

Dans son acception la plus générale, la présomption est une supposition fondée sur des signes de vraisemblance ou encore une anticipation sur ce qui n'est pas prouvé¹. Le droit des présomptions a donc pour objet ce type de vérités conjecturales.

Le droit européen des droits de l'Homme, quant à lui, correspond à la branche européenne du droit international des droits de l'Homme², à savoir le droit textuel et prétorien³ de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En conséquence, la présente étude tentera de confronter ces deux branches du droit, et, plus précisément, d'analyser le nouvel éclairage que la seconde – relativement récente et en pleine expansion – peut apporter à la première – ancienne et cependant mal connue. Autrement dit, il ne s'agit nullement d'examiner l'usage des présomptions en droit européen des droits de l'Homme mais de poser un regard neuf, si possible critique et synthétique, sur l'ensemble de la matière présomptive, à l'aide du droit européen des droits de l'Homme.

Ces précisions apportées, il convient d'abord d'établir l'utilité d'une relecture du droit des présomptions (*Section 1*), ensuite de souligner l'intérêt d'effectuer ladite relecture à la lumière du droit européen des droits de l'Homme (*Section 2*), enfin de préciser la manière dont sera menée la relecture (*Section 3*).

SECTION 1

L'UTILITÉ D'UNE RELECTURE DU DROIT DES PRÉSOMPTIONS

Relire le droit des présomptions n'est pas superflu car, derrière l'apparente clarté de la notion (§ 1), on devine une relative méconnaissance de cette dernière (§ 2).

§ 1- L'apparente clarté de la notion de présomption

A priori, relire le droit des présomptions peut paraître inutile car la notion de présomption semble parfaitement claire non seulement aux yeux du juriste averti, mais encore à ceux du profane.

¹ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 1926, vol. 2, « Présomption ».

² Sur l'appellation « droit européen des droits de l'Homme », V. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 9^{ème} éd. revue et augmentée, Paris, PUF, 2008, p. 13-15.

³ Dans ce cadre, seront prises en compte la jurisprudence de l'ancienne et de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme mais aussi l'œuvre de la défunte Commission européenne des droits de l'Homme.

INTRODUCTION

En premier lieu, tout juriste digne de ce nom, même débutant, est en mesure d'évoquer plusieurs présomptions : la présomption de paternité⁴ ou la présomption d'innocence⁵ pour ne citer que les plus célèbres d'entre elles. Ce constat n'est, somme toute, que celui du profond ancrage de la présomption dans le champ juridique, ancrage dû à trois éléments : l'ancienneté d'abord, puis l'importance quantitative et enfin qualitative de la présomption.

Point n'est besoin de faire un historique des présomptions pour se rendre compte qu'elles sont anciennes ; de simples rappels suffisent. En droit romain déjà, elles étaient utilisées, notamment en raison du fait que le juge y a longtemps joui d'une grande liberté dans l'appréciation des preuves, ce qui lui permettait de se fonder sur de simples indices⁶. Le droit romain connaissait aussi des présomptions légales⁷ qui ont inspiré celles de notre droit positif. A l'époque médiévale, l'utilisation des présomptions était courante en droit pénal. Les épreuves et les ordalies, comme le combat judiciaire, permettaient de présumer la responsabilité de celui qui échouait⁸. Dans le même ordre d'idées, divers adages⁹, évoqués par le Professeur Langui¹⁰, traduisaient le recours aux présomptions : « *Rumeur commune est rarement fausse* », « *Jeune prostituée, vieille sorcière* », « *Semel malus, semper praesumitur esse malus* »¹¹, ou encore, selon la formule de Loisel, « *Qui s'enfuit, ou brise la prison étant du cas atteint, s'en rend coupable et quasi-convaincu* ». C'est d'ailleurs à cette époque que la doctrine entreprit de s'intéresser à la notion. Ce sont d'abord les glossateurs¹², tel Acurse, érudits du Moyen Âge interprétant les textes du droit romain à l'aide de méthodes d'analyse interlinéaire et d'explication des mots, qui tentèrent de rassembler les données romaines relatives aux présomptions. Ils distinguèrent les présomptions simples, qu'ils nommèrent *juris tantum*, des présomptions irréfragables, qu'ils qualifièrent de *juris et de jure*¹³. Puis les canonistes, parmi lesquels Tancrede, introduisirent implicitement la distinction, désormais classique, entre présomptions judiciaires et présomptions légales en opposant les probabilités de fait aux règles de droit fondées sur une probabilité¹⁴. Par la suite, divers jurisconsultes, tels Le Duaren,

⁴ Article 312 du Code civil.

⁵ V. l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 14 § 2 du Pacte civil relatif aux droits civils et politiques, l'article 9-1 du Code civil, l'article préliminaire III et l'article 137 du Code de procédure pénale.

⁶ Jean GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 377.

⁷ Certaines sont restées célèbres comme la présomption mucienne. V. Roger DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 30.

⁸ Pour un bref historique des présomptions en droit pénal, V. Philippe MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 19-24.

⁹ V. aussi : « *Qui vole un œuf vole un bœuf* », cité dans *Dictionnaire de Proverbes et dictons*, Paris, Les usuels du Robert, 1980, p. 52.

¹⁰ André LANGUI, « Les adages du droit pénal », *RSC*, 1986, pp. 26 sq.

¹¹ On présume que celui qui a commis le mal une fois le commettra toujours.

¹² Jacqueline BARBIN, « Glossateurs, droit médiéval », *Encyclopedia Universalis*, [http://www.universalis.fr/encyclopedie/glossateurs-droit-medieval/], (2010-04-15).

¹³ Raymond BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, LGDJ, 1942, p. 151.

¹⁴ *Ibid.*, p. 152.

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSUMPTIONS

Alciat, d'Argentré et Menochius au XVI^{ème} siècle, Domat au XVIII^{ème} siècle ou encore Pothier et d'Aguesseau au XVIII^{ème} siècle, se penchèrent sur la thématique présomptive, s'intéressant plus particulièrement à la possibilité d'interdire le renversement d'une présomption en la rendant irréfragable¹⁵. Ces évolutions prirent finalement corps, en 1804, dans le Code civil. Dès sa création, cet ouvrage contenait de nombreuses présomptions qui existent encore aujourd'hui¹⁶ et consacrait déjà ses articles 1349 et 1353 à la technique présomptive. Ce processus révèle l'ancienneté du mécanisme présomptif. Cela dit, si l'on devait choisir entre tous un exemple du grand âge des présomptions, celui du jugement de Salomon serait pertinent. Comme l'ont rappelé certains auteurs, ledit jugement « *n'était en définitive qu'une présomption* »¹⁷. Le roi Salomon a simplement présumé la qualité de mère d'une femme réclamant un enfant à partir du choix de celle-ci : plutôt attribuer l'enfant à une autre que de le voir coupé en deux¹⁸.

Par ailleurs, les présomptions sont quantitativement importantes ; deux phénomènes en attestent.

