

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie. Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code, I-II. [Des lois. Des personnes.] ; III. [Des biens et des différentes modifications de la propriété.] ; IV-XI. [Des différentes manières dont on acquiert la propriété. IV :. 1824-28.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

DE L'IMPRIMERIE DE COUSIN-DANELLE, A RENNES.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

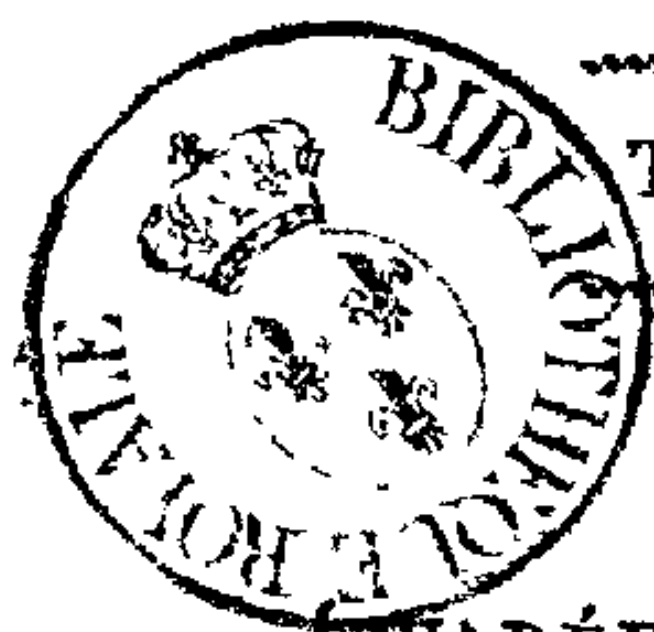
OUVRAGE DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE
A LA PRATIQUE.

PAR M^r. C. B. M. TOULLIER,

BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS DE RENNES.

QUATRIÈME ÉDITION, REVUE ET CORRIGÉE.

On y a joint DEUX TABLES : l'une, générale et alphabétique des matières contenues dans les onze volumes ; l'autre, des articles des cinq Codes qui y sont traités ou cités.



.....
TOME NEUVIÈME.
.....

A PARIS,

CHEZ { WARÉE, ONCLE, LIBRAIRE DE LA COUR ROYALE,
COUR DE LA SAINTE-CHAPELLE, N.º 13.
WARÉE, FILS AÎNÉ, LIBRAIRE, AU PALAIS DE JUSTICE.

.....
M. DCCC. XXIV.

AVERTISSEMENT

DE L'AUTEUR.

LA révision de la première édition de cet Ouvrage, les Additions (1) nombreuses que j'y ai faites, et d'autres raisons dont il est inutile d'entretenir le public, ont beaucoup trop retardé la publication de ce volume, qui contient l'important *Traité de la Preuve testimoniale*.

Le dixième se fera beaucoup moins attendre. J'y travaille sans interruption et avec activité, sans pouvoir néanmoins indiquer encore l'époque précise où j'en

(1) Elles forment un fort volume in-8°, et se trouvent à Paris, chez B. Warée oncle.

pourrai faire commencer l'impression; car je travaille lentement. Ce dixième volume contiendra la fin du tit. 3 du Code, *des Contrats ou Obligations conventionnelles en général*, et le tit. 4 en entier, *des Engagemens qui se forment sans convention*.

On m'avait engagé à faire un tressaut, et à passer des obligations aux *Privilèges et Hypothèques*, qui en sont en effet une appendice naturelle, sauf à revenir ensuite au tit. 5, pour reprendre l'ordre du Code. Je m'étais d'abord déterminé à suivre ce conseil, un peu par paresse, il est vrai; j'avais beaucoup de matériaux préparés et rassemblés, sur les privilèges et les hypothèques, mais principalement parce qu'un savant du premier mérite (1), déjà connu par des ouvrages qui contien-

(1) M. Nougariède.

ment d'excellentes vues sur les lois du mariage et sur les lois des familles, avait promis de donner un *Traité complet sur le Contrat de mariage et sur les Droits respectifs des époux*. Malheureusement, il a renoncé à une entreprise qu'il était plus capable que personne de bien exécuter. Les succès mérités qu'il vient d'obtenir, dans un genre de littérature plus élevé, l'enlèvent à la jurisprudence; c'est une véritable perte pour la science.

A son défaut, je continuerai donc mon *Ouvrage sans tressaut*. Après *les Engagemens qui se forment sans convention*, je passerai de suite au tit. 5, qui traite du *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, et je continuerai de suivre, sans interruption, l'ordre du Code.

Enfin, ne voulant rien ajouter à la *troisième Édition*, actuellement sous presse, j'ai pris le parti de suivre l'exemple que

