

Section III : La preuve des droits subjectifs

Encadrement satellitaire du droit de la preuve. Le système juridique sénégalais consacre un dispositif plus ou moins élaboré au droit de la preuve.

Droit commun de la preuve et COCC. On peut considérer que le droit commun de la preuve est encadré par les articles 9 à 38 du COCC. Il existe cependant d'autres dispositions au sein même de ce corpus juridique qui intéressent la preuve sans que l'on puisse établir pour autant qu'elles aménagent un régime spécial de la preuve des obligations. En effet, les dispositions visées ont souvent une corrélation marquée avec le droit commun de la preuve en raison de l'objet de la preuve qui portera souvent sur un fait ou un acte juridiques¹. À l'exception de certaines dispositions qui semblent poser un régime dérogatoire², il s'agit donc pour l'essentiel d'applications particulières du droit commun de la preuve à des obligations spécifiques. Le droit de la preuve n'est pas cependant l'apanage exclusif du COCC. Il reçoit le concours de nombreuses autres législations en vigueur au Sénégal.

L'aménagement de règles de preuve par d'autres législations. À côté du COCC, il existe d'autres législations qui aménagent le droit de la preuve.

Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques. Parmi ces législations, la contribution la plus appréciable découle de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques³. En dépit de l'existence d'un cadrage régional du commerce électronique qui aurait pu dissuader d'y recourir⁴, le Sénégal a, dans le cadre d'une Loi d'Orientation sur la Société de l'Information (LOSI), décidé d'adopter cette loi sur les transactions électroniques. Son apport décisif a été d'ériger l'écrit électronique en pendant de l'écrit sur support papier. Ce postulat d'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit manuscrit a fait l'objet d'une implémentation par la suite au niveau de toutes les législations qui imposaient un écrit à titre probatoire sous réserve de quelques exceptions.

Code de la famille, Code pénal, actes uniformes, Code du travail etc. Au-delà de cette loi, le Code de la famille⁵, les actes uniformes du droit OHADA⁶, le Code du travail⁷, et de nombreux

¹ V. art. 123 COCC (preuve de la faute civile), art. 150 COCC (preuve du fait dommageable), art. 154 COCC (preuve de l'inexécution de l'obligation contractuelle), art. 179 et 181 COCC (preuve du paiement du principal et de ses accessoires), art. 211 COCC (preuve de la remise de dette), art. 385 COCC al. 3 (preuve de la dissimulation du prix réel dans les ventes d'immeubles immatriculés), art. 461 COCC (preuve du mandat), art. 542 COCC al. 2 (preuve du prêt d'argent), art. 758 COCC (preuve de la transaction).

² V. art. 498 COCC (preuve du dépôt), art. 541 COCC (preuve du bail).

³ JORS, n° 6406 du samedi 3 mai 2008 ; v. aussi le Décret d'application n° 2008-720 du 30 juin 2008 relatif à la certification électronique pris pour l'application de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques.

⁴ V. notamment le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA du 19 septembre 2002 et l'Acte additionnel A/SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO.

⁵ Il en est ainsi de la preuve de l'état des personnes (art. 29 CF), la preuve par possession d'état (art. 98 CF al. 2), preuve des fiançailles (art. 104 CF *in fine*), la preuve de la filiation (art. 197 CF à 201 CF), la preuve de la parenté (art. 257 CF), des présomptions sur la propriété des biens des époux dans le cadre du mariage (art. 381 et 382 CF), la preuve de la qualité d'héritier (art. 403 CF), la preuve des donations déguisées (art. 681 CF *in fine*), la preuve du don manuel (art. 689, 690 et 691 CF), de la preuve des testaments (art. 749 CF) *etc.*

⁶ Il en est ainsi de la preuve des actes de commerce passés par les commerçants (art. 5 AUDCG révisé), la preuve de la qualité de commerçant (art. 59 AUDCG révisé), la preuve du cautionnement (art. 14 AUPOS révisé), *etc.*

⁷ Art. L.32 : « Quels que soient le lieu de la conclusion du contrat et la résidence de l'une ou l'autre partie, tout contrat de travail conclut pour être exécuté au Sénégal est soumis aux dispositions du présent Code. La preuve de

autres instruments normatifs contribuent à asseoir un socle juridique en matière probatoire. Ils précisent les dispositions du droit commun ou posent quelques fois des solutions dérogatoires. Cet éparpillement procède de la variété des situations juridiques des aménagements singuliers.

On ne prouve pas le droit subjectif mais les faits ou les actes qui en confèrent le bénéfice.

La preuve est le procédé par lequel un plaideur établit la vraisemblance de son allégation pour se voir reconnaître par le juge la prérogative, la faveur ou le droit que lui confèrent les normes du système juridique.

L'objet de la preuve. L'objet de la preuve ne porte pas dès lors sur la règle de droit mais plutôt sur le fait, l'acte qui est le soubassement du droit que le plaideur revendique : celui qui exige le remboursement d'une créance contractée doit prouver l'existence de la source de cette créance, un prêt, une promesse ; le voisin qui demande que cessent des troubles anormaux de voisinage doit prouver l'existence de tels troubles. Le plaideur peut ainsi revendiquer un droit qui ne lui sera pas pourvu s'il ne réussit pas à le prouver par le procédé défini par la loi. La production des modes de preuve obéit au principe du contradictoire qui aide le juge à la révélation de la vérité ou de sa vraisemblance. L'objet de la preuve obéit ainsi à une logique distributive consistant à admettre un régime probatoire pour les faits et actes attestant de l'existence du droit allégué. La norme juridique applicable à la prétention litigieuse se passe en revanche de toute nécessité de preuve.

Iura novit curia. L'existence du droit subjectif doit alors être distinguée de sa preuve. Si les parents ont par exemple un droit de garde sur leurs enfants, c'est à la condition toutefois qu'ils prouvaient leur qualité de père ou mère afin que la titularité du droit allégué leur soit reconnue. La preuve du droit subjectif comme susmentionné ne porte pas dès lors sur la règle de droit qui l'encadre ou reconnaît son existence mais plutôt sur le fait ou l'acte qui établit son application. S'il en est ainsi, c'est parce que le juge est censé connaître la loi mieux d'ailleurs que ne sont censées l'assimiler les parties. Le juge est formé pour appliquer la loi. C'est ce que traduit la maxime juridique *iura novit curia* qui exprime un principe fondamental de la procédure civile selon lequel le juge connaît la loi. Il n'en est autrement que dans les circonstances dans lesquelles la norme applicable au litige ne procède pas des normes délibérées par le système juridique sénégalais en l'occurrence lorsqu'un usage professionnel, une coutume *praeter legem* ou une loi étrangère est applicable.

Preuve exceptionnelle des usages professionnels. Dans les développements précédents, nous avons relevé que la preuve de l'existence et de la teneur des usages professionnels par exemple s'établit en recourant aux parères délivrés par les chambres de commerce et d'industrie⁸.

Preuve de la loi étrangère dans les litiges qui relèvent du conflit de lois dans l'espace. La preuve de la loi étrangère requiert aussi quelques fois d'être rapportée lorsqu'elle s'applique au contentieux portant sur une relation privée litigieuse dont sont saisies les juridictions sénégalaises⁹. Le plaideur y satisfait souvent en produisant un certificat de coutume rédigé par un juriste du pays dont la loi est applicable, un professeur d'université ou un professionnel du

son existence peut être apportée par tous moyens. Le contrat écrit est exempt de tous droits de timbre et d'enregistrement ».

⁸ Art. 259 COCC al. 2 : « En cas de contestation, l'usage est prouvé par tous moyens et, en matière commerciale, au moyen d'attestations écrites établies par les Chambres de Commerce, d'Agriculture et d'industrie ».

⁹ Article 850 CF alinéa 1 : « Le contenu de la loi étrangère est établi devant les juridictions sénégalaises, par tous moyens, par le plaideur qui s'en prévaut et, au besoin, à la diligence du juge ».

droit notamment, pour fixer l'état du droit sur la question litigieuse qui permettra au juge sénégalais de trancher le litige conformément à la loi de ce pays.

Au-delà de ces questions liminaires, le droit commun de la preuve auxquels les développements ci-après seront consacrés soulève traditionnellement deux questions : la charge de la preuve d'une part (I) et l'étude des procédés probatoires d'autre part (II).

I – La charge de la preuve

Principe et exceptions. Le procès en droit judiciaire privé obéit au modèle de la procédure accusatoire. Celle-ci donne une certaine primauté aux parties au détriment du juge qui a un rôle assimilable à celui d'un arbitre. La procédure accusatoire influe en partie sur l'organisation de la charge de la preuve. Il revient en effet en principe aux parties de produire les moyens de preuve pour faire triompher leur cause devant le juge (A). Ce n'est qu'exceptionnellement que la partie initiatrice du procès serait dispensée de produire une preuve en bénéficiant de présomptions légales (B).

A - Le principe

L'article 9 COCC, clé de voute de la charge de la preuve. À propos de la preuve des obligations, l'article 9 COCC dispose :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence.

Celui qui se prétend libéré doit prouver que l'obligation est inexistante ou éteinte ».

Le demandeur, débiteur de la charge de prouver l'existence du droit dont l'exécution est réclamée. On n'attend pas du demandeur qu'il prouve toutes ses allégations.

Les allégations qui se passent de preuve. Il y en a en effet parmi elles qui procèdent de l'évidence et se dispensent en principe de toute preuve. Le demandeur n'a pas à prouver par exemple en tant de pluie que les voies routières sont glissantes et dangereuses pas plus qu'avant ne survienne l'accident à l'origine de ses troubles respiratoires qu'il respirait normalement. L'apparence suffit souvent comme moyen de preuves dans de telles circonstances à l'exclusion de celles induites notamment par la possession d'une chose mobilière¹⁰. Ce qui est attendu du demandeur, c'est qu'il établisse l'existence du droit dont il allègue l'exécution.

Actor incumbit probatio. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 9 COCC, il apparaît qu'il lui revient, en tant qu'initiateur du procès, d'attester de l'existence du droit dont il réclame l'exécution. C'est la traduction du principe général de droit formulé en maxime latine « *actor incumbit probatio* ». La nature de cette obligation peut bien évidemment être civile. La référence au terme « exécution » n'implique point que seules les obligations contractuelles sont visées. Il peut s'agir de toute sorte d'obligation civile : contractuelle, réelle, familiale, extracontractuelle (délits, quasi-délits, quasi-contrats)...Il peut viser aussi les obligations commerciales qu'elle aient un substrat professionnel, contractuel ou même fiscal. Dans une logique contradictoire, si on exclut l'hypothèse des procès par défaut, la preuve de l'existence cette obligation exige du défendeur, s'il désire faire triompher sa cause, de prouver le contraire.