D'une part, leur champ d'intervention n'est pas limité à une branche du droit en particulier. Le droit positif français abonde en présomptions, à tel point qu'il en devient malaisé de choisir des exemples. A lui seul, le Code civil en contient déjà pléthore : la présomption de paternité de l'article 312, les présomptions de mitoyenneté des articles 653, 654 et 666, la présomption de captation d'héritage de l'article 909, la présomption de communauté de l'article 1402 ou encore la présomption de bonne foi de l'article 2274 n'en sont que quelques exemples parmi d'autres. En droit douanier, on pense notamment à l'article 392 § 1 du Code des Douanes¹⁹ qui répute responsable de la fraude le détenteur de la marchandise de fraude et présume donc l'infraction douanière sur la base de la simple détention. En droit pénal, les délits dits de fréquentation ou d'entourage de l'article 321-6 du Code pénal²⁰ reposent sur une présomption : le fait qu'une personne ne puisse justifier de l'origine licite de ses ressources tout en entretenant des relations habituelles avec des individus se livrant à des activités immorales ou illicites permet de présumer qu'elle vit de l'activité illicite ou

¹⁵ *Ibid.*, pp. 153-161.

¹⁶ V. par exemple les articles 312, 911, 1283...

¹⁷ Raymond BARRAINE, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸ V. *La Sainte Bible*, « Le jugement de Salomon », Premier livre des Rois, II- Histoire de Salomon le Magnifique ; FOUILLOUX Danielle *et al.*, *Dictionnaire culturel de la Bible*, Paris, Nathan, Cerf, 1990, p. 227.

¹⁹ Article 392 § 1 du Code des Douanes : « *Le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude* ».

²⁰ Article 321-6 du Code pénal :

« *Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect* ».

INTRODUCTION

immorale d'autrui. Enfin, pour prendre un dernier exemple, citons la présomption de représentativité dont disposaient, en droit du travail, les organisations représentatives au plan national²¹.

D'autre part, si les présomptions sont présentes dans toutes les branches du droit, elles interviennent également dans de nombreux systèmes juridiques. La lecture de quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme suffit pour se convaincre de cette transversalité : elle souligne que bien des Etats membres du Conseil de l'Europe ont recours aux présomptions, et ce dans des domaines variés. Les publicistes remarqueront par exemple que la Grèce a longtemps affectonné une présomption légale un peu particulière : celle selon laquelle le propriétaire exproprié tire profit de la construction d'une route nationale. Cette présomption permettait à l'Etat, est-il besoin de le préciser, d'échapper à ses obligations d'indemnisation après une expropriation²². Les civilistes constateront que, si la présomption de paternité légitime, selon laquelle le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant, est très répandue en Europe²³, l'article 54 du Code de la famille slovaque²⁴ contient une présomption apparentée selon laquelle le père de l'enfant est l'homme qui a eu des rapports sexuels avec la mère entre le 180^{ème} et le 300^{ème} jour avant la naissance. Les pénalistes, quant à eux, noteront que le droit bulgare consacre une présomption de justification de la détention provisoire pour les infractions d'une certaine gravité²⁵, présomption que le droit italien applique également mais seulement aux délits de type mafieux²⁶.

L'importance qualitative de la présomption est, quant à elle, indéniable : la présomption a, au moins à première vue, un rôle essentiellement probatoire ; elle a pour fonction principale de pallier la carence de preuve. Or, on connaît la portée de la preuve en droit. C'est ce qui a fait écrire au Professeur Barraine dans l'enthousiasme des premières lignes de l'introduction de sa *Théorie générale des présomptions en droit privé* : « *Qu'est-ce qu'une présomption ? C'est à la fois*

²¹ Sur la suppression de cette présomption et sa survivance ponctuelle dans les dispositions de droit transitoire, V. : Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *Revue de droit du travail*, 2008, pp. 712 sq. ; François DUSQUESNE, *Le nouveau droit du travail*, Paris, Lextenso, 2008, n° 791 sq. ; Manoëlla RASSELET, « La représentativité syndicale mise en perspective », *P.A.*, 21 mars 2008, n° 59, pp. 4 sq.

²² CEDH, 25 mars 1999, Papachelas c/ Grèce, n° 31423/96 ; CEDH, 1^{er} août 2000, Savvidou c/ Grèce, req. n° 38704/97 ; CEDH, 19 septembre 2002, Azas c/ Grèce, req. n° 50824/99 ; CEDH, 10 juillet 2003, Interoliva contre Grèce, req. n° 58642/00 ; CEDH, 10 juillet 2003, Efstathiou et Michaïlidis et Cie Motel Amerika c/ Grèce, req. n° 55794/00 ; CEDH, 10 juillet 2003, Konstanpoulos AE et autres c/ Grèce, req. n° 58634/00.

²³ Par exemple, la présomption de paternité existe à Malte (CEDH, 12 janvier 2006, Mizzi c/ Malte, req. n° 26111/02), en Russie (CEDH, 2 juin 2005, Znamenskaya c/ Russie, req. n° 77785/01), aux Pays-Bas (CEDH, 27 octobre 1994, Kroon et autres c/ Pays-Bas)...

²⁴ CEDH, 10 octobre 2006, Paulik c/ Slovaquie, req. n° 10699/05.

²⁵ CEDH, 26 juillet 2000, Ilijkov c/ Bulgarie, n° 33977 ; CEDH, Shishkov c/ Bulgarie, 9 janvier 2003, n° 38822/97 ; CEDH, 8 mars 2007, Dimov c/ Bulgarie, req. n° 56762/00 ; CEDH, 14 juin 2007, Nikola Nikolov c/ Bulgarie, req. n° 68079/01.

²⁶ CEDH, 6 avril 2000, Labita c/ Italie, req. n° 26772/95 ; CEDH, 6 novembre 2003, Pantano c/ Italie, req. n° 60851/00.

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSOMPTIONS

un mode de preuve et quelque chose de beaucoup plus large ; c'est la preuve en général, c'est-à-dire la base du droit : la présomption (...) se trouve dans toute preuve : écrit, témoignage, serment ; ne renferment-ils pas tous à leur base une présomption, à savoir celle de leur véracité ? Dominant la preuve, la présomption domine le droit »²⁷.

De ces considérations ressort donc une sorte d'universalité de la présomption. Juridiquement, la notion de présomption doit son apparente clarté au fait que, fréquemment utilisée et dans toutes les branches du droit, elle est connue de tous les juristes.

En second lieu, la notion de présomption s'avère évocatrice pour tout un chacun car elle n'est nullement l'apanage de la langue juridique ; le Doyen Cornu évoque à cet égard sa « *double appartenance* »²⁸. Le commun des mortels peut en effet y recourir notamment comme synonyme de conjecture ou de supposition, pour désigner une opinion fondée seulement sur des apparences, c'est-à-dire dans un sens identique à la signification juridique²⁹. Ce phénomène contribue à donner l'impression qu'il s'agit d'une notion dépourvue d'ambiguïté. Cependant, les notions apparemment limpides sont parfois les plus obscures et les plus méconnues. A force d'évidence, elles sombrent dans l'opacité, l'esprit ayant « *une irrésistible tendance à considérer comme claire l'idée qui lui sert le plus souvent* »³⁰. Ainsi, par-delà l'apparente clarté de la notion, des signes de complexité se font-ils rapidement jour. Si la présomption évoque, la plupart du temps, une conjecture, elle revêt aussi d'autres significations³¹, lesquelles, loin de n'avoir aucun lien avec le sens juridique, en constituent simplement de légères déviations, propres à semer le doute. Ainsi la présomption, parfois synonyme d'orgueil, de prétention ou encore d'arrogance, est-elle susceptible de désigner l'« *opinion très favorable que l'on a de ses propres facultés physiques ou intellectuelles* » ou une « *grande confiance en soi* »³². On retrouve dans cet usage l'idée de conjecture mais avec une connotation péjorative. Présumer de quelque chose³³, c'est donc s'en faire une trop haute idée. Dans cette optique, la présomption est, du point de vue religieux, considérée comme un péché³⁴.