nous ont donné notre savant maître Duparc-Poullain et le célèbre Pothier, en insérant à l'avenir, à la fin de chaque volume qui paraîtra, les additions et corrections aux précédens, à mesure qu'elles se présenteront à mon esprit. Le présent volume en contient une assez considérable. C'est une *Dissertation*, en réponse à M. Merlin, sur l'importante question des ventes faites par l'héritier apparent ou putatif, et sur les effets de la bonne foi de celui-ci, lorsqu'il est évincé par la pétition d'hérédité.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

~~~~~

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

---

## TITRE III.

*Des Contrats et Obligations conventionnelles.*

SUITE DU CHAPITRE VI.

*De la Preuve des obligations et de celle du paiement]*

## SECTION II.

*De la Preuve testimoniale.*

---

### DIVISION DE LA MATIÈRE.

**C**E que nous avons à dire sur la preuve testimoniale peut être divisé en deux parties. La première contiendra la nature de cette preuve, son ancienneté, sa nécessité, ses inconvéniens et ses abus,

*Tom. IX.*



2 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

les lois faites pour les prévenir, la prohibition de l'admettre en certains cas, enfin, les exceptions à cette prohibition.

La seconde contiendra les précautions dictées par la raison, pour se fier au témoignage des hommes, les conditions exigées relativement à la qualité des témoins et à leur nombre, pour que leurs dépositions puissent former une preuve, si les magistrats sont obligés d'y conformer leur jugement.

---

## PREMIÈRE PARTIE.

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

#### SOMMAIRE.

1. *Transition. La preuve littérale a sa source dans la preuve testimoniale.*
2. *Ancienneté de cette dernière preuve, qui continua d'être en usage après l'invention de l'écriture.*
3. *Justinien lui donna même la prépondérance sur la preuve littérale, et pourquoi.*
4. *Elle l'emportait autrefois, en France, sur la preuve littérale.*
5. *Les hommes ne peuvent s'en passer.*
6. *Elle n'est pas un critère infallible de vérité.*
7. *Sa nécessité.*
8. *La raison nous donne les moyens de connaître quand nous pouvons nous y fixer.*
9. *Elle ne forme point une preuve rigoureuse, une démonstration.*

10. Elle est fondée sur une double présomption, qui peut produire une certitude morale.

11. Cependant elle trompe souvent. On a cru devoir la défendre en certains cas.

1. APRÈS avoir tracé les règles qui concernent la preuve littérale, le Code passe à la preuve testimoniale, qu'il eût dû placer au premier rang, s'il n'avait considéré que l'ancienneté et l'origine de ces deux genres de preuves. La preuve littérale, en effet, comme nous l'avons ailleurs (1) remarqué, n'est, et ne peut être, en dernière analyse, autre chose qu'une preuve testimoniale. Ce n'est que par le témoignage d'autrui que nous pouvons connaître les faits passés hors de notre présence; mais ce témoignage peut être recueilli de deux manières :

1°. Il peut être consigné par écrit au moment même où se passent les faits dont on désire conserver le souvenir. C'est cet écrit, signé par les témoins et revêtu de la signature des parties, qu'on appelle *preuve littérale* ;

2°. Les faits peuvent demeurer gravés seulement dans la mémoire des personnes qui en ont été témoins, qui les racontent ensuite de vive voix, lorsqu'elles en sont requises, et dont les dépositions, en matière civile, sont ordinairement consignées par écrit au moment où elles sont faites. C'est ce

---

(1) Tom. VIII, n°. 44. « Les actes publics doivent aussi être rangés dans la classe des témoignages, dit S'gravesande, Introduction à la philosophie, n°. 565. »



#### 4 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

qu'on appelle *preuve testimoniale*, et quelquefois *preuve vocale* ou *preuve orale*.

La preuve littéraire et la preuve testimoniale ne sont donc réellement qu'un seul et même genre de preuve, quoiqu'elles diffèrent par le tems où les témoignages sont reçus, par la manière dont ils le sont, par les personnes des témoins, etc.

Elles ont, l'une et l'autre, le même fondement, cette analogie dont nous avons déjà parlé, et dont nous aurons encore occasion de parler; cette présomption ou cette certitude morale, que des personnes de probité ne s'accorderont pas pour faire un mensonge au préjudice d'un tiers.

Si l'écrit est signé de la personne à laquelle on l'oppose, et qu'elle reconnaisse sa signature, la preuve qui en résulte se confond alors avec l'aveu de la partie, dont nous parlerons sect. 4.

Mais cet aveu lui-même, qu'est-il autre chose que le témoignage de la partie intéressée? (1) Il est donc, avec un peu de réflexion, facile de voir que la preuve testimoniale est la source de la preuve littéraire.

2. Aussi est-elle plus ancienne que cette dernière. L'histoire nous apprend que l'art de peindre la parole, de la rendre durable et permanente, fut plus ou moins long-tems inconnu (2) chez les

---

(1) Aussi cet aveu est mis, par le Code, au rang des présomptions légales. Voy. art. 1350, n°. 4.

(2) Voy. Goguet, de l'Origine des lois, des arts et des sciences, liv. 2, chap. 6, qui traite de l'origine de l'écriture, tom. I, pag. 161 et suiv.; édition de 1759, 6 vol. in-12.

nations, même les plus anciennes. Dans notre Europe, les peuples d'origine germanique ne connurent et ne pratiquèrent que fort tard l'usage de l'écriture (1).

Cependant, avant comme depuis l'invention et l'usage de l'écriture, les hommes avaient entre eux des relations d'affaires, et passaient des contrats. Ces contrats ne pouvaient se faire que verbalement; et, pour les constater, la forme usitée était de les passer en public, et en présence de témoins (2).

La preuve testimoniale était donc alors la seule manière de prouver les conventions et les contrats.

Depuis l'invention et l'usage de l'écriture, on continua d'admettre la preuve testimoniale, tant des faits que des conventions ou des contrats; elle était reçue chez les Juifs, chez les Grecs, chez les Romains : ces derniers lui accordaient la même force qu'aux actes écrits : *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Loi 15, Cod. de fid. inst., l. 21.*

3. Bien plus : Justinien donne la prépondérance à la preuve testimoniale, quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit l'emporter : *Si verò tale aliquid contigerit quale in Armeniâ factum est,*

(1) Voy. Heineccius, *Hist. jur. germ.*, lib. 2, § 1, avec la note de Silberad, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Goguet, *ubi supra*, pag. 55 et 56; Danty, additions sur la préface de Boiceau, nos. 3 et suiv.; Denis d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, lib. 2, pag. 134, édition de Wechel, Francofurti, 1585, in-folio.

6 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

*ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud verò testimonia; tunc nos quidem existimavimus ea quæ dicuntur vivâ voce, et cum jurejurando, hæc digniori fide quàm scripturam ipsam secundum se subsistere. (Nov. 73, cap. 3).*

La raison qu'en donnent les interprètes est que le témoignage des actes par écrit est un témoignage muet; ils ne peuvent répondre (1), au lieu que le témoin parle, raisonne et répond, quand on l'interroge, à toutes les questions qu'on lui fait.

Aussi, à Rome, c'était de la preuve testimoniale que tiraient toute leur force les actes écrits, reçus par un tabellion; ils ne faisaient pas foi par eux-mêmes : la signature du tabellion ne suffisait pas pour leur conférer l'authenticité.

Si l'écriture, si les signatures n'étaient pas reconnues, on appelait le tabellion en témoignage.

Il comparaisait en personne, après avoir prêté serment pour attester la vérité des faits, et recon-

---

(1) *Hæc potissimum ratione ducti, quòd instrumentorum testatio sit muta, et quæ interrogata, non respondeat : testium verò probatio semper loquatur, ratiocinetur, et sæpius interrogata, respondeat, inquit Cynus. Hinc antiquum de instrumentis adagium ab Erasmo relatum, surda testimonia. Boicau, préface de son Commentaire sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins.*

Bouteillier, Somme rurale, tit. 106, dit aussi : « S'il advient que en jugement une partie se vueille aider de lettres en preuve, et l'autre partie se vueille aider de tesmoings singuliers, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les tesmoings sont contraires aux lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition des tesmoings qui, de saine mémoire, déposent et rendent sentence de leur deposition, que à la teneur des lettres qui ne rendent cause. »



naître son écriture : s'il était mort, il fallait appeler les autres témoins (1).

Quant aux actes faits sans le concours du tabelion, il fallait y appeler au moins trois témoins, qui pussent, en cas de dénégation de l'écriture et de la signature, attester la vérité de l'acte fait et souscrit en leur présence.

Enfin, quant aux actes faits sous la seule signature des parties contractantes, hors de la présence des témoins, leur force dépendait uniquement de l'avcu et de la bonne foi de celui qui les avait souscrits ; l'autre partie n'avait que la ressource du serment, sans que la vérification de l'écriture et des signatures pût suffire et y suppléer. Cependant toutes les conventions verbales pouvaient être prouvées par la déposition de trois témoins.

C'était donc réellement de la preuve testimoniale que la preuve littérale tirait toute sa force à Rome.

4. On suivit long-tems en France les maximes du droit romain : la preuve testimoniale y était le

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, nos. 204 et suiv., avec les autorités citées en note.

Danty, sur Boiceau, additions à la préface, n°. 13, dit aussi : « A Rome, » les contrats ne faisaient pas pleine foi, comme parmi nous ; il fallait, » auparavant qu'ils fussent vérifiés par témoins, c'est-à-dire que les témoins dont les noms y étaient inscrits, eussent été entendus devant le » juge, sur la vérité des faits, etc. »

Il est donc évident que les actes écrits, c'est à-dire la preuve littérale, ne tirait sa force que de la preuve testimoniale. Les actes insinués en présence du juge ou du gardien des archives, et des parties contractantes étaient les seuls, à Rome, qui fissent foi en justice comme nos actes authentiques.

8 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

moyen le plus usité, et presque le seul de prouver les conventions et les contrats. Elle l'emportait aussi sur la preuve littérale, suivant l'ancienne maxime, *témoins passent lettres*, comme nous l'avons remarqué, tom. VIII, n°. 63, pag. 121.

5. Les témoins étaient-ils donc autrefois moins corruptibles et moins corrompus qu'aujourd'hui? Non, sans doute; mais on regardait la preuve testimoniale comme nécessaire. Elle l'est en effet; et telle est la nature de l'homme que, sans la foi qu'il est forcé d'ajouter au témoignage d'autrui, son existence sur la terre serait infiniment malheureuse.

6. Ce n'est pas que le témoignage des hommes soit par lui-même la marque infaillible et caractéristique de la vérité.

Il n'y a pas de liaison nécessaire entre la vérité des faits attestés par un témoin, et le témoignage qu'il rend; car, qui peut affirmer qu'une chose soit nécessairement vraie par cela même qu'elle est attestée par un homme? Le témoignage des hommes peut donc tromper, et trompe en effet fort souvent.

7. Mais nous ne pouvons connaître les choses qui se passent, ou qui sont hors de nous, que par les sens, par le témoignage des hommes, ou par l'analogie, c'est-à-dire par l'induction que nous tirons d'un fait déjà connu.

Or, les sens ne suffisent pas à l'homme. Aucun homme ne peut examiner et connaître par lui-même toutes les choses nécessaires à la vie, tous les faits qui l'intéressent.

Dans un nombre infini d'occasions, il ne peut être instruit que par d'autres hommes, et s'il n'ajoute pas foi à leur témoignage, il ne pourra tirer aucun avantage de ses facultés, aucune utilité de la plupart des choses que la Providence a mises à sa disposition; il se trouvera réduit à traîner une vie misérable, dans l'ignorance des faits qui intéressent le plus ses biens, sa famille, son existence, son honneur.

D'où les philosophes (1) concluent, avec raison, que l'auteur de la nature a voulu que le témoignage des hommes fût une des marques de la vérité.

8. Vainement opposerait-on que ce témoignage peut nous tromper, et qu'il nous trompe souvent; la raison nous donne les moyens de connaître les qualités que doivent avoir les témoins pour mériter notre confiance, les choses sur lesquelles on peut ajouter foi à leur témoignage, et les précautions qu'il faut prendre pour que nous puissions nous y fier entièrement.

En y réfléchissant mûrement, et avec impartialité, nous trouverons que, si le témoignage des hommes induit quelquefois en erreur, nous ne devons nous en prendre qu'à la faute d'avoir négligé ces précautions, à notre paresse, à la malheureuse précipitation de nos jugemens, et à notre excessive crédulité.

9. Il faut toujours nous souvenir que les vérités

---

(1) S'gravesande, Introduction à la philosophie, n°. 491.



de fait, que l'on découvre par le moyen des preuves, en jurisprudence, sont différentes de celles qu'on enseigne dans les sciences exactes. Ces dernières vérités sont de leur nature fixes et immuables, toujours les mêmes indépendamment du fait des hommes et de tout changement. La preuve de ces vérités se tire de leur nature même, ou si elles dépendent d'autres vérités, de l'enchaînement qui les lie et qui les fait connaître les unes par les autres, selon qu'elles sont les suites nécessaires les unes des autres.

Mais à l'égard des faits qui pouvaient arriver ou n'arriver point, comme dépendances de causes, dont les effets sont incertains, ce n'est point par des principes sûrs et immuables, d'où dépendait ce qui est arrivé, qu'on peut le reconnaître.

Si, par exemple, un homme a été tué, la vérité de la cause de cet homicide et la question de savoir qui l'a commis, ne dépendent point de principes sûrs, dont l'évidence fasse connaître l'auteur du crime, avec une certitude de la nature de celle que produisent les démonstrations dans les sciences exactes. Si on le découvre, ce ne sera que par des preuves tirées des circonstances qui se trouveront liées au crime, et qui dépendent d'événemens arrivés par hasard, comme la rencontre de quelques témoins, ce qu'il pourra y avoir d'indices, de présomptions, de conjectures. Et, quand il se trouverait deux témoins, en apparence irréprochables, qui attesteraient qu'ils ont vu le meurtrier poignarder cet homme, la certitude d'une telle preuve est d'un autre genre que celle de la vérité d'une pro-

position évidemment démontrée dans une science exacte. Elle n'a pas le caractère d'une démonstration, parce qu'il n'est pas impossible que deux témoins se trompent, ou qu'ils veuillent tromper.

10. Cette preuve ne tire sa force que d'une double présomption : on présume de leur bon sens que les témoins ne se sont pas trompés ; on présume de leur probité qu'ils ne trompent point. Cette preuve n'est donc, en effet, fondée que sur des présomptions, ou sur l'analogie.

Cependant cette présomption de vérité qui naît du témoignage des hommes est si forte, que les lois divines et humaines, celles de tous les peuples, ont voulu qu'elle tînt lieu d'une preuve ; et quoiqu'il soit vrai que cette preuve n'a pas la force d'une démonstration, elle ne laisse pas de produire une certitude, qui persuade parfaitement lorsque la fidélité des témoins est bien reconnue, parce que cette preuve est fondée sur un principe, que l'on regarde comme une vérité, et qui est tiré de la nature de l'homme, des causes qui le font agir.

Ce principe est que des personnes de probité, dont la raison n'est point altérée par quelque passion, ne sauraient s'accorder pour porter en justice un faux témoignage au préjudice d'un tiers.

On peut donc conclure sûrement du principe naturel de nos actions, que des témoins qui promettent de ne dire que la vérité, la disent en effet, si rien ne change en eux l'ordre naturel, et, quoiqu'il soit vrai qu'on ne puisse pas toujours s'assurer que les témoins soient sincères, et que souvent même il y ait de faux témoins, il serait injuste



et même absurde de n'en croire aucun , parce qu'on ne peut s'assurer que tous ne mentent point.

11. Mais , quoique la preuve testimoniale soit d'une nécessité tellement absolue qu'on ne puisse s'en passer , quoique l'auteur de la nature ait voulu qu'elle fût , sinon une critère infaillible de vérité , du moins un des moyens les plus ordinaires d'y arriver ou d'y conduire , il n'en est pas moins vrai que le témoignage des hommes est toujours trompeur , et qu'il trompe souvent.

Le sage dit : Tout homme est menteur ; c'est une vérité démontrée par une expérience de tous les tems. Les diverses passions dont il est agité , la crainte ; l'espérance , l'intérêt , une foule de séductions plus douces , dont il est entouré , et qui agissent sur lui presque à son insu , le font fréquemment déguiser la vérité , la dissimuler , s'en écarter plus ou moins , s'avilir même jusqu'au mensonge.

Quelle habileté , quelle profonde connaissance du cœur humain , quelle habitude des affaires , quelle attention ne faut-il pas pour juger avec certitude quand un témoin est sincère , ou quand il trahit la vérité ? On n'a pas moins à redouter , en cette matière , le défaut de sagacité , ou l'inexpérience des juges , que la fragilité ou la mauvaise foi des témoins.

Le législateur n'a donc point voulu abandonner les juges entièrement à eux-mêmes , et ne pouvant supprimer la preuve testimoniale , sans causer des maux mille fois pires que ses abus , il a voulu du moins rendre ses abus moins fréquens , en défendant de l'admettre en certains cas.

**ART. 1<sup>er</sup>.**

*Lois qui ont restreint et défendu en certains cas la  
Preuve testimoniale.*

*Règle générale qu'elles ont établie relativement  
à ces cas.*

*Nature de la Prohibition.*

**SOMMAIRE.**

12. *Justinien sentit le premier la nécessité de défendre d'admettre en certains cas la preuve testimoniale.*
13. *Ces cas furent étendus, dans le 15<sup>e</sup>. siècle, par les statuts des villes de Bologne et de Milan.*
14. *En 1566, l'ordonnance de Moulins restreignit, en France, l'usage jusqu'alors illimité de la preuve testimoniale. Comment et pourquoi.*
15. *Critiques qu'éprouva cette loi, lorsqu'elle parut, reconnues mal fondées.*
16. *Ses dispositions adoptées et développées par l'édit perpétuel des archiducs de Flandre. Texte de cet édit.*
17. *L'ordonnance de 1667 adopta l'ordonnance de Moulins.*
18. *Elle l'a été de nouveau par le Code civil des Français.*
19. *La disposition de ces lois sur la prohibition de la preuve testimoniale en certains cas, est une exception.*
20. *Quelles sont les choses dont la preuve testimoniale est défendue par l'ordonnance de Moulins.*
21. *Innovation que produisit cette loi.*
22. *Texte de l'ordonnance de 1667.*
23. *Esprit, marche et explication de ce texte. Différence de l'acté et du contrat. Addition faite à l'ordonnance de Moulins.*

**14 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.**

24. *Texte de l'art. 1341 du Code civil. Il défend la preuve au-dessus de 150<sup>f</sup>.*
25. *Même lorsque les intérêts réunis au capital excèdent cette somme (1342).*
26. *La preuve testimoniale n'est défendue que dans les cas où l'on a pu et dû s'en procurer une littérale.*
27. *Aucune loi ne l'a défendue en général.*
28. *Est-elle admissible, lorsqu'il y a incertitude si la loi la défend ou la permet ?*
29. *Elle n'est pas admissible à l'égard des dépôts volontaires.*
30. *Ni à l'égard des commodats faits de confiance.*
31. *Elle est permise dans toutes les conventions de 150<sup>f</sup> et au-dessous.*
32. *Exception dans le cas du bail verbal. Ressources qui restent au locateur quand la jouissance a commencé, quand elle a cessé, et quand elle est finie.*
33. *L'art. 1715 ne permet point la preuve testimoniale du bail verbal, lorsque l'exécution a commencé. Discussion d'un arrêt de la Cour de Nîmes. Vices de l'argument à contrario sensu.*
34. *On ne peut prouver par témoins le congé que le locateur et le locataire sont obligés de se donner. Cas où il faut en donner un.*
35. *Si celui qui a reçu le congé en retarde l'exécution par de mauvaises contestations, les juges peuvent prolonger le délai.*
36. *Les juges doivent rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où elle est défendue. C'est à eux que la loi adresse la défense de la recevoir.*
37. *Le consentement exprès des deux parties ne peut autoriser à la recevoir.*
38. *L'une des parties pourrait rétracter son consentement, pour se rendre appelante du jugement.*
39. *L'arrêt rendu sur une enquête ordonnée contre la prohibition de la loi, du consentement des parties, pourrait être cassé.*
40. *Opinion de Duparc-Poullain, contraire à ces principes, examinée et rejetée.*



41. *La prohibition de recevoir la preuve dans les cas indiqués par la loi est de droit public.*
42. *Celui qui a formé une demande excédant 150<sup>l</sup> ne peut la réduire pour être admis à la preuve (1343). Rigueur de cette disposition.*
43. *Comment on cherchait à l'éluder, en distinguant entre la réduction antérieure ou postérieure à la contestation en cause.*
44. *Si le créancier déclare, en formant la réduction, que sa demande est le restant d'une somme plus forte, la preuve est rejetée, parce que c'est au moment où l'obligation a été formée qu'il faut se reporter pour savoir si la preuve est admissible, et si le créancier a désobéi à la loi.*
45. *Quid, si le créancier dissimule que sa demande faisait partie d'une somme plus considérable?*
46. *On peut prouver par témoins que le débiteur s'est obligé de payer le restant de l'ancienne obligation.*
47. *Comment entendre la disposition finale de l'art. 1344, qui permet de prouver par témoins le restant d'une obligation prouvée par écrit.*
48. *On ne peut prouver par témoins une demande excédant 150<sup>l</sup>, composée de deux créances moindres, formées en différens tems et pour causes différentes (1315). Injustice de cette disposition.*
49. *Et si toutes les créances ne sont pas formées par le même exploit, les autres demandes ne sont plus reçues.*
50. *Secus, si toutes n'étaient pas échues lors du premier exploit, ou si elles provenaient de différentes personnes.*
51. *Une créance de 150<sup>l</sup>, moitié d'une de 300<sup>l</sup> divisée entre les deux héritiers du créancier, ne peut être prouvée par témoins.*
52. *Secus, si les créances provenant de causes différentes, chacun en recueille une.*

12. JUSTINIEN (1) fut le premier législateur qui, vivement frappé de ses abus, sentit la nécessité de

---

(1) Loi 18, *Cod. de testib.*, 4, 20. Il est bon d'en mettre le texte sous

mettre des bornes à l'admission indéfinie de la preuve testimoniale; il défendit de prouver par témoins le paiement de toute dette fondée sur un titre.

Il ne crut pas possible d'aller plus loin : *Prout possibile est.*

Encore, dans ce cas-là même, il permit la preuve par cinq témoins dignes de foi.

Du reste, il exceptait le cas où la preuve écrite d'un paiement de cette espèce avait péri par force majeure.

13. Ce ne fut que bien des siècles après la mort de cet empereur qu'on songea à étendre les entraves qu'il avait mises à l'admission indéfinie de la preuve testimoniale. Le statut de la ville de Bologne, approuvé, en 1454, par le souverain pontife Nicolas v, ou plutôt par son légat, le cardinal Bessarion, défendit d'admettre la preuve testi-