¹⁰ Il arrive en effet d'attribuer à la possession d'une chose une portée probatoire. Nous nous y attarderons au moment d'étudier les procédés de preuve.

C'est la raison d'être de l'article 9 COCC alinéa 2. En dépit de la formulation sibylline de l'article 9 COCC, l'interdépendance entre les deux alinéas est de mise.

Le défendeur, débiteur de la charge de prouver l'inexistence ou l'extinction d'une obligation.

Si au stade de la saisine, le demandeur demeure assurément le plaideur actif du procès et le défendeur, celui passif, les choses peuvent évoluer en cours d'instance. La preuve de l'existence du droit par le demandeur contraindra dans les circonstances les plus fréquentes le défendeur à rechercher à invalider son allégation et la preuve produite pour l'attester. Le cas échéant, il est requis alors de lui une preuve contraire. Celle-ci peut arpenter deux voies. Il peut arguer de son inexistence ou prouver l'extinction de l'obligation dont l'exécution est réclamée. L'inexistence peut être établie sur la base d'une exception de nullité par exemple ou alors que les diligences prises par lui excluent la qualification de faute. L'extinction peut résulter de la preuve de son paiement si l'obligation dont l'exécution est réclamée consiste en une somme d'argent. Le défendeur peut également alléguer de l'extinction de l'obligation par d'autres modes d'extinction de l'obligation à l'instar de la remise partielle ou totale de dette, la novation, la prescription *etc.*

L'enchaînement quasi-automatique des preuves produites alternativement par les plaideurs empêche de s'attacher l'approche distributive dans la production des preuves justifiée par le procès de type accusatoire. Il est rare donc que le défendeur soit le premier à être sollicité sur le terrain probatoire. Les rares éventualités qui amènent à constater une inversion théorique de la charge de la preuve procèdent de présomptions légales.

B – Les exceptions fondées sur les présomptions légales

Distinction sur la portée probatoire des présomptions du fait de l'homme et les présomptions de la loi. Les présomptions sont définies comme des opinions fondées seulement sur la vraisemblance établie sur la base d'indices, d'apparences, de probabilités. Elles consistent en général à induire un fait inconnu d'un fait connu. En droit, il en existe deux typologies. On distingue en effet les présomptions du fait de l'homme des présomptions légales. Les présomptions du fait de l'homme ont plutôt une valeur de preuve imparfaite. Le COCC y fait référence à de nombreuses reprises sans pourtant les définir. Les présomptions du fait de l'homme n'entrent pas en jeu dans l'éventualité d'une inversion de la preuve et leur portée probatoire sera appréciée dans les développements postérieurs¹¹. Il en est autrement des présomptions légales. Établies par le législateur, elles profitent souvent au demandeur dans la mesure où il est dispensé d'apporter la preuve au soutien de son action judiciaire contraignant ainsi le défendeur à la production de preuves contraires s'il ne veut pas succomber à l'initiative de ce dernier.

Inversion, renversement de la charge de la preuve ou dispense de preuve en présence de présomptions légales ? Lorsque des présomptions légales bénéficient au demandeur, on parle souvent d'inversion de la charge de la preuve. Le recours à cette expression est une commodité de langage mais elle ne traduit qu'imparfaitement la réalité procédurale décrite par toutes les présomptions légales. Si le régime probatoire du fait allégué à l'appui de l'acte introductif d'instance est allégé, le demandeur n'est pas pour autant dispensé de la charge de prouver l'existence du droit litigieux. Cette portée probatoire des présomptions légales constitue l'objet des articles 10 et 11 COCC mais des précisions supplémentaires s'imposent.

¹¹ V. les développements en rapport avec la preuve des faits juridiques.

Portée probatoire des présomptions légales. L'article 10 COCC alinéa 1^{er} dispose : « Celui qui établit les actes ou faits auxquels la loi a attaché une présomption bénéfique pour le surplus d'une dispense de preuve ». En réalité, à la lecture de cette disposition, il n'y a pas une dispense totale de preuve. Le demandeur n'apporte pas la preuve du fait inconnu servant de base à sa demande. Il profite de la présomption qui établit sa vraisemblance à partir d'un fait connu. La loi facilite ainsi au demandeur la production d'une preuve plus facile à établir de laquelle elle fait dépendre l'existence du fait plus difficile à prouver. C'est ce qu'il faut en effet comprendre par l'expression empruntée par l'article précité «...bénéficie pour le surplus d'une dispense de preuve ».

Portée probatoire distinctive des présomptions simples, mixtes et irréfragables. Il existe en effet trois typologies de présomptions. Leur fonction probatoire ne constitue pas leur seul trait distinctif.

Intérêts autres de la distinction. Les présomptions simples constituent des règles de preuve à l'instar des présomptions du fait de l'homme. Ensemble, elles déplacent l'objet de la preuve qui portera en leur présence sur un fait connu et non sur le fait inconnu. Pour cette raison, en cas d'adoption d'une nouvelle loi ayant pour objet une présomption simple, elle s'applique immédiatement aux instances en cours parce que les plaideurs auront toujours la possibilité d'apporter la preuve contraire. La solution semble devoir être élargie aux présomptions mixtes. Il en va cependant autrement des présomptions irréfragables qui dispensent d'une preuve contraire. Cet effet leur confère la nature de véritables règles de fond. En cas de loi nouvelle prescrivant une présomption irréfragable, il convient de considérer qu'elle doit s'appliquer uniquement aux instances intervenues après son entrée en vigueur. Elle ne s'appliquera pas immédiatement aux instances en cours.

Présomptions irréfragables. On mesure la portée probatoire d'une présomption irréfragable en s'attachant par exemple les effets du PGD *infans conceptus* prévu par l'article 1 CF alinéa 3.

Illustration à partir du PGD *infans conceptus*. L'article 1 CF alinéa 3 qui reprend ce PGD dispose : « La date de la conception d'un enfant est fixée légalement et de façon irréfragable entre le 180^e et le 300^e jour précédant sa naissance ». C'est une évidence de constater que la preuve de la date de naissance d'un enfant est plus facile à établir que celle de sa conception. Pour faire acquérir des droits à l'enfant à naître, on considérera, s'il est né le 1^{er} octobre 2024 par exemple, qu'il a été présumé conçu entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} mai 2024 pour lui faire bénéficier des droits dans la succession de son auteur. Si le décès de ce dernier est intervenu avant cette fourchette, par exemple, le 1^{er} décembre 2023, l'enfant à naître ne bénéficiera pas du statut d'héritier même s'il naît vivant. Dans l'éventualité contraire, il prendra part à la succession. Cette présomption induit la date de sa conception, fait difficilement prouvable, de la date de sa naissance, fait dont on conviendra tous que la preuve peut aisément être établie.

Portée probatoire des présomptions irréfragables. Elle se singularise des autres typologies de présomptions. Dans l'exemple précité en rapport avec le PGD *infans conceptus*, l'article 1 CF alinéa 3 considère la présomption comme étant irréfragable. La portée des présomptions irréfragables est déterminée par l'article 11 COCC alinéa 2 qui dispose que : « Interdite dans les cas expressément prévus par la loi, la preuve contraire peut également être limitée dans son objet ou dans les moyens de preuve laissés à la disposition des parties ». En d'autres mots, la loi interdit toute preuve contraire à une présomption irréfragable. Dans l'exemple précité, si la preuve que l'enfant a été conçu réellement hors de la fourchette susmentionnée peut être

apportée, l'article 1 CF alinéa 3 interdit de la produire, l'exclut *de jure* si la date de la naissance présume que celle de la conception est intervenue entre le 180^{ème} et le 300^{ème} jour. Le juge ne dispose d'aucune marge d'appréciation dans ces circonstances. Il y est tenu au même titre que les parties. La loi dispense non seulement le plaideur de rapporter la preuve de l'existence du fait inconnu allégué et il interdit la production d'une preuve contraire tout bonnement. C'est ce qui fait que les présomptions irréfragables s'assimilent davantage à des règles de fond que des règles de preuve à la différence des autres typologies de présomptions.

Présomptions mixtes. En revanche, si la présomption admet des preuves contraires nommément définies, on les considère comme mixtes. Le cas échéant, la preuve contraire n'est pas libre mais les procédés probatoires admissibles sont déterminés de façon expresse et limitée. Les présomptions mixtes entrent dans l'objet de l'article 11 COCC alinéa 3 précité. Il en sera ainsi lorsque la preuve est limitée dans son objet et dans les moyens de preuve. Il en est autrement des présomptions légales simples qui tolèrent la preuve contraire sans aucune limitation.

Présomptions simples. L'article 11 COCC alinéa 1^{er} dispose : « La présomption légale supporte la preuve contraire qui peut être faite par tous moyens ». Les présomptions visées ci-avant sont bien évidemment celles simples par opposition à celles qui fondent l'objet de l'article 11 COCC alinéa 2. Le fait inconnu que la loi tire de celui connu tolère la preuve contraire en présence d'une présomption simple. Cette preuve contraire est laissée à l'appréciation libre du juge. Contrairement aux présomptions irréfragables qui existent en quantité très limitée¹², il y a une pléthore de présomptions simples dans le système juridique sénégalais dans les domaines les

¹² Le droit de la responsabilité civile recourt beaucoup à des présomptions en raison de la difficulté à prouver les conditions de mise en œuvre de la responsabilité. L'article 137 COCC alinéa 1^{er} peut être cité en exemple car il semble poser une présomption de causalité irréfragable en matière de responsabilité du fait des choses. Il dispose : « L'existence simultanée du préjudice et de la maîtrise suffit à établir la responsabilité ». Il en est de même de l'article 146 COCC qui pose une présomption de responsabilité qui semble irréfragable. Il dispose : « Les commettants, ou les patrons, répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité, lorsque celle-ci encourt dans l'exercice de ses fonctions une responsabilité à l'égard d'autrui. Les personnes agissant pour le compte d'une personne morale engagent dans les mêmes conditions la responsabilité de celle-ci ».

plus variés comme en matière successorale¹³, en matière de filiation légitime¹⁴, en matière de régimes matrimoniaux¹⁵, en matière de régime général des obligations¹⁶...

II – Les procédés probatoires

Pluralité de classifications des modes de preuve. Les procédés probatoires renvoient aux moyens de preuve, aux modes de preuve. L'article 12 COCC les énoncent¹⁷. S'ils peuvent exister en quantité illimitée, tous les procédés probatoires ne sont pas toutefois admissibles. Ceux admissibles peuvent justifier plusieurs classifications conçues à des fins pédagogiques. On distinguera tantôt les preuves parfaites de celles imparfaites, tantôt les preuves admises dans un système légal de preuve ou dans un système de preuve libre *etc.* À s'y intéresser de près, aucune d'entre elles n'est à vrai dire impertinente.