²⁷ Raymond BARRAINE, *op. cit.*, p. 2, § 3.

²⁸ Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2005, pp. 68 sq.

²⁹ Définition du CNRTL, [<http://www.cnrtl.fr/definition/présomption>], (2010-04-15).

³⁰ Gaston BACHELARD, *Epistémologie*, Paris, PUF, 1971, pp. 159-160.

³¹ La présomption fait donc partie de « *la catégorie des mots à sens multiples, générateurs d'ambiguïté et de confusion* ». Françoise LLORENS-FRAYSSÉ, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1985, p. 16.

³² Définition du CNRTL, [<http://www.cnrtl.fr/definition/présomption>], (2010-05-12).

³³ D'ailleurs, cette distinction se retrouve au niveau grammatical : présumer, verbe transitif direct signifie « *donner comme probable, supposer* » alors que, verbe transitif indirect, il signifie « *avoir une trop bonne opinion de quelqu'un* ». *Petit Robert*, Paris, 1990.

³⁴ Sur ce point V. : MGR Louis-Albert VACHON, *Espérance et présomption*, Québec, Presses universitaires de Laval, 1958. L'auteur explique que la présomption peut s'opposer soit à la vertu de magnanimité, le présomptueux étant « *celui qui affronte des dangers supérieurs à ceux qu'il est en mesure de surmonter, celui qui aspire à des honneurs plus considérables ou des profits plus élevés que ceux qui lui conviennent* » (pp. 115-116), soit à la vertu d'espérance. Dans ce cas, la présomption est un excès d'espérance, le présomptueux ayant une « *espérance immodérée* » (p. 124). Est-il besoin

INTRODUCTION

Ainsi, l'apparente appréhension générale de la notion de présomption ne sert qu'à éviter l'élaboration d'une définition précise et rigoureuse et, en somme, à nourrir sa méconnaissance.

§ 2- La méconnaissance de la notion de présomption

La clarté de la notion de présomption ne résiste qu'à condition de demeurer à la surface du discours. Dès que l'on cherche à savoir précisément ce qu'est une présomption, quel est son mode de fonctionnement, quel mécanisme intellectuel elle met en jeu ou encore quels sont ses effets, on aboutit au constat d'une multitude de pratiques mêlées d'incohérence, ou, pire, à un véritable procès verbal de carence. S'inspirant d'une formule de Mme de Staal³⁵, Françoise Llorens-Fraysse, déplore qu'« elle a[it] tant de hauteur et si peu de bases »³⁶. Pour sa part, le Professeur Merle note que la matière est « réputée confusa et inextricabilis depuis Alciat »³⁷. Autrement dit, la clarté de la notion de présomption est une illusion comme le révèle l'indigence définitionnelle qui l'affecte. Sans entrer dans le vif de l'étude, on peut, dès à présent, pointer les défaillances de la définition la plus répandue³⁸, qui reprend *grosso modo* l'article 1349 du Code civil au terme duquel « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » : la présomption serait ainsi un « mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé »³⁹. Quel que soit l'angle sous lequel on la considère, cette définition est déficiente. Paradoxalement, elle est à la fois trop large – André Lalande l'a constaté qui note l'inadaptation d'une définition englobant « la preuve rigoureuse d'un fait qui n'est pas immédiatement connu ou directement attesté »⁴⁰ – et trop étroite – bien des présomptions juridiques y échappent : par exemple prétendre que la présomption d'innocence consiste à induire l'innocence d'une personne de son accusation défierait la logique. L'avant-

de rappeler que pour MGR VACHON, prélat catholique, l'Espérance est avec la foi et la charité l'une des trois vertus théologales, lesquelles sont essentielles pour le salut.

³⁵ Marguerite-Jeanne CORDIER STAAL de LAUNAY (baronne de), *Mémoire de Mme de Staal, écrits par elle-même*, 1755.

³⁶ Françoise LLORENS-FRAYSSSE, *op. cit.*, p. XII.

³⁷ Philippe MERLE, *op. cit.*, p. 2.

³⁸ Même la doctrine anglo-saxonne reprend cette définition. Ainsi, d'après Thomas M. FRANCK et Peter PROWS, « a presumption stipulates that if on fact (or the commission, or omission, of an act) can be demonstrated, then another may (or must) be inferred from it ». FRANCK Thomas M., PROWS Peter, « The role of presumptions in international tribunals », *The law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, n°2, 2005 pp. 197-245, spéc. p. 200.

³⁹ Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009. V. aussi la définition du Professeur LARROUMET selon laquelle « la présomption est une opération intellectuelle qui consiste à se fonder sur un fait connu, lequel permet de supposer l'existence d'un fait inconnu (...) » (Christian LARROUMET, *Droit civil – Introduction à l'étude du droit privé*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 1998, p. 90, n° 149).

⁴⁰ André LALANDE, *loc. cit.*

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSUMPTIONS

projet de réforme du droit des obligations⁴¹ qui prétend « *mettre au clair le fondement de toute présomption* » n'y change rien. L'article 1314, appelé à remplacer l'article 1349, précise simplement, de manière quasi superfétatoire, que le passage d'un fait connu à un fait inconnu consiste à tenir « *celui-ci pour certain sur le fondement du fait qui le rend vraisemblable* ». Dans la même optique, le fait que la présomption, au sens de l'article 1349, soit réductible à un syllogisme n'a qu'une portée relative. Par exemple, la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil peut certes se ramener à un raisonnement syllogistique. Sa majeure consiste dans l'énoncé de la présomption : tout enfant conçu a pour père le mari ; sa mineure recouvre le fait connu : or, cet enfant a été conçu pendant le mariage de sa mère ; sa conclusion correspond à l'établissement du fait inconnu : donc cet enfant a pour père l'époux de sa mère. Mais le caractère syllogistique de la présomption ne renseigne guère sur son mode de construction et ne fait qu'octroyer une apparence de rigueur à un raisonnement tissé de doutes⁴². Finalement, il est même possible de « *reprocher à l'assimilation entre syllogisme et présomption (...) d'occulter le travail de construction de la majeure et par là de masquer l'incertitude qui préside à la détermination des prémisses du raisonnement* »⁴³.

Evidemment, plusieurs études concernant les présomptions ont déjà été menées et s'il faut reconnaître leur importance et leurs mérites, on peut tout de même faire part de certains regrets les concernant.

Dans un premier temps, on ne peut que déplorer l'absence de vue d'ensemble de la matière présomptive. Certes, dans son livre intitulé *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*⁴⁴, le Professeur Rescher aborde la présomption d'un point de vue général. Il s'agit d'un ouvrage majeur sur lequel nous serons amené à revenir ; cependant, il correspond à une étude philosophique : les présomptions juridiques n'y sont donc évoquées qu'en tant que déclinaisons, dans un domaine particulier, d'un mécanisme cognitif de plus grande envergure. Mis à part le Professeur Grossen⁴⁵ et Françoise Llorens Fraysse⁴⁶, lesquels ont tous deux consacré un chapitre préliminaire de leurs thèses respectives à l'identification de la notion, les auteurs qui se sont intéressés à la présomption en ont traité incidemment, au cours d'une étude sur un tout autre thème⁴⁷, ou se sont

⁴¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, ministre de la justice, le 22 septembre 2005.