les yeux du lecteur : « *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, reserantes, omnibus prædicimus, ut qui in scriptis à se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles et forsitan redemptos testes super hujusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei, summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint, sub præsentia suâ debitum esse solutum : ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint præfatam testium probationem. His scilicet qui jam sine scriptis debitum vel partem ejus solverint, à præsentia sanctione merito excipiendis. Sin vorò facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu, vel incendiû, vel naufragiû, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpassi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere. »*

moniale en certains cas qui s'y trouvent énumérés, *infra scriptis casibus* (1).

Par exemple, lorsqu'il s'agissait d'une obligation excédant 50<sup>l</sup>, monnaie de Bologne.

Les statuts du duché de Milan, réformés d'abord le 20 octobre 1498, réformés de nouveau le 25 avril 1552, par notre bon Louis XII, roi de France et duc de Milan, défendirent aussi la preuve testimoniale en certains cas, mais moins nombreux que dans le statut de Bologne.

14. Enfin, en 1566, l'ordonnance de Moulins, due à la sagesse du chancelier de l'Hôpital, restreignit en France l'usage, jusqu'alors illimité, de la preuve testimoniale, moins encore pour diminuer le nombre des faux témoignages, que pour  
» obvier à la multiplication des faits que l'on a vus  
» ci-devant être mis en avant en jugement, sujets  
» à preuve de témoins et reproche d'iceux, dont  
» adviennent plusieurs inconvénients et involutions  
» de procès. »

Mais ce sage législateur sentit qu'il était impossible de défendre la preuve testimoniale, sans mettre en sa place une preuve moins suspecte.

L'art. 54 ordonna donc, par une première disposition, « que dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100<sup>f</sup>, pour une fois

---

(1) Ce statut est imprimé à la tête du Traité de la preuve testimoniale, par Boiceau et Danty : « *Ad obviandum ne infra scriptis casibus falsi testes producantur in quibus facile produci consueverunt, statuimus, etc.* »



18 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

» payés, seront passés *contrats* pardevant notaires  
» et témoins, par lesquels *contrats* seulement sera  
» faite et reçue toute preuve desdites matières. »

Et, par une seconde disposition, il défendit de recevoir en ce cas la preuve testimoniale. « *Sans re-*  
» *cevoir aucune preuve par témoins*, outre le con-  
» tenu audit *contrat*, ni sur ce qui serait allégué  
» avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et de-  
» puis. »

Et, par une troisième disposition, il ajouta :  
« En quoi n'entendons exclure les conventions par-  
» ticulières et autres qui seraient faites par parties,  
» sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

15. Boiceau, jurisconsulte contemporain, qui a fait un commentaire très-estimé sur cet article de l'ordonnance de Moulins, nous apprend que lorsqu'elle parut on la trouva dure, odieuse et contraire au droit civil.

Dure, en ce qu'elle semblait rejeter les marchés qui se font entre les personnes du peuple, à moins qu'ils ne soient passés par écrit; en sorte qu'elle oblige ceux qui ont des conventions à faire, et qui ne savent pas écrire, de mener, pour ainsi dire, partout un notaire avec eux.

Odieuse, en ce qu'elle restreint les preuves que, suivant les législateurs, il faut entendre pour découvrir la vérité; odieuse encore, en ce qu'elle défend aux hommes de se fier les uns aux autres, comme s'il n'y avait plus de bonne foi parmi eux.

Mais on reconnut bientôt le peu de fondement des objections faites d'abord contre la disposition

de l'ordonnance de Moulins, qui défend d'admettre la preuve testimoniale en certains cas spécifiés.

Ce même Boiceau nous apprend que dans ce siècle, si fertile en grands jurisconsultes, aucune loi ne fut mieux reçue que celle-ci : *Nulla toto hoc seculo constitutio aut lex regia sanctor ac probator visa fuit.*

16. Dans le siècle suivant, le 11 juillet 1611, les archiducs de Flandre adoptèrent et développèrent la disposition de l'ordonnance de Moulins, dans l'art. 19 de l'*édit perpétuel*, dont il est bon de connaître le texte, qui peut servir à développer et à éclaircir celui de l'ordonnance :

« Comme plusieurs procès se meuvent entre nos  
» sujets, à cause de la *multiplication des faits*, qu'on  
» pose être venus ès conventions et contrats, en  
» vertu desquels on agit comme si plus y avait été  
» dit et *pourparlé*, que ne contiennent les instru-  
» mens sur ces faits, soit sous leur signature, ou  
» pardevant notaires et témoins, comme de même  
» au fait des dispositions testamentaires, contrats  
» de mariage et toutes espèces de conventions ou dis-  
» positions, causant une grande incertitude et par  
» fois diversité, voire contrariété de preuves et in-  
» volutions de procès, au très-grand intérêt des  
» parties; nous, pour obvier à ce, avons ordonné  
» et ordonnons que toutes choses dont nos sujets  
» voudront traiter ou disposer (1), excédant la va-

---

(1) Cette incise est remarquable; elle peut servir à déterminer le sens



20 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

» leur de 300<sup>l</sup> artois une fois, soit par ordonnance  
» de dernière volonté, donations, contrats de ma-  
» riage, venditions ou autres contrats quelcon-  
» ques, fût de chose réelle ou pécuniaire, de la  
» valeur que dessus, ils aient à le faire par écrit,  
» soit sous leurs signatures ou pardevant notaires  
» et témoins, ou autres personnes publiques, qui  
» en dépêcheront les instrumens en forme, lesquels  
» seuls serviront de toute preuve es dites matières,  
» sans que les juges pourront recevoir aucune preuve  
» par témoins, outre le contenu d'iceux. »

17. Dans le même siècle, l'ordonnance de 1667, rédigée et discutée par les magistrats les plus éclairés du siècle de Louis XIV, adopta la disposition de l'ordonnance de Moulins, avec quelques légers changemens dans la rédaction, quelques additions et développemens dont nous rendrons bientôt compte.

18. Enfin, la sagesse de l'ordonnance de Moulins a reçu un nouvel hommage dans le 19<sup>e</sup>. siècle.

Sa disposition a été adoptée de nouveau, et insérée dans l'art. 1341 du Code civil, rédigé dans le

---

des termes un peu trop vagues de l'ordonnance de Moulins<sup>4</sup> qui se bornait à dire sèchement : *De toutes choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup>, seront passés contrats.*

Cette phrase laisse quelque chose à désirer ; on demande naturellement de quelles choses ?

L'edit perpétuel répond, en les déterminant : *Ce sont toutes les choses dont nos sujets voudront traiter et disposer.*

L'esprit satisfait, par cette détermination, voit clairement par là que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'applique qu'aux conventions de toute espèce, aux contrats et dispositions quelconques.

même esprit, et à peu près dans les mêmes termes dont s'est servie l'ordonnance de 1667.

Voilà donc, pendant trois siècles consécutifs, trois lois rendues en France pour restreindre l'admission de la preuve testimoniale, toutes les trois par les mêmes motifs, rédigées à peu près de la même manière.

Tâchons d'en pénétrer le sens et d'en saisir le véritable esprit : c'est le moyen de ne pas nous égarer dans le labyrinthe des questions que leur rédaction fait naître, même encore aujourd'hui, après plusieurs siècles d'interprétation et d'expérience, tant il est difficile de bien rédiger une loi, et sur-tout une loi d'exception.

19. Car, il faut remarquer que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 100<sup>l</sup>, suivant les ordonnances de Moulins et de 1667, et au-dessus de 150<sup>l</sup>, suivant le Code, n'est qu'une exception à la règle générale, suivant laquelle cette preuve est admise dans tous les cas non exceptés par la loi.

C'est ce qu'a fort bien observé, à l'égard de l'ordonnance de Moulins, le savant Boiceau, dans son commentaire sur l'art. 54 de cette loi.

Après avoir exposé dans sa préface les raisons et les motifs de la loi, il ajoute : « Telles sont les raisons qui ont engagé le prince à défendre la preuve testimoniale dans *certaines cas* spécifiés par la loi : *Quæ principem eò adduxerunt, ut abrogare testium probationes certis casibus hac lege expressis cogeretur.* »

20. Pour se convaincre que la prohibition de l'ordonnance de Moulins n'est qu'une exception

à la règle générale, il suffit de peser les expressions de cette loi et de suivre la marche de sa disposition : « De toutes *choses* excédant la somme ou valeur de 100<sup>l</sup>, seront passés *contrats*, par lesquels » *contrats* seulement sera faite et reçue toute preuve » desdites matières, sans recevoir aucune preuve » par témoins. »

Remarquons, en passant, que le mot *contrat* est pris ici dans le sens du mot *acte*, ou écrits pour servir de preuve. Les choses dont la preuve par témoins est défendue, sont donc toutes celles qui font ou qui peuvent faire la matière des contrats ou des traités, lorsque leur valeur excède 100<sup>l</sup>; toutes les choses, comme dit fort bien l'édit perpétuel, *dont nos sujets veulent traiter*. Ce sont donc les conventions et les traités, dont la preuve par témoins est défendue, lorsque les choses qui en sont l'objet ou la matière, quelles qu'elles soient, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, *toutes choses, en un mot*, lorsque leur valeur excède 100<sup>l</sup>. Et pourquoi cette prohibition? Parce que les parties ont pu et dû se procurer une preuve écrite : l'ordonnance commence par le leur commander expressément. Suivons sa marche.

Elle ne dit point, par forme de disposition générale, qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins de toutes choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup>; c'eût été proscrire la preuve testimoniale dans tous les cas où une demande, quel qu'en fût le fondement, excéderait la valeur de 100<sup>l</sup>.

Ce n'est pas ce que voulait, ce n'est pas ce que devait faire le législateur : il voulait seulement dé-



fendre la preuve testimoniale des conventions dont l'objet ou la matière excède 100<sup>l</sup>, parce qu'il est facile aux parties de se procurer une preuve écrite de ces conventions.

Aussi, remarquez qu'il commence par le leur ordonner. « De toutes choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup> seront passés *contrats*, etc. », c'est-à-dire des actes écrits. Telle est la première disposition de la loi.

Par la seconde, elle avertit les parties qu'il ne sera point reçu d'autres preuves que la preuve écrite dans les contrats ou actes, par lesquels *contrats seulement* sera faite et reçue toute preuve « desdites matières », c'est-à-dire des choses qui font la matière des contrats.

Enfin, par une troisième disposition, la loi défend d'en recevoir la preuve testimoniale, *sans recevoir aucune preuve par témoins*. Remarquez que la défense s'adresse aux juges, comme nous le dirons dans la suite; car ce sont les juges qui reçoivent la preuve que les parties offrent ou proposent de faire.

21. Cette disposition de l'ordonnance de Moulins introduisit deux innovations remarquables. D'abord, elle défend de prouver par témoins les conventions dont l'objet excède 100<sup>l</sup>, tandis qu'auparavant cette preuve était reçue indéfiniment, quelle que fût la valeur de l'objet du contrat.

Secondement, cette défense fait clairement entendre que la preuve écrite est aux yeux de la loi préférable à la preuve testimoniale, tandis qu'auparavant on tenait pour maxime, en France, que

la preuve par témoins l'emportait sur la preuve écrite. Bouteillier (1) donne pour règle de droit, dans sa Somme rurale, tit. 106, que *témoins par vive voix détruisent lettres*.

Mais depuis Bouteillier, qui écrivait en 1400, jusqu'à l'ordonnance de Moulins, qui parut en 1566, les lumières avaient fait des progrès immenses.

L'art de l'écriture, si rare dans les tems plus reculés, était devenu commun; l'institution si nécessaire du notariat commençait à devenir plus régulière.

Ce siècle était celui de l'érudition, celui où florissaient les plus grands jurisconsultes que la France, que l'Europe peut-être ait produits. Il ne faut donc pas s'étonner que le chancelier de l'Hôpital, homme supérieur à son siècle, ait fait ordonner de rédiger les contrats par écrit, et défendre de les prouver par témoins.

L'ordonnance de Moulins défendit encore de recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu aux contrats, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant iceux, lors ou depuis, c'est-à-dire sur les clauses ou pactes accessoires aux contrats.

Ainsi, la règle générale qui met la preuve testimoniale au nombre des preuves reçues en justice, loin d'être abrogée, fut seulement restreinte dans les deux cas spécifiés par la loi.

---

(1) Il composa sa Somme rurale en l'an 1400. Voy. Taisand, Vies des jurisconsultes.

1°. Dans le cas des contrats de toute espèce, passés sur quelque chose que ce soit, dont la valeur excède 100<sup>l</sup> : *De quâcumque re centum libras excedente.*

2°. Dans le cas des clauses ou pactes accessoires à ces contrats, sur ce qui est allégué avoir été dit ou convenu avant, lors ou depuis.

Dans ces deux cas, l'ordonnance de Moulins défend la preuve testimoniale, et ne reçoit que la preuve par écrit (1), parce que les parties ont dû et pu se la procurer. Passons à l'ordonnance de 1667.

22. Cette ordonnance porte, tit. 20, art. 2 :

« Seront passés *actes* devant notaire, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100<sup>l</sup>, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçue aucune preuve par témoins *contre* et outre le contenu aux *actes*, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les *actes*, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de 100<sup>l</sup>.

» Sans toutefois rien innover pour ce regard, en

---

(1) Boiceau, dans sa préface, après y avoir exposé les motifs de l'ordonnance, dit : « *Quæ principem eò adduxerunt, ut abrogare testium probationes certis casibus hac lege expressis cogeretur.* »

Ces cas sont au nombre de deux, dit-il, cap. 1, n°. 1. « *Unum est ut de re quâcumque centum libras excedente, non nisi in scriptis contrahatur.* »

» *Alterum ut nihil præter, vel ultra, vel contra contractum allegari possit, nec testibus probari, tanquàm plus dictum, quàm scriptum, ut olim dicebatur, et passim in jure repetitur, de his quæ incontinenti, vel ex intervallo paciscebantur.*

» *Utique ergo causa rejecta et abrogata est testium probatio.* »



» ce qui s'observe en la justice des juges et consuls  
» des marchands. »

23. Il est évident que cette loi est rendue dans le même esprit que l'ordonnance de Moulins; elle suit la même marche, et la rédaction en est aussi à peu près la même, à quelques additions près, dont nous aurons l'occasion de parler en expliquant le texte du Code.

Du reste, comme l'ordonnance de Moulins, avant de défendre la preuve testimoniale des conventions et des contrats, elle commence par ordonner de les constater par des actes écrits : « Seront passés actes devant notaires, etc. » Seulement au mot *contrats*, employé par l'ordonnance de Moulins, elle substitue le mot *actes*, dont le sens est un peu différent.

L'*acte* est ici l'écrit où est contenu ce qui s'est passé entre les parties, *id quod actum est* (1), le contenant pour le contenu.

Le mot *contrat* signifie proprement la convention consignée dans l'acte. On l'emploie aussi par métonymie, pour l'écrit dans lequel le *contrat* est consigné.

C'est dans ce sens que l'ordonnance de Moulins emploie le mot *contrat*, quand elle ordonne de passer des contrats de toutes choses excédant 100<sup>l</sup>.

Le mot *acte* est donc plus général que celui de *contrat*; car il y a des actes qui ne contiennent point de contrat, quoiqu'ils contiennent ce qui

---

(1) Voy. tom. VIII, nos. 46—49.



s'est passé entre deux personnes ; par exemple, les résolutions conventionnelles des contrats, que nos anciennes ordonnances et coutumes appelaient énergiquement des *distrats* (1), la remise volontaire d'une dette, les quittances, etc.

Les écrits qui les contiennent ne sauraient être appelés des *contrats*, mais bien des *actes*; et quoiqu'il ne fût pas dans l'esprit de l'ordonnance de Moulins, de permettre la preuve par témoins des *distrats* et des paiemens au-dessus de 100<sup>l</sup>, il est certain que le sens littéral du mot *contrat* ne paraissait pas s'y opposer.

L'ordonnance de 1667 y a donc substitué le mot *actes*.

Du reste, elle ne défend pas plus que l'ordonnance de Moulins la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les deux cas exceptés :

1°. A l'égard des conventions et contrats dont l'objet excède 100<sup>l</sup>, des résolutions et libérations de contrats dont elle exige la preuve par écrit, c'est-à-dire par des *actes*.

---

(1) Voy. l'ordonnance de Louis XII, de 1510, art. 46 ; l'ordonnance de François I<sup>er</sup>, de 1525, chap. 8, art. 30 ; l'art. 283 de l'ancienne Coutume de Bretagne, et *ibi* d'Argentré ; l'art. 291 de la nouvelle, et *ibi* Duparc-Poullain.

En conservant ce mot énergique et nécessaire, on aurait pu rédiger d'une manière plus claire et plus concise la disposition des ordonnances de Moulins et de 1667, et dire : « Défendons de recevoir la preuve des » contrats, distrats et paiemens dont la valeur excède la somme ou valeur de 100<sup>l</sup>. »

On retrouve bien ce sens dans les ordonnances et dans le Code ; mais ce n'est que par interprétation. On ne peut se dissimuler que leur rédaction n'a pas toute la clarté désirable. L'édit perpétuel était plus clair.

2°. A l'égard des clauses ou pactes accessoires des contrats, sur ce qui serait allégué avoir été *dit* ou *convenu*, avant, lors ou depuis, *encore*, ajoute l'ordonnance de 1667, *qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de 100<sup>l</sup>.*

Cette addition ne se trouvait point dans le texte de l'ordonnance de Moulins, quoiqu'elle soit conforme à son esprit et au motif principal de sa disposition; car, si la subornation des témoins est peu à craindre, quand le vendeur allégué qu'outre le prix exprimé dans le contrat, l'acquéreur a promis de lui payer, par exemple, 90<sup>l</sup> d'épingles, cette allégation pourrait, tout aussi bien que s'il s'agissait d'une somme plus considérable, occasionner l'abus auquel la loi a sur-tout voulu obvier, *cette multiplication de faits que l'on a vus être mis en avant..... sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès.*

24. Le Code civil, aussi rendu dans le même esprit que les lois précédentes, en a suivi la marche, et il a adopté, sauf quelques légers changemens, la rédaction de l'ordonnance de 1667.

L'art. 1341 est ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaires, ou  
 » sous signature privée, de toute chose excédant  
 » la somme ou valeur de 150<sup>l</sup>, même pour dépôts  
 » volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par  
 » témoins contre et outre le contenu aux actes, ni  
 » sur ce qui serait allégué avoir été *dit* avant, lors  
 » ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une  
 » somme ou valeur moindre de 150<sup>l</sup>. »

« Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit  
» dans les lois relatives au commerce. »

Les lois précédentes ne défendaient la preuve testimoniale qu'au-dessus de 100<sup>l</sup> tournois.

Le Code ne la défend qu'au-dessus de 150<sup>l</sup>.

Cette augmentation, nécessitée par l'abondance du numéraire devenu beaucoup moins rare aujourd'hui qu'autrefois, n'est même pas proportionnée à la valeur comparative des espèces au tems où ces anciennes lois furent rendues : en sorte qu'on peut dire qu'au lieu de laisser plus d'étendue à la preuve testimoniale, le Code l'a réellement resserrée dans des bornes plus étroites ; car, 150<sup>l</sup> n'ont pas aujourd'hui la même valeur qu'avaient 100<sup>l</sup> tournois en 1667 et sur-tout en 1566.

25. Il faut même remarquer que le Code applique expressément la défense de recevoir la preuve testimoniale, non seulement au cas où le capital excède 150<sup>l</sup>, non compris les intérêts, mais encore au cas « où l'action contient, outre la demande » du capital, une demande d'intérêts qui, réunis » au capital, excèdent la somme de 150<sup>l</sup> » (1342).

26. On voit, au reste, que le Code n'a pas, plus que les lois précédentes, voulu défendre la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés.

Il y a même une raison de plus pour le penser ainsi, puisque la disposition de l'art. 1341 est rangée sous le titre *de la preuve des contrats ou des obligations conventionnelles*, au lieu que la disposition de l'ordonnance de 1667 est placée au titre



qui traite en général *des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale.*

Enfin, nous avons vu que la preuve testimoniale est d'une telle nécessité, que les hommes ne peuvent s'en passer. Si elle était interdite dans tous les cas, au lieu de prévenir un mal incertain et qui n'est pas sans remède, on ne ferait qu'en autoriser un plus grand, en donnant toutes les chances possibles à la mauvaise foi.

On ne pouvait donc l'interdire que dans les cas où les parties ont pu et dû se procurer un autre genre de preuve, une preuve écrite dans laquelle la loi a plus de confiance; car alors, si elles ne l'ont pas fait, elles sont en faute, et ne peuvent se plaindre de voir rejeter la preuve testimoniale; la loi les en avait averties.

Au contraire, la réprobation formelle de la preuve par témoins, prononcée par la loi d'une manière générale, favoriserait le pyrrhonisme auquel les hommes ne sont que trop enclins, et pourrait produire une fâcheuse impression sur les esprits faibles. Elle tendrait à ébranler les fondemens de l'histoire et de la religion, qui ne reposent que sur la foi due aux témoins.

27. Prenons donc pour constant qu'aucune loi n'a défendu la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés. L'admission de cette preuve est la règle, la prohibition de la recevoir est l'exception.

Mais aussi la prohibition devient règle générale pour tous les cas qui peuvent se rapporter à l'exception.

28. Ces principes nous conduisent à la solution d'une question agitée par notre savant maître Duparc-Poullain (1), ainsi qu'à l'interprétation rationnelle (2) de la loi.

Il demande s'il faut admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il y a incertitude si la loi la permet ou non.

La question nous paraît mal posée. Si, comme nous croyons l'avoir prouvé, il n'existe point de disposition générale pour proscrire la preuve testimoniale, qui nous vient de l'auteur de la nature, si l'admission de cette preuve est la règle, et la prohibition de la recevoir l'exception, on ne doit pas demander si la loi la permet en tel ou tel cas; mais plutôt si elle défend de l'admettre en tel cas proposé.

La question doit donc être posée de cette manière : Peut-on admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il y a incertitude si la loi la défend ou non? Ainsi posée, la question se trouve résolue par un autre principe de raison naturelle; tout ce que la loi ne défend pas est permis. Vous prétendez que l'admission de la preuve par témoins est défendue dans tel cas, c'est à vous de prouver votre prétention et la défense : *Ei incumbit probatio qui dicit.*

---

(1) Principes du droit français, tom. IX, pag. 274, n°. 15.

(2) C'est-à-dire l'interprétation fondée sur le raisonnement, sur des conséquences tirées du texte de la loi et de l'analogie, qui est le véritable esprit de la loi; par opposition à l'interprétation, qui n'est fondée que sur l'autorité, sur l'opinion des auteurs, sur ce qu'on appelle la jurisprudence des arrêts.

Si, au contraire, la preuve testimoniale était proscrite, hors les cas où la loi la permet, ce serait à celui qui en demande l'admission à prouver qu'elle est permise dans le cas dont il s'agit.