Distinction privilégiée, preuve des actes et faits juridiques. Il nous semble plus judicieux cependant, pour étudier les procédés probatoires, d'envisager la distinction entre la preuve des actes juridiques et des faits juridiques qui recourent toutes les singularités attachées aux catégorisations susvisées. En effet, cet angle d'analyse fait converger la question de l'admissibilité des procédés probatoires et celle de leur nature conceptuelle. Par ailleurs, le mode de preuve à produire dépendra souvent en grande partie de la nature de l'obligation litigieuse.

Intérêt de la distinction. Le droit sénégalais de la preuve a une parenté substantielle avec celui français qui fonctionne sur la base d'un système mixte probatoire. Il constitue donc une synthèse du système de la preuve légale et celui de la preuve libre.

Système de la preuve légale. Il donne une part belle aux procédés de preuve définis par le législateur qu'il n'appartient pas aux juges d'apprécier. Nous verrons cependant que certains procédés de preuve définis par le législateur peuvent ne pas lier le juge.

¹³ Art. 398 CF : « Lorsque plusieurs personnes successibles les unes des autres, périssent dans le même événement ou des événements concomitants, sans que l'ordre des décès soit connu, elles sont présumées décédées au même instant, sauf preuve contraire qui peut être administrée par tous moyens.

A défaut de cette preuve, la succession de chacune d'elles est dévolue aux héritiers ou légataires qui auraient été appelés à la recueillir à défaut des personnes qui ont trouvé la mort dans lesdits événements ».

¹⁴ Art. 191 CF : « Tout 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 est présumé avoir le mari pour père, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 112, alinéa 2.

Toutefois le mari peut, dans les conditions et selon la procédure indiquée à la section III du présent chapitre, désavouer l'enfant dont sa femme est accouchée ».

¹⁵ Art. 381 al. 2 et 3 : « Les meubles meublants de la principale habitation du mari sont présumés lui appartenir. Sont réputés appartenir à chaque épouse les meubles meublants trouvés dans la demeure qui lui a été fixée par le mari hors de la principale habitation de celui-ci.

La preuve contraire à ces présomptions se fait par tous moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas au conjoint que la loi désigne ».

¹⁶ Art. 211 COCC : « La remise volontaire du titre original sous seings privés ou de la grosse du titre fait présumer la remise de dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire ».

¹⁷ « Les seuls moyens de preuve retenus par la loi sont : l'écrit ; Le témoignage ; La présomption du fait de l'homme ; L'aveu judiciaire ; Le serment ».

Système de la preuve libre. Il en va autrement du système de la preuve libre qui laisse une marge d'appréciation considérable aux juges pour admettre les procédés probatoires fournis par les plaideurs.

Système mixte en vigueur au Sénégal. Si le système de la preuve légale prévaut en matière de preuve des actes juridiques, le droit positif sénégalais incline pour le système de la preuve libre pour les faits juridiques. Les procédés de preuve admis le cas échéant sont limités pour autant au regard de l'article 12 COCC.

Au regard de toutes ces précisions, il convient de s'attacher l'équilibre entre les dispositions consacrées au droit commun de la preuve dans le COCC et celles des autres législations en étudiant la preuve des actes juridiques (B) puis celle des faits juridiques (C). Il y a toutefois des preuves considérées comme parfaites applicables aussi bien aux actes et faits juridiques en raison de leur force probante particulièrement énergique (A).

A – Les preuves parfaites applicables indistinctement aux faits et actes juridiques

Exclusion de l'écrit de l'étude. Bien qu'étant une preuve parfaite, le COCC fait de la preuve littérale la procédé probatoire légal des actes juridiques. Pour des raisons pédagogiques, nous en détaillerons l'étude dans l'analyse de la preuve des actes juridiques. Il en sera pareil au moment d'étudier la preuve des faits juridiques car certains requièrent un acte authentique à titre probatoire. Les développements ci-après seront donc consacrés à l'aveu judiciaire et le serment décisoire.

L'aveu judiciaire. Il est fait au cours d'une instance et devant le juge par un plaideur par le biais de déclarations écrites ou orales. Lesdites déclarations ont alors une portée déterminante sur l'issue du procès. L'article 33 COCC en dégage les caractéristiques intrinsèques qui en font une preuve parfaite.

L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui dont il émane. L'article 33 COCC alinéa 1^{er} dégage ainsi la force probante de l'aveu judiciaire. Assez rare pour être souligné, il arrive en effet qu'un des plaideurs avoue son forfait au cours du procès. Cet aveu judiciaire lie le juge qui doit tenir pour vrai ce qui a été ainsi avoué et doit rendre sa décision en s'y conformant. Sa portée déterminante fait qu'il n'est pas pris en compte dans certaines circonstances. Ainsi, l'article 598 CPC dispose que « L'aveu du mari ne fait pas preuve, lors même qu'il n'y a pas de créanciers ». Il en est de même de certains incapables, les mineurs et des majeurs protégés.

Les caractères de l'aveu judiciaire. L'article 33 COCC alinéa 2 dispose : « L'aveu est indivisible. Il ne peut être révoqué sauf erreur de fait ».

L'indivisibilité de l'aveu judiciaire. Sur cette base, il est impossible de s'attacher une partie des faits avoués au détriment du reste. L'aveu judiciaire s'admet dans sa globalité. La règle joue pleinement en présence d'un aveu coloré ou qualifié par exemple. Il en est ainsi lorsque son auteur donne au fait avoué une interprétation qui en altère les effets. C'est le cas par exemple lorsqu'une personne avoue qu'un objet lui a été remis dans le cadre d'un don manuel. L'indivisibilité de l'aveu ne lui fera pas bénéficier de la partie des faits reconnus qui lui sont favorables.

Exception. La règle de l'indivisibilité reçoit exception en cas d'aveu complexe lorsque notamment son auteur ne se contente pas de reconnaître ce qu'affirme son adversaire mais avance un fait distinct qui s'en rattache. Il en est ainsi lorsque l'emprunteur reconnaît

l'existence d'un prêt mais soutient avoir remboursé la somme reçue. La divisibilité de l'aveu s'admet dans de telles circonstances puisqu'il est possible de considérer que l'aveu de l'existence du prêt lie le juge et de dénier toute portée relative au remboursement de la somme prêtée.

L'irrévocabilité de l'aveu judiciaire. Conformément à l'article 33 COCC alinéa 2 sus-évoqué, l'aveu ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. L'auteur peut néanmoins le rétracter en cas d'erreur de fait. Si l'auteur d'un aveu reconnaît dans un procès avoir perdu une chose qui lui a été confiée et la retrouve à un endroit inattendu, il peut rétracter son aveu en raison de l'erreur de fait commise. Il démontre ainsi la fausseté de son aveu en apportant la preuve de cette erreur de fait.

Le serment décisore. C'est une variété rare de déclaration solennelle par laquelle l'un des plaideurs offre de s'en remettre au serment de son adversaire pour établir le fait contesté, dont dépend l'issue du débat. La bonne foi des plaideurs occupe ainsi une place névralgique dans le serment décisore. Dans des sociétés comme le Sénégal où l'honneur des personnes et des familles n'est plus une préoccupation morale déterminante, et puisque le droit positif accentue la dévitalisation des règles religieuses puisque le serment interpelle Dieu, un Saint ou un vénéré homme, on mesure le caractère risqué et hasardeux du serment décisore dans une optique de recherche de la vérité ou de sa vraisemblance. Il n'empêche qu'il demeure un mode conventionnel d'établissement de la preuve. L'existence de cette convention annihile les effets et la portée de toutes les autres preuves rapportées ou rapportables.

Convention des parties. C'est ce que l'article 34 COCC dispose en des termes ambigus qu'il [le serment] peut être déféré sur un fait personnel par une partie à son adversaire. Cette offre de renoncer à une prétention sur la base du serment de son adversaire est souvent caractérisée de délation de serment¹⁸. De cette invite, découlent trois possibilités pour l'adversaire.

Il prête le serment déféré et gagne son procès.

Il refuse de le prêter, ce qui constitue un véritable aveu judiciaire en vertu de l'article 35 COCC alinéa 2¹⁹. L'effet majeur c'est qu'il perd alors le procès.

Il peut référer le serment au plaideur qui le lui a déféré. Si ce dernier prête serment, il gagne le procès ; si, au contraire, il refuse de prêter le serment, il perd le procès²⁰.

Force probante du serment décisore. Le serment décisore, preuve parfaite, lie le juge et la partie qui a succombé ne peut pas en démontrer la fausseté. Cet effet est dicté par la convention des parties passée devant le juge²¹. C'est pour cette raison que certaines conditions de fond et forme du contrat l'encadrent. Au regard de sa force probante particulièrement énergique, le serment décisore ne peut pas intervenir dans les domaines d'ordre public où traditionnellement les parties, par le pouvoir de leur volonté, ne peuvent modifier les effets de la loi ou transiger. On exige également des parties une pleine capacité.

B – La preuve des actes juridiques

¹⁸ En ce sens, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 563.

¹⁹ « Si la partie refuse une telle convention, son refus vaut aveu judiciaire, sauf à référer le serment à l'adversaire ».

²⁰ Art. 35 COCC al. 3.

²¹ Art. 35 COCC al.1^{er}.

L'article 14 COCC, clé de voûte du dispositif probatoire. Le COCC consacre à la formalité de l'écrit de nombreuses dispositions. La clé de voûte du dispositif probatoire demeure l'article 14 COCC qui dispose : « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toute convention dont l'objet excède 20.000 francs ». Cette disposition a de nos jours une corrélation évidente avec les dispositifs probatoires assis sur l'écrit électronique et introduits dans le système juridique sénégalais par les législations nouvelles précitées. Il y a alors un dédoublement du support de l'écrit qui peut être sur format papier ou sur format électronique.

Absence de définition de l'écrit par le COCC. L'article 14 COCC ne définit pas l'écrit de façon expresse dans son libellé mais se contente de renvoyer aux formes qu'il peut arborer. Il en va autrement de la loi sur les transactions électroniques qui a formulé une définition²². Le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'UEMOA précité en propose également une entretenant malheureusement une confusion entre l'écrit et la preuve écrite. Son article 18 dispose : « La preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient le support et les modalités de transmission »²³. Une tautologie existe dans cette définition puisque la preuve par écrit est défini par renvoi à la définition de l'écrit.

Glose de l'article 14 COCC. L'écrit peut être valoir *ad probationem* ou *ad solemnitatem* (1). Ces derniers ne constituent pas cependant l'objet de l'article 14 COCC. L'article 14 COCC pose des exigences par rapport à la préconstitution de la preuve écrite en matière d'actes juridiques (2). Le principe posé admet toutefois de nombreuses exceptions (3).