⁴² La formulation syllogistique n'empêche pas l'éventuel sophisme, raisonnement erroné voire absurde mais formellement satisfaisant, à partir du moment où la majeure est inexacte ou abusive ; ainsi une femme mariée peut-elle très bien concevoir un enfant en dehors des liens du mariage.

⁴³ Françoise LLORENS-FRAYSSE, *op. cit.*, p. 45 .

⁴⁴ Nicholas RESCHER, *Presumption and the practices of tentative cognition*, Cambridge University Press, 2006.

⁴⁵ Jacques-Michel GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, imprimerie Delachaux et Niestlé S.A., 1954.

⁴⁶ Françoise Llorens-FRAYSSE, *op. cit.*

⁴⁷ Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969 ; Jacques GHESTIN *et al.*, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1994 ; Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003 ; François GENY, *Science et technique en droit privé positif* :

INTRODUCTION

cantonnés à une étude de la présomption dans une branche spécifique du droit : le droit privé bien souvent⁴⁸ puisque le Code civil a consacré, dès ses débuts, cinq articles⁴⁹ aux présomptions, le droit pénal⁵⁰, le droit social⁵¹ mais aussi le droit international public⁵² ou encore le droit administratif⁵³. Ce phénomène a incontestablement nuit à la théorisation, car, au lieu de mettre l'accent sur des aspects fondamentaux susceptibles de transcender un domaine d'intervention particulier, les études menées ont surtout pris en compte les données techniques propres à chaque branche du droit ; ce n'est pas leur dénier tout intérêt que de regretter leur manque de coordination.

Dans un deuxième temps, les ouvrages traitant de la théorie du droit des présomptions sont souvent anciens : sans remonter jusqu'à Bartole⁵⁴, Le Duaren⁵⁵, Alciat⁵⁶, Menochius⁵⁷ ou encore Pothier, on note que beaucoup d'entre eux datent du XIX^{ème} ou de la première moitié du XX^{ème} siècle⁵⁸ à l'instar de la thèse du Doyen Decottignies intitulée *Les présomptions en droit privé*⁵⁹ et parue en 1950. A bien des égards, ils sont encore d'actualité, mais leur ancienneté met en évidence le désintérêt actuel pour la théorie générale des présomptions.

Dans un troisième temps, cette absence de vue d'ensemble a contribué à rendre la matière encore plus nébuleuse et confuse qu'elle n'était avant d'être explorée. Tous les auteurs qui se sont un tant soi peu intéressés à la présomption ont en effet développé leur propre vision de la notion renforçant son ambiguïté et son imprécision. Par souci de simplicité, certains d'entre eux ont considérablement restreint le champ présomptif, l'amputant de catégories que d'autres considéraient comme des composantes essentielles de la notion. Bien souvent ce sont les présomptions irréfragables⁶⁰ et les présomptions de fait⁶¹, assimilées à des dénaturations du mécanisme présomptif, qui ont fait les frais de cette épuration.

Enfin, dans un quatrième temps, il faut avouer que la méconnaissance de la présomption est aussi due au manque de considération dont elle fait souvent

nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, T. III : Elaboration technique du droit positif, Paris, Société du recueil Sirey, 1913-1930.

⁴⁸ Raymond BARRAINE, *op. cit.* ; Roger DECOTTIGNIES, *op. cit.*

⁴⁹ V. les articles 1349 à 1353 du Code civil.

⁵⁰ Philippe MERLE, *op. cit.* ; Virginie HECQUET, *Les présomptions de responsabilité en droit pénal*, Thèse, Lille, 2006.

⁵¹ Valérie LE BALCH, *Les présomptions en droit social*, Presses Universitaires du Septentrion, 2002.

⁵² Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*

⁵³ Louis DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1991.

⁵⁴ BARTOLE, *Digestum vetus*, Lugduni, 1581, « De probatione et praesumptionibus », XXII, III, cité par Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*

⁵⁵ LE DUAREN, *Opera Omnia*, 1746, Vol. III, « De probationibus », Cap. IV, cité par Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*

⁵⁶ ALCIAT, *Tractatus de praesumptionibus*, 1571, cité par Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*

⁵⁷ MENOCHIUS, *De praesumptionibus, signis et indicis*, 1688, cité par Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*

⁵⁸ François GENY, *op. cit.*

⁵⁹ Roger DECOTTIGNIES, *op. cit.*

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 41 sq.; Jean DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, p. 473.

⁶¹ Françoise LLORENS-FRAYSSÉ, *op. cit.*, p. 23 sq.

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSUMPTIONS

l'objet, quoique, à cet égard, on ne sache plus très bien qui de la méconnaissance ou de la faible considération a engendré l'autre. « *L'ancien droit criminel considérait la preuve par présomption ou "preuve conjecturale" comme une preuve indirecte et par conséquent inférieure aux autres modes de preuve : aveu, témoignage, écrit, et même expertise, qualifiés de "preuves directes"* »⁶², explique le Professeur Langui. Dans le même ordre d'idées, certains qualifient la présomption de « *pis-aller* »⁶³, d'autres encore estiment que certaines matières « *répugnent* » à y recourir⁶⁴ ou évoquent « *la réputation d'infériorité de ce procédé* »⁶⁵. D'où vient que la présomption inspire si souvent de la défiance ? L'atout et la faiblesse de la présomption, c'est-à-dire les raisons de son emploi et celles de sa dépréciation, résident précisément dans la même caractéristique : le fait qu'elle est un mode de connaissance conjectural, l'acceptation raisonnée d'une vérité incertaine. C'est cet aspect qui fait d'elle à la fois un mécanisme indispensable et un pis-aller : mode de connaissance par anticipation, la présomption deviendrait un moyen de prendre ses distances vis-à-vis du réel, voire de le façonner arbitrairement⁶⁶. Assurément, le contraste entre l'utilisation fréquente de la présomption et sa traditionnelle dévalorisation est symptomatique de la méconnaissance dont elle souffre.

Ainsi, compte tenu des lacunes dans la perception du droit des présomptions une relecture de ce dernier s'impose. Toutefois, eu égard aux constats précédents, on pourrait aller jusqu'à douter de l'existence d'un droit des présomptions à proprement parler. Pareil doute ne peut subsister si l'on considère que, malgré un manque incontestable de théorisation, les présomptions sont omniprésentes dans toutes les branches du droit. Pérennes et transversales, elles ne sont pas l'apanage d'une époque ou d'une civilisation ; elles se caractérisent au contraire par leur « *permanence* » et leur « *universalité* »⁶⁷. Non, la présomption n'est pas la *terra incognita* du juriste, des ouvrages d'importance ayant déjà grandement défloré la matière⁶⁸. Oui, il existe un droit des présomptions et, par delà, on pressent qu'il

⁶² André LANGUI, *loc. cit.*, p. 36.

⁶³ Jacques-Michel GROSSEN, *op. cit.*, p. 18

⁶⁴ MERLE Philippe, *op. cit.*, p. 1. Le Professeur MERLE commence sa thèse relative aux présomptions légales en droit pénal en rappelant la phrase suivante de J.A. ROUX : « *Le droit pénal répugne aux présomptions* ».

⁶⁵ Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 1999, n° 335 « *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* ».

⁶⁶ Valérie LASSERE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *D.*, 2010, pp. 907 sq., spéc. p. 911. D'après cet auteur, « *Le droit impose des vérités par le mécanisme des fictions ou des présomptions, qui sont des techniques juridiques, mais aussi des mensonges de la loi. Il crée des vérités juridiques incontestables en cachant les artifices exploités à cette fin. S'agissant de la présomption du fait de l'Homme, elle est "fondée sur la probabilité", ce qui colore la vérité judiciaire d'un vernis d'approximation* ».