La manière de poser une question est ordinairement un des plus sûrs moyens d'en trouver la solution.

Mais nous avons dit que la prohibition d'admettre, en certains cas, la preuve testimoniale, devient règle générale pour tous les cas qui peuvent se rapporter à l'exception. Il ne suffit donc pas que le texte de la loi garde le silence sur un cas proposé, pour en conclure que l'admission de la preuve n'est pas défendue. Elle l'est, si le cas dont il s'agit peut être rangé sous la prohibition, soit par une conséquence directe des termes de la loi, soit par analogie; par cette analogie qui est le véritable esprit de la loi, *mens legislatoris*, et qui est d'un si grand usage dans les sciences morales, surtout en jurisprudence (1).

Ceci se développera par des exemples :

Et d'abord, il est certain que les conséquences directes, tirées du texte de la loi, ne sont pas moins impératives pour les juges, que le texte même. Ainsi, en ordonnant de passer des contrats ou des actes écrits, de toutes choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup> (aujourd'hui de 150<sup>l</sup>); en défendant d'en recevoir la preuve par témoins, l'ordonnance de Moulins avait clairement, quoique

---

(1) Voy. tom. VIII, nos. 10 et 11.



implicitement, défendu la preuve testimoniale de tous les contrats, de quelque espèce qu'ils fussent, soit réels, soit consensuels : elle n'en désignait aucun ; mais comme elle n'en exceptait aucun, par cela même sa disposition était générale : elle les comprenait tous.

29. Cependant, il s'éleva des doutes à l'égard du contrat de dépôt volontaire. La foi due au dépôt est inviolable et sacrée ; on le fait ordinairement dans le secret de l'amitié la plus intime. Exiger un acte pour le prouver, c'est blesser l'ancienne bonne foi, qui veut qu'entre amis, le dépôt se fasse sans sûretés. La dénégation d'un dépôt est une sorte de délit. C'est au moins une perfidie, un dol ; enfin l'on invoquait l'opinion de Cujas, dont l'autorité est si grande en jurisprudence.

Le président de Lamoignon pensa donc, dans les conférences tenues sur le projet de l'ordonnance de 1667, qu'il était bon d'y insérer sur ce cas une décision *telle quelle*. Elle le fut en effet, et elle a passé dans le Code (1541, 1923).

Mais elle était inutile ; le dépôt est un contrat. Il était donc réellement compris sous la disposition de l'ordonnance de Moulins. Cujas (1), dont on invoquait l'autorité, en convenait ; il ne faisait que former un vœu pour l'en excepter : *Velim excipi sacri, arcanique depositi causam*. Sur quoi donc le doute était-il fondé ? On croyait voir, en faveur du dépôt, une raison d'équité ; car c'est toujours la

---

(1) *Paratitla in Cod., lib. 4, tit. 34.*

### 34 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

raison d'équité qu'on invoque quand on veut s'écarter arbitrairement du texte d'une loi civile et positive, comme c'est la raison d'état qu'on invoque quand on veut suspendre, écarter ou violer une loi constitutionnelle.

Il est difficile de bannir entièrement cette doctrine trompeuse, et d'écarter ce fantôme d'équité, qui vient si souvent se placer entre la loi et les juges, lesquels n'ayant point assez profondément médité ses dispositions, sont naturellement portés à l'arbitraire, autant par caractère que par paresse. *Dieu nous garde de l'équité du Parlement* (1), disait le proverbe.

30. Malgré la décision solennelle de l'ordonnance de 1667, l'auteur estimable de l'Instruction facile sur les conventions, aussi égaré par ce fantôme d'équité imaginaire, exhume un vieil arrêt rapporté par Guénois et Vrevin, qui admit la preuve par témoins d'un prêt ou commodat de bijoux précieux prêtés par une femme à son amie; et il semble à l'auteur que cette facilité de confier un meuble à un ami doit être considérée comme un fait plutôt que comme une convention.

Cette confiance nécessaire, très-fréquente dans la société, est fondée, dit-il, sur les premiers sentimens de l'humanité.

On la détruirait si l'on exigeait un écrit, en ôtant

---

(1) Voy. Bouhier, Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne, chap. 2, n°. 51. Il faut absolument lire ce chapitre de Bouhier; les juges devraient l'avoir perpétuellement sous les yeux.

la liberté de la prouver par témoins. La conclusion de ce raisonnement est que la preuve doit être admise.

C'est une erreur aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. Sans doute, les commodats sont, pour la plupart, fondés sur la confiance qu'inspire l'intimité; et s'ils ne sont pas nécessaires, comme le dit l'auteur, il est certain du moins qu'ils rendent la société plus douce. Que serait-elle sans cette confiance mutuelle?

Mais la fréquence même de ces actes de confiance, est une raison de plus pour ne pas faire en leur faveur une exception qui n'est point dans la loi; pour ne pas permettre, contre son vœu, et contre sa défense, qu'on porte devant les tribunaux une foule de contestations affligeantes, qui semeraient le trouble dans le sein des sociétés et des familles, qui les diviseraient nécessairement en deux partis, d'autant plus acharnés, que le point d'honneur y serait toujours intéressé.

L'auteur dit que la facilité de confier un meuble doit être considérée comme un fait plutôt que comme une convention; mais ce raisonnement ne s'applique pas plus au commodat qu'au dépôt, que le législateur a formellement refusé d'excepter.

Cessons donc d'invoquer l'équité pour chercher dans la loi des exceptions qui n'y sont pas.

Quant aux circonstances qui ont dû précéder, accompagner ou suivre le fait en question, et qui peuvent rendre plus ou moins vraisemblable, plus ou moins probable, la prétention de l'une des parties, ces vraisemblances, ces probabilités, quelles



**36 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.**

qu'elles soient, ne suffisent point pour écarter l'application de la loi, pour accorder un genre de preuve qu'elle défend de recevoir (1), et qui ne peut lui-même donner qu'une probabilité plus forte, et non pas une certitude rigoureuse. Pour faire cesser la défense ou pour la rendre sans application, la loi exige qu'il y ait de plus un commencement de preuve écrite, ou qu'il n'ait pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale.

Ainsi, règle générale : La loi défend de recevoir la preuve testimoniale des conventions et des contrats au-dessus de la valeur de 150<sup>f</sup>, toutes les fois qu'il a été possible de se procurer une preuve écrite.

31. Mais cette défense, limitée aux conventions et aux choses excédant la valeur de 150<sup>f</sup>, laisse, dans les termes du droit ancien et commun, la preuve des conventions dont l'objet ne s'élève qu'à la valeur de 150<sup>f</sup> ou au-dessous.

La loi permet la preuve testimoniale en ne la défendant pas.

Ainsi, autre règle générale : La preuve testimoniale des conventions et des contrats, dont l'objet n'excède pas la valeur de 150<sup>f</sup>, continue d'être admissible, comme elle l'était autrefois avant les lois de prohibition.

32. Nous ne connaissons à cette règle qu'une

---

(1) Si elles étaient de nature à caractériser un délit, par exemple une escroquerie, il faudrait prendre la voie criminelle. Nous reviendrons sur ce point.

seule exception ou dérogation, en ce qui concerne la preuve du bail verbal.

L'art. 1715 porte :

« Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune » exécution , et que l'une des parties le nie , la » preuve ne peut être reçue par témoins , quelque » modique qu'en soit le prix , et quoiqu'on allègue » qu'il y a eu des arrhes données.

» Le serment peut seulement être déféré à celui » qui nie le bail. »

Avant la promulgation du Code , la jurisprudence , relativement à la preuve du bail verbal , n'était point la même dans les différens Parlemens du royaume.

Dans notre Bretagne , s'il y avait contestation , tant sur le fait de la jouissance du fermier , ou sur le nombre d'années qu'elle avait duré , que sur le prix de chaque année du bail , la preuve testimoniale du fait de la jouissance , ou du nombre d'années qu'elle avait duré , était admise , parce qu'en effet la jouissance , ou le tems qu'elle a duré , sont des faits réellement distingués de la convention.

Il est même évident qu'indépendamment de toute stipulation , celui qui a joui du bien d'autrui doit tenir compte des revenus.

Quant au prix de chaque année de jouissance , il était fixé par des experts (1).

Cette jurisprudence n'avait rien que de con-

---

(1) Voy. Duparc-Poullain , Principes du droit , tom. IX , pag. 298 ; Boiceau et Danty , chap. 14 , n°. 2.

forme aux principes reçus ; mais elle avait l'inconvénient d'occasionner les frais d'une expertise pour des objets souvent d'un très-mince intérêt.

A Paris , on ne recevait point la preuve testimoniale de la convention d'un bail verbal , quelque modique qu'en fût le prix ou le loyer.

Si le locataire n'était point encore entré en jouissance , et que lui , ou le propriétaire , refusât d'exécuter la convention , on n'accordait contre le refusant que la ressource du serment.

Si le locataire était entré en jouissance , et qu'il s'élevât des contestations sur le prix ou sur le loyer , on déférait le serment au propriétaire , qui en était cru sur sa parole , à moins qu'il n'y eût mauvaise foi évidente.

On regardait comme injuste d'obliger les parties à des estimations toujours dispendieuses , et souvent peu fidèles. (*Voy.* l'Instruction facile sur les conventions , liv. 2 , tit. 15).

Le Code a suivi presque en tout l'usage de Paris. L'art. 1715 défend , comme nous l'avons vu , de recevoir la preuve testimoniale de la convention d'un bail verbal qui n'a point encore reçu d'exécution , quelque modique qu'en soit le prix ; et si l'existence en est déniée , il n'accorde , contre celui qui la nie , d'autre ressource que celle du serment.

Si l'exécution du bail verbal a commencé , et qu'il s'élève une contestation sur le prix , l'article 1716 , qui est une suite du précédent , veut qu'on s'en tienne aux quittances ; et s'il n'en existe point , que le propriétaire en soit cru sur son serment.



Voici les termes de l'art. 1716 :

« Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du  
» bail verbal, dont l'exécution a commencé, et  
» qu'il n'existera point de quittance, le proprié-  
» taire en sera cru sur son serment. »

Ces dispositions, comme on le voit, sont en tout conformes à l'usage de Paris ; mais la dernière y déroge, en ajoutant :

« Si mieux n'aime le locataire demander l'estima-  
» tion par expert ; auquel cas les frais de l'expertise  
» restent à sa charge, si l'estimation excède le prix  
» qu'il a déclaré. »

Le Code passe sous silence le cas où le locataire contesterait sa jouissance, ou le nombre d'années qu'elle a duré.

Si elle durait encore, il ne pourrait guère la contester qu'en soutenant que c'est lui qui est propriétaire, et non le prétendu locateur ; en ce cas, celui-ci serait tenu de prouver sa propriété, et jusque-là le possesseur, quoiqu'injuste, serait maintenu provisoirement en possession, parce que la présomption de la loi est en faveur du possesseur annal.

Si la jouissance avait cessé, et qu'il y eût seulement contestation sur le fait de la jouissance, ou sur le nombre d'années qu'elle a duré, le propriétaire ne devrait point demander à prouver par témoins l'existence d'un bail verbal, car c'est un contrat dont la preuve testimoniale n'est point reçue, quelque modique qu'en soit le prix ; mais comme la jouissance ou l'occupation du lieu, et le

nombre d'années qu'elle a duré, sont des faits qui peuvent toujours se prouver par témoins, parce qu'ils sont indépendans de toute convention, le propriétaire peut dire au fermier de mauvaise foi :

Je soutiens que vous jouissez, ou que vous avez joui pendant tant d'années de mon bien, en vertu d'un bail verbal, en raison de tel prix convenu entre nous. Si vous niez l'existence de ce bail, comme la loi ne me permet pas de le prouver par témoins, je renonce à le prouver.

Mais alors je n'en soutiens pas moins, en fait, que vous avez joui de mon bien; et comme toute personne qui jouit ou qui a joui du bien d'autrui, sans titre légitime, doit en restituer les fruits, ou payer le prix des jouissances, je demande à prouver par témoins le fait de votre jouissance, et quant à la fixation des fruits ou du prix des jouissances, des experts nous mettront d'accord.

Telle a été la doctrine constante de tous les auteurs depuis Boiceau, le premier des commentateurs de l'ordonnance de Moulins, jusqu'à notre savant Duparc-Poullain, le dernier des jurisconsultes qui aient écrit sur la matière. Tous enseignent que cette marche n'a rien de contraire aux lois qui défendent la preuve testimoniale; mais tous aussi enseignent également que la preuve testimoniale de l'existence d'un bail verbal ne peut être admise.

33. Cependant le tribunal civil de Florac a cru voir que l'art. 1715 du Code déroge à cette ancienne doctrine, et qu'il permet la preuve testimoniale de l'existence et des conditions d'un bail verbal, dont l'exécution a commencé.

En conséquence, il admit, par jugement du 6 janvier 1817, à prouver par témoins qu'à l'expiration d'un premier bail écrit, il avait été passé un autre bail verbal, réglé par de nouvelles conditions qui avaient été exécutées, et qui, au lieu de fermage en argent, fixaient le prix du bail à la moitié des fruits.

La Cour royale de Nîmes, où l'appel fut porté, adopta les principes du tribunal de Florac, et confirma son jugement, par arrêt du 22 mai 1819 :

« Attendu que la faculté de prouver l'existence  
» du bail, accordée par l'art. 1715 du Code civil,  
» entraîne nécessairement avec elle celle d'en prou-  
» ver la nature et les conditions, etc. »

Il ne paraît pas que cet arrêt, rapporté dans ces recueils, où l'on trouve confondues les décisions les plus sages et les plus contraires à la loi (1), ait été déféré à la censure de la Cour de cassation. Il est donc nécessaire de le déférer à celle de l'opinion publique, pour empêcher l'erreur de se propager.

Loin qu'il permette de prouver par témoins l'existence, la nature et les conditions d'un bail verbal, l'art. 1715 défend expressément d'admettre la preuve testimoniale d'un bail verbal, qui n'a pas reçu d'exécution, quelque modique qu'en soit le prix.

Le tribunal de Florac et la Cour de Nîmes ont, sans doute, voulu appliquer ici ce que les dialcc-

---

(1) Voy. Sirey, tom. XX, 2<sup>e</sup>. part., pag. 55 et suiv.



ticiens appellent l'argument à *contrario sensu*, et raisonner ainsi : L'art. 1715 défend d'admettre la preuve de l'existence d'un bail verbal, qui n'a encore reçu aucune exécution : donc, à *contrario sensu*, il permet de la recevoir, lorsque l'exécution du bail a commencé.

La réponse se trouve dans le principe tiré des lois romaines et enseigné par tous les auteurs, que l'on ne peut jamais employer l'argument à *contrario sensu*, pour faire dire à un article de la loi le contraire de ce qu'elle dit dans un autre article (1).

Or, l'art. 1716, qui est évidemment la suite et le complément de l'article précédent, a prévu le cas où l'exécution du bail a commencé, et où il y a contestation sur la condition essentielle de ce contrat, sur le prix du bail ; et loin de permettre de recevoir la preuve testimoniale, cet article veut expressément que le propriétaire en soit cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts.

L'arrêt de la Cour de Nîmes a donc évidemment violé l'art. 1716, et faussement interprété l'article 1715 du Code civil.

34. Mais, si l'art. 1715 défend de prouver par témoins l'existence et les conditions d'un bail verbal, peut-on du moins prouver par témoins le

---

(1) Voy. Godefroi, sur la loi 2, *Cod. de condit. insert.*, etc.; M. Merlin, Questions de droit, tom. IV, pag. 326, et sur-tout pag. 367 de la 2<sup>e</sup>. édition.

congé que le propriétaire et le locataire sont, en certains cas, obligés de se donner, le premier pour avertir le second de vider les lieux au terme indiqué, le second, pour avertir le premier qu'il entend sortir au terme indiqué ?

Pour rendre la question plus claire, on doit distinguer deux espèces de congés : l'un est un acte par lequel l'une des parties, soit le locateur, soit le conducteur, déclare à l'autre qu'elle entend dissoudre la location (1), quoique le terme ne soit point encore expiré.

L'autre est un acte par lequel l'une des parties avertit l'autre qu'à l'expiration du bail courant, elle n'entend pas en contracter un nouveau, et qu'en conséquence le locataire sortira au terme fixé.

Ces deux espèces de congés n'ont rien de commun que le nom : leur objet est essentiellement différent. L'un tend à dissoudre un contrat encore existant ; l'autre à prévenir qu'on n'en veut pas former un second à l'expiration du premier.

Le congé de la première espèce est nécessaire, lorsque le bail contient une clause résolutoire, en vertu de laquelle chacune des parties, ou l'une d'elles seulement, est libre de résoudre le contrat, ou bien encore lorsque la loi accorde, en certains cas, cette faculté à l'une des parties.

Par exemple, l'ancienne jurisprudence, fondée

---

(1) Voy. la nouvelle Collection de jurisprudence, connue sous le nom du nouveau Denisart, v<sup>o</sup>, *Congé*.

sur une loi romaine, permettait au locateur de résoudre le bail d'une maison pour aller l'occuper lui-même ; privilège qu'il n'a plus aujourd'hui sans une condition expresse. (Art. 1761).

Dans ces cas, il est évidemment indispensable que celle des parties qui veut user de la faculté que lui donne la convention ou la loi, en prévienne l'autre, ou qu'elle demande la résolution par voie d'action, et qu'elle la fasse ordonner par la justice, si l'autre n'y consent pas volontairement.

Il est évident qu'on ne peut pas plus prouver par témoins les congés de cette espèce, qu'on ne peut prouver par témoins la demande en résolution de tout autre contrat quelconque, pour quelque cause que ce soit ; par exemple, la demande formée pour exercer le rachat d'un contrat de vente fait avec clause de réméré.

Le congé de la seconde espèce, qui n'a d'autre objet que d'avertir l'une des parties que le bail expire à telle époque, et que l'autre partie n'en veut pas contracter un second à l'expiration du premier, n'est, comme on le voit, nullement nécessaire. En consentant ou en acceptant un bail, je n'ai pas promis d'en consentir ou d'en accepter un second à l'expiration du premier : ni l'une ni l'autre des parties n'y doivent compter. D'un autre côté, chacune d'elles connaît le tems où le bail doit expirer ; le locateur sait qu'il doit chercher un nouveau fermier, le locataire qu'il doit chercher une autre maison ou une autre ferme. Il n'est donc pas nécessaire, il est même inutile de s'en avertir



réciproquement. Le terme fixé pour l'expiration du bail avertit suffisamment, *dies interpellat pro homine*.

C'est aussi la maxime qu'on a toujours invariablement suivie, lorsque le bail est fait par écrit, et cette maxime est consacrée par l'art. 1737 du Code : « Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé. »

Le congé ou l'avertissement n'est pas plus nécessaire quand le bail a été fait sans écrit; car, ou les parties en ont verbalement fixé la durée, et alors l'expiration du terme les avertit suffisamment; ou, si elles n'ont pas fixé le terme de l'expiration du bail, la loi l'a fixé pour elles dans les art. 1758 et 1774, dont les dispositions sont la loi des parties, et n'ont pas moins de force qu'une convention expresse.

Enfin, la loi statue que le bail verbal ne pouvant être prouvé par témoins, il n'est censé fait que pour le tems qu'elle a fixé. Ainsi, de toute manière, le terme fixé par la convention ou par la loi avertit les parties, et, dans ce cas, comme dans celui d'un bail écrit, *dies interpellat pro homine*. Le congé est parfaitement inutile.

Telle était aussi la jurisprudence du Parlement du Dauphiné, comme nous l'apprend un arrêt du 1<sup>er</sup> février 1780, rapporté dans la Gazette des tribunaux, tom. IX, pag. 151. Cette jurisprudence était conforme à la raison.

Au contraire, dans le ressort du Parlement de Paris, lorsque le bail n'était que verbal, soit qu'il

s'agit d'une maison ou de biens ruraux, l'usage était que le locataire ou le fermier ne pût sortir ni être expulsé, à la fin du bail, qu'après un congé donné par écrit, suivant le délai fixé par l'usage des lieux.

On exigeait même que le congé fût accepté, faute de quoi il fallait obtenir un jugement, comme dans le cas de la résolution d'un contrat.

Cet usage, qui n'était fondé sur aucune loi, était abusif et onéreux pour les propriétaires, qui, à l'égard des petits loyers, étaient quelquefois obligés de dépenser un terme entier en pure perte, pour se débarrasser d'un locataire incommode ou peu solvable; et comme le retardement d'un seul jour dans la signification d'un congé le rendait nul, c'était un véritable piège tendu aux citoyens, d'autant mieux que l'usage différait dans chaque localité, et n'étant, même encore aujourd'hui, fixé par aucune loi, avait toujours quelque chose d'incertain.

L'art. 1775 du Code a fait cesser cet abus, à l'égard des héritages ruraux, dont le bail, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit à l'expiration du tems pour lequel il est censé fait suivant la loi. Il en est de même de la tacite réconduction.

Mais, trop complaisans pour les usages de Paris, nos législateurs ont conservé la nécessité des congés relativement aux baux à loyers.

L'art. 1759 porte que, si le locataire continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, il est censé occuper la maison aux mêmes conditions pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne

pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé, donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux; ce qui s'applique également au bail verbal. Voilà donc les seuls cas où le congé soit aujourd'hui nécessaire.

Mais le Code n'exige point que le congé soit accepté, ni que celui qui le donne obtienne un jugement, et cela avec beaucoup de raison; car il ne s'agit point de résoudre un contrat existant, mais seulement d'avertir qu'on n'en veut point former un nouveau. Ce n'est qu'un simple avertissement.

Mais il faut, comme autrefois, qu'il soit donné dans le délai fixé par l'usage, faute de quoi il est nul, et le bail continue par tacite reconduction. Il faut encore, comme autrefois, qu'il soit donné par écrit.

La Cour de cassation a décidé (1) qu'il ne peut être prouvé par témoins :

« Attendu que l'art. 1715 du Code civil con-  
» tient, en matière de location verbale, une excep-  
» tion à l'art. 1341, lorsqu'il établit que la preuve  
» par témoins n'en peut pas être reçue, quelque  
» modique que soit le prix;

» Attendu que le congé se rattache nécessaire-  
» ment au bail dont il opère la résolution, et qu'il  
» doit être conséquemment régi par les mêmes  
» principes, ce qui est d'ailleurs confirmé par les  
» articles suivans du même chapitre relatifs au  
» contrat de louage. »

---

(1) Par arrêt du 12 mars 1816, rapporté par Sirey, tom. XVI, pag. 167 et 168.



Ce raisonnement de la Cour de cassation n'a rien de concluant; car certainement, dans le cas proposé, le congé n'opère point la résolution du bail; il empêche seulement qu'il ne s'en forme tacitement un nouveau.

Néanmoins il faut s'en tenir à la décision de cet arrêt, le Code ne permettant pas de prouver par témoins un bail verbal, quelque modique qu'en soit le prix; il semble, par analogie, qu'on ne peut admettre la preuve testimoniale d'un congé, sans aller contre l'intention du législateur. Le texte même de plusieurs articles favorise cette décision, comme l'a fort bien dit la Cour de cassation; les art. 1736 et 1759 veulent que le congé *soit donné* dans le délai fixé par l'usage des lieux.