1 – Distinction entre les écrits *ad probationem* et *ad solemnitatem*

L'écrit visé par l'article 14 COCC, un écrit *ad probationem* pour les parties. L'écrit *ad probationem* est requis à des fins uniquement probatoires pour les parties. On n'attend pas des tiers de prouver l'existence de l'acte juridique par un écrit. Celle-ci peut être établie par tout moyen lorsqu'ils agissent contre les parties.

Écrit exigé à titre de preuve et écrit exigé à titre de publicité. L'écrit exigé au titre de l'article 14 COCC ne réalise pas une fonction d'opposabilité du contrat aux tiers mais il sert plutôt à prouver les obligations incombant aux parties. Une formalité écrite peut être exigée pour certains contrats à titre de publicité car dans la plupart des cas, les tiers ne sont pas être informés de leur existence. Elle constituera dans ce dernier cas de figure un acte d'interposition entre les tiers et les parties. La formalité écrite permettra aux parties de pouvoir opposer certains effets de leur contrat aux tiers. L'écrit envisagé du point de vue de l'opposabilité poursuit alors une finalité probatoire relative voire accessoire. La formalité d'enregistrement d'un acte de sous-seing privé en offre une illustration. L'enregistrement ne procure qu'une date certaine à l'acte

²² V. Art. 27 : « L'écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

²³ On fera remarquer la parenté troublante entre cette définition et celle donnée par le droit français à l'écrit et non à la preuve écrite. L'article 1365 du Code civil dispose notamment : « L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support ».

sous signature privée à l'égard des tiers au jour où il intervient. Cette formalité est exigée pour éviter que l'acte soit antidaté par les parties pour nuire aux intérêts des tiers²⁴.

La preuve libre de l'existence du contrat par les tiers. Dans l'optique contraire où ce sont les tiers qui souhaitent tirer profit d'un acte juridique, ils peuvent prouver ce dernier par tous les moyens dans la mesure où l'exigence probatoire formulée par l'article 14 COCC concerne uniquement les parties. En effet, pour les parties, si par exemple le contrat constitue un acte juridique bilatéral, pour les tiers, il demeure plutôt un fait juridique puisqu'ils n'ont manifesté aucune volonté pour sa création. Cette hybridité apparaît au niveau du régime probatoire défini par le COCC pour certains contrats de bienfaisance à l'instar des donations déguisées mais il convient d'en généraliser la portée à tous les contrats²⁵. Il en va notamment ainsi du mandat qui se prouve par écrit entre les parties et à l'égard des tiers²⁶. En l'absence de cet écrit, les tiers peuvent en revanche prouver l'existence du contrat de mandat par tous les moyens s'ils souhaitent engager par exemple la responsabilité du mandataire ou du mandant alors que l'article impose à ceux obligatoirement la production d'un écrit ou d'une preuve parfaite.

L'écrit ad solemnitatem, ne poursuivant pas de vocation probatoire à titre principal, n'entre pas en principe dans l'objet de l'article 14 COCC. Il en va autrement des contrats dont l'écrit constitue une condition de leur validité. L'écrit *ad solemnitatem* fait dépendre la validité des contrats ou plus généralement des actes juridiques d'une forme déterminée souvent authentique²⁷. Si cette formalité n'est pas respectée, la nullité sera prononcée pour violation d'une condition *ad validitatem*. Ces contrats posent moins de difficultés probatoires cependant car même si l'écrit demeure une exigence de formation du contrat, il peut être accessoirement au service d'une finalité probatoire.

2 – Les exigences posées par l'article 14 COCC

Triptyque. Elles concernent l'objet de la preuve écrite (a), le seuil financier fixé pour y recourir (b) et les formes admises au titre de la préconstitution (b).

a – L'objet de la preuve de l'article 14 COCC

Interprétation littérale ou téléologique de « convention » ? L'article 14 COCC vise dans son contenu le terme « convention » comme objet probatoire de l'écrit qu'il prescrit puisque la finalité de cet acte instrumentaire consiste souvent à prouver l'existence ou la consistance d'obligations créées par la volonté. La référence au terme générique « convention » en lieu et

²⁴ Art. 24 COCC al. 2. À défaut d'enregistrement, il acquiert date certaine au jour du décès d'une des parties ou du jour où l'acte a été mentionné dans un acte authentique.

²⁵ Art. 681 CF : « Le contrat de donation déguisée est celui qui est fait sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. La simulation n'est pas une cause de nullité, et le contrat est valable comme donation, lorsque le déguisement a été prouvé.

À l'égard des tiers, la preuve du déguisement peut être rapportée par tous moyens ; entre les parties, la preuve doit être rapportée par écrit lorsque la valeur de l'objet du contrat excède la somme prévue à l'article 14 du Code des Obligations Civiles et Commerciales ».

²⁶ Art. 461 COCC : « La remise d'une procuration écrite au mandataire fait preuve du mandat entre les parties et à l'égard des tiers ».

²⁷ Il en va ainsi des cessions de créance (art. 241 COCC al. 2), les locations saisonnières (art. 575 COCC al. 2), les donations immobilières (art. 676 CF), les donations mobilières (art. 677 CF), le testament (art. 716 CF), des contrats d'engagement à l'essai (art. L. 37 du Code du travail du Sénégal).

place de contrat n'est cependant que purement anecdotique même si le COCC continue de les dissocier formellement²⁸.

Prévalence d'une interprétation extensive conférant le sens d'acte juridique au terme convention employé par l'article 14 COCC. L'interprétation littérale paraît toutefois à plus d'un titre inopportune et il semble judicieux d'avoir du terme « convention » une compréhension plutôt extensive visant tout acte juridique dont l'objet est la constitution, la transmission ou l'extinction d'une obligation. Il suffit à ce propos de s'attacher les orientations d'autres dispositions ayant pour objet la preuve des actes juridiques et non point seulement les conventions ou contrats²⁹.

Définition de l'acte juridique. Analyser les procédés probatoires admis en matière d'actes juridiques exige de s'intéresser à la nature des prétentions litigieuses qui peuvent requérir cette qualification. La commune renommée a tendance à souvent confondre l'acte juridique au contrat. S'il en constitue sa composante la plus réputée, le contrat se caractérise cependant par sa nature bilatérale dans la formation. Or, il existe une grande variété d'actes juridiques unilatéraux à côté des actes collectifs. Le critère de dissociation des faits et actes juridiques demeure la portée dévolue à la volonté dans la création, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit subjectif. Cette volonté joue un rôle prépondérant dans les actes juridiques alors qu'elle est indifférente pour ce qui est des faits juridiques comme nous le verrons.

Les actes juridiques bilatéraux et collectifs. Ils renvoient en grande partie aux contrats caractérisés par leur grande diversité. Il existe en effet une grande variété de contrats qui peuvent être classés en fonction de nombreux critères. Le COCC et les instruments mis en selle par le droit régional et communautaire en encadrent une bonne partie³⁰. On les considérera alors comme des contrats nommés. Il en existe aussi d'autres créés par la volonté des parties appelés contrats innomés dans la mesure où, mis à part les règles du droit commun des contrats, ils ne bénéficient pas d'un encadrement législatif. On considérera les contrats collectifs comme ceux sont conclus par plusieurs parties. L'emploi de ce terme renvoie dans les systèmes juridiques contemporains souvent aux conventions collectives de travail. Peuvent être également citées les indivisions conventionnelles.

Les actes juridiques unilatéraux. Ils procèdent de la volonté d'une seule personne non génératrice d'obligations imputables aux tiers. Ils produisent souvent quatre types d'effets.

Effet déclaratif. Il peut être déclaratif. La reconnaissance d'un enfant naturel ou d'une dette en est une illustration.

Effet translatif. L'acte juridique unilatéral peut avoir un effet translatif. L'exemple du testament est connu.

²⁸ Art. 40 COCC : « Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations.

Les règles du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables, sauf dispositions contraires, à tous les contrats, conventions et actes juridiques ».

²⁹ Art. 13 COCC al. 2 : « La preuve est libre en matière commerciale pour les actes juridiques ». V. également les articles 21 et 22 COCC qui font la distinction entre la formalité du bon pour et celle double pour distinguer les actes sous-seings privés selon que la preuve porte sur un acte juridique bilatéral ou unilatéral.

³⁰ V. les développements sur le droit communautaire.

Effet abdicatif. Il peut avoir un effet assimilable à la renonciation d'un droit. Il en sera ainsi en cas de démission d'un emploi.

Effet extinctif. Il peut enfin avoir un effet extinctif dans l'hypothèse d'une remise totale de dette qui l'éteint.

b – Le seuil des actes juridiques requérant un écrit

Le seuil visé. L'article 14 COCC exige la préconstitution d'un écrit lorsque le montant de l'acte juridique litigieux dépasse 20000 FCFA. La règle demeure lorsque la valeur de l'objet est indéterminée parce que portant sur une chose corporelle. Cet objet n'en reste pas moins évaluable en argent. Cette obligation incombe en toute logique au demandeur. Le cas échéant, la règle de la préconstitution devra être respectée si le seuil fixé est atteint.

Superficialité du montant au regard des réalités économiques contemporaines. Si le seuil ainsi défini pouvait sembler pertinent au regard des dynamiques de l'économie postindépendance, son adéquation à celle contemporaine semble en net décalage. Que peut en effet bien représenter de nos jours la valeur de 20000 FCFA en terme de coût de la vie et de pouvoir d'achat au Sénégal ? Si ce montant est rapporté à celui du Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti (SMIG) d'environ 65000 FCFA³¹, sa valeur relative (entre 20% et 22%) reste substantielle. Lorsqu'on le rapporte en revanche au coût actuel de la vie au Sénégal et à Dakar surtout où vit 1/3 de la population sénégalaise, il demeure insignifiant.

Le seuil modique fixé transforme le principe posé par l'article 14 COCC en quasi-principe pour tous les actes juridiques. En considération de sa superficialité, le seuil ainsi fixé par l'article 14 COCC tendrait à ériger la règle de la préconstitution de la preuve écrite en même quasi-principe dans les rapports civils contractuels. Cela est paradoxal dans une société où déjà les rapports sociologiques rendent aporétique le recours à l'écrit. Le but assigné à une telle norme de prudence, la préconstitution d'une preuve écrite, est au demeurant dévoyé dans la mesure où l'utilité sociale d'une telle règle est compromise par son seuil dérisoire. Il absorbe en effet une bonne partie des actes juridiques domestiques ou banals dans lesquels la méfiance et la confiance des justiciables ne risquent pas d'être ébranlées par l'inconduite morale du débiteur justifiant du créancier de se préconstituer une preuve écrite.