⁶⁷ Françoise LLORENS-FRAYSSSE, *op. cit.*, pp. XIII et XIV, notes 10 et 11. Françoise LLORENS-FRAYSSSE rappelle que l'utilisation des présomptions se retrouve dans la rhétorique grecque et romaine, chez les glossateurs et les canonistes du Moyen Âge et enfin dans l'œuvre de POTHIER. Elle souligne également que les présomptions sont connues des civilisations archaïques mais aussi des civilisations africaines, islamiques et indochinoises, etc.

⁶⁸ *Les présomptions et les fictions en droit*, études publiées par Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1974.

INTRODUCTION

existe la Présomption, moyen universel de connaissance sans lequel tout projet de connaissance serait, à un moment ou un autre, voué à l'échec. Comme l'a démontré le Professeur Rescher: « *The practice of presumption arose initially in the law but subsequently became operative in virtually every area rational endeavour, for presumption is a remarkably versatile and pervasively resource. Firmly grounded in the law of evidence from its origins in classical antiquity, it made its way in the days of medieval scholasticism into the theory and practice of disputation and debate. And it subsequently extended its reach to play an increasingly significant role in the philosophical theory of knowledge. It has thus come to represent a region where lawyers, debaters, and philosophers can all find some common ground* ». ⁶⁹

Ainsi, il est impératif de relire le droit des présomptions : si des lacunes sont tolérables dans l'appréhension d'une notion émergente ou de moindre importance, elles le sont moins concernant une notion ancienne (pour ne pas dire immémoriale !) et fréquemment usitée comme la présomption. Finalement, relire, lire une nouvelle fois, c'est simplement tenter de donner une vision nouvelle d'un domaine déjà connu. En l'occurrence, il s'agit de relire la nature, le mode de fonctionnement et le rôle de la présomption et peut-être, aussi, de lui faire quitter le statut de pis-aller pour un autre, plus glorieux, plus lumineux. Pour ce faire, le droit européen des droits de l'Homme peut constituer une aide précieuse.

SECTION 2

L'INTÉRÊT D'UNE RELECTURE

À LA LUMIÈRE DU DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Avant d'envisager en détail l'intérêt d'une relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme, une remarque sémantique s'impose. L'emploi de la locution « *à la lumière* » dans le titre de l'étude est significatif ; par sa connotation positive⁷⁰, la lumière étant ce qui éclaire et guide l'esprit, ce qui rend visible les obscurités⁷¹, cette locution suggère quel sera le rôle du droit européen des droits de l'Homme dans la relecture entreprise. Des expressions moins imagées telles que « *à l'aune* » ou « *à l'épreuve* » aurait pu être choisies. Leur préférer « *à la lumière* », c'est énoncer l'hypothèse sur laquelle se fonde ce travail ; hypothèse selon laquelle le droit européen des droits de l'Homme apporte un éclairage novateur au droit des présomptions et marque son renouveau.

D'aucuns tiendront sans doute pareille hypothèse pour fantasque. Comment la conjonction d'une technique ancienne, parfois rangée parmi les « *procédés* »

⁶⁹ Nicholas RESCHER, *op. cit.*, Préface, XI.

⁷⁰ Etymologiquement, le terme « *lumière* » relève de l'éloge (y compris dans des acceptions techniques). On retrouve cette valeur dans le contexte théologique quand il s'agit de rayonnement divin, de source de vérité et dans le contexte philosophique avec les Lumières. V. REY Alain (dir.), *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, janvier 1994.

⁷¹ LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, T. 3, éditions du cap, Monte-Carlo, 1974.

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSOMPTIONS

archaïques et peu sûrs venant de l'ancien droit »⁷² ou encore fermement condamnée par certains auteurs⁷³, et d'un droit récent, peuplant les nuits de certains juristes éminents d'affreux cauchemars⁷⁴, pourrait-elle conduire au renouveau de la première, à la réalisation du second et, finalement, à la promotion des deux ? Et voici l'un des attraits de l'étude entreprise : relever un défi et montrer que, en droit comme en mathématiques, deux données négatives qui s'ajoutent peuvent engendrer une donnée positive !

Par delà son aspect polémique et de ce fait attirant, l'étude entreprise nous semble digne d'intérêt pour deux autres raisons.

La première raison tient au fait que l'usage des présomptions par la Cour européenne des droits de l'Homme est désormais trop ostensible et surtout trop varié pour rester ignoré.

Ostensible tout d'abord puisque l'œuvre créatrice de la Cour en la matière est parfois spectaculaire. L'usage le plus remarquable des présomptions concerne notamment l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie, l'article 3 relatif à la torture ou encore l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination. Ainsi, la Cour de Strasbourg n'hésite pas à présumer la responsabilité de l'Etat sur le fondement des articles 2 et 3⁷⁵ lorsqu'une personne, en bonne santé au moment de son arrestation, a trouvé la mort ou a subi des blessures alors qu'elle se trouvait aux mains des agents de l'Etat. De même, en s'appuyant sur l'article 14 de la Convention, elle accepte de présumer la discrimination indirecte⁷⁶, à l'instar du droit de l'Union européenne⁷⁷. Pareille utilisation du mécanisme présomptif invite tout simplement à repenser le droit des présomptions. Si la Cour européenne accorde dans sa jurisprudence une place prépondérante à la présomption, c'est parce que celle-ci lui permet de réaliser ses objectifs, de promouvoir les droits conventionnellement garantis et de constater la violation de certains d'entre eux alors même que les faits n'ont pas pu être clairement établis. On voit mal quelle autre technique permettrait à la Cour de constater la violation des articles 2 et 3

⁷² Louis DE GASTINES, *op. cit.*, p. 1.

⁷³ Ainsi le Professeur DE CORAIL écrit dans la préface de l'ouvrage de Louis DE GASTINES sur *Les présomptions en droit administratif* que : « M. de Gastines apprécie avec pessimisme l'accueil qui peut être réservé à la présomption dans la théorie du droit administratif et même dans la théorie générale du droit. Il écarte délibérément la présomption dans le domaine de la connaissance du droit dès lors qu'elle ne pourrait servir de fondement aux règles et qu'elle ne rend qu'imparfaitement compte des solutions complexes. Du point de vue de la casuistique juridique, elle serait présente dans divers contentieux mais sous la forme d'une présomption de fait. Au niveau supérieur de la législation, la présomption serait exclue du domaine des présomptions "règles-valeurs", elle pourrait être admise, mais le droit positif est contraire, dans celui des "règles-moyens" qui mettent en œuvre les premières ». DE GASTINES Louis, *op. cit.*, Préface, XV-XVI.

⁷⁴ Sur ce point, V. l'article du Professeur MALAURIE « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *P.A.*, 21 août 2006, n° 166. L'auteur, non content d'y tenir lui-même des propos critiques à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, rappelle ceux des Doyens CORNU et CARBONNIER.

⁷⁵ CEDH, 1^{er} septembre 2006, Taïs contre France, req. n° 39922/03.

⁷⁶ CEDH, Grde Ch., 13 novembre 2007, D.H. c/ République Tchèque, req. n° 57325/00.

⁷⁷ Voir les directives du Conseil 97/80/CE et 2000/43/CE.