Cette expression semble indiquer qu'il faut que le congé soit signifié ou notifié.

35. Si celui à qui le congé a été donné élève des prétentions mal fondées pour en retarder l'exécution ou le faire annuler, et que ces prétentions ne se trouvent pas jugées avant le terme fixé pour le congé, la Cour de cassation a décidé avec raison, par un arrêt du 23 janvier 1814 (1), que le congé n'était point annulé par cela, et que les juges pouvaient même d'office prolonger d'un terme le délai fixé par le congé. Dans l'espèce, le congé avait été donné le 30 mars pour le 1<sup>er</sup>. juillet : la Cour de Paris prolongea le délai de trois mois, en le fixant au 1<sup>er</sup>. octobre suivant.

---

(1) Sirey, tom. XVI, pag. 395.

56. Il faut remarquer que, dans tous les cas où les lois défendent la preuve testimoniale, c'est toujours aux juges qu'est adressée la défense de recevoir : *sans recevoir* aucune preuve par témoins, dit l'ordonnance de Moulins ; *ne sera reçue* aucune preuve par témoins, dit l'ordonnance de 1615.

Le Code s'est exprimé de la même manière : *Il n'est reçu* aucune preuve par témoins, dit l'article 1541 ; *la preuve ne peut être reçue*, dit l'art. 1715.

Or, ce ne sont pas les parties qui *reçoivent* la preuve ; elles ne peuvent que l'offrir ou la proposer aux juges qui la reçoivent ou la rejettent. C'est donc évidemment à eux qu'est adressée la défense de recevoir la preuve testimoniale des conventions et des contrats, comme l'ont fort bien observé Vrevin et Danty (1).

L'Édit perpétuel des archiducs de Flandre, puisé, comme nous l'avons dit, dans l'ordonnance de Moulins, et qui n'est que le développement de la disposition de cette loi, le dit expressément. « Sans que les juges *pourront* ( puissent ) *recevoir* » aucune espèce de preuve par témoins, etc. » C'est donc incontestablement aux juges que la loi défend de recevoir la preuve testimoniale, dans les cas où elle est défendue.

Ils doivent donc la rejeter d'office, si l'autre partie ne s'y oppose pas, ou si elle laisse défaut.

---

(1) Danty, addition sur le chap. 1 du Commentaire de Boiceau, n<sup>o</sup>. 9.

Ils sont obligés de garder l'ordonnance indépendamment du fait des parties.

57. Le consentement, même exprès, des deux parties, ne saurait autoriser le juge à recevoir la preuve testimoniale contre la défense qui lui est personnellement adressée, parce qu'elles ne peuvent le dégager, ou le dispenser de l'obéissance qu'il doit au commandement de la loi.

Et si, par une première erreur, il avait admis la preuve, et appointé les parties à faire entendre des témoins contre la disposition de la loi, il pourrait, il devrait révoquer cette sentence interlocutoire par son jugement définitif, et n'avoir aucun égard à l'enquête qu'il avait ordonnée, parce qu'elle est contraire à la loi, contre laquelle il n'y a point de fin de non-recevoir (1).

58. Enfin, si les juges de première instance avaient rendu un jugement définitif, fondé sur la preuve testimoniale ordonnée par un interlocutoire prononcé du consentement des parties, ou sans leur opposition, la partie lésée pourrait se porter appelante du jugement définitif, nonobstant le consentement donné à l'interlocutoire (2).

Telles sont les conséquences du principe que les parties ne peuvent déroger à la disposition de la loi, qui défend aux juges de recevoir la preuve testimoniale, dans les cas où elle est prohibée.

---

(1) Danty, *ubi supra*.

(2) Danty, *ubi supra*, n°. 55.



39. Et par une conséquence ultérieure, il s'ensuit qu'un arrêt rendu sur une enquête ordonnée contre la défense de la loi, pourrait être soumis à la censure, et devrait être cassé.

Ces résolutions nous paraissent certaines en s'attachant à cette interprétation rationnelle, dont le grand avantage est d'écarter l'arbitraire, et de réduire la jurisprudence en une science qui procède de principes en conséquences.

Elles nous paraissent également sûres, si l'on préfère compter et comparer le nombre des autorités et des arrêts rendus sous l'empire des ordonnances de Moulins et de 1667, dont les dispositions ont été adoptées par le Code.

40. Cependant notre savant maître Duparc-Poullain (1), de l'opinion duquel nous ne nous écartons jamais sans en avoir mûrement pesé les motifs, pense que la défense de recevoir la preuve testimoniale dans les cas prohibés est purement respectueuse, et que les parties plaidantes peuvent y déroger.

Il commence par regarder comme douteuse la question de savoir si, après avoir acquiescé à la preuve par témoins dans les cas où la loi la rejette, on peut réclamer contre l'acquiescement et faire casser l'appointement et les enquêtes, comme contraires à la loi.

Et d'où vient ce doute dans l'esprit de l'auteur?

---

(1) Principes du droit, tom. IX, pag. 501, nos 40 et 41.

C'est que, dit-il, Rodier (1) rapporte des arrêts pour et contre.

En recourant à Rodier, nous trouvons qu'il rappelle la doctrine de Bornier, commentateur estimé de l'ordonnance de 1667, qui enseigne que les fins de non-recevoir contre l'admission de la preuve dans les cas prohibés, ne peuvent être couvertes par le règlement des contraires, bien que la partie n'ait pas interjeté appel, et qu'elle ait fait son enquête.

Les juges, malgré l'enquête faite, n'y doivent avoir aucun égard, d'autant que cet article concerne *le droit public*, auquel le juge ni les parties ne peuvent déroger.

Bornier appuie cette doctrine de plusieurs arrêts du Parlement de Paris, rapportés par Louet, Carondas, Leprestre, etc., qui tous suivent la même doctrine.

Rodier rappelle ensuite l'opinion de Jousse, autre commentateur estimé de la même ordonnance, qui enseigne aussi que quoiqu'une partie ait laissé faire l'enquête, ou fait sa contraire enquête, elle est recevable à appeler du jugement qui l'aurait condamné.

Jousse cite les mêmes auteurs et les mêmes arrêts que Bornier et Rodier, et en ajoute un autre rendu dans les mêmes principes par le Parlement de Toulouse, le 15 juillet 1749, et il en rapporte l'espèce.

---

(1) Quest. 6, sur l'art. 2, tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

Voilà donc les trois commentateurs les plus estimés de l'ordonnance de 1667, sans compter les auteurs qu'ils citent et ceux que nous avons cités *suprà*, d'accord sur le point de doctrine que ni les juges, ni les parties, ne peuvent déroger à la défense de recevoir la preuve testimoniale dans les cas prohibés; et cette doctrine est appuyée sur une foule d'arrêts rendus depuis 1575 jusqu'en 1749, sans que les auteurs, qui ont la manie de tout citer, en citent un seul contraire dans tout cet intervalle de tems,

Rodier, il est vrai, a cru devoir en rapporter un rendu en 1749, par le Parlement de Toulouse; mais il le rapporte uniquement pour n'être pas taxé d'inexactitude : « Nous devons aussi, dit-il, » parler d'un arrêt contraire, etc. » Il en donne l'espèce sans faire la moindre observation qui puisse faire soupçonner qu'il en approuve la décision.

Il n'était donc pas exact de dire que Rodier rapporte des arrêts pour et contre. Il fallait dire que Rodier rapporte *pour* plusieurs arrêts et autorités, et qu'il en rapporte *contre* un seul et unique, ou comme on disait alors, un arrêt *solitaire*.

La doctrine que nous avons embrassée, fondée sur l'interprétation rationnelle des ordonnances et du Code, est donc réellement enseignée par presque tous les auteurs, et conforme à la jurisprudence des anciens arrêts, à l'exception d'un seul. Examinons maintenant les raisons de M. Duparc-Poullain.

Il passe sous silence la conséquence si décisive et si directe que Vrevin et Danty tirent du texte des lois, qui adressent personnellement aux juges la



défense de recevoir la preuve testimoniale au-dessus de 100<sup>l</sup>, aujourd'hui de 150<sup>l</sup> ; il se borne à combattre la raison donnée par Bornier, que la prohibition est de *droit public*.

« Il semble, dit-il, qu'on en peut dire autant de  
» presque toutes les dispositions prohibitives des  
» ordonnances et des coutumes. Quoiqu'elles soient  
» de droit public, si elles ont pour seul objet l'in-  
» térêt des particuliers, et si le droit de quelques  
» autres que ceux qui ont acquiescé ne s'y trouve  
» pas mêlé, il semble que l'acquiescement doit  
» avoir toute sa force. »

Oui, sans doute, parce qu'en ce cas la disposition n'est pas de droit public ; voici les exemples qu'il donne :

« Il est de *droit public*, dit-il, qu'on ne peut don-  
» ner en Bretagne, à un des héritiers, ni à l'autre  
» conjoint. Les motifs de cette disposition sont si  
» sages qu'ils intéressent tous les citoyens » .

C'est assurément ce qu'on ne peut accorder. Ces motifs n'intéressent que les héritiers et nullement les autres citoyens, ni la paix de la société.

« Cependant, ajoute l'auteur, la nullité n'est que  
» respective. Elle ne peut plus être proposée lors-  
» qu'après l'ouverture de la succession du dona-  
» teur, les héritiers majeurs ont acquiescé au don...  
» parce qu'il n'y a qu'eux qui soient intéressés à  
» l'attaquer. »

Rien de plus vrai, et c'est précisément ce qui prouve que la disposition n'est point de *droit public*, comme le prétend l'auteur, autrement l'ac-

quiescement serait inutile : *Jus publicum privatorum pactis non potest immutari. Loi 38, ff de pactis, l. 14.*

Cette disposition était de droit privé, et c'est pour cela que les héritiers pouvaient renoncer à s'en prévaloir : *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renunciare.*

« Au contraire, ajoute l'auteur, dans le cas d'une substitution prohibée par le droit public de la province, l'acquiescement de tous ceux qui ont un intérêt actuel n'est pas suffisant, etc. »

Rien encore de plus vrai ; les substitutions anciennes, semblables aux majorats que l'on voudrait introduire dans notre législation, intéressent visiblement le droit public.

Elles changent l'ordre légal des successions ; elles retirent du commerce des propriétés considérables qu'il importe d'y maintenir ; elles trompent les créanciers du grevé des substitutions ; elles introduisent l'inégalité entre ceux que la nature a fait naître égaux ; elles divisent les familles en mettant en opposition les liens du sang et les intérêts ; elles corrompent les affections domestiques, en rendant les pères injustes et les enfans jaloux ; et, comme l'observe fort bien l'auteur, il est impossible qu'il y ait en cette matière acquiescement de tous ceux qui auraient intérêt d'attaquer la substitution.

L'auteur termine en disant que « dans l'espèce de la preuve par témoins, il est évident que pour chaque affaire particulière, la prohibition n'intéresse que les parties qui plaident, et qu'ainsi elles peuvent déroger au droit que leur donne la loi. »

Il nous est encore impossible d'accorder à l'auteur ces différentes propositions.

1°. La défense de recevoir la preuve testimoniale dans les cas prohibés, n'est point un droit que la loi donne à l'une des parties.

C'est, comme nous l'avons vu, un ordre qu'elle adresse directement aux juges pour leur défendre de recevoir cette preuve, et par conséquent les parties ne peuvent les dispenser d'obéir à cet ordre, qui est absolu et non pas conditionnel. La loi dit simplement et absolument, *ne sera reçue aucune preuve, etc....*, ou, comme l'Edit perpétuel, *sans que les juges puissent recevoir aucune preuve, etc.* La loi n'ajoute point, à moins que les parties ne consentent à l'admission de la preuve.

Or, qui peut ajouter à la loi une condition qu'on n'y trouve point? Qui a donné aux parties le pouvoir de dispenser le juge d'obéir à un ordre que la loi lui adresse personnellement?

41. 2°. Loin qu'il soit évident que la défense de recevoir la preuve testimoniale, dans les cas prohibés, n'intéresse que les parties plaidantes, il nous paraît évident à nous qu'elle intéresse toute la société.

Cette défense a été faite d'abord pour obvier à cette multitude de procès dispendieux et compliqués que faisait naître l'admission de la preuve testimoniale, dans les cas où l'on avait pu s'en procurer une littérale; procès dont la multiplicité et l'importance portaient le trouble dans le sein de la société, en divisant non seulement les individus,



mais encore les familles et les amis , qui ne manquent jamais de prendre parti pour ou contre l'une des parties belligérantes. Premier motif qui intéresse la paix de la société.

De plus , la défense de recevoir la preuve par témoins , quand on a pu se procurer une preuve écrite , a eu pour objet de rendre moins fréquens les faux témoignages et les subornations de témoins ; et certes , ce second motif n'intéresse pas seulement les parties plaidantes , il intéresse encore la morale publique.

Ainsi , rien de plus sage que la disposition qui adresse directement aux juges la défense de recevoir la preuve testimoniale des conventions , quand on a pu se procurer une preuve écrite , sans permettre aux parties d'y déroger.

42. Cette règle est même tellement rigoureuse que , suivant l'art. 1343 , qui est de droit nouveau ,  
« celui qui a formé une demande excédant 150<sup>f</sup> ne  
» peut être admis à la preuve testimoniale , même  
» en restreignant sa demande primitive. »

C'est au moment de la convention , au moment où l'obligation est contractée , qu'il faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par témoins.

Si , dans l'origine , elle excédait 150<sup>f</sup> , la loi ordonnait au créancier d'en faire passer un acte par écrit ; elle défendait au juge d'en recevoir la preuve par témoins.

En formant une demande excédant 150<sup>f</sup> , le créancier reconnaît qu'il s'agit d'une obligation dont la loi défendait la preuve testimoniale , au moment

où cette obligation a été contractée. En réduisant son action à 150<sup>f</sup>, il cherche donc à éluder la prohibition, par le sacrifice d'une partie de sa créance, pour sauver l'autre. C'est un détour qu'il prend pour faire admettre un genre de preuve que la loi défend de recevoir, puisqu'il s'agit réellement d'une créance de 300<sup>f</sup>, par exemple, quoiqu'il se réduise à en demander 150. Il devait se procurer une preuve écrite, la loi le lui ordonnait.

Il faut pourtant avouer que c'est interpréter la prohibition d'une manière bien rigoureuse, que de la reporter irrévocablement au moment où l'obligation a été contractée. Qu'importe qu'elle fût de 300<sup>f</sup> dans l'origine, dès lors que le créancier se réduit à 150<sup>f</sup>? La crainte de la subornation des témoins, qui est le grand motif de la défense, cesse dans le cas de la réduction, puisque la loi permet la preuve jusqu'à cette somme.

D'ailleurs il est possible que la demande de 300<sup>f</sup> fût une erreur que le créancier a voulu corriger, en réduisant son action à 150<sup>f</sup> ou moins; pourquoi donc supposer à la réduction le motif d'éluder la loi, tandis que cette réduction peut avoir eu un motif louable? Il est permis de corriger ses conclusions en tout état de cause; c'est un devoir quand il s'agit de rectifier un erreur.

La défense d'admettre à la preuve testimoniale celui qui réduit sa demande à 150<sup>f</sup>, est donc fondée sur une interprétation excessivement rigoureuse de la loi.

43. Aussi cherchait-on autrefois à éluder cette

rigueur, en distinguant entre la réduction faite avant ou après la contestation en cause (1), qui s'opérerait par le premier règlement, appointment ou jugement rendu après les défenses fournies (2).

Mais, outre que l'art. 1543 est général, le Code de procédure ne reconnaît point ce qu'on appelait autrefois la contestation en cause (3).

Ainsi, la demande une fois formée au-dessus de 150<sup>f</sup> ne peut plus être réduite à cette somme pour faire admettre la preuve testimoniale. Le demandeur offrirait même inutilement de prouver que sa demande n'était portée à 300<sup>f</sup> que par erreur. On lui répondrait que nulle preuve n'est admise contre la présomption légale, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie une action ou une preuve, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire (1552).

Quelque rigoureuse que puisse paraître la disposition qui défend d'admettre à la preuve testimoniale le créancier qui, depuis sa demande formée, la réduit à 150<sup>f</sup> ou même au-dessous, cette disposition est néanmoins, comme nous venons de le voir, fondée en droit, *in apicibus juris*, et elle doit être observée.

44. Mais si l'action n'est point encore formée, le créancier, pour être admis à la preuve testimo-

---

(1) Voy. Rodier, quest. 7, sur l'art. 2; tit. 20 de l'ordonnance de 1667; Danty, additions sur le chap. 18 de Boiceau, n<sup>o</sup>. 4.

(2) Voy. l'art. 13 du tit. 14 de l'ordonnance de 1667.

(3) Voy. l'Analyse raisonnée du Code de procédure, par M. Carre, quest. 1290, tom. I, pag. 752.



niale, peut-il réduire à 150<sup>f</sup> une créance supérieure à cette somme? L'affirmative semblerait d'abord résulter de l'art. 1343, qui défend d'admettre la preuve, dans le cas où la réduction est faite *depuis la demande formée* : donc peut-on dire, à *contrario* (1), cet article permet la preuve, lorsque la réduction est faite antérieurement à la demande, ou au moment de la demande.

Mais, outre que rien n'est moins concluant que l'argument *à contrario sensu*, trop souvent invoqué en jurisprudence; lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi ou un contrat, l'art. 1344, qui est aussi de droit nouveau, a prévu le cas de la réduction faite, non pas depuis la demande, mais par la demande même; il porte :

« La preuve testimoniale sur la demande d'une  
» somme, même moindre de 150<sup>f</sup>, ne peut être ad-  
» mise, lorsque cette somme est déclarée être le  
» *restant* ou *faire partie* d'une créance plus forte,  
» qui n'est point prouvée par écrit. »

Cet article est une suite du précédent, qui défend d'admettre la preuve testimoniale, lorsque le créancier, dans l'espérance de la faire recevoir, réduit une demande *déjà formée* à 150<sup>f</sup>, ou à une somme moindre.

L'art. 1344, qui suit immédiatement cette disposition, prévoit deux autres cas :

1<sup>o</sup>. Celui où la demande introductive, qui réduit

---

(1) *Vid. supra*, n<sup>o</sup>. 33.

la créance à 150<sup>f</sup>, porte que cette somme fait partie d'une créance plus forte ;

2°. Celui où la demande porte que la somme est le restant d'une créance plus considérable.

Dans ces deux cas, l'art. 1344 défend d'admettre la preuve testimoniale. Pourquoi cela ? Par la raison que nous avons déjà dite en expliquant l'article 1343.

C'est au moment de la convention , au moment où l'obligation est contractée, qu'il faut se reporter, pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, ou si le créancier a désobéi à la loi, qui lui ordonnait de passer un acte écrit (1), si l'obligation excédait la valeur de 150<sup>f</sup>.

Il est indifférent que, depuis ce tems, l'obligation primitive ait diminué, qu'elle ait été en partie acquittée, en sorte que le restant se trouve, au moment de la demande, réduit à 150<sup>f</sup>, ou même au-dessous.

Il n'en est pas moins vrai, et cela est prouvé par la déclaration ou l'aveu du créancier, qu'originai-

---

(1) C'est par ce principe qu'il faut résoudre la question transitoire de savoir si une créance excédant 100<sup>f</sup>, mais au-dessous de 150<sup>f</sup>, peut être aujourd'hui prouvée par témoins, lorsqu'elle est antérieure à la promulgation du Code. Il faut répondre négativement.

Principe général : La question de savoir si une espèce de preuve ou de présomption est ou n'est pas admissible, doit être jugée selon les lois existantes à l'époque où se forma le droit des parties. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 mars 1810, Sirey, tom. X, pag. 563 et suiv.

Ajoutez, et selon les lois du pays où l'obligation a été formée. Ce sont ces lois qu'il faut consulter pour savoir si telle preuve est admissible. Voy. le Répertoire de jurisprudence, tom. IX, v°. *Preuve*, sect. 2, § 5, art. 1, nos. 3 et suiv.

rement la créance était au-dessus de 150<sup>f</sup>, de 300<sup>f</sup>, par exemple; et que, par conséquent, il était défendu de la prouver par témoins, parce que le créancier avait désobéi à la loi, en n'exigeant pas un acte écrit.

Cette défense ne peut cesser *ex post facto*, par ce qui est survenu depuis, par les à-valoir qui ont diminué la créance, encore moins par la réduction volontaire que le créancier ne propose que pour être admis à un genre de preuve que la loi lui refusait, en l'avertissant qu'il n'y serait pas reçu, et que les juges ne recevraient qu'une preuve écrite.

45. Mais si, par une dissimulation peu louable, puisqu'elle cache une partie de la vérité, qu'il faut toujours dire toute entière, le créancier se borne à exposer qu'il lui est dû une somme de 150<sup>f</sup>, qu'il a prêtée en présence de telles personnes, dignes de foi, sans ajouter que cette somme fait partie ou est le restant d'un prêt de 300<sup>f</sup>, il est évident qu'il cherche à éluder la loi, et à induire en erreur le juge à qui elle défend de recevoir la preuve, quand la somme demandée est le restant ou fait partie d'une somme plus considérable. Pour encourager cette réticence frauduleuse, que pourrait conseiller un praticien subtil, et non pas un jurisconsulte digne de ce nom, *juris, non fraudis consultus*, la loi permet-elle, en ce cas, d'admettre la preuve testimoniale? Non, certes; elle garde le silence, et c'est ce qu'elle devait faire.

Cependant un grand magistrat, M. de Maleville, l'un des rédacteurs du projet de Code, dans son commentaire sur l'art. 1544, semble penser que la



loi permet la preuve testimoniale dans le cas que nous venons de proposer.

« De cette expression, lorsque cette somme est » *déclarée*, il suit, dit-il, que si la somme était simplement demandée, sans dire qu'elle est le restant d'une somme plus forte, la preuve par témoins devrait être admise (1). Tel est aussi l'avis » de Pothier, art. 756. »

Nous prouverons tout à l'heure que tel n'est point l'avis de ce grand jurisconsulte. Mais voyons auparavant quels seraient les inconvénients et les suites de l'opinion qu'on lui prête.

D'abord, sans être moraliste très-sévère, on trouvera peut-être qu'il est peu digne de la majesté des lois de faire dépendre le succès de la demande d'un créancier d'une réticence frauduleuse, qui n'a d'autre objet que d'éluder la loi même, en dissimulant une partie de la vérité.

Mais enfin supposons que j'aie prêté à Paul 500<sup>f</sup>, en présence de personnes dignes de foi. N'en pouvant obtenir la restitution, je suis obligé de le traduire en justice; et pour être admis à la preuve testimoniale, je fais un sacrifice forcé; je réduis ma demande à 150<sup>f</sup>, en dissimulant avec soin que cette somme fait partie d'un prêt de 500<sup>f</sup>.

Le tribunal, ignorant ce dernier fait, ne peut se dispenser d'ordonner la preuve; mais les témoins,

---

(1) Ce raisonnement n'est encore fondé que sur le malheureux argument *a contrario sensu*.

qui se croient avec raison obligés de dire toute la vérité et rien que la vérité, déposent unanimement que j'ai prêté, en leur présence, 300<sup>f</sup> à Paul.

Le tribunal ne peut le condamner à me payer les 150<sup>f</sup> qui sont l'objet de ma demande ; car les témoins ne parlant que d'un prêt de 300<sup>f</sup>, le prêt de 150<sup>f</sup>, que j'ai réclamé, n'est pas prouvé.

Les témoins ne peuvent assurer que les 150<sup>f</sup> demandés fassent partie du prêt de 300<sup>f</sup> fait en leur présence ; je ne puis moi-même le déclarer sans faire rejeter la preuve testimoniale, aux termes de notre art. 1344.