Obsolescence du seuil fixé. En 1963, ces actes courants n'entraient certainement pas dans l'objet des prévisions du législateur car la valeur de 20000 FCFA était plutôt consistante au regard du coût de la vie de l'époque. Pour s'en convaincre et pour avoir une idée sur les ordres de valeurs du coût de la vie entre les années 1970 et 1980, les loyers mensuels pour acquérir une maison en location-vente dans le pré carré proche du centre-ville de Dakar (Sicap Sacré-cœur, Liberté...) étaient inférieurs à 10000 FCFA.

Seuil fixé et actes juridiques passés par les incapables sans mécanisme de représentation, une autre manifestation de l'anachronisme de l'article 14 COCC. Pour se rendre compte du décalage manifeste entre le seuil dérisoire fixé par l'article 14 COCC et le coût actuel de la vie au Sénégal, on peut s'appuyer sur les actes de la vie courante qu'un incapable est autorisé à

³¹ V. Décret n° 2023-1710 du 7 août 2023 fixant le salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) et le salaire minimum agricole garanti (SMAG).

passer sans son représentant légal³². On peut raisonnablement penser que les obligations contractées par l'incapable sans ce dernier et qui avoisineraient le seuil fixé par l'article 14 COCC ne paraissent pas annulables *de jure*. Les jeunes adolescents sont habitués à passer seuls de nos jours les opérations dont le coût dépasse largement 20000 FCFA. Pour toutes ces raisons, il nous semble impérieux de relever de façon conséquente le seuil financier pour exiger la préconstitution d'une preuve écrite pour les actes juridiques. Ce d'autant plus comme il a été sus-évoqué, l'écrit ne cadre pas avec les réalités anthropologiques autour de la preuve au Sénégal voire plus généralement en Afrique.

c – La forme des écrits admissibles au titre d'une préconstitution de la preuve

La règle de la préconstitution de la preuve vise deux formes d'écrit satisfaisant à l'idéal d'une preuve parfaite. L'article 14 COCC pose le principe que les actes juridiques atteignant le seuil fixé requièrent une preuve parfaite et ne peuvent pas donc se prouver par tout moyen. Réciproquement, la partie qui a prouvé ses allégations en satisfaisant les exigences de l'article 14 COCC est immunisée de toute preuve contraire qui ne s'y conformerait pas. C'est une manifestation du système de la preuve légale par opposition à celui de la preuve libre. Toutes les preuves imparfaites tels que le témoignage ou les présomptions de l'homme sont délégitimées. La preuve parfaite des actes juridiques, en l'absence d'aveu judiciaire et de serment décisive, ne peut être incarnée que par l'écrit dressé sous forme authentique par notaire (i) et l'écrit sous seing privé (ii).

i – L'acte authentique dressé par notaire

Définition de l'acte authentique. L'article 17 COCC al. 1^{er} dispose que « L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public compétent instrumentant dans les formes requises par la loi ». L'officier public vise cependant une catégorie large pouvant compter les notaires, les consuls, les huissiers de justice, les officiers d'état civil... L'article 14 COCC cible cependant nommément le notaire qui demeure une autorité dont le service est souvent requis par les parties pour l'authentification des contrats à titre de condition de validité ou à titre de preuve³³.

Caractéristiques de l'acte notarié. L'acte authentique instrumenté dans les rangs des minutes du notaire est sous format papier en dépit de l'ouverture à l'électronique admise par la loi sur les transactions électroniques sus-évoquées. En effet, la lecture croisée de certaines dispositions

³² Art. 274 CF : « Les incapables peuvent néanmoins accomplir, suivant les dispositions du présent Code, les actes relatifs à leur état ou à l'adoption d'un régime matrimonial. Ils peuvent faire des libéralités ou en bénéficier suivant les dispositions du livre VIII.

Ils engagent leurs services, choisissent une profession ou adhèrent à un groupement en se conformant aux dispositions qui régissent chacune de ces matières.

Ils accomplissent seuls, et en dehors des règles de protection légale ci-après déterminées, les actes de la vie courante et les actes nécessaires à la conservation de leurs biens et de leurs droits ».

³³ Art. 1^{er} du Décret n° 2020-1524 fixant le statut des notaires du 17 juillet 2020 : « Le notaire est l'officier public et ministériel institué pour recevoir les actes et contrats auxquels les parties veulent ou doivent faire donner le caractère de l'authenticité attachés aux actes de l'autorité publique pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses, expéditions, copies authentiques, copies exécutoires et extraits.

Il assure, à cet effet, le service public de la preuve et de l'authenticité.

Il conseille les personnes physiques et les personnes morales de droit privé ou de droit public. Il s'assure de la validité et de l'efficacité des actes qu'il rédige.

Dans ce cadre, il certifie la matérialité des signatures apposées par des particuliers sur des documents sous-seing privés ainsi que la conformité des copies à leurs originaux, à l'exception des actes qui doivent être obligatoirement notariés ».

de cette loi³⁴ et de son décret d'application³⁵ donne la possibilité aux notaires de dresser des actes authentiques électroniques sauf pour ceux qui relèvent semble-t-il du droit de la famille et des successions³⁶. Toutefois, les pratiques notariales n'ont pas encore formalisé son admission à l'instar de ce qui passe en France ou d'autres pays où les notaires peuvent recourir à la signature électronique pour établir des actes authentiques électroniques. La conservation électronique des actes notariés est toutefois organisée avec le développement de la digitalisation. Cette digitalisation ne les transforme pas pour autant en actes notariés électroniques.

Les formalités requises de l'acte notarié. Pour ce qui de l'acte authentique dressé par un notaire, ces formalités sont déclinées par l'article 78 alinéa 1^{er} du Décret n° 2020-1524 fixant le statut des notaires du 17 juillet 2020 précité³⁷. Il fait un renvoi aux articles 24 (compétences d'attribution et territoriale du notaire), 54 (interdictions d'instrumenter des actes notariés au profit de certaines personnes), 55 (les conditions relatives aux témoins), 56 (les documents justificatifs de l'identité, l'état et le domicile des parties), 57³⁸, 62 (signatures des parties, des

³⁴ Art. 19 al. 2 de la loi sur les transactions électroniques précitée : « Lorsqu'un acte authentique est requis, son établissement et sa conservation sous forme électronique obéissent aux conditions posées à l'article 41 de la présente loi ».

Art. 41 de la loi sur les transactions électroniques précitée : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.

La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée.

L'acte authentique peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret ».

³⁵ V. les art. 36, 37, 38, 39 du Décret d'application n° 2008-720 du 30 juin 2008 relatif à la certification électronique pris pour l'application de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques.

³⁶ Article 20 de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 précitée : « Il est fait exception aux dispositions de l'article 19 de la présente loi pour :

- 1) les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;
- 2) les actes sous seing privé relatifs à des suretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».

³⁷ « Tout acte établi en méconnaissance des dispositions des articles 24, 54, 55, 55, 56, 57, 62, 63 et 69 du présent décret ne vaut acte authentique ».

³⁸ « Les actes de notaire sont établis de façon lisible et indélébile sur un papier d'une qualité offrant toute garantie de conservation.

Les signatures et paraphe qui y sont apposés doivent être indélébiles.

Les actes peuvent être signés par correspondance, par les institutions immobilières, financières et de crédit ainsi que les établissements publics et privés après validation du projet par leur service juridique compétent. L'acte doit énoncer le nom et le lieu d'établissement du notaire qui le reçoit, les prénoms, nom, domicile des témoins, le lieu, l'année, le mois et le jour où l'acte est passé.

L'acte contient les prénoms, nom et domicile des parties et de tous les signataires de l'acte. Ils sont écrits en un seul et même contexte, sans blancs, sauf ceux qui constituent les intervalles normaux séparant paragraphes et alinéas et ceux rendus nécessaires par l'utilisation des procédés de reproduction.

Les abréviations sont autorisées dans la mesure où leur signification est précisée au moins une fois dans l'acte.

Les sommes sont énoncées en lettres à moins qu'elles ne constituent le terme ou le résultat d'une opération ou qu'elles ne soient répétées. En cas de différence entre la somme énoncée en lettres et celle énoncée en chiffre, celle énoncée en lettres prime.

témoins et du notaire), 63 (formalités requises quand les parties ou les témoins sont illettrés), 69 (délivrance d'actes authentiques, de grosses, de copies etc. à des personnes autres que les parties sans injonction du juge). Il s'agit pour l'essentiel d'exigences de lisibilité, de régularité et de fiabilité de l'acte.

Force probante de l'acte dressé par notaire. La force probante de l'acte authentique fonde l'objet de l'article 18 COCC. Il dispose : « L'acte authentique fait pleine foi à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier a fait ou constaté personnellement conformément à ses fonctions.

Pour le surplus l'acte fait foi seulement jusqu'à preuve contraire »³⁹.

Au regard des formalités requises par l'acte uniforme, cette force probante s'apprécie en vertu de l'article 18 COCC essentiellement quant à son contenu.

Force probante du contenu de l'acte authentique. Quant au contenu, tout ce qui est retranscrit sur l'acte notarié et qui s'est fait ou dit en présence du notaire fait foi jusqu'à inscription de faux. Il en va autrement des énonciations rapportées par les parties sans qu'elles n'aient fait l'objet d'une vérification par le notaire font foi jusqu'à preuve contraire.

Force probante de l'origine de l'acte. Au-delà du contenu de l'acte, l'origine de l'acte peut être également contestée en dépit du silence de l'article 18 COCC. La fausseté de l'acte ne pourra être établie que par le biais également appelée inscription de faux qui demeure une procédure très complexe. La personne qui allègue de la fausseté devra alors apporter la preuve que l'acte n'émane pas du notaire instrumentaire et signataire⁴⁰.

Équivalence entre la force probante de l'acte authentique et les copies certifiées conformes par certains agents publics. En vertu de l'article 28 COCC⁴¹, le législateur élargit la force probante d'un acte authentique à sa copie ou photocopie certifiée conforme par un officier public tel un consul par exemple. Il en est de même d'une certification apposée par le conservateur de la propriété foncière, le receveur de l'enregistrement, de l'officier de police judiciaire. Cette équivalence est en pratique très opportune pour les actes notariés parce que souvent il est remis aux parties une copie exécutoire ou une grosse qu'elles conservent. Elles utilisent souvent dans leurs transactions des copies qu'elles certifient conformes au besoin.

ii – Les actes sous seing privé ou sous signature privée

Définition. Il s'agit d'écrits, quel que soit le support (manuscrit, dactylographié, électronique etc.) rédigés souvent par les parties ou leurs représentants afin de constater un acte juridique.

La date à laquelle l'acte est reçu est écrite en lettres.

Chaque page de texte est numérotée et le nombre de pages est indiqué à la fin de l'acte.

L'acte porte mention qu'il a été lu par les parties ou que lecture leur en a été donnée »

³⁹ V. également l'article 74 du Décret sur le statut des notaires précité.

⁴⁰ V. les articles 130 et 131 du CPC.