INTRODUCTION

lorsqu'une personne gardée à vue est décédée ou a subi des blessures, toutes les preuves se trouvant aux mains de l'Etat. La présomption participerait donc à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, son usage ne serait pas à sens unique, puisque la Cour se sert parfois des présomptions en dehors de l'interprétation évolutive. En effet, elle manie la présomption dans bien d'autres domaines ; la présomption d'équivalence entre le système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne élaborée dans l'arrêt *Bosphorus Air lines* du 30 juin 2005⁷⁸ le prouve. Apparaît alors l'idée que la présomption serait fondamentalement une technique neutre pouvant être utilisée à des fins diverses et qu'ainsi, loin d'être un pis-aller à éliminer du droit, elle est liée à la réalisation du droit, et, osons le mot, à son effectivité.

L'usage des présomptions est ensuite varié : les juges européens ont affaire aux présomptions à double titre. D'un côté, ils sont susceptibles d'user de leurs propres présomptions. Celles-ci peuvent être conventionnelles, comme la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou judiciaires, à savoir celles qu'ils créent eux-mêmes. Ainsi, la Cour établit l'existence d'une pratique administrative⁷⁹ grâce au mécanisme présomptif : l'accumulation de violations analogues ou identiques et la tolérance officielle permettent de présumer l'existence d'une telle pratique⁸⁰. D'un autre côté, les mêmes juges européens ont parfois à se prononcer sur des présomptions de droit interne. Par exemple, dans les arrêts *Salabiaku*⁸¹ et *Pham Hoang*⁸², l'utilisation par le juge français de présomptions de culpabilité en matière douanière a été examinée sur le fondement de l'article 6 § 2.

La seconde raison découle de la précédente : grâce à son usage manifeste et multiple des présomptions, le droit européen des droits de l'Homme en offre une vue d'ensemble ; celle-là même qui, jusqu'alors, faisait cruellement défaut. Il mène en effet à toutes les présomptions : celles qui, classiques, sont issues du droit civil à l'instar de la présomption de paternité⁸³, celles qui proviennent du droit pénal, du droit douanier⁸⁴ ou encore du droit fiscal⁸⁵ et enfin celles qui,

⁷⁸ CEDH, Grde Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollaris turizm ve ticaret sirketi c/ Irlande (Bosphorus Air lines)*, req. n° 45036/98.

⁷⁹ CEDH, 28 juillet 1999, *Di Mauro c/ Italie*, req. n° 34256/96 ; CEDH, 28 juillet 1999, *Ferrari c/ Italie*, req. n° 33440/96.

⁸⁰ Franklin KUTY, « Les violations répétées de l'exigence de délai raisonnable : une pratique incompatible avec la Convention », *RTDH* 2000, p. 531 sq. ; Jean-François FLAUSS, « La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'Homme », *Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT - Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, 2000, Bruxelles, Bruylant, pp. 341-351.

⁸¹ CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*, req. n° 10519/83.

⁸² CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c/ France*, req. n° 13191/87.

⁸³ CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, req. n° 18535/91 ; CEDH, 2 juin 2005, *Znamenskaya c/ Russie*, req. n° 77785/01 ; CEDH, 24 novembre 2005, *Shofman c/ Russie*, req. n° 74826/01 ; CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c/ Malte*, req. n° 26111/02 ; CEDH, 9 novembre 2006, *Tavli c/ Turquie*, req. n° 11449/02.

⁸⁴ CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*, req. n° 10519/83 ; CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c/ France*, req. n° 13191/87.

⁸⁵ CEDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, req. n° 34619/97.

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSOMPTIONS

transversales, irriguent l'ensemble du droit positif, telle la présomption de connaissance de la loi⁸⁶. Ce faisant, il permet de relativiser la distinction entre droit public et droit privé et par là-même d'analyser globalement le droit des présomptions. Comme le souligne le Professeur Tavernier : « *La Convention européenne des droits de l'Homme intéresse pratiquement toutes les branches du droit : au premier chef le droit pénal, mais aussi le droit civil et notamment le droit de la famille, le droit du travail et le droit de la sécurité sociale et aussi le droit de l'urbanisme, celui de l'environnement ou même de nombreux aspects du droit administratif, y compris du droit fiscal et douanier, qui constituent pourtant le symbole le plus fort de la souveraineté étatique et de la puissance publique. (...) Désormais tous les juristes, qu'ils soient spécialistes de droit public ou de droit privé, sont intéressés par la Convention et par l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux nationaux ainsi que par les organes de Strasbourg. On peut affirmer que la Convention européenne se situe à la charnière du droit public et du droit privé* »⁸⁷. Dans le même ordre d'idées, d'autres auteurs comparent même la Cour de Strasbourg à une cour constitutionnelle⁸⁸.

Dès lors, le droit européen des droits de l'Homme apparaît comme un observatoire privilégié de la matière présomptive ; grâce à lui, l'analyse du droit des présomptions peut non seulement quitter le giron maternel que représente le droit civil, mais encore s'affranchir du traditionnel clivage entre droit public et droit privé et, enfin, s'inscrire dans une perspective totalement novatrice : une perspective systémique, seule à même de dévoiler son ampleur et ses potentialités. En effet, envisager le droit des présomptions au sein du système juridique paraît être la solution adéquate pour dégager une vision générale de ce dernier. Apparemment simple et classique – « *on présente volontiers, dans tous les secteurs de la pensée juridique, le droit comme un système* » explique le Professeur Timsit⁸⁹ – cette démarche mérite cependant de plus amples explications eu égard aux difficultés engendrées par l'utilisation de la notion de système juridique.

Souvent contestée, cette notion fait figure de fourre-tout abstrait et commode permettant de désigner « *le droit en soi* »⁹⁰. Ainsi certains tiennent le terme de système pour un « *mot à tout faire* » ou encore un « *concept incertain* »⁹¹. D'autres, cependant, ne lui dénie pas toute pertinence ; le Professeur Rials rappelle ainsi que la « *systématicité du droit s'offre à la raison comme un*

⁸⁶ CEDH, 13 décembre 2007, Emonet et autres c/ Suisse, req. n°39051/03.

⁸⁷ Paul TAVERNIER, « La Convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit public - droit privé », *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 399 sq.

⁸⁸ Jean-François FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1996, pp.711 sq. et « La Convention européenne des droits de l'Homme et la volonté des Etats », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques - Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

⁸⁹ Gérard TIMSIT, « Système », Denis ALLAND et Stéphane RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, 2003, pp. 1462 sq.

⁹⁰ Roberto J. VERNENGO, « Le droit est-il un système ? », *Archives de Philosophie du droit*, T. 36 : *Droit et science*, Paris, Sirey, 1991, pp. 253 sq., spéc. p. 255.

⁹¹ Jean COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *Archives de Philosophie du droit*, T. 31 : *Le système juridique*, Paris, Sirey, 1986, pp. 84 sq., spéc. P. 84.

INTRODUCTION

fait »⁹². Pour sa part, le Professeur Grzegorzczuk, même s'il émet diverses critiques à l'égard de la conception systémique du droit, explique qu'elle est « *une réponse au morcellement du savoir* » et permet « *une globalisation du regard sur la réalité, pour la rendre intelligible dans son unité fondamentale* »⁹³. Dans cette optique, le droit européen des droits de l'Homme semble bel et bien offrir une vision systémique de la matière présomptive, permettant de relire le droit des présomptions. Reste alors à envisager comment mener cette relecture.