Mais enfin supposons que les témoins déposent que la somme de 150<sup>f</sup> fait partie du prêt de 300<sup>f</sup>, le tribunal, averti par là qu'il s'agit dans l'origine d'une obligation dont la loi défend de recevoir la preuve testimoniale, et que je n'ai dissimulé cette circonstance que pour l'induire en erreur, et faire admettre une preuve défendue par la loi, ne doit-il pas rejeter ma demande sans avoir égard à l'enquête ? Il n'est point lié par son interlocutoire ; et nous avons vu *suprà*, n<sup>os</sup>. 36 et suivans, que si, par une première erreur, il avait admis la preuve et ordonné l'enquête, il pourrait et devrait rendre son jugement définitif, sans avoir égard à l'enquête qu'il avait ordonnée, parce qu'elle se trouve contraire à la loi, contre laquelle il n'y a point de fin de non-recevoir, comme le dit fort bien Danty, en parlant des cas où le juge est tombé lui-même dans l'erreur.

A plus forte raison, lorsque, comme dans le cas

proposé, il a été induit en erreur par la dissimulation frauduleuse du créancier demandeur.

Et qu'on ne dise pas que cette dissimulation est permise, qu'elle est autorisée par la loi. Non certes, elle ne l'est pas.

La loi se borne à défendre d'admettre la preuve, quand il est connu, par la déclaration du créancier, que, dans son origine, l'obligation était supérieure à la somme de 150<sup>f</sup>, quoiqu'elle soit moindre au moment de la demande, ou quoique le créancier la réduise; mais la loi n'ajoute point que la preuve doit être admise, lorsque le créancier ne fait pas cette déclaration.

C'eût été, au moins en apparence, autoriser, encourager la dissimulation du créancier. Le législateur s'est bien gardé de le faire.

On oppose l'autorité de Pothier, qui pense, dit-on, que la preuve par témoins doit être admise, lorsque le créancier demande une somme, sans dire qu'elle est le restant d'une somme plus forte.

Non encore, ce n'est point là ce que dit ce grand jurisconsulte. Il propose; n°. 755, le cas où je vous demande 60<sup>f</sup>; restant du prix d'une vente que je vous ai faite pour 200<sup>f</sup>. Vous niez avoir acheté. Dois-je être admis à prouver cette vente par témoin? Pothier soutient avec raison la négative, par les motifs que nous avons déjà exposés. C'est à l'origine de la convention qu'il faut s'arrêter pour savoir s'il est permis de la prouver par témoins.

46. Pothier ajoute, n°. 756 : « Mais si le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la



» vente faite pour le prix de 200<sup>f</sup>, non d'un prêt de  
 » 200<sup>f</sup>, mais de la promesse que lui aurait faite le  
 » défendeur de *lui payer les 60<sup>f</sup> qui restaient dus...*,  
 » je pense, dit-il, qu'il devrait être reçu à la preuve;  
 » car cette promesse est une nouvelle convention  
 » n'excédant pas 100<sup>f</sup>: rien n'empêche que la preuve  
 » testimoniale en puisse être admise. »

Cette opinion de Pothier nous paraît juste, et n'a rien de contraire à l'art. 1344 du Code.

La déclaration du créancier, qu'il a existé une créance plus forte, dont celle qu'il demande fait partie, n'empêcherait point aujourd'hui la preuve testimoniale, dans le cas proposé, parce que c'est une nouvelle obligation, postérieure à la première, qu'il s'agit de prouver par témoins. Ce n'est point une réduction de l'ancienne créance.

J'avais prêté verbalement à Paul 300<sup>f</sup>, restituables dans un an. A l'échéance du terme, il m'apporte 200<sup>f</sup> seulement, en me promettant, devant plusieurs témoins, de me rendre le surplus dans un mois.

Cette promesse, que j'ai acceptée, est un nouveau contrat qui peut être prouvé par témoins, parce que la somme qui en est l'objet n'excède pas 150<sup>f</sup>.

Il n'importe que je déclare ou que j'énonce que la somme de 100<sup>f</sup> est le restant d'un prêt de 300<sup>f</sup>, puisque je ne demande point à prouver par témoins cet ancien prêt, mais seulement une convention nouvelle, par laquelle Paul a promis de me compter une somme de 100<sup>f</sup>.

.. La mention que je fais de l'ancien prêt de 300<sup>f</sup>

n'a d'autre objet que d'indiquer la cause de la nouvelle créance que je réclame.

L'offre de la prouver par témoins ne paraît donc nullement contraire à la disposition bien entendue de l'art. 1344 du Code.

Les témoins de la nouvelle convention ne seront même que fort rarement les mêmes personnes que les témoins de l'ancien prêt.

Cette question résolue par Pothier est, comme on voit, absolument différente de la question de savoir si le Code autorise la preuve testimoniale, lorsque le créancier, pour la faire admettre, dissimule que la somme de 100<sup>f</sup> ou 150<sup>f</sup>, qu'il demande, fait partie ou est le restant d'une somme plus forte.

47. Il nous reste à examiner la disposition finale de l'art. 1344, qui ne défend d'admettre la preuve testimoniale d'une créance moindre de 150<sup>f</sup>, restant d'une somme plus forte, que dans le cas où cette créance plus forte *n'est point prouvée par écrit*.

Il paraît d'abord bien difficile d'imaginer un cas où le créancier soit obligé de recourir à la preuve testimoniale, lorsqu'il demande le restant d'une créance plus forte qui *est prouvée par écrit*.

Il faut donc, pour donner un sens raisonnable à la disposition finale de l'art. 1344, supposer que l'écrit qui formait cette preuve n'est plus en la possession du créancier.

S'il l'a perdu *par suite d'un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure*, point de difficulté. L'art. 1548 permet en ce cas la preuve testimoniale, comme nous le verrons dans la suite. Si le

créancier se trouve dessaisi de son titre d'une autre manière, l'art. 1348 demeure sans application.

L'art. 1344 ne peut-il pas offrir une ressource en certains cas?

Par exemple, Paul me doit 1,000<sup>f</sup>, dont il m'avait donné son billet. Le terme étant arrivé, il se présente pour me payer; mais il se trouve qu'il n'a pas la somme entière. Il ne me compte que 900<sup>f</sup>, et promet, en présence de plusieurs personnes, de me rendre le surplus sous peu de jours. Plein de confiance dans sa promesse, je lui rends néanmoins le billet; mais il manque à sa parole, et je suis contraint de le faire citer en justice.

Puis-je être admis à la preuve testimoniale? Oui, sans contredit; elle devrait être reçue, quand même la créance de 1,000<sup>f</sup> n'eût pas été prouvée par écrit; car il ne s'agit pas de prouver l'ancienne créance de 1,000<sup>f</sup>, mais une nouvelle convention dont l'objet est au-dessous de 150<sup>f</sup>. C'est le cas proposé par Pothier, dont la décision est fortifiée par l'art. 1344, dans le cas où il a existé une preuve écrite de la première créance de 1,000<sup>f</sup>.

Il est pourtant vrai que cet article dit au présent :

« Une créance plus forte qui n'est pas prouvée » par écrit. »

Il ne dit pas qui *n'était* pas prouvée par écrit.

Néanmoins, nous pensons qu'il faut entendre l'article dans ce dernier sens, c'est-à-dire dans le cas où la preuve écrite n'est plus en la possession du créancier.



Autrement, il nous serait impossible de trouver un sens raisonnable à la disposition finale de cet article; car, si la preuve écrite était encore au pouvoir du créancier, la preuve testimoniale serait superflue.

48. Si l'on ne peut prouver par témoins une créance de 150<sup>f</sup>, ou même moindre, lorsqu'elle est le restant d'une créance plus considérable, parce que c'est à l'origine de la créance qu'il faut se reporter, pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, cette preuve peut-elle être admise dans le cas d'une demande contenant plusieurs créances formées en différens tems, provenant de causes différentes, et dont chacune, dans l'origine, est au-dessous de 150<sup>f</sup>, mais qui, jointes ensemble, excèdent cette somme?

En ne suivant que les déductions du raisonnement et le droit romain, qu'on appelle en jurisprudence la raison écrite, il faudrait dire que la preuve doit être admise, parce qu'on n'aperçoit dans l'admission rien de contraire à la prohibition de la loi.

Je vous ai prêté, le 1<sup>er</sup>. janvier, 100<sup>f</sup>, en présence de Caius et de Titius. Le 1<sup>er</sup>. mars, je vous ai vendu un meuble quelconque, pour le prix de 100<sup>f</sup>, en présence de Paul et de Charles.

La loi ne m'ordonnait de constater par écrit aucune de ces deux conventions, parce que la valeur de chacune n'est que de 100<sup>f</sup> : je ne puis donc être privé du droit de les prouver par témoins. Ainsi, je puis demander la somme de 200<sup>f</sup>, savoir : 1<sup>o</sup>. 100<sup>f</sup> pour le prêt que je vous ait fait le 1<sup>er</sup>. janvier, et 100<sup>f</sup> pour la vente du 1<sup>er</sup>. mars, et offrir de prouver

le prêt par les témoignages de Caius et de Titius, et la vente par le témoignage de Charles et de Paul.

La loi 11, *ff de jurisdict.*, 2. 1, fournit, en faveur de cette décision, l'argument le plus fort : *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, conservatio verò omnium excedat modum jurisdictionis ejus; apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit, quæ sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

Aussi Boiceau, commentateur de l'ordonnance de Moulins, ne doutait point que la preuve ne fût admissible en ce cas.

Il ne croyait pas nécessaire de s'arrêter à cette décision, trop connue, disait-il, de tous les praticiens (1).

Cependant M. Pussort, rédacteur de l'ordonnance de 1667, présenta aux magistrats assemblés par ordre du Roi, pour donner leur avis sur le projet de loi, un article qui rejetait la preuve testimoniale, lorsque les demandes du créancier, jointes ensemble, excèdent 100<sup>l</sup>, quoique provenant de différentes causes, et en divers tems.

Cet article fut combattu, avec beaucoup de supériorité, par le premier président Lamoignon, qui dit que l'article était contre le droit et contre l'usage, si, par exemple, il est dû 300<sup>l</sup> pour diverses causes, que la preuve en soit différente, que les témoins et les lieux le soient aussi.

(1) Chap. 8, nos. 11 et 12.

M. Pussort ne donna qu'une réponse évasive. Il dit qu'il s'agissait dans l'article d'empêcher que , par le moyen *de deux faux témoins*, *l'on ne se rendît maître du bien des hommes*; crainte absolument illusoire dans le cas proposé, puisque les témoins sont différens sur chaque chef de demande au-dessous de 100<sup>l</sup>, aujourd'hui 150<sup>f</sup>.

L'amour-propre du rédacteur l'emporta sur ces raisons sans réplique, et l'article fut, avec quelque différence de rédaction, conservé dans l'ordonnance, tit. 20, art. 5, ainsi qu'un autre article ajouté, pour empêcher qu'on en éludât la disposition.

La précipitation avec laquelle ils étaient forcés de travailler, ne permit pas aux rédacteurs du Code civil de s'arrêter à peser les avantages ou les inconvéniens de chaque disposition qu'ils prenaient dans les lois anciennes.

Les deux articles, si justement critiqués, ont donc passé sans examen dans le Code, dont l'article 1345 porte :

« Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes, dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150<sup>f</sup>, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différens tems, si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. »



49. L'art. 1546 ajoute :

« Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seraient pas *entièrement justifiées par écrit*, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront pas reçues. »

De ces deux dispositions combinées, il résulte que, s'il m'est dû par Paul 150', que je lui ai prêtés le 1<sup>er</sup>. janvier, en présence de témoins, et 150' pour prix d'un meuble vendu le 1<sup>er</sup>. mars, en présence d'autres témoins, je ne puis être admis à la preuve testimoniale, ni de l'une ni de l'autre de ces créances, si je les demande par le même exploit.

Et si je commence par demander séparément la première créance, pour être admis à la preuve, je ne pourrai plus réclamer la seconde

Ma demande *ne sera pas reçue*, si Paul m'oppose que je devais former les deux demandes par le même exploit; je n'aurai plus contre lui que la ressource du serment.

50. Si le terme du paiement de la seconde créance n'était pas encore échu, lorsque j'ai formé ma première demande, il est évident que la demande que j'en ferais dans la suite ne pourrait être repoussée, car je ne pouvais ni joindre à ma première demande celle d'une créance qui n'était pas exigible, parce que qui a terme ne doit rien; ni être forcé d'attendre l'échéance de la seconde créance, pour demander la première qui était exigible. (*Voy. Rodier, sur l'art. 6*).

Je ne pourrais encore être forcé de former, par le même exploit, deux demandes qui sont de na-

ture à être portées devant des tribunaux différens, l'une devant le tribunal de commerce, l'autre devant le tribunal civil.

La preuve testimoniale doit encore être reçue, quoique les demandes réunies excèdent 150<sup>f</sup>, lorsque les *droits procèdent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes* (1545).

51. Supposons que Paul, à qui Jean doit 300<sup>f</sup>, sans preuve écrite, laisse deux héritiers entre lesquels la créance se divise de plein droit, chacun d'eux pourra-t-il, en formant sa demande séparément, être admis à la prouver par témoins?

Non, parce qu'il s'agit d'une créance de 300<sup>f</sup>, quoiqu'accidentellement divisée sur deux têtes, et que c'est toujours à l'origine de la créance qu'il faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, comme nous l'avons dit ci-dessus.

52. Voici un autre cas dans lequel la décision doit être différente. Paul avait sur Jean deux créances de 150<sup>f</sup> chacune, formées en tems différens, pour causes différentes, en présence de témoins différens. Il meurt. La première des créances échoit à l'un des héritiers, la seconde à l'autre; ou bien Paul a légué l'une des créances à Jacques et l'autre à Pierre. Chacun de ces créanciers pourra-t-il, en formant séparément sa demande, être admis à la preuve par témoins?

Nous n'en saurions douter. On peut opposer que chacun des héritiers ou légataires ne peut avoir plus de droits que n'en avait son auteur; mais il faut considérer qu'il s'agit de deux créances diverses, qui, dans leur principe, n'excédaient pas 150<sup>f</sup>,

dont chacune, par conséquent, était originairement susceptible d'être prouvée par témoins. Si Paul les a laissées s'accumuler sur sa tête, en négligeant d'exiger la première avant le terme de la seconde, il se trouvait par là accidentellement privé de la preuve testimoniale, parce que la loi l'obligeait à réunir ses demandes dans le même exploit; mais c'était une obligation qui lui était personnelle, et qui a cessé par sa mort, puisque la même obligation n'est pas, et ne peut être imposée à chacun des héritiers ou légataires; chacun ne pourrait demander que la créance dont il est propriétaire. La preuve par témoins doit être admise, parce qu'elle n'a rien de contraire à la disposition d'aucun des articles de la loi.

Ajoutez à cela que la disposition des art. 1345 et 1346 doit être rigoureusement resserrée : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Loi 141, ff de R. J.*

---



## *Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 75*

### **ART. 2.**

#### *Exceptions à la règle qui défend la Preuve testimoniale en certains cas.*

---

##### **PREMIÈRE EXCEPTION.**

#### *Cas où il y a commencement de Preuve écrite.*

##### **SOMMAIRE.**

53. *Transition aux trois exceptions faites à la règle générale.*
54. *Qu'est-ce qu'un commencement de preuve?*
55. *Les commencemens de preuve sont des présomptions qui rendent le fait vraisemblable.*
56. *Qu'est-ce que la vraisemblance?*
57. *La loi ne peut déterminer ce qui forme un commencement de preuve.*
58. *Mais elle a, par des dispositions expresses, ordonné que certaines présomptions dispenseraient de toute preuve. Ce sont des présomptions légales.*
59. *Elle n'a permis au magistrat de juger sur les présomptions de l'homme, que dans deux cas.*
60. *Le commencement de preuve écrite est une présomption fondée sur un écrit. Il autorise l'admission de la preuve testimoniale dans tous les cas.*
61. *Les écritures privées, avant d'être reconnues ou vérifiées, ne forment qu'un commencement de preuve.*
62. *Confirmation de cette assertion.*
63. *L'ordonnance de Moulins n'exigeait pas que les écritures fussent signées pour former un commencement de preuve écrite.*
64. *Elle ne comprend point dans la prohibition les cas où il existe*

**76 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.**

*ce que, depuis, nous avons nommé commencement de preuve écrite. Développement de ses motifs.*

- 65.** *L'ordonnance de 1667 a déclaré exclure de la prohibition les cas où il existe des commencemens de preuve écrite.*
- 66.** *Si la signature d'un tiers, à la réquisition d'un autre, ou la signature d'un cointéressé, forme un commencement de preuve suivant cette loi.*
- 67.** *L'art. 1547 du Code dit que, pour former un commencement de preuve, l'écrit doit être émané de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur.*
- 68.** *Parce que les actes ne font foi qu'entre les parties et leurs ayant-cause.*
- 69.** *Donc les écrits qui sont de nature à faire preuve contre celui à qui on les oppose, peuvent former un commencement de preuve. L'art. 1547 n'est pas limitatif.*
- 70.** *Les livres des marchands peuvent former un commencement de preuve écrit.*
- 71.** *Autres exemples de commencemens de preuve, non émanés de celui à qui on les oppose. Copies, transcriptions des actes.*
- 72.** *Opinion de MM. Delvincourt et Duranton, examinée et rejetée.*
- 73.** *La vente à non domino est un commencement de preuve qui autorise l'acquéreur à prouver par témoins la durée de sa possession, pour opérer la prescription.*
- 74.** *Les commencemens de preuve émanés de ceux à qui on les oppose font naître plus de questions que les autres, et pourquoi.*
- 75.** *Difficulté de les ranger en classes régulières. On peut cependant distinguer :*
  - 76.** *1°. Les écrits auxquels il ne manque que la reconnaissance ou la vérification de l'écriture pour former une preuve;*
  - 77.** *2°. Les écrits auxquels il manque quelque chose dans la forme, les actes nuls, imparfaits, prescrits ou énonciatifs;*
  - 78.** *3°. Les écrits d'où l'on peut seulement induire la vraisemblance des faits en question;*
  - 79.** *4°. Les écrits non signés, mais écrits de la main de celui à qui on les oppose ou de ses auteurs.*

## *Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 77*

80. *Des écrits de la première classe.*
81. *Des écrits de la seconde classe. Le billet souscrit, mais non écrit par le débiteur, et dont il n'a pas approuvé la somme, forme un commencement de preuve.*
82. *Réponse à une objection tirée de l'art. 1552.*
83. *Si l'acte où la cause de l'obligation n'est pas exprimée ne forme qu'un commencement de preuve. Opinion de M. Duranton rejetée.*
84. *L'acte synallagmatique non fait double est un commencement de preuve, contre l'opinion de M. Duranton.*
85. *Suite et cohérence des principes du Code, sur la preuve qui résulte des actes sous seing privé.*
86. *Si un acte nul pour défaut de forme, etc., peut former un commencement de preuve.*
87. *S'il est signé des deux parties, ou seulement d'une seule. Distinction de M. Duranton.*
88. *Pour former un commencement de preuve, le Code n'exige point qu'il soit émané des deux parties, ni qu'il soit au pouvoir des deux.*
89. *Ainsi, la clause écrite sur l'un des doubles de l'acte sous seing privé et non sur l'autre peut former un commencement de preuve.*
90. *L'acte authentique nul par défaut de forme, ou par incompetence des notaires, peut former un commencement de preuve contre celui qui ne l'a pas souscrit, parce qu'il ne sait pas écrire.*
91. *La promesse de vendre, sans promesse d'acheter, peut former un commencement de preuve écrite. Développement des questions relatives aux promesses de vendre, considérées comme commencement de preuve.*
92. *Explication de l'art. 1589. La promesse de vendre n'a pas tous les effets de la vente. Elle ne transfère point la propriété.*
93. *Si le prix de la vente est présumé payé, lorsque celui à qui la promesse a été faite est entré en possession. Et n°. 94.*
94. *Explication de l'art. 2279. La possession d'un meuble,*



78 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

*même sans titre, fait-elle présumer que le prix en a été payé?*

95. *La promesse de vendre est un commencement de preuve que la vente a été faite, même quand le prix est considérable. Pouvoir discrétionnaire du juge à cet égard.*
96. *Les promesses de vendre sont des offres qu'on peut rétracter jusqu'à l'acceptation. L'entrée en possession la fait présumer.*
97. *Le titre prescrit peut-il former un commencement de preuve qui autorise à prouver par témoins la prestation d'une rente?*
98. *Les quittances trouvées chez le débiteur peuvent former un commencement de preuve.*
99. *Le créancier peut requérir l'apposition du scellé sur les papiers de la succession, pour s'assurer si le débiteur a gardé les quittances.*
100. *Les quittances pendant dix années consécutives ne font plus présumer le titre constitutif de la rente.*
101. *Quid si, parmi les quittances, il y en a qui remontent à plus de trente ans?*
102. *Si elles ne remontent pas à trente ans, pourraient-elles former un commencement de preuve?*
103. *Si les registres des fabriques, communautés religieuses, etc., peuvent former en leur faveur un commencement de preuve.*
104. *Les reconnaissances de devoir, insérées dans un testament nul ou révoqué. Renvoi au tom. V.*
105. *Les actes nuls, par l'incapacité des mineurs, des femmes, ne sont point des commencemens de preuve de l'emploi utile.*
106. *Des énonciations étrangères à la disposition des actes.*
107. *Promesse de payer une somme pour marchandise qu'on livrera est un commencement de preuve de la livraison.*
108. *Des écrits qui contiennent des faits analogues au fait à prouver. Premier exemple; lettres missives.*
109. *Il n'est pas nécessaire qu'elles parlent précisément du fait à prouver.*

## **Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 79**

110. *Second exemple; lettres pour prier de compter de l'argent à mon fils, pour ses études.*

111. *Lettres de recommandation.*

112. *Continuation.*

113. *Dernier exemple de lettres formant commencement de preuve. Arrêt conforme.*

114. *Écrits qui parlent d'une dette, mais non de sa quotité.*

115. *Suite.*

116. *Des interrogatoires sur faits et articles, et des commencemens de preuve qui peuvent en résulter.*

117. *Le silence, le refus de répondre, le défaut de se présenter peuvent former une preuve, ou un commencement de preuve.*

118. *Il en est de même des réponses obscures, évasives ou artificieuses.*

119. *Les réponses consignées dans un procès-verbal de non conciliation peuvent former un commencement de preuve.*

120. *Le juge de paix doit consigner dans son procès-verbal les divers aveux et dénégations des parties.*

121. *Le refus de répondre au bureau de paix peut former un commencement de preuve écrite. Arrêt conforme de la Cour de cassation.*

122. *Autre arrêt de la Cour de Rennes. Les commencemens de preuve écrite sont des présomptions fondées sur un écrit.*

123. *Le commencement de preuve écrite, joint à d'autres présomptions, peut suffire pour déterminer un jugement. (Art. 1353).*

124. *Ou pour ordonner d'office le serment supplétoire. (1367).*

125. *Il n'est pas nécessaire que les procès-verbaux de non conciliation et les interrogatoires soient signés par la partie.*

126. *Des aveux ou dénégations faits dans les écritures des parties ou de leurs procureurs.*

127. *Des aveux verbalement faits à l'audience; quand ils peuvent former un commencement de preuve.*

128. *Il n'est pas nécessaire que les écritures privées soient souscrites pour pouvoir former un commencement de preuve.*

129. *Exemple. Développemens.*

80 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

130. *Est-il nécessaire que la dette y soit exprimée?*