⁴¹ « La copie, photocopie ou toute autre reproduction d'actes authentiques, ou d'actes sous seings privés 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.

La copie, photocopie ou toute autre reproduction d'actes sous-seings privés a également la même force probante que l'acte lui-même, lorsqu'elle est certifiée conforme par un officier de police judiciaire ».

Actes sous signature privée passés par des parties lettrées. La seule exigence de validité formelle demeure la signature des parties quand elles sont lettrées. Cette signature manuscrite ou autographe permet d'une part d'authentifier leurs auteurs, les parties ; d'autre part elle atteste de l'adhésion de celles-ci au contenu de l'acte.

Actes sous signature privée passés par des illettrés. En présence de parties illettrées, l'attestation par des témoins lettrés de la connaissance de la portée de la nature et des effets de l'acte qu'elles souscrivent s'ajoute à cette exigence de fond que constitue la signature. Deux témoins lettrés sont alors requis par partie illettrée. Ils certifient de sa présence et de son identité⁴². Elle garantit le consentement de la partie illettrée au contenu de l'acte juridique (*negotium*) plus qu'elle ne poursuit une finalité probatoire. Une jurisprudence récente vient de poser cependant un postulat nouveau relativement à la certification de témoins dans une affaire à proprement parler visant un acte authentique où l'exigence demeure également. En vertu de cette jurisprudence, « si l'illettré ne révèle pas son illettrisme ou que cet état est inconnu du notaire, le recours aux témoins certificateurs n'est pas obligatoire s'il est avéré qu'il était en mesure de comprendre la nature et les effets de l'acte »⁴³. Si la règle posée par cette jurisprudence nouvelle devait être élargie la preuve des actes sous seing privé, elle remaniera substantiellement la portée protectrice de l'article 20 COCC précité à l'endroit des parties illettrées.

Typologies variées d'actes sous signature privée. La catégorie des actes sous signature privée s'est progressivement élargie. Avant, c'était l'écrit rédigé par les parties et contenant l'acte juridique sans exigence autre que leurs signatures. De nos jours, on note une certaine diversification avec l'accentuation de leur caractère formaliste.

L'acte sous-seing privé classique rédigé en format papier ou électronique. Il converge avec le contenu de la définition donnée à l'écrit dans les développements précédents. Son support demeure indifférent. En général, il était produit sur papier libre sans aucune particularité requise si ce n'est la signature personnelle des parties. L'article 19 COCC subordonne en effet la validité des actes sous-seing privé à l'unique signature des parties⁴⁴. Le support des actes sous signature privée s'est élargi car la loi prescrit dorénavant l'équivalence de l'écrit sur support papier avec l'écrit électronique respectant certaines caractéristiques définies par la loi sur les transactions électroniques⁴⁵. Par suite logique, il est aujourd'hui permis aux parties de recourir

⁴² Pour toutes ces conditions, v. art. 20 COCC.

⁴³ Cour Suprême (Sénégal), 5 juin 2024, arrêt n° 56, aff. *M. W. c/ B. C.*, inédit.

⁴⁴ « L'acte sous seings privés est valable lorsqu'il est signé par les parties ».

⁴⁵ Art. 37 de la loi sur les transactions électroniques précitée :

« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de dix (10) ans et dans les conditions suivantes :

1) l'information qui contient le message de données doit être accessible, lisible et intelligible pour être consultée ultérieurement ;

2) le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ;

3) les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent ».

à la signature électronique⁴⁶. Le postulat d'équivalence vaut également entre la signature autographe et la signature électronique⁴⁷.

La force probante relative de l'acte sous signature privée, de ses copies, photocopies, et reproductions. Qu'il soit sur papier ou sur format électronique, l'acte sous signature privée n'a pas une force probante équivalente à celle d'un acte authentique. L'acte sous signature privée fait foi à l'égard de celui auquel on l'oppose jusqu'à preuve contraire seulement⁴⁸. L'acte fait foi de sa date entre les parties et leurs héritiers aussi⁴⁹. Cette force probante est élargie aux copies, photocopies ou tout autre reproduction de l'acte sous signature privée certifiée conforme par certains agents publics à l'instar des actes authentiques⁵⁰. Il peut faire l'objet d'un désaveu ou une contestation et requérir le cas échéant une vérification d'écriture⁵¹. L'établissement de l'acte en format électronique rendra moins fréquentes cependant de telles procédures dans la mesure où elles semblent plus en adéquation avec le format papier.

L'aménagement de l'écrit sous seing privé dépendamment de la nature de l'acte juridique. En fonction de la nature unilatérale ou bilatérale de l'acte juridique, le COCC exige des formalités pour faciliter la preuve des obligations qu'ils prescrivent.

Formalité du double pour les conventions synallagmatiques. En vertu de l'article 43 COCC alinéa 1^{er}, « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent par réciprocité l'un envers l'autre ». On comprend dès lors l'exigence prescrite par l'article 21 COCC. Il dispose :

« L'acte sous seings privés relatif à une convention synallagmatique doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux établis ».

Connue sous le nom de formalité du bon pour, cette exigence permet à chaque partie de s'aménager une preuve qu'elle pourra produire pour contraindre l'autre à exécuter ses obligations et pour établir corrélativement la preuve de leur existence et leur consistance. Elle permet de garantir l'égalité entre les parties qui serait dévoyée si on permettait à l'une d'entre elles seulement de se préconstituer une preuve écrite. L'exemplaire remis à chaque partie devra le cas échéant mentionner le nombre d'originaux dressés. L'écrit sous-seing privé électronique a en très grande partie rendu cette formalité caduque dès lors qu'en vertu de leur mode d'établissement et de conservation les parties peuvent y avoir accès librement.

⁴⁶ Art. 41 al. 2 de la loi sur les transactions électroniques : « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.

La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée ».

V. aussi sur la signature électronique les articles 36, 37, 38 et 39 du Décret n° 2008-720 du 30 juin 2008 relatif à la certification électronique pris pour l'application de la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques

⁴⁷ Article 42 de la loi sur les transactions électroniques précitée : « Sans préjudice des dispositions en vigueur, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat numérique est admise comme signature au même titre que la signature autographe .

Nul ne peut être contraint de signer électroniquement ».

⁴⁸ Art. 23 COCC.

⁴⁹ Art. 24 COCC al. 1^{er}.

⁵⁰ Art. 28 COCC.

⁵¹ Art. 26 COCC : « En cas de désaveu ou de non-connaissance, la vérification d'écriture est ordonnée en justice suivant les dispositions du Code de procédure civile ».

- L'irrespect de la formalité du double annihile la force probante de l'écrit sous-seing privé en tant que preuve parfaite et ne rend pas l'acte nul. Il affecte la force probante de l'*instrumentum*, le document écrit, et reste par conséquent sans effet sur le *negotium*, c'est-à-dire l'opération juridique envisagée quant au fond (le contrat). L'écrit sous-seing privé irrégulier pourra néanmoins être requalifié de commencement de preuve par écrit.
- La pratique contractuelle a trouvé cependant des succédanés à la formalité du double. Il arrive en effet, sur accord des parties, qu'un seul exemplaire du contrat soit dressé en acte sous seing privé et déposé entre les mains d'un tiers qui le rendra disponible aux parties à chaque fois que de besoin. Un notaire, un avocat ou une personne de confiance peut en être par exemple le dépositaire.

Le bon pour, la formalité exigée pour les actes juridiques unilatéraux. Deux possibilités sont laissées au souscripteur d'un engagement unilatéral au regard de l'article 22 COCC. Il peut d'abord remettre au bénéficiaire un acte sous-seing privé manuscrit rédigé par ses soins en un seul exemplaire comportant sa signature⁵². Une alternative lui est offerte. C'est de rédiger à titre probatoire un bon pour, toujours de façon manuscrite, qui décline le montant de l'obligation souscrite en toutes lettres tout en y apposant sa signature⁵³. La forme manuscrite est prescrite pour faciliter la preuve d'une éventuelle imitation de signature en cas de désaveu ou de contestation de l'écriture par celui auquel on l'oppose⁵⁴.

Les autres typologies d'actes sous signature privée. On admet dorénavant de nouveaux types d'actes sous signature privée qui ont un *instrumentum* plus formaliste. Nous pouvons citer les actes d'avocat et les actes authentiques irréguliers en la forme mais muables en actes sous-seing privé.

Les actes d'avocat. Les actes notariés existent aujourd'hui à côté des actes d'avocats régis par le Règlement n° 05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA du 25 septembre 2014⁵⁵. Il s'agit d'actes sous-seing privé rédigés et contresignés par un avocat aux fins de prouver des actes juridiques. On peut y recourir quand la loi n'exige pas à titre de validité un acte authentique d'où son grand intérêt en matière probatoire. L'acte d'avocat est en effet caractérisé par sa souplesse et son trait moins formaliste

⁵² Art. 22 COCC al. 1^{er} : « L'acte sous seings privés contenant un engagement unilatéral doit être rédigé en entier de la main de celui qui le souscrit ».

⁵³ Art. 22 COCC al. 2 : « 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 dont il fait preuve ».

⁵⁴ Article 25 COCC : « Faute de désaveu, l'écriture ou la signature sont tenues pour reconnues.

Les héritiers ou ayants cause peuvent se borner à déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur ».

⁵⁵ Art. 4 : « Les Avocats donnent des conseils et des consultations en matière juridique, rédigent des actes sous seing privé.

Les Avocats rédigent également des actes sous seing privé contresignés par eux et appelés « actes d'avocat ». En contresignant un acte sous seing privé, l'Avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte.

Les actes d'avocat font pleine foi de l'écriture et de la signature des parties tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers et ayants droit.

L'acte d'Avocat est soumis à la procédure de faux.

L'acte contresigné par Avocat est, sauf disposition nationale contraire, dispensé de toute mention manuscrite.

Les modalités d'application des dispositions du présent article sont précisées par voie de Règlement d'exécution ».

en comparaison des actes authentiques. Ils ont une force probante équivalente à celle d'un acte authentique dans la mesure où leur origine, leur écriture et leur signature font pleine foi jusqu'à inscription de faux.

Les actes authentiques irréguliers en la forme. L'acte notarié requiert des formalités précises qui ont été détaillées dans les développements qui précèdent. L'irrégularité de l'acte dressé par le notaire n'annihile pas pour autant toute vocation probatoire. L'acte irrégulier pourrait être requalifié en acte sous seing privé si la condition requise pour sa validité, la signature des parties, est satisfaite⁵⁶ ou en commencement de preuve par écrit⁵⁷.

3 – Les exceptions admises pour la preuve des actes juridiques

Pluralité d'exceptions à la règle de la préconstitution de la preuve. La règle de la préconstitution de la preuve tolère plusieurs exceptions. Certaines sont prévues de façon expresse alors que d'autres résultent de l'ordre normal des choses.

