en effet leur degré d'efficacité probatoire devant tous magistrats.

Quelquefois, la loi permet de rapporter la preuve

.../...

contraire de ce qu'elle affirme et l'on se trouve en face d'une présomption simple ou présomption juris tantum.

D'autres fois, par contre, elle ne permet pas de démontrer que ce qu'elle affirme est faux. On est alors en présence d'une présomption irréfragable ou juris ou de jure. L'une des plus connues de ces présomptions irréfragables est celle de l'autorité de la chose jugée. Ce qui a été jugé est présumé irréfragablement vraie du moins une fois que toutes les voies de recours auront été épuisées. La nécessité de la stabilité et de l'ordre qui doit régner au sein de la société interdit en effet qu'un procès recommence indéfiniment.

PARAGRAPHE SECOND : L'AVEU ET LE SERMENT

I) L'AVEU

Avouer est le fait pour une personne de reconnaître comme vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. L'aveu est donc un acte unilatéral.

Le C.O.C.C. distingue deux sortes d'aveu : l'aveu extra-judiciaire et l'aveu judiciaire.

A) L'AVEU EXTRA-JUDICIAIRE

C'est l'aveu fait en dehors de tout procès ou bien au cours d'un procès différent de celui qui oppose actuellement les plaideurs.

.../...

S'il est fait par écrit, c'est une preuve écrite qui aura la même valeur probante qu'un acte s.s.p. ou qu'un acte authentique selon qu'il a été reçu par un officier public ou non.

S'il est verbal, il vaudra comme présomption du fait de l'homme (art. 32 du C.O.C.C.).

B) L'AVEU JUDICIAIRE

C'est celui qui est fait au cours d'un procès devant un juge compétent et dans l'instance même au cours de laquelle le fait concerné par l'aveu est débattu.

Cet aveu judiciaire est un procédé de preuve parfait admissible quelle que soit la valeur du litige et quelle que soit la nature de la matière mise en cause. C'est a-t-on dit la probatio probatissima.

Le tribunal est lié par l'aveu. Ainsi même si le juge a le sentiment que l'aveu est mensonger, il est obligé de condamner celui qui a avoué. "L'aveu judiciaire de la partie ou de son fondé de pouvoir spécial fait, en effet pleine foi contre celui dont il émane" (art. 33 du C.O.C.C.). Cet aveu est irrévocable et indivisible.

Irrévocable car on ne peut plus se rétracter une fois l'aveu fait sauf pour erreur de fait (art. 33 al. 3 du C.O.C.C.)

.../...

La règle de l'indivisibilité de l'aveu quant à elle est posée par l'art. 33 al. 2 du C.O.C.C. Cette règle signifie que l'aveu judiciaire doit être pris en son entier. Deux situations cependant peuvent se présenter selon que l'on se trouve en présence d'un aveu qualifié ou d'un aveu complexe.

1) On appelle aveu qualifié l'aveu qui, tout en reconnaissant un fait apporte certaines précisions qui modifient l'affirmation principale. Par exemple, le défendeur reconnaît qu'il a reçu de l'argent du demandeur mais à titre de don et non à titre de prêt. Le principe de l'indivisibilité de l'aveu conduira à retenir l'affirmation principale et l'affirmation secondaire.

2) On appelle aveu complexe, l'aveu qui, en même temps que le fait principal, avance un fait distinct mais qui se rattache au principal. Par exemple le défendeur avoue avoir reçu une certaine somme du demandeur, mais ajoute qu'il l'a remboursée.

Il y a indivisibilité lorsque, comme dans notre exemple, le fait distinct du fait principal est connexe à celui-ci.

Au contraire si le second fait n'est pas connexe au premier il n'y a pas indivisibilité. Par exemple, le défendeur reconnaît sa dette mais ajoute que celle-ci est éteinte par l'existence d'une créance qui a fait compensation. Dans ce cas, le demandeur sera admis à invoquer l'aveu de la première obligation tout en déniait son obligation.

.../...

Il faudra aussi en présence d'un aveu complexe, repousser la déclaration accessoire lorsqu'elle est invraisemblable ou démentrée par ailleurs inexacte ou contradictoire.

II) LE SERMENT

Le serment est l'affirmation solennelle de la véracité d'un fait ou d'un acte dont dépend l'issue du procès.

Au Sénégal, le législateur n'a prévu que le serment décisoire dont l'initiative appartient aux plaideurs.

En France, les articles 1366 à 1369 du C.C. prévoient le serment déféré d'office par le juge ou serment supplétoire. Ce serment, qui n'est qu'un complément de preuve, permet au tribunal de compléter son information lorsque les preuves fournies par les parties ne lui paraissent pas entièrement convaincantes.

Le serment décisoire prévu par l'article 34 du C.O.C.C. est le serment déféré par l'un des plaideurs à son adversaire. Celui qu'on invite ainsi à prêter serment a le choix entre trois attitudes.

1) Il prête serment qu'il ne doit rien par exemple. Ce faisant, il gagne son procès. Son serment en effet lie le tribunal et si même par la suite, il est prouvé qu'il s'agissait d'un faux serment (délit pénal) civilement il ne pourra être poursuivi en paiement d'une dette qu'il a juré ne pas devoir.

.../...