SECTION 3

LA MANIÈRE DE RELIRE LE DROIT DES PRÉSOMPTIONS À LA LUMIÈRE DU DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Il semble à présent utile d'apporter quelques précisions concernant la manière dont l'étude va être menée. Toutes ces précisions ont trait à l'idée selon laquelle la tâche entreprise paraît colossale et son ampleur déraisonnable.

Relire le droit des présomptions, c'est, on l'a dit, essayer de poser un regard neuf, si possible critique et synthétique, sur la globalité de la matière présomptive. Pareil projet semble pour le moins téméraire : comment relire rigoureusement un droit dont on a souligné l'ampleur – les présomptions interviennent dans toutes les branches du droit – et les lacunes fondamentales – c'est un droit morcelé et incomplet, aucune définition unanime des présomptions n'existe ?

Et voilà qu'à peine entamée, cette étude semble vouée à l'échec faute de pouvoir tout dire sur toutes les présomptions.

Il semble pourtant possible de surmonter ces obstacles grâce à une délimitation précise du sujet résultant de la détermination d'une définition de recherche du terme présomption d'une part, grâce au choix d'une méthode d'autre part.

Si le but d'une définition de recherche est avant tout de délimiter le thème de la recherche, il est aussi de ne pas éliminer par avance trop d'objets de la catégorie étudiée. La définition choisie ne doit donc pas être trop restrictive. A cet égard, la définition classique de la présomption semble dangereusement réductrice. En mettant en avant le passage du fait connu à un fait inconnu, elle exclut de son champ certaines notions juridiques pourtant qualifiées de présomptions. La présomption d'innocence déjà mentionnée, la présomption de connaissance de la loi, la présomption de bonne foi ou encore la présomption selon laquelle la chose jugée correspond à la vérité ne pourront être rattachées

⁹² Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de Philosophie du droit*, T. 31, *op. cit.* note 91, pp. 57 sq., spéc. p. 71.

⁹³ Christophe GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *Archives de Philosophie du droit*, T. 31, *op. cit.* note 91, pp. 281 sq., spéc. p. 282. L'auteur explique également qu'on est alors face à un « *système-synthèse* » qui répond au besoin de « *dépasser le morcellement du droit dû à la spécialisation croissante de ses branches, et d'assurer son unité de plus en plus problématique* ».

RELECTURE DU DROIT DES PRÉSUMPTIONS

qu'artificiellement à cette définition. Le fait présumé ne semble pas à proprement parler découler d'un autre fait : on sait que l'innocence ne découle pas de l'accusation, on sait combien la présomption de connaissance de la loi est artificielle, on sait que la bonne foi est plus un *a priori* positif que la conséquence d'un fait particulier, on sait enfin que l'autorité de chose jugée est avant tout une nécessité pour le fonctionnement de la Justice. Est-ce à dire que ces présomptions, parmi les plus illustres, n'en sont pas vraiment ? Rien n'est moins sûr ! On peut en effet se demander si elles ne correspondraient pas à la définition citée au début de notre introduction, selon laquelle la présomption est une anticipation sur ce qui n'est pas encore prouvé ou sur ce qui ne peut l'être.

Cela dit, choisir comme point de départ une définition extensive, c'est prendre le risque d'une dilution de la notion. A cet égard, Gény écrivait à propos de la présomption que, « *tant qu'on lui conserverait une généralité aussi diffuse, il serait malaisé d'y découvrir un procédé spécifique, méritant d'être étudié à part* »⁹⁴. Mais des tentatives de décryptage du mécanisme présomptif à partir d'une définition plus restrictive, telle celle de l'article 1349 du Code civil, ont déjà été menées à bien sans qu'une véritable unité lui soit conférée, le terme de présomption semblant toujours recouvrir des procédés juridiques disparates. Par conséquent, il paraît opportun de se fonder sur une définition plus large, de type étymologique, l'objectif étant, à terme, d'en élaborer une plus complète.

Dans le même ordre d'idées, pour éviter d'aborder trop restrictivement le sujet, il convient de déterminer si son approche doit se faire grâce à une heuristique nominaliste, amenant à n'admettre l'existence de présomptions que là où le terme de présomption ou un vocable apparenté est employé, ou grâce à une heuristique conceptuelle, qui requiert le choix d'une définition préalable à l'aune de laquelle sont ensuite déterminées les manifestations de la présomption⁹⁵. Ainsi que l'a démontré le Professeur Van Drooghenbroeck, ces deux approches connaissent des limites. La première « *interdit de déduire quelque extension du champ d'analyse au départ des parallèles sémantiques que l'auteur du discours étudié s'autorise lui-même* »⁹⁶ tandis que, dans la seconde, « *le choix de la définition de départ oriente en fait, de manière décisive les résultats de l'analyse* », ce dont on peut déduire « *que ce sont, en fait les résultats espérés de l'analyse qui rétroagissent sur le principe de la définition de départ* »⁹⁷. Par conséquent, à l'instar de cet auteur, on peut considérer que le meilleur choix est peut-être celui d'une solution intermédiaire consistant à partir d'une approche nominaliste et à la compléter par une approche conceptuelle, approche opportune en l'occurrence puisqu'une définition de recherche a été adoptée.

⁹⁴ François GENY, *op. cit.*, p. 267.

⁹⁵ Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2001, V. pp. 28-30.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 29 § 22.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 29 § 23.

INTRODUCTION

Par ailleurs, l'objectif de notre étude étant à présent clair – il s'agit de poser un regard nouveau sur le droit des présomptions, de le repenser grâce au droit européen des droits de l'Homme et à l'hypothèse fondatrice selon laquelle, la présomption, technique de réalisation du droit, peut servir au mieux les droits de l'Homme –, il est nécessaire de choisir une méthode pour tenter de l'atteindre. Celle-ci doit tenir compte du caractère nébuleux du droit des présomptions qu'une première approche a mis en évidence. Le droit des présomptions est susceptible d'être éclairé par le droit européen des droits de l'Homme précisément parce qu'il est obscur ; s'il avait d'ores et déjà un objet nettement déterminé, la notion de présomption étant elle-même clairement définie, point ne serait besoin de le relire à la lumière du droit européen des droits de l'Homme ; il suffirait d'analyser les relations qu'entretiennent ces deux branches du droit grâce à un inventaire commenté des présomptions auxquelles recourt le droit européen des droits de l'Homme et dont traite sa jurisprudence. Dès lors, compte tenu des incertitudes voire des béances qui ourlent encore le droit des présomptions, une telle démarche paraît prématurée. Aussi lui en préférerons-nous une autre, plus classique et surtout plus fondamentale, consistant à analyser l'apport du droit européen des droits de l'Homme à l'égard de la nature des présomptions d'une part, de leur fonction d'autre part.

Le premier volet de la relecture entreprise portera donc sur l'essence du mécanisme présomptif. Loin d'étayer la thèse d'une diversité insurmontable des présomptions, le droit européen des droits de l'Homme, mettant de l'ordre dans le désordre, révèle au contraire qu'elles ont toutes, malgré la variété de leurs modes de fonctionnement, une nature profonde commune. Au lieu de réduire le droit des présomptions à l'une des composantes du droit de la preuve, il lui confère donc une ampleur considérable et une autonomie certaine.

Le second volet de la relecture s'attachera, pour sa part, à la mission du droit des présomptions. Il s'agira plus précisément de reconsidérer le rôle des présomptions, traditionnellement tenu pour relatif. Les présomptions participent en effet tant à la cohésion qu'à l'évolution du droit européen des droits de l'Homme, c'est-à-dire à ces deux mouvements à la fois contradictoires et complémentaires qui assurent la pérennité de tout système juridique⁹⁸.