La vocation probatoire de la possession. En présence même d'un acte juridique, la preuve peut être établie par la possession de la chose objet du contrat dans certaines circonstances. Il en est ainsi du don manuel qui se prouve selon que le donataire est en possession du bien corporel⁵⁸ ou pas⁵⁹ ou que la preuve doit être faite par le donateur⁶⁰. La possession réalise ainsi sa vocation probatoire au titre des présomptions légales. Le possesseur de la chose bénéficie d'une présomption simple d'être propriétaire qui s'efface quand la preuve contraire a été rapportée. Celle-ci se fait par tout moyen. La remise d'une chose dans le contrat de dépôt peut ainsi se prouver par tout moyen parce qu'il reviendra souvent au déposant de prouver le dépôt, le dépositaire bénéficiant d'une présomption du fait qu'il possède la chose⁶¹. Peut être cité

⁵⁶ Art. 78 du Décret fixant le statut des notaires précité : « Tout acte établi en méconnaissance des dispositions des articles 24, 54, 55, 56, 57, 62, 63 et 69 du présent décret ne vaut acte authentique.

Cependant, si l'acte est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il vaut, sauf dispositions légales contraires, comme écrit sous signatures privées ».

⁵⁷ Art. 542 COCC : « Le prêt stipulé avec intérêt, lorsqu'il a été fait en argent, doit faire l'objet d'un contrat écrit, visé par un notaire ou un fonctionnaire devant lequel a lieu la numération des deniers en présence des parties.

Si cette formalité n'est pas respectée, l'écrit ne saurait être retenu comme moyen de preuve du prêt mais vaut commencement de preuve par écrit.

Toute stipulation d'intérêts, dans le prêt d'argent, qui n'est pas constatée par l'écrit dans les conditions prévues à l'alinéa 1^{er} est nulle de nullité absolue.

Un décret fixera la liste des personnes habilitées à viser les contrats de prêt et celle des établissements dispensés des formalités prévues au présent article ».

⁵⁸ Art. 689 CF : « La preuve du don manuel, par le donataire qui est en possession de l'objet donné, résulte de la possession à titre de propriétaire et sans vices.

La précarité de la possession doit être prouvée par écrit, elle peut l'être par témoins dans tous les cas où ce mode de preuve est admis par la loi.

Les vices de la possession peuvent être prouvés par tous les moyens ».

⁵⁹ Art. 690 CF : « Si le donataire n'est pas en possession de la chose donnée, il doit, pour prouver le don manuel, apporter la preuve de la tradition et de la convention de donation.

La tradition peut être prouvée par tous moyens.

La convention de donation est soumise aux modes de preuve admis par la loi.

⁶⁰ Article 691 CF : « La preuve du don manuel par le donateur est soumise aux règles édictées aux articles 12 et suivants du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

Les héritiers du donateur peuvent prouver le don manuel par tous moyens ».

⁶¹ Art. 498 COCC : « La remise de la chose s'établit par tous moyens ».

également le contrat de louage qui se prouve par tout moyen en raison certainement aussi de la vocation probatoire de la possession⁶².

Les contrats pouvant être prouvés par tout moyen. Cette exception vise une panoplie de situations.

Les contrats dont le montant de l'objet ne dépasse par le seuil prescrit par l'article 14 COCC. Se trouvent également exclus de l'objet de l'article 14 COCC, les contrats qui peuvent se prouver par tout moyen bien qu'étant des actes juridiques. L'écrit n'est pas interdit pour autant mais il ne constitue pas le mode exclusif de preuve comme dans le système de la preuve légale. Il serait peu judicieux cependant d'y recourir au regard de la modicité du montant des obligations en jeu. Il peut s'agir de contrats dont le montant de l'objet est inférieur à 20000 FCFA. Cette exception n'entre pas cependant en jeu lorsque le montant de l'obligation exigée est passé en deçà du seuil fixé par l'article 14 COCC à la suite d'une remise de dette consentie au débiteur. Les parties sont tenues par le principe posé de la préconstitution d'une preuve littérale. À défaut, cela avaliserait un contournement de la règle prescrite.

Les contrats protecteurs d'une partie faible. Certains d'entre eux peuvent être prouvés par tout moyen. Cette règle procède souvent d'une logique de protection d'une partie au contrat. Il en est ainsi du contrat de travail⁶³.

Les contrats passés par les commerçants. La célérité des affaires rend le recours à l'écrit souvent anachronique. De nombreuses opérations commerciales sont passées dans des circonstances qui ne rendent pas possible la préconstitution de la preuve à l'exception des contrats commerciaux pour lesquels l'exigence de la preuve littérale demeure exigée⁶⁴.

Commerçant ou non commerçant prouvant contre un commerçant. En matière commerciale, les démarchages peuvent être spontanés et les actes de commerce peuvent être passés par le biais des réseaux sociaux ou par téléphone. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de traces écrites. Toutefois, les écrits en question ne formalisent que très rarement les exigences posées par l'article 14 COCC. En vertu de toutes ces raisons, l'article 13 COCC alinéa 2 retient le principe que « La preuve est libre en matière commerciale pour les actes juridiques ». L'article 5 de

⁶² Art. 544 COCC : « Le louage est le contrat par lequel le bailleur s'oblige à fournir au preneur pendant un certain temps la jouissance d'une chose contre paiement d'un loyer.

Art. 545 COCC : « Sauf dispositions contraires, le bail peut être passé par écrit ou verbalement.

Art. 546 COCC : « Le bail se prouve selon les règles du droit commun.

Cependant, lorsqu'il y a bail verbal dont l'exécution a commencé et qu'il n'existe point de quittance, le montant du loyer peut être établi par l'affirmation du bailleur. Le preneur, s'il le préfère, demande l'estimation par expert à ses frais avancés ».

⁶³ Art. L.32 du Code du travail : « Quels que soient le lieu de la conclusion du contrat et la résidence de l'une ou l'autre partie, tout contrat de travail conclut pour être exécuté au Sénégal est soumis aux dispositions du présent Code. La preuve de son existence peut être apportée par tous moyens. Le contrat écrit est exempt de tous droits de timbre et d'enregistrement ».

⁶⁴ Article 7 Code CIMA : « Le contrat d'assurance est rédigé par écrit dans la ou les langues officielles de l'État membre de la CIMA en caractères apparents. Lorsque, avant la conclusion du contrat, l'assureur a posé des questions par écrit à l'assuré, notamment par un formulaire de déclaration du risque ou par tout autre moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprécise.

Toute addition ou modification au contrat d'assurance primitif doit être constatée par un avenant signé des parties.

Les présentes dispositions ne font pas obstacle à ce que, même avant la délivrance de la police ou de l'avenant, l'assureur et l'assuré ne soient engagés l'un à l'égard de l'autre par la remise d'une note de couverture ».

l'AUDCG emboite le pas au législateur sénégalais⁶⁵. Au-delà des preuves classiques, satisfont notamment à l'exigence de preuve les livres de commerce et les états financiers de synthèse⁶⁶. Cette règle ne vaut toutefois que lorsque le plaideur, commerçant ou non commerçant, prouve contre un commerçant.

Commerçant prouvant contre un non commerçant. Dans le cas contraire, la preuve à rapporter par le non commerçant est allégée puisqu'un commencement de preuve par écrit permettra au commerçant de prouver par tous moyens. L'exigence d'une préconstitution de la preuve littérale cède face à l'existence d'un commencement de preuve par écrit⁶⁷.

L'impossibilité matérielle ou morale de se procurer ou de produire un écrit. Cette exception se dégage de l'article 15 COCC en vertu duquel « La règle ci-dessus [l'article 14] reçoit exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer ou de produire une preuve écrite de la convention ». Il est fréquent d'interpréter cette disposition comme renvoyant à l'impossibilité morale ou matérielle même si ces expressions n'apparaissent pas de façon expresse à l'opposé d'autres textes de l'ensemble législatif sénégalais⁶⁸.

L'impossibilité morale. L'impossibilité morale semble viser les circonstances qui ne permettent pas au créancier de se procurer un écrit. Elles procèdent du caractère et de la nature privilégiés des relations de famille ou plus généralement d'affection, des rapports de subordination entre les parties *etc.* rendant la préconstitution d'une preuve écrite moralement impossible. Au Sénégal, de telles expectatives sont rendues particulièrement plausibles en raison de l'existence encore sociologique de la famille lignagère et du personnalisme marqué des relations sociales. De telles strates sociologiques disqualifient le recours à l'écrit en sus de l'illettrisme caractérisé d'une bonne partie de la population sénégalaise. Les transactions pour l'essentiel se font à l'abri des regards car elles sont l'excroissance d'une certaine intimité qui délégitime tout recours à l'écrit. Ceci rendrait particulièrement attrayante l'invocabilité de l'impossibilité morale dans les procès portant sur les actes juridiques. L'interprétation des situations juridiques corroborant l'existence d'une impossibilité morale devrait éviter cependant d'inverser l'exception en principe. Un principe général d'interprétation suggère que les exceptions sont d'interprétation stricte. En tout état de cause, c'est à celui qui invoque l'impossibilité morale d'en apporter la preuve. L'appréciation du juge se fera *in concreto*.

L'impossibilité matérielle. L'impossibilité matérielle semble plutôt converger avec les hypothèses dans lesquelles la preuve littérale a été détruite ou détériorée par des situations extérieures à la volonté du demandeur. La disparition ou sa détérioration rendra impossible alors la production de la preuve littérale préconstituée. De telles éventualités doivent attester qu'un écrit a bien été dressé à titre probatoire. La triple preuve de l'existence préalable de l'écrit, de sa conformité aux exigences posées par l'article 14 COCC et de l'acte juridique qu'il contenait (contrat, engagement unilatéral...) doit être rapportée. Il faut enfin prouver que la perte ou la détérioration de l'écrit ne procède pas du fait personnel du demandeur dans l'impossibilité de

⁶⁵ « Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants ».

⁶⁶ Art. 5 AUDCG al. 3 et 4.

⁶⁷ Art. 5 AUDCG al. 2 : « Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant ».

⁶⁸ Art. 371 CF *in fine* : « L'origine et la consistance des biens réservés sont établies à l'égard du mari et des tiers par écrit, sauf impossibilité matérielle ou morale de se procurer une telle preuve ». Cf. également l'article 393 CF al.3.

le produire, son imprudence ou sa négligence notamment. Les faits à l'origine de la perte ou de la détérioration de l'écrit doivent procéder de cas de force majeure (incendies, naufrages, intempéries ayant rang de catastrophes naturelles *etc.*), de cas fortuit ou du fait d'un tiers.