131. *Lettres missives non signées.*

132. *Contrat sous seing privé non souscrit par l'une des parties, mais écrit par elle.*

133. *Les juges ont une latitude indéterminée de pouvoir, pour apprécier les écrits qui peuvent former un commencement de preuve.*

53. APRÈS avoir expliqué la règle générale, qui défend la preuve testimoniale des choses dont l'objet excède la valeur de 150<sup>f</sup>, et démontré que les parties n'y peuvent déroger par aucun acquiescement exprès ou tacite, exposé enfin avec quelle rigueur cette règle a été interprétée et même étendue, nous passerons aux exceptions.

La première concerne le cas où il existe un commencement de preuve par écrit. Cette exception est aussi ancienne que la défense.

La seconde est le cas d'impossibilité, c'est-à-dire lorsqu'il a été possible au créancier de se procurer une preuve littérale.

La loi ne pourrait sans injustice étendre à ces cas la prohibition de la preuve testimoniale.

La troisième est relative aux affaires de commerce.

54. La première exception, qui n'en est point une à proprement parler, est le cas où il existe un commencement de preuve par écrit. Ce cas ne fut point, dans l'origine, compris par l'ordonnance de Moulins dans la défense de recevoir la preuve testimoniale, au-dessus de la valeur de 100<sup>f</sup>, et il ne l'a point également été dans les lois subséquentes.



Mais qu'est-ce d'abord qu'un commencement de preuve?

Qu'est-ce qu'une preuve?

Une preuve, dit fort bien Domat, « est tout ce » qui *persuade* l'esprit d'une vérité. » C'est en général ce qui détermine un homme raisonnable à croire et à juger que le fait allégué a existé ou qu'il n'a pas existé, qu'il est vrai ou faux.

Mais la persuasion que produisent les preuves, cette persuasion qui détermine le jugement, peut être complète ou incomplète.

L'effet de la preuve peut être tel qu'il détermine entièrement à croire et à juger que le fait allégué est vrai ou faux; tel, en un mot, qu'il exclue le doute.

L'esprit satisfait croit alors apercevoir cette certitude morale, la seule dont, en jurisprudence, les questions de fait soient susceptibles.

Il peut arriver aussi, et il arrive même très-souvent, que la croyance n'est qu'ébranlée par l'effet de la preuve.

L'esprit n'est point entièrement persuadé; il conserve du doute, il reste indécis, sans oser se déterminer, parce qu'il aperçoit des motifs presque égaux de croire ou de ne pas croire. Il lui en faut de nouveaux pour dissiper ses incertitudes, pour fixer son indécision et faire pencher la balance d'un ou d'autre côté; il cherche, il attend ces nouveaux motifs, tout prêt à les saisir pour se déterminer; car le doute est pénible à l'homme.

55. La preuve est donc alors incomplète. Elle

est imparfaite, puisqu'elle ne produit pas une entière persuasion. Elle n'est que commencée et non point achevée. La preuve qui ne produit que cette demi-persuasion est ce que nos jurisconsultes français appellent assez convenablement un *commencement de preuve*.

C'est ce que les interprètes du droit romain et les docteurs appelaient *une semi-preuve, semiplenam probationem*.

Le commencement de preuve est donc tout ce qui produit cette demi-persuasion, tout ce qui place l'esprit dans une situation telle qu'il n'aperçoit assez de motifs ni pour croire ni pour ne pas croire; dans cet état d'indécision et d'équilibre qu'on appelle *doute*, et qui vient de l'insuffisance des preuves, ou de l'égalité de vraisemblance entre les preuves pour et contre.

Ces preuves insuffisantes, qui constituent ce qu'on appelle un commencement de preuve, consistent dans les présomptions plus ou moins fortes qui résultent de faits déjà constatés ou reconnus pour constans :

« Il y a commencement de preuve, dit le Code, » lorsque les présomptions ou indices résultant de » faits dès lors constans, sont assez graves..... » pour rendre vraisemblable le fait allégué. » (Article 323; *juncto* art. 1347).

Les commencemens de preuve ne sont donc que des présomptions; et les présomptions ne sont autre chose, dit très-bien l'art. 1349, que *des conséquences qu'on tire d'un fait connu à un fait inconnu*.

Les faits connus et constans sont les prémisses ;

la vérité, la fausseté ou seulement la vraisemblance du fait inconnu, en sont la conséquence.

Le chancelier d'Aguesseau (1) a remarqué, avec beaucoup de raison, que c'est un point commun à toutes les espèces de preuves en général, dont la force consiste, dit-il, dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure la vérité dont on cherche la preuve, soit qu'on tire une conséquence d'une cause à son effet, ou d'un effet à sa cause, ou de la connexité d'une chose à une autre.

Ainsi, tout l'art de l'esprit, toute la prudence des juges, consistent à tirer d'un fait connu une conséquence certaine, qui fasse parvenir à la connaissance d'un fait douteux.

Si la connexité ou la liaison entre le fait connu et le fait inconnu, dont on cherche la preuve, est nécessaire et indispensable; si l'un ne peut exister sans que l'autre existe en même tems, ou si, au contraire, l'existence de l'un exclut nécessairement l'existence de l'autre, cette nécessité démontrée par le raisonnement devient une preuve, une certitude à laquelle un esprit raisonnable ne peut refuser son assentiment.

Si, au contraire, ce qui est le cas le plus ordinaire, la connexité ou la liaison entre les deux faits n'est pas nécessaire, mais plus ou moins vraisemblable, ou seulement possible, et fondée sur de

---

(1) *Tom. II, pag. 558, 5<sup>e</sup>, plaidoyer.*



84 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

simples conjectures , il n'en résulte qu'une présomption vraisemblable de la vérité du fait allégué, plus ou moins forte, suivant les circonstances; présomption que, selon le degré d'impression qu'elle produit sur l'esprit, on appelle aussi *adminicule*, *indice*, *commencement de preuve* : *adminicule*, parce qu'elle peut aider à la preuve ou à la découverte de la vérité; *indice*, parce qu'elle indique la voie qu'on peut suivre pour y arriver; *commencement de preuve*, parce qu'elle ne suffit pas seule pour opérer une preuve complète, en produisant cette entière persuasion qui détermine l'esprit du juge.

La raison dit, et l'expérience nous apprend que, pour former la preuve qui persuade, souvent même pour la commencer, et placer l'esprit dans cet état de doute, où il lui semble apercevoir autant de motifs pour croire que pour ne pas croire, il faut plusieurs présomptions; moins, si elles sont fortes, davantage, si elles sont faibles.

Le nombre supplée à la force et augmente la crédibilité du fait allégué, parce qu'il présente alors plus de traits de ressemblance avec la vérité, et qu'il acquiert ainsi cette vraisemblance que la loi donne pour caractère ou pour type du commencement de preuve; vraisemblance qui consiste, par rapport au fait inconnu qu'il s'agit de prouver dans ses rapports, dans sa liaison ou connexité avec le fait connu, rapports et liaisons qui augmentent par le nombre des circonstances, mais aussi qui peuvent être altérés ou entièrement détruits par d'autres circonstances opposées, ou même par une seule.

56. C'est de l'appréciation de toutes ces circonstances, et du jugement qu'on en porte, que naît dans l'esprit la vraisemblance, qui n'est, par rapport à la personne du juge, que la perception et la combinaison de toutes les circonstances qui induisent à conclure, par analogie, que le fait allégué a au moins l'apparence de la vérité, ou qu'il est vraisemblable.

Or, comme les hommes n'ont point la même manière de voir, le même fait, accompagné des mêmes circonstances, peut souvent être vraisemblable pour les uns, et ne l'être pas pour les autres.

Bien plus : une seule circonstance pouvant altérer ou détruire tout-à-fait la vraisemblance, le même fait qui, dans une affaire, a paru vraisemblable, peut très-bien, dans une autre, ne paraître plus tel aux mêmes juges, et ne l'être pas en effet.

57. La loi ne saurait donc déterminer d'une manière précise ce qui peut former un commencement de preuve, le nombre et la qualité des présomptions qui rendent un fait vraisemblable, ou qui même peuvent former une preuve, parce qu'il n'est pas en son pouvoir de fixer des règles à la vraisemblance, et de commander la persuasion ou la croyance.

Mais, pour empêcher que les juges ne s'égarent dans le vague des conjectures, soit par une crédulité excessive, soit par un scepticisme qu'on ne saurait, sans troubler la société, admettre en jurisprudence, ni dans les affaires de la vie civile, pour ne point, en un mot, abandonner à un ar-

bitraire effrayant l'état, la fortune des citoyens, et le sort des contestations qui s'élèvent entre eux, elle n'a point voulu laisser indéfiniment au juge le pouvoir dangereux d'admettre ou de rejeter à leur gré toutes les présomptions.

58. Elle en a donc choisi un certain nombre, auxquelles, dans certains cas déterminés, et par des dispositions expresses, elle donne la prérogative de dispenser de toutes les preuves celui en faveur de qui elles existent, et auxquelles, par conséquent, le magistrat est obligé de conformer son jugement. Ce sont celles-là qu'on appelle présomptions légales; nous en parlerons dans la section suivante.

59. Quant aux présomptions qui ne sont point établies par la loi, elles sont, par leur nature, abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

La loi l'avertit seulement qu'il ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (1353).

Elle va plus loin; elle ne lui permet d'asseoir son jugement sur de simples présomptions que dans les cas *seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.*

60. Mais s'il existe une présomption fondée sur un écrit, c'est-à-dire si le fait connu d'où l'on tire les conséquences qui forment la présomption est constaté par écrit, la loi permet, ou plutôt ne défend pas d'admettre la preuve testimoniale, dans



tous les cas, et à quelque somme que s'élève la demande. C'est ce qu'on appelle un commencement de preuve par écrit.

Une présomption fondée sur un écrit présente en effet plus de stabilité que les présomptions que l'on fonde sur d'autres faits, toujours susceptibles de contestation, au moins dans leurs circonstances, ainsi que dans les conséquences qu'on en peut tirer.

Au contraire, l'existence d'un écrit représenté à la justice ne saurait être contestée, et les conséquences qu'on en prétend tirer peuvent s'apprécier beaucoup plus sûrement. Aussi nous pouvons remarquer dès ici que jamais la prohibition de la preuve par témoins ne s'est étendue au cas où il existe des écritures formant commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire qui rendent vraisemblable le fait allégué.

61. Nous l'avons observé ailleurs (1), et rien n'est plus vrai, philosophiquement parlant, l'écriture, quelle qu'elle soit, ne fait foi par elle-même que des caractères qui tombent sous nos sens; elle ne peut former seule aucune preuve, ni de la vérité des faits qu'elle contient, ni de la main qui en a tracé les caractères, ni du tems où ils l'ont été; on n'en peut jamais tirer que des conjectures, parce qu'il n'y a point de connexité nécessaire entre ces écritures et la réalité ou l'existence des faits qu'elles contiennent, l'époque où ils se sont passés, en les

---

(1) Tom. VIII, n°. 190.

supposant vrais, ni enfin la main qui en a tracé les caractères.

Mais comme les transactions les plus importantes de la vie civile reposent sur la foi due aux écrits, où elles sont presque nécessairement consignées, afin d'en conserver ou d'en perpétuer le souvenir, quels embarras et quelles difficultés de toute espèce dans le commerce, quel trouble dans la société ne répandraient pas la faculté laissée à une des parties de remettre sans cesse en question les conventions et les faits consignés par écrit, et la nécessité imposée à l'autre de recourir à d'autres preuves, sans aucun égard pour le témoignage muet, mais permanent et invariable de l'écriture !

Ce fut donc avec une profonde sagesse que la loi civile, pour le repos des familles et la paix de la société, établit, en faveur des actes authentiques, c'est-à-dire reçus avec les formalités prescrites, par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, l'éminente prérogative de faire *pleine foi* par eux-mêmes (1319), c'est-à-dire de faire une preuve complète des faits et des conventions qu'ils contiennent.

La loi commande au juge d'y avoir confiance, de les tenir pour véritables, et de les faire exécuter jusqu'à ce qu'ils soient détruits par l'accusation de faux.

Cette prérogative éminente de l'authenticité ne pouvait, sans les plus grands inconvénients, être accordée aux actes privés, lorsqu'ils ne sont pas reconnus par la partie intéressée. Jamais, sous au-

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 89

eune législation, ils n'ont fait preuve par eux-mêmes.

Dans le droit romain, suivi en France avant l'ordonnance de Moulins, toutes les conventions, même verbales, se prouvaient par témoins : c'était uniquement de leurs dépositions que les écrits tiraient leur force.

Les actes publics, autrement actes forenses, *publicè confecta*, *publicè celebrata*, n'étaient point exceptés de la loi commune.

La signature du tabellion ne suffisait pas pour leur conférer l'authenticité. Si l'autre partie n'avouait pas la convention qu'ils contenaient, en un mot, s'ils n'étaient pas volontairement reconnus, il fallait appeler en témoignage le tabellion ou les autres personnes qui avaient assisté à l'acte, pour venir reconnaître l'écriture et les signatures (1).

Ce qui, pour le dire en passant, confirme pleinement la vérité de l'observation que nous avons faite ailleurs (2), que toute preuve littérale se réduit, en dernière analyse, à la preuve testimoniale ou à l'aveu de la partie.

Quant aux actes privés qui n'étaient point écrits par un tabellion, mais écrits ou souscrits par les parties, il fallait y appeler trois témoins qui pussent, en cas de dénégation, venir reconnaître l'écriture et les signatures, et attester que les actes avaient été faits et souscrits en leur présence.

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, n°. 204.

(2) *Ibid.*, n°. 44, et *supra*, n°. 1.



Les actes faits hors de la présence des témoins, sous la seule signature des parties, n'avaient pas plus de force que les conventions verbales.

La vérification par comparaison d'écriture ne pouvait même pas en être demandée : ce n'eût été qu'une conjecture dans laquelle le législateur n'avait pas de confiance ; mais les conventions contenues dans ces actes pouvaient être prouvées par témoins (1).

De là les interprètes du droit romain et les docteurs conclurent, avec raison, que les écritures privées ne formaient point par elles-mêmes une preuve complète, mais seulement une preuve imparfaite, ou, comme ils disaient alors, une semi-preuve : *Semiplenam probationem* (2).

C'est ce que nous appelons aujourd'hui *un commencement de preuve par écrit*.

62. Les principes du droit romain et la doctrine des interprètes étaient suivis en France, avant l'ordonnance de Moulins ; aussi nos anciens auteurs enseignaient que les écrits privés, lorsqu'ils ne sont pas reconnus, ne peuvent servir qu'à soulager la mémoire des témoins.

Bouteillier, qui vivait sur la fin du treizième et au commencement du quatorzième siècle, dit, dans sa *Somme rurale*, tit. 106 :

« Lettres qui ne sont faictes pardevant juge qui

(1) Tom. VIII, n°. 206.

(2) Voy. Mascardus, *de probat.*, tom. I, pag. 58, *quæst.* 13, *de quartâ specie semiplenæ probationis quæ fit per scripturam privatam*, et tom. IV, *conclus.* 1301, n°. 28.

» ayt autorité de ce faire, ou par notaire, ou par  
» tabellions publics, ne sont à recevoir en forme  
» de preuve, *qui vaille pleine preuve*, si autres tes-  
» moings n'y a avec, ne seroit comptée que pour  
» mémoire de tesmoings recorder sur ce. Et fau-  
» droit que les tesmoings déposassent sur la teneur  
» d'icelles. »

Mais aussi, dans notre ancien droit français, comme dans le droit romain, la preuve testimoniale des conventions, même verbales, était reçue; à quelque somme qu'elles pussent monter. Il en était arrivé que les procès étaient devenus extrêmement compliqués, par la multiplication des faits que les parties alléguaient et demandaient à prouver, pour en tirer la preuve indirecte de l'existence du contrat ou de la promesse.

Ce fut pour faire cesser cet abus autant que pour diminuer le nombre des faux témoins, dont la subornation est plus à craindre lorsqu'il s'agit d'une somme considérable, que l'ordonnance de Moulins, rendue en 1566, ordonna de passer contrats pardevant notaires de toute chose excédant la somme ou valeur de 100<sup>l</sup>, pour une fois payer, et défendit de recevoir *aucune preuve par témoins* outre le contenu au contrat, ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors ou depuis.

Il ne fut donc plus permis de prouver par témoins les conventions verbales arrêtées entre les parties, *sine scripto*, lorsque leur valeur excédait 100<sup>l</sup>.

Voilà le grand changement qu'opéra l'ordonnance de Moulins dans notre jurisprudence.

Du reste, elle n'en fit absolument aucun concernant les écritures privées. Elle conserva à leur égard le droit antérieur à sa promulgation, en ajoutant, immédiatement après la défense de recevoir la preuve par témoins des conventions verbales au-dessus de 100<sup>l</sup>, la déclaration formelle de ne point comprendre les écritures privées dans la prohibition :

« En quoi n'entendons exclure les preuves des » conventions particulières, et autres qui seraient » faites par les parties, sous leurs seings, sceaux et » écritures privées. »

Ainsi, les actes sous seing privé continuèrent, comme auparavant, de ne point former une *preuve pleine* (1), comme le disait Bouteillier, mais aussi on continua de prouver comme auparavant les conventions qu'ils contenaient par des témoins, qui déposaient sur la teneur de ces actes, sur l'écriture, sur les signatures faites en leur présence, et ce n'était même ordinairement que par témoins que ces écrits étaient vérifiés, ainsi que nous l'apprennent Imbert (2), et son commentateur Guenois.

(1) Nous ne nous sommes donc pas exprimé avec assez d'exactitude, en disant, tom. VIII, n°. 7 : « Mais, en supprimant la preuve testimoniale, en ordonnant de passer des contrats devant notaires, l'ordonnance ne porta aucune atteinte à la preuve qui résulte des écritures privées. »

Depuis, comme avant l'ordonnance de Moulins, les écritures privées ne forment point une preuve par elles mêmes, mais seulement un commencement de preuve, comme nous disons aujourd'hui.

(2) Dans sa *Pratique civile ou Observations forenses*, liv. 1, chap. 57.



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 95*

63. L'ordonnance de Moulins n'exige même pas que les écritures privées soient revêtues de la signature des parties, pour en permettre ou pour n'en point exclure la preuve ou la vérification par témoins.

On peut remarquer qu'elle range ces écritures en trois classes :

1°. Les conventions particulières faites sous le seing des parties ;

2°. Celles qui ont été faites sous leurs sceaux. Le tems où ils tenaient lieu de signatures était encore peu éloigné.

L'ordonnance d'Orléans, rendue en 1560, est la première loi qui ait ordonné que les actes seraient signés des parties. (Tom. VIII, n°. 87).

3°. Les autres *écritures privées*, sans les désigner d'une manière précise et limitée, c'est-à-dire les écritures privées quelconques, dit fort bien le sa-

---

n°. 8, pag. 105, édition de Genève, 1641. « Pour la comparaison des-  
» quelles escritures privées, dit-il, nous n'usons point ordinairement  
» de comparaisons de lettres, mais faisons venir témoins, qui disent  
» bien connaître lesdites escritures ou seings, parce qu'ils ont vu celui  
» de l'écriture ou seing duquel est question, écrire ou signer, et qu'il  
» est écrit ou signé ainsi. »

Guenois, son commentateur, dit aussi, not. h : « La loi *comparationes*  
» et les authentiques suivantes, *Cod. de fid. inst.*, sont en partie *abro-*  
» gées en France, parce que, pour vérifier un seing ou écriture d'un  
» homme privé, nous recevons des témoins, et non la seule compa-  
» raison. »

Guenois écrivait assez peu d'années avant l'ordonnance de 1667, qui a rendu plus commun l'usage de la vérification par comparaison d'écritures.

vant commentateur Boiceau (1), *scriptura qualiscunque fuerit*.

En un mot, tous les actes, soit souscrits ou signés, soit seulement écrits de la main des parties, de quelque espèce qu'ils soient, *omnia privata scriptaque partium manu, vel scripta, vel subscripta, omnes ejusmodi scripturas sub hac lege comprehensas esse non dubito, nullâ specierum habitâ differentiâ*. Pourvu néanmoins qu'on en puisse tirer quelque espèce de preuve : *Si modò ex eis nonnulla probatio elici possit*.

C'est ce que dit en d'autres termes notre article 1347 du Code, pourvu qu'il rende *vraisemblable le fait allégué*.

Il était impossible de caractériser et d'indiquer d'une manière plus claire et plus précise ce que nous avons depuis appelé *commencement de preuve*

(1) Liv. 2, chap. 1, n<sup>os</sup> 3 et 4 : « *Necesse habuit princeps omnia pacta testibus tantum probabilia rejicere. Si autem aliqua scriptura qualiscunque fuerit, jam adminiculata sit pactis, tametsi aliquibus testibus sit aliquandò juvanda, princeps hanc probationem recipit, propter juris præsumptionem, quæ pro scripturâ stare videtur, etc. etc.* »

Boiceau ajoute, chap. 2, n<sup>o</sup> 1 : « *Quòd ad primum articulum : utrùm scilicet appellatione cautionum privatarum, veniant omnia privata scripta? Certissimum est, quòd sic, si modò ex eis nonnulla probatio elici possit. Itaque, cum chyrographorum appellatione veniant omnia quæ partium manu, vel scripta, vel subscripta..... omnes ejusmodi scripturas sub hac lege comprehensas esse non dubito, nulla specierum habitâ differentiâ.* »

Boiceau termine par ce passage remarquable : « *Maneat ergò hæc conclusio : Omnes cautiones privatas et manuscriptas probationem facere, si agnoscantur; et si denegentur, testium probationem ad confirmandam ejusmodi scripturam admitti.* »

Ainsi, suivant Boiceau, les écritures privées forment une preuve, si elles sont reconnues; si elles sont déniées, elles forment un commencement de preuve qui fait admettre la preuve par témoins.

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 95*

*par écrit* (1) ; expression alors inconnue, employée pour la première fois, ce nous semble, par l'ordonnance de 1667.

64. Ainsi, lorsqu'il existe des écritures privées quelconques de la main des parties, la preuve testimoniale n'est pas défendue suivant l'ordonnance de Moulins, qui n'a point voulu comprendre ces cas dans la prohibition de la recevoir au-dessus de 100<sup>l</sup>.

Mais pourquoi n'a-t-elle pas voulu les y comprendre ? C'est encore ce que nous apprend Boiceau, avec brièveté, mais avec énergie et vérité :

---

(1) Aussi Jousse, sur l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, définit le commencement de preuve par écrit précisément comme Boiceau, « tout acte (ou écrit) d'où il résulte quelque preuve, quoique non » suffisante. » *Ex quo nonnulla probatio elici potest.*

Après le texte de l'ordonnance de Moulins, si clairement expliqué par Boiceau, il est étonnant que son annotateur Danty, liv. 2, additions sur le chap. 1, n<sup>o</sup>. 13 et ailleurs, ait avancé que Boiceau, ni tous ceux qui ont traité cette matière (de la preuve testimoniale), n'ont rien dit du commencement de preuve par écrit, parce que l'ordonnance de Moulins n'en a point parlé précisément.

Non, sans doute, elle n'en a point parlé sous le nom de *commencement de preuve par écrit*. Cette expression était alors inconnue ; mais la chose y est clairement et précisément expliquée : Danty a donc été dupe des mots, comme il arrive trop souvent aux meilleurs esprits.