Encore faut-il préciser que le premier aspect de cette recherche ne le cède en rien au second : il en constitue le préalable indispensable ; on ne saurait en effet identifier les missions du droit des présomptions et encore moins les reconsidérer si l'on ne sait exactement ce qu'il recouvre. Voilà pourquoi, relire le droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme, c'est d'abord révéler la nature unitaire des présomptions (*Partie I*), ensuite revaloriser leur rôle (*Partie II*).

Partie I - Révélation de la nature unitaire des présomptions

Partie II - Revalorisation du rôle des présomptions

⁹⁸ Sur cette question, V. not. : Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, Quadriga, 2004, pp. 346-355 ; Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 86 sq., n° 31.

PARTIE I

RÉVÉLATION

DE LA NATURE UNITAIRE DES PRÉSOMPTIONS

A première vue, excepté de vagues pressentiments et l'espérance naïve selon laquelle le mot présomption dans ces divers emplois aurait toujours la même signification, rien ne laisse supposer l'unité fondamentale du mécanisme présomptif. D'une part, la doctrine s'applique à montrer combien la matière est confuse voire inextricable et nombre d'auteurs ont proposé des distinctions refoulant certaines présomptions au rang des fictions⁹⁹ ou encore des principes¹⁰⁰. D'autre part, lorsqu'on traque le mécanisme présomptif à travers la jurisprudence¹⁰¹, lorsqu'on le scrute à travers la littérature juridique, on se perd, on piétine en cette recherche avec la désagréable impression d'être face à un mécanisme fondamental, nécessaire au droit, mais que cette nécessité soustrait à tout effort de théorisation.

On s'embarrasse alors dans la confusion de questions qui sont toujours les mêmes. Qu'est-ce qu'une présomption ? Quelle caractéristique commune permet d'appeler présomption des mécanismes aussi différents que la présomption d'innocence, considérée avant tout comme un droit subjectif, et la présomption de paternité, prototype du mécanisme mettant en œuvre le passage d'un fait connu à un fait inconnu ? Cet emploi d'un même terme dans des circonstances si variées n'est-il pas abusif ?

Puis, alors même qu'on croit s'être définitivement enlisé, qu'on se résigne à admettre que les multiples présomptions irrigant notre droit ont en partage leur seule dénomination, on devine une solution. Lentement, l'essence primordiale de la présomption apparaît. On perçoit ce que la présomption a de permanent, cette puissance d'anticipation sur une réalité toujours fuyante, puissance qui cède parfois devant la preuve d'une réalité contraire (lorsque la présomption est réfragable) ou devant laquelle il arrive, à l'inverse, que la réalité s'incline

⁹⁹ Pascale DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *P.A.*, 6 mars 2000, n° 46, pp. 6 sq.

¹⁰⁰ Hervé HENRION, *La nature juridique de la présomption d'innocence – Comparaison franco-allemande*, Facultés de droit de Montpellier, coll. Thèses, 2006.

¹⁰¹ D'après le Professeur TUSSEAU, « Le terme « jurisprudence » et ses dérivés s'appliquent aux activités d'émission du droit, qu'il s'agisse de lois, de règlements administratifs, de décision juridictionnelles ou encore de contrats ». Guillaume TUSSEAU, « Jeremy Bentham et les droits de l'Homme : un réexamen », *RTDH*, 2002, pp. 407 sq., spéc. p. 410, note 17.

RÉVÉLATION DE LA NATURE UNITAIRE DES PRÉSOMPTIONS

(lorsque la présomption est irréfragable). On perçoit que chaque présomption est un fragment d'un même mouvement de pensée, l'un des reflets d'une forme unique de raisonnement. Finalement, derrière la diversité se cacheraient l'unité.

Ainsi la prise de conscience de l'unité fondamentale de la présomption est-elle de l'ordre de la révélation, ce terme désignant le fait de montrer ce qui était caché, secret : la nature unitaire des présomptions, si elle est parfois pressentie¹⁰², n'est pas pour autant évidente et ne peut être capturée qu'au terme d'importants efforts de théorisation.

Révéler la nature unitaire des présomptions, c'est donc, dans une première étape, tenter d'élaborer une théorie générale des présomptions. L'élaboration d'une telle théorie apparaît comme l'indispensable point de départ de la relecture du droit des présomptions entreprise dans cette étude. Elle permettra en effet de clarifier ledit droit, dont on a déjà évoqué la méconnaissance et les importantes lacunes. Mais surtout, elle permettra de vérifier si toutes les présomptions, en dépit de leurs divergences, sont bel et bien les déclinaisons d'un seul et même procédé d'anticipation sur une réalité inconnue.

Révéler la nature unitaire des présomptions nécessitera ensuite une deuxième étape : pour acquérir toute sa valeur, la théorie générale devra être confrontée au droit de la Convention européenne de droits de l'Homme. Cette confrontation, eu égard à l'usage intensif des présomptions en droit européen des droits de l'Homme, permettra de vérifier la pertinence de la théorie générale et, peut-être, de corroborer la thèse de l'unité du mécanisme présomptif notamment en mettant à jour les liens concrets entre les diverses présomptions.

De prime abord, la démarche ainsi choisie, c'est-à-dire l'élaboration d'une théorie générale et sa confrontation ultérieure au droit européen des droits de l'Homme, n'est peut être pas la plus évidente compte tenu du titre de l'étude entreprise, *Relécture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, et de l'intitulé de la partie entamée, *Révélation de la nature unitaire des présomptions*. D'aucuns s'attendraient peut-être à une approche plus directe de la matière présomptive européenne, sans l'intermédiaire abstrait – pour ne pas dire ingrat – d'une théorie. Pourtant, plusieurs arguments justifient pleinement cette approche originale.

Tout d'abord, si l'on considère la visée globale de l'étude, l'élaboration d'une théorie générale s'avère nécessaire. Elle seule rend possible une vision globale de la matière présomptive et par la même une relecture du droit des présomptions.

Ensuite, concernant la volonté de révéler l'unité du mécanisme présomptif, l'élaboration d'une théorie générale semble là encore opportune : elle seule permet de voir si derrière un même concept se cachent des réalités tellement

¹⁰² Après avoir montré qu'il existe plusieurs sortes de présomptions, le Professeur BARRAINE explique qu'il n'existe pas cependant « *de distinction nettement tranchée* » et que toutes les présomptions « *émergent en quelque sorte d'un tout continu* ». BARRAINE Raymond, *op. cit.*, p. 230.

RELECTURE DU DROIT DES PRESOMPTIONS

divergentes que de nouvelles dénominations seraient bienvenues ou si, au contraire, malgré la diversité des présomptions, un même mécanisme, un même mouvement de pensée est toujours à l'œuvre.

En définitive, l'apport du droit européen, pour indispensable qu'il soit, ne pourra être logiquement envisagé que dans un second temps, lorsque des bases claires et précises auront été posées. Il permettra alors d'affiner la première approche théorique de la matière présomptive par une analyse plus pragmatique.

Ainsi, la révélation de la nature unitaire de la présomption se déroulera en deux temps : tout d'abord il conviendra d'en poser les fondements en tentant d'élaborer une théorie générale des présomptions (*Titre I*), ensuite il sera opportun de la finaliser en la confrontant au droit européen des droits de l'Homme (*Titre II*).