Liberté de la preuve en cas d'impossibilité morale et matérielle. Si les différentes conditions de réalisation de l'impossibilité morale et matérielle, soumises à des exigences probatoires parfois difficiles à rapporter, sont réunies, il est permis au demandeur de prouver par tous moyens.

Le commencement de preuve par écrit. Cette exception à la preuve parfaite fonde l'article 16 COCC. Son alinéa 2 le définit comme « tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur ou de son représentant ». Cette disposition insiste sur les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit qu'il convient de préciser avant de voir le régime probatoire qu'il induit.

Les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit. Il faut un écrit procédant du défendeur rendant vraisemblable le fait allégué.

Un écrit quelconque. N'importe quel écrit peut pourvoir aux conditions d'existence d'un commencement de preuve par écrit : des instruments de paiement, une lettre missive⁶⁹, des papiers domestiques, des actes sous-seing privés irréguliers en la forme *etc.* Avec les supports numériques et technologiques, il est possible d'y ajouter les correspondances électroniques, sms... Cette catégorie admet même les paroles prononcées par le défendeur au cours d'une comparution personnelle et consignées vraisemblablement par le greffier⁷⁰.

Un écrit quelconque émanant de celui auquel on l'oppose. Il s'agira dans les circonstances les plus habituelles du défendeur ou de son représentant. L'écrit ne peut émaner de la personne qui doit établir la preuve de ce qu'il allègue car elle ne peut procéder de la partie qui s'en prévaut. Un PGD répute que nul ne peut se constituer de preuve à soi-même. L'écrit émanant d'un tiers est disqualifié à recevoir la qualification d'un commencement de preuve par écrit dans la mesure où il vaudrait témoignage.

Un écrit rendant vraisemblable le fait allégué. Ce point est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. De l'écrit, en tout état de cause, on devrait pouvoir induire l'exigence minimale d'une vraisemblance de l'existence de l'acte juridique. Ainsi, on peut imaginer un email par lequel l'emprunteur remercie dans une formule lapidaire le prêteur de lui avoir accordé un délai de remboursement supplémentaire.

Les procédés complémentaires au commencement de preuve par écrit. Le commencement de preuve par écrit n'est pas suffisant. Il faut qu'il soit complété par des procédés imparfaits de preuve. L'article 16 COCC alinéa 1^{er} cite l'exemple des témoignages et des présomptions du fait de l'homme.

Les conventions sur la preuve. Une exception peut découler d'une convention sur la preuve valable entre les parties à un acte juridique. On oublie souvent en effet que les règles de preuve

⁶⁹ L'article 27 COCC en fait un écrit à part mais sans que l'on puisse établir si elle constitue un procédé probatoire autonome. Il dispose notamment : « La lettre missive fait foi des engagements qu'elle contient contre celui qui l'a signée ». La lettre missive peut tout aussi bien être qualifiée de commencement de preuve par écrit, d'aveu extrajudiciaire, de présomption... Mais elle semble difficilement devoir être considérée comme ayant une force probante autonome.

⁷⁰ Art. 16 COCC al. 3 : « Sont assimilées au commencement de preuve par écrit les déclarations faites au cours d'une comparution personnelle ordonnée par le juge ».

ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent les aménager par le biais d'une convention. L'aveu judiciaire en donne une belle illustration. Les parties à un acte juridique peuvent tout aussi convenir entre elles d'admettre en lieu et place d'un écrit, un autre procédé probatoire qu'une preuve parfaite. Telle est l'économie de l'article 37 COCC qui dispose : « Les conventions sur la preuve sont valables dans la mesure où les parties règlent conventionnellement l'acquisition ou la perte d'un droit par la production d'un mode de preuve déterminé ». Les conventions sur la preuve ne se s'admettent pas toutefois sans risques. Elles peuvent remettre notamment en cause sur le terrain probatoire certaines règles protectrices des parties structurellement faibles.

Ces conventions sur la preuve peuvent également porter sur les faits juridiques.

C – La preuve des faits juridiques

Définition des faits juridiques. Contrairement aux actes juridiques, les faits juridiques sont à l'origine de la création, de l'extinction ou de la transmission d'obligations imputables à une personne sans qu'elle n'ait manifesté son consentement. Ils peuvent être naturels (décès, naissance...) ou du fait de l'homme (accident, meurtre, mariage etc..). De tels effets sont prescrits par la loi qui est la source de ces obligations légales. La volonté du débiteur ou du créancier est indifférente à la genèse desdites obligations. En serait-elle-même à l'origine, les conséquences juridiques seront déterminées par la loi.

Les preuves admissibles. L'article 13 COCC al. 1^{er} pose le postulat que les moyens de preuve prévus par la loi à savoir l'écrit, le témoignage, la présomption du fait de l'homme, l'aveu judiciaire, le serment « peuvent être utilisés pour la preuve des faits juridiques ». Le serment visé est le celui décisoire qui au même titre que l'aveu judiciaire sont des preuves parfaites. Il en est autrement de l'aveu extrajudiciaire et du serment supplétoire qui demeurent des preuves imparfaites

L'écrit. Nous avons beaucoup insisté sur l'écrit authentique ou sous-seing privé au moment de présenter la preuve des actes juridiques. L'écrit est également requis à titre de preuve des faits juridiques. C'est ce qui en fait une preuve parfaite à côté des autres déjà étudiées, l'aveu judiciaire et le serment décisoire. À la différence des actes juridiques cependant, l'écrit souvent visé pour la preuve des faits juridiques est l'acte authentique délivré par les officiers publics précités. Une partie substantielle de la preuve des faits juridiques par acte authentique incombe toutefois à l'officier d'état civil qui a une compétence exclusive lorsqu'ils se rapportent à l'état des personnes. Le mariage, le divorce, la filiation, le décès ne peuvent être prouvés que par acte d'état civil⁷¹. Le débat qui est agité de nos jours est de circonscrire le périmètre exact qui peut être défini aux procédés scientifiques pour prouver les faits juridiques avec les découvertes révolutionnaires de la biomédecine afin de créer une meilleure articulation entre la preuve juridique et la vérité sur toutes ces questions. L'article 196 CF interdit par exemple l'établissement de la filiation paternelle à tout enfant qui n'est pas présumé issu du mariage de sa mère ou n'a pas été reconnu par son père alors que les procédés scientifiques peuvent déterminer avec une fiabilité diabolique si la personne indélicate qui refuse ladite paternité est son auteur biologique.

⁷¹ Art. 29 CF : « L'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil ».

Les témoignages et les présomptions du fait de l'homme. L'étude de ces deux procédés probatoires est souvent combinée en raison de leur force probante identique.

La force probante des témoignages et des présomptions du fait de l'homme. L'article 30 COCC dispose : « Les présomptions et les témoignages sont abandonnés à la prudence du magistrat qui en apprécie la gravité, la précision ou la concordance ». Leur force probante est laissée à la libre appréciation du juge. Il en est ainsi lorsqu'ils sont produits comme des compléments de preuve d'un acte juridique litigieux dans les circonstances exceptionnelles où un écrit préconstitué n'a pas pu être dressé (commencement de preuve par écrit, impossibilité matérielle ou morale *etc.*...). Il en va de même lorsqu'ils sont invoqués au titre du système de la preuve libre dans le domaine des faits juridiques.

Les témoignages. Appelée également preuve testimoniale, le procédé probatoire des témoignages est déclinée par l'article 29 COCC uniquement sous l'angle de l'admissibilité qui constitue l'intitulé d'ailleurs de cet article consacré aux témoignages et aux présomptions du fait de l'homme.

- **Objet du témoignage.** Le témoignage ne peut porter que sur ce qui a été vu ou entendu. Son objet exclut la commune renommée ou la rumeur. Celle-ci se distingue du témoignage indirect. Il s'agit de l'hypothèse où le témoin a entendu les déclarations d'une autre personne sur l'objet du litige.
- **Support du témoignage.** Le témoignage est défini au sens large comme la déclaration par laquelle un individu communique à autrui sa connaissance d'un fait ou d'un événement. Il peut avoir un support écrit ou oral. Il est écrit lorsque les déclarations ont été transcrites dans le procès-verbal d'une enquête. Les déclarations peuvent être également faites oralement devant le juge.
- **Qui peut témoigner et comment ?** L'article 9 CPC prête son concours aux dispositions consacrées au témoignage par le COCC. Il dispose : « Tous les témoins utiles à la solution du litige doivent être entendus sans qu'il soit permis aux parties de les récuser. Elles peuvent présenter toutefois toutes observations quant aux motifs de partialité susceptibles d'exister en leur personne.

Après avoir déclaré leurs prénoms, noms âges et demeures, les témoins indiquent s'ils sont parents ou alliés des parties et à quel degré, s'ils sont leurs serviteurs ou domestiques.

Le témoin prête, devant le juge, serment de dire la vérité.

Les témoins sont passibles de condamnation pour faux témoignage commis à l'audience ».

Ces précisions permettront d'exclure certaines personnes du giron des témoins en raison de leur relation avec les litigants⁷². *A priori*, il n'y a pas de limites à l'exception de ceux qui sont interdits de témoigner en justice. Des dispenses peuvent aussi être accordées à certaines personnes en raison du degré de parenté avec les litigants.

Les présomptions du fait de l'homme. Elles partagent un même socle lexical avec les présomptions déjà étudiées. Les présomptions légales comme leur nom l'indique sont établies par la loi alors que celles du fait de l'homme procèdent des éléments de fait qui vont permettre

⁷² Art. 145 CPC.

au juge de fonder ses convictions sur les faits inconnus. Ces éléments de fait peuvent être des constatations matérielles, des déclarations de personnes qui ne peuvent être entendues comme témoins, de documents qu'importe leur nature ou leur origine, de l'attitude des parties au cours d'une comparution personnelle (ex. refus de se soumettre à une expertise sanguine), des résultats d'une expertise *etc.* L'article 31 COCC ajoute que « Les modes de reproduction de la parole peuvent être retenus comme présomptions du fait de l'homme ».

Assimilation des aveux extrajudiciaires à des présomptions du fait de l'homme. Cette assimilation procède de l'article 32 COCC qui dispose : « L'aveu extrajudiciaire vaut comme présomption du fait de l'homme ». Contrairement à l'aveu judiciaire, l'aveu extrajudiciaire est fait hors de l'instance d'où sa force probante équivalente à celle des témoignages et des présomptions du fait de l'homme.

Le serment supplétoire. Le COCC n'en dit rien contrairement au serment décisoire. Il ne lie pas le juge et sa force probante est librement apprécié par lui bien qu'il en soit l'initiateur. Il peut avoir néanmoins une utilité accessoire pour lui car il peut lui permettre de forger sa conviction et sert de complément à d'autres preuves. Il y a serment supplétoire lorsque le juge défère à l'une des parties le serment sous certaines conditions afin de parfaire sa conviction et de suppléer à l'insuffisance des preuves produites.