Il faut encore remarquer que ni Danty, ni les auteurs qui ont écrit depuis, n'ont considéré le commencement de preuve sous son vrai point de vue. Ils l'ont considéré comme une exception à la prohibition d'admettre la preuve testimoniale. C'est aussi ce qu'ont fait les rédacteurs du Code, tandis qu'il est évident que l'ordonnance de Moulins a laissé dans l'état où ils étaient auparavant les cas où il y a commencement de preuve par écrit, en déclarant qu'ils n'étaient point compris dans la prohibition : *en quoi n'entendons exclure, etc.*

Cette méprise a souvent influé d'une manière fâcheuse sur la doctrine de ces auteurs.



à cause de la présomption de droit qui existe en faveur de l'écriture : *Propter juris præsumptionem quæ pro scripturâ stare videtur.*

On n'a pu, comme nous l'avons dit, conférer aux actes privés l'éminente prérogative de l'authenticité, mais ils ont par leur nature le grand avantage de fixer ou de soulager la mémoire des témoins, de leur rappeler des détails souvent fugitifs de ce qui s'est passé en leur présence. On ne peut donc s'empêcher de les compter au moins pour *mémoires de témoins*, comme dit Bouteillier.

Les erreurs de témoins, leurs variations et leurs contradictions, les faux témoignages enfin, sont alors moins à craindre dans des dépositions qui ne sont qu'accessaires à ce qui est déjà consigné par écrit : *in coadjuvationem scripturæ*. Il en résulte ce que les auteurs appellent une *preuve mixte*, beaucoup plus forte que la preuve testimoniale, dénuée du secours de l'écriture.

C'est donc encore avec raison et sagesse que la loi attache aux écritures privées, comme le dit fort bien Boiceau, une présomption de droit, une présomption de vérité, insuffisante pour former une preuve complète; suffisante néanmoins pour former une apparence de preuve qui produit deux effets remarquables :

L'un d'obliger la personne à qui on l'oppose, si c'est à elle que l'écrit est attribué, d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature, sous peine de voir l'écrit donné pour reconnu et d'être condamnée sans autre preuve,

comme si elle l'avait reconnu. Son silence équivaut à un aveu.

Il y a donc réellement une présomption légale de vérité en faveur de l'écrit, sans quoi le juge ne pourrait condamner; car il ne peut condamner sans preuve: ici la présomption légale en tient lieu.

L'autre effet, en cas que la signature ou l'écriture soit déniée, ou non reconnue par les héritiers et ayant-cause de la personne à qui elle est attribuée, est d'autoriser celui qui fonde sa demande sur un acte privé, à en faire la preuve ou la vérification par témoins, à quelque somme qu'elle se monte.

Il y a plus: s'il s'agit d'un billet souscrit par l'autre partie, ou par ses auteurs, il paraît que la loi ne permet pas aux juges d'en refuser (1) la vérification par témoins: « La vérification en sera ordonnée en justice », dit l'art. 1324.

Je vous demande 10,000<sup>f</sup> que je vous ai prêtés en vertu d'un billet en bonne forme, au pied duquel on lit votre nom. Mais vous déniez l'écriture et la signature.

L'écriture ne prouvant rien par elle seule, le magistrat reste sans motifs suffisans pour se décider, et pour asseoir un jugement de condamnation. J'af-

---

(1) L'art. 195 du Code de procédure dit *pourra* être ordonnée; ce qui semble modifier la disposition impérative du Code civil. Il peut y avoir des cas où la vraisemblance de l'écrit présenté, sur-tout lorsqu'il est attribué à un tiers, comme le dit cet article, serait combattue par des circonstances si fortes, qu'il serait dangereux d'en ordonner la vérification.



firme et vous niez, j'attaque et vous vous défendez. Toutes choses égales d'ailleurs entre vous et moi, vous devriez être absous : c'était à moi de prouver. On ne peut sans preuve vous supposer obligé, et vous condamner.

Mais les choses ne sont point égales; vous vous bornez à une simple dénégation, et je soutiens ma demande et mon affirmation par la représentation d'un billet qui porte votre signature vraie ou fausse : si elle est fausse, j'en expose, en le produisant, à des peines très-sévères. Ce billet a donc au moins l'apparence de la vérité. J'offre d'y ajouter la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*.

Comment refuser d'admettre cette preuve si ancienne et si nécessaire, dans un cas que la loi déclare ne point comprendre dans sa prohibition? Et comment ne pas voir un commencement de preuve dans un acte auquel il ne manque que la vérification pour former une preuve complète? Il y a donc une véritable contradiction à dire, avec Danty (1), que les écritures privées doivent être vérifiées avant de former un commencement de preuve (2), puis-

(1) Danty, sur Boiceau, liv. 2, chap. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup>. 1.

Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, n<sup>o</sup>. 216, où nous avons répondu à un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 19 frimaire an XIV, avant la promulgation du Code.

(2) On prétend qu'il y a des inconvéniens à prendre, avant qu'il soit vérifié, l'écrit privé pour un commencement de preuve. On peut fabriquer un faux écrit, pour le présenter comme un commencement de preuve, et le soutenir par des témoins subornés. C'est un abus possible, mais d'une exécution difficile. Outre la voie du faux, qui est toujours ouverte, quelles lois, même les plus sages et les plus néces-



qu'après la vérification elles forment une preuve complète : elles font la même foi qu'un acte authentique.

Ce que nous venons de dire acquiert beaucoup plus de force, si l'acte sous seing privé n'étant ni écrit ni souscrit par vous, mais seulement par l'un de vos auteurs, vous vous bornez à déclarer que vous ne connaissez pas leur écriture.

La raison d'ordonner la preuve testimoniale devient en ce cas plus pressante, puisque personne ne contredit la demande, et que le défendeur, seul intéressé à la contredire, se borne à déclarer qu'il est dans l'ignorance.

Cette ignorance ne peut balancer la présomption de droit, *quæ pro scripturâ stare videtur*.

Le juge ne peut donc se dispenser d'admettre le demandeur à prouver supplétivement, par témoins et par tous les genres de preuve, l'existence de la

---

saïres, ne donnent pas lieu à de plus grands abus? L'acte authentique fait foi contre celui au nom duquel il est passé, lors même qu'il ne l'a pas souscrit.

Un voisin riche et puissant, un pair, un ministre, si l'on veut, convoite la vigne de Naboth, située près la grille de son château ou de son palais, *juxta palatium Achab*. Mais Naboth, attaché à l'héritage de ses pères, refuse de le vendre, et le voisin n'a pas la puissance d'Achab pour faire lapider Naboth. Il est arrêté par la liberté de la presse, qui révèle les injustices des grands et des petits. Il a recours à la ruse. Un notaire complaisant, qui achète un complice au prix de la protection de monseigneur, rédige un contrat de vente, par lequel Naboth, le pauvre Naboth, qui ne sait pas même signer, se trouve irrévocablement, quoiqu'à son insu, dépossédé de l'héritage de ses pères, en vertu du principe que la foi est due aux actes authentiques.

C'est un abus d'autant plus fâcheux, qu'il est en ce cas presque impossible de réussir dans une accusation de faux. Est-ce un motif suffisant pour rejeter le principe de la foi due aux actes authentiques?

dette ou de la convention , et la vérité de l'écriture ou de la signature.

C'est donc par les motifs les plus sages que l'ordonnance de Moulins ne voulut point comprendre , dans la prohibition de recevoir la preuve testimoniale au-dessus de 100<sup>l</sup>, les cas où il existe des *écritures privées*, que nous avons appelées depuis *des commencemens de preuve par écrit*.

65. Nous avons déjà observé que l'ordonnance de 1667 est la première loi qui ait employé cette expression.

L'art. 3 du tit. 20 porte :

« N'entendons exclure la preuve par témoins.... ,  
 » lorsqu'il y aura un commencement de preuve par  
 » écrit. »

Ainsi cette loi , comme l'ordonnance de Moulins , a , non pas fait une exception à la prohibition de recevoir la preuve au-dessus de 100<sup>l</sup>, en faveur des cas où il y a un commencement de preuve par écrit , mais seulement déclaré que la prohibition ne s'étend point à ces cas , non plus qu'aux cas où il s'agit d'une valeur au-dessus de 100<sup>l</sup>, ce qui est très-différent ; car l'exception suppose que la prohibition est générale , au lieu que la déclaration de ne point comprendre ces cas dans la prohibition , suppose que l'admission de la preuve est de droit commun , et la prohibition elle-même une exception au droit commun. Voilà ce que ne paraissent point avoir vu la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière.

66. La disposition de l'ordonnance de 1667 est donc dans le même esprit que l'ordonnance de

Moulins; cependant cette expression nouvelle de *commencement de preuve par écrit*, dont la signification n'était pas déterminée, paraissait avoir plus d'étendue que n'en avait la disposition de l'ordonnance de Moulins.

Cette loi, pour ne pas comprendre dans sa prohibition les cas où il existait des écritures privées, exigeait qu'elles fussent, ou signées, ou de la main des parties. L'art. 3, tit. 20, de l'ordonnance de 1667 ne l'exige point. Il exige seulement que le commencement de preuve soit *par écrit* : il semblait donc déroger à l'ordonnance de Moulins, et autoriser, par sa généralité, les commencemens de preuve résultant de l'écriture d'un tiers; car l'écrit d'un tiers peut aussi, en certains cas, rendre vraisemblable le fait à prouver. Par exemple Caius, qui ne sait écrire ni signer, peut faire signer un tiers à sa réquisition, un tel requis par Caius. C'est ce que l'on appelait en Bretagne un prud'homme.

Nous avons encore vu plusieurs exemples de ces actes privés, dans lesquels il était dit que Caius ne sachant pas signer, a fait intervenir Titius, qui a signé pour lui. La signature portait : Titius pour Caius, par lui requis. Cet acte pouvait-il former un commencement de preuve par écrit?

Les docteurs (1) soutenaient qu'on pouvait en effet prouver par témoins que Caius avait, en ef-

---

(1) Voy. Théveneau, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, et Danty, n<sup>o</sup>. 3 de l'addition au chap. 1, liv. 2 du Commentaire de Boiceau.



set, donné à Titius l'ordre ou le mandat de signer pour lui.

Cette opinion, insoutenable sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, devenait très-probable sous l'ordonnance de 1667.

Il est certain qu'elle n'avait rien de contraire au texte ou à la lettre de cette loi.

On avait encore prétendu, sous l'empire de la même ordonnance, et Danty (1) donnait même pour certain que toute écriture privée de l'un de ceux qui ont intérêt dans le fait qu'il s'agit de prouver, est un commencement de preuve par écrit.

Par exemple la reconnaissance d'une dette de communauté, faite par la veuve dans le procès-verbal d'inventaire, formait un commencement de preuve, contre les héritiers du mari; la reconnaissance de l'un des héritiers du défunt contre les autres.

Pothier, n°. 773, s'était prononcé contre cette fausse doctrine. Il soutenait que l'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve exigé par l'ordonnance, car ce tiers n'est considéré que comme un témoin, et ce qu'il a déclaré par écrit

(1) *Ubi supra.*

En matière d'état, lorsqu'il s'agit de prouver la filiation des enfans légitimes, « le commencement de preuve par écrit résulte des titres de » famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, » des actes publics et même privés, émanés d'une partie engagée dans » la contestation, ou qui y auraic intérêt, si elle était vivante. »

Mais cet article est particulier aux questions d'état, et on ne peut l'étendre à la preuve des conventions. Il suffit, pour s'en convaincre, de le comparer à l'art. 1547.

ne peut équivaloir qu'à une preuve testimoniale : il rejetait donc le commencement de preuve qu'on voudrait tirer contre les héritiers de la reconnaissance d'une veuve, ou de celle de l'un des cohéritiers.

Mais quelle que fût l'autorité de ce jurisconsulte célèbre, ce n'était qu'une opinion qu'on pouvait combattre et révoquer en doute.

67. L'art. 1347 du Code a fait cesser les incertitudes.

Après avoir dit que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale reçoit exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, cet article ajoute :

« On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané  
» de celui contre lequel la demande est formée, ou  
» de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

Cet article ne dit point, comme Danty et quelques auteurs qui ont écrit sous l'ordonnance de 1667, que pour servir de commencement de preuve écrite, l'acte privé doit être de la main de celui auquel on l'oppose ; il dit, d'une manière plus générale, que l'écrit doit en être émané, ce qui est très-différent ; car il y a des actes qui ne sont pas de la main de celui auquel on les oppose, et qui cependant en sont émanés ; qui, par conséquent, font preuve contre lui des faits qu'on y trouve contenus : nous aurons l'occasion d'appliquer cette remarque.

Le Code ne dit point encore que l'écrit, émané de quelqu'un de ceux qui ont intérêt dans la contestation, peut servir de commencement de preuve.

Il dit seulement que cet écrit doit être émané « de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il *représente* », tel que ses auteurs, son mandataire ; car le mandataire et le mandant sont regardés comme une seule et même personne, relativement à l'affaire dont le premier est chargé. Les actes qu'il fait sans excéder les bornes de son mandat peuvent être opposés au mandant ; ils peuvent donc former contre lui un commencement de preuve lorsqu'ils rendent le fait allégué vraisemblable. Par exemple, la quittance donnée par un mandataire, chargé de recevoir ou de recouvrer une créance, formerait une preuve complète de libération contre le mandant.

Les écrits du mandataire, lettres et notes, etc., qui rendraient le paiement vraisemblable, formeraient par conséquent un commencement de preuve, en vertu duquel le débiteur pourrait être autorisé à prouver le paiement par témoins (1).

68. Mais pourquoi le Code exige-t-il que, pour servir de commencement de preuve, l'écrit soit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente ? C'est qu'en général, et suivant les art. 1319 et 1322, les actes même authentiques, les actes sous seings privés reconnus, ou légalement tenus pour reconnus, ne font foi des faits qu'ils contiennent qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause.

---

(1) Voyez-en un exemple dans l'espèce d'un arrêt rendu par la Cour de Riom, le 10 juin 1817, Sirey, tom. XVIII, 2<sup>e</sup> part., pag. 155.



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 105

Ces actes étrangers à des tiers ne peuvent former une preuve contre eux : ils ne peuvent donc servir de commencement de preuve.

69. De là on peut conclure, par analogie, que dans les cas où les actes, quoique non émanés de celui contre lequel la contestation est formée, sont de nature à pouvoir faire preuve contre lui, ils peuvent, à plus forte raison, servir de commencement de preuve. La conséquence est du plus au moins ; elle est dans l'esprit du Code, et n'a rien de contraire à son texte ; car, si l'art. 1347 dit qu'on appelle commencement de preuve tout écrit *émané de celui contre lequel la demande est formée*, cette disposition n'est point limitative (1).

Elle ne dit point qu'on ne pourra considérer comme un commencement de preuve aucun écrit, s'il n'est pas émané de celui contre qui la demande est formée ; elle dit seulement que tous les actes écrits qui en sont émanés sont appelés *des commencemens de preuve écrite*, ce qui est bien différent.

70. Loin que le Code défende absolument et dans tous les cas de prendre, pour commencement de preuve, des écrits non émanés de celui contre lequel la demande est formée, on y trouve une disposition qui autorise, au moins par induction, à prendre les livres des marchands pour commencement de preuve par écrit, comme sous l'ancienne jurisprudence.

---

(1) Quand une disposition est-elle censée limitative ? Voy. ci-après n°. 502.

Pothier (1), qui cependant enseignait que l'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve par écrit, exigé par l'ordonnance de 1667, n'en exceptait pas moins les livres des marchands, et son opinion est confirmée par une induction nécessaire, tirée de l'art. 1529, qui porte :

« Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des » fournitures qui y sont portées, *sauf ce qui sera dit* » *a l'égard du serment.* »

Cette dernière disposition apporte à la règle une limitation remarquable qu'il faut développer.

Ceux des docteurs qui accordaient le moins de force aux livres des marchands, pensaient néanmoins que, si ces livres ne font point une preuve en leur faveur, ils peuvent, lorsqu'ils sont régulièrement tenus, former un commencement de preuve qu'on peut compléter par des présomptions. Ils fondaient leur opinion sur la loi 6, *Cod. de probat.*, l. 19, qui ne veut pas que les registres domestiques d'une personne morte, soient seuls suffisans pour faire preuve de ce qui lui est dû : *Solas sufficere non posse*. On en concluait qu'ils peuvent suffire s'ils ne sont pas seuls.

Dumoulin appliqua cette doctrine aux livres des marchands, pourvu qu'ils fussent soutenus par d'autres présomptions.

---

(1) Traité des obligations, n°. 772. Voy. aussi Boiceau, part. 2, chap. 8; les additions de Danty, et ce que nous avons dit tom. VIII, n°. 368 et 369.

Par exemple, si le marchand ou le banquier qui produit son livre est connu pour une personne loyale, qui a des sentimens libéraux : *Quem vocamus liberalem aut legalem* (1).

Si sa vie est sans reproches, il en résulte une grande présomption en faveur de l'exactitude de ses livres; cette présomption s'accroît en raison des autres circonstances favorables : si la somme demandée est modique, les fournitures vraisemblables, et proportionnées à la fortune et à la dépense accoutumée du défendeur; s'il a coutume d'acheter à crédit.

Dumoulin pensait qu'alors le juge peut regarder les livres comme un commencement de preuve, et déférer le serment supplétoire au marchand demandeur, pour compléter la preuve.

Sa doctrine est adoptée par le Code, qui, après avoir établi, dans l'art. 1529, la règle que les livres des marchands ne font point foi contre les personnes *non marchandes*, ajoute : Sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Or l'art. 1567, auquel renvoie l'art. 1529, exige, pour permettre au juge de déférer le serment supplétoire au demandeur, 1°. que la demande ne soit pas pleinement justifiée; 2°. *qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.*

Du rapprochement de ces deux articles, il résulte que les livres d'un marchand font un commencement de preuve, qui, réuni à d'autres pré-

---

(1) *Comment.*, in lib. 4, Cod, tit. 1.



somptions favorables, que la prudence du juge peut seule apprécier, l'autorise à déférer le serment supplétoire au marchand demandeur, et à plus forte raison à faire admettre la preuve testimoniale, pourvu toutefois que les livres soient régulièrement tenus, c'est-à-dire que le commerçant y ait observé toutes les formalités prescrites par le Code de commerce, art. 8 et suiv.

Or, si la loi permet expressément de déférer au marchand demandeur le serment supplétoire, à l'appui de ses livres, lorsqu'il existe en leur faveur vraisemblance et présomptions de bonne foi, nous pouvons en conclure qu'elle permet implicitement, par une raison *à fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*; car, admettre le témoignage du demandeur ou son serment, pour décision dans sa propre cause, c'est infiniment plus que de lui permettre d'invoquer le témoignage de personnes désintéressées; témoignage qui ne lie point les juges, et qui peut d'ailleurs être balancé par les témoins que le défendeur peut toujours faire entendre. En permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins : *Non debet cui plus licet quod minus et non licere. Loi 21, ff de R. J.*

71. Le Code nous donne encore, dans les articles 1335 et 1336, des exemples d'écritures qui ne sont point émanées de celui contre lequel la demande est formée, ni de ses auteurs, et que cependant il permet de prendre pour commencement de preuve par écrit.

L'art. 1335 est relatif aux copies des actes ; il porte, n°. 2 :

« Les copies qui, sans l'autorité du magistrat,  
» ou sans le consentement des parties, et depuis  
» la délivrance des grosses ou premières expédi-  
» tions, auront été tirées sur la minute de l'acte  
» par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses  
» successeurs, ou par officiers publics, qui, en  
» cette qualité, sont dépositaires des minutes, peu-  
» vent, en cas de perte de l'original, faire foi quand  
» elles sont anciennes.

» Elles sont considérées comme anciennes quand  
» elles ont plus de trente ans.

» Si elles ont moins de trente ans, elles ne peu-  
» vent servir que de *commencement de preuve par*  
» *écrit.* »

Le n°. 3 ajoute :

« Lorsque les copies tirées sur la minute d'un  
» acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a  
» reçu, ou par un de ses successeurs, ou par offi-  
» ciers publics, qui, en cette qualité, sont dépo-  
» sitaires des minutes, elles ne pourront servir,  
» quelle que soit leur ancienneté, que de *commen-*  
» *cement de preuve par écrit.* »

Les dispositions de cet article font naître beau-  
coup de questions sur le degré de preuve que peu-  
vent former les copies d'actes ou de titres.

Nous avons examiné ces questions avec assez d'é-  
tendue, tom. VIII, n°. 426 et suivans, où nous  
renvoyons le lecteur, pour éviter les répétitions.

L'art. 1336 est relatif à la copie des actes trans-

crits sur le registre du conservateur des hypothèques; il porte :

« La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de *commencement de preuve par écrit*, et il faudra même pour cela,

» 1°. Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été causée par un accident particulier;

» 2°. Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. »

Nous avons déjà expliqué cet article, tom. VIII, n°. 467 et suivans, où nous renvoyons le lecteur.

Nous y reviendrons, en expliquant la quatrième disposition de l'art. 1348, qui porte : Que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus d'une valeur de 150<sup>f</sup>, reçoit exception « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, etc. »

Les transcriptions des actes ont cela de commun avec les copies faites par un officier public, hors de la présence des parties, qu'on ne peut les considérer comme émanées de celui contre lequel la demande est formée. Mais si, nonobstant cela, elles peuvent former contre lui, avec les conditions prescrites, un commencement de preuve



écrite, est-il nécessaire, pour cet effet, que les actes copiés ou transcrits en soient émanés ?

Nous avons déjà remarqué, tom. VIII, n°. 433, que les art. 1555 et 1556 n'exigent point cette condition. Ils ne distinguent point entre les personnes de qui sont censés émanés les actes copiés ou transcrits, et nous ne devons pas faire une distinction qui n'est pas dans la loi. Il suffit donc, mais aussi cette condition est indispensable, que les actes copiés ou transcrits soient de nature, si les originaux paraissent, à être opposés à celui contre lequel la contestation est engagée.

72. L'art. 1556, qui accorde, en certains cas, la force d'un commencement de preuve par écrit *à la transcription d'un acte sur les registres publics*, ne dit point quels sont les registres dont il entend parler. Il est