2) Il peut refuser de prêter serment. En ce cas, son silence vaut preuve contre lui. Son refus nous dit l'article 35 al. 2 du C.O.C.C. vaut aveu judiciaire.

3) Il peut enfin référer le serment (art. 35 al. 2 in fine). C'est une offre de s'en remettre lui même au serment de l'adversaire. Si ce dernier prête le serment à lui référé, ses conclusions doivent lui être adjugées ; s'il refuse, il succombe. Son attitude est dans ce cas en effet considéré comme un aveu tacite (art. 35 al. 3 du C.O.C.C.).

Ce serment décisoire dont nous venons d'étudier les règles de fonctionnement peut être utilisé en toute matière, pour les faits juridiques comme pour les actes juridiques (même si l'intérêt en jeu est supérieur à 20.000 frs). Mais ce serment, aux termes de l'article 34, ne peut être déféré que si l'affirmation qu'il contient concerne un fait personnel à celui qui le prête. Il doit, en outre, émaner d'une personne ayant la capacité juridique et les pouvoirs nécessaires pour faire une transaction valable, (puisque les auteurs assimilent le serment à une transaction). Ainsi un mandataire en matière de serment a besoin d'un pouvoir spécial.

.../...

En conclusion à cette seconde partie, signalons qu'il existe d'autres modes de preuve en droit sénégalais tels que descente sur les lieux, expertises... mais qui sont prévus par le code de procédure civile. Nous n'avons cru devoir les étudier ^{comme} car nous l'avons déjà dit dans notre introduction, il ne nous appartenait pas d'être plus royaliste que le roi.

+++++

C O N C L U S I O N

"Preuve est faite". Telle est l'expression utilisée par les tribunaux lorsqu'ils tiennent pour vraies les allégations de l'un des plaideurs.

Cette expression avons-nous le droit de l'utiliser au terme de cette étude.

Pouvons-nous en effet dire que "preuve est faite" que le législateur sénégalais a tenu compte des réalités de notre pays en réglementant la preuve des droits subjectifs ?...

Ce qui est sûr, c'est qu'il n'a pas fait fi de ces réalités. S'il a en effet privilégié la preuve littérale pour sécuriser les relations juridiques, il permet par ailleurs aux illettrés de recourir à l'écrit en se faisant assister de deux témoins. En prévoyant aussi de larges exceptions à la règle de la préconstitution de la preuve il permet très souvent aux plaideurs de prouver par tous moyens leurs prétentions.

Enfin, en admettant les mesures d'instruction in futurum, il donne aux parties même illétrées la possibilité de se ménager à l'avance une preuve.

Mais force est de reconnaître que le législateur sénégalais n'est pas allé jusqu'au bout de son effort.

.../...

L'on sait en effet que le formalisme des actes notariés rebute les sénégalais. L'on sait aussi que leur coût n'est pas à la partie de toutes les bourses.

Ne pourrait-on pas simplifier ce formalisme sans pour autant nuire à l'authenticité des actes notariés, et surtout ne pourrait-on pas en réduire le coût ?

Ne serait-t-il pas aussi utile d'encourager la profession d'écrivains publics qui se chargeraient de rédiger les contrats passés entre illettrés. Ils ne concurrenceraient aucunement les notaires puisque les actes qu'ils dresseraient seraient des actes sous seing privé.

Enfin un effort accru d'alphabétisation dans les langues nationales permettrait aux populations sénégalaises de recourir plus fréquemment à l'écrit.

Mais n'oublions pas qu'il appartient à la jurisprudence de parachever l'oeuvre du législateur. Tout au long de cette étude, nous avons essayé de montrer quel a été l'apport de cette jurisprudence en matière de preuve des droits subjectifs. La tâche des magistrats, en ce domaine, n'est pas facile.

En exigeant systématiquement l'écrit, ne risquent-ils pas de décourager les plaideurs qui auront alors de moins en moins recours à la Justice.

.../...

Il se peut aussi que d'exigence systématique d'un écrit par les tribunaux dans les cas prévus par la loi pousse les sénégalais à prendre l'habitude de se préconstituer une preuve.

Il appartient aux magistrats sénégalais de résoudre le dilemme qui leur ^{est} ~~est~~ ainsi ^{est} posé en méditant ces mots de Mr KOUASSIGAN : "Interpréter le législateur au service d'un Etat qui se crée, d'une nation qui naît ou renaît, c'est assurer le triomphe du construit sur le donné".

Le construit au Sénégal, c'est le code des obligations civiles et commerciales ; le donné, ce sont les modes traditionnels d'administration de la preuve que nous avons étudié dans notre introduction.

Que les magistrats sénégalais n'oublient pas aussi, et toujours d'après Mr KOUASSIGAN que "le droit privé d'un peuple correspond à son état politique et social"...

+++++

B I B L I O G R A P H I E

- A.K. BOYE : Cours de droit civil (1^{ère} année)
- M^{lle} MICHELET : Cours de droit judiciaire privé
- MAZEAUD : Leçons de droit civil tome 1 p. 398 à 451
- BORIS STARK : Droit civil - Introduction - n° 379 à 452
- G. RIVES : R.S.D n° 10 p. 43 et suivants
- Guy A. KOUASSIGAN : Quelle est ma loi ?
Edition A. Pédone
- Juris-classeur civil art. 1265 à 1381
- Revue Aserj.

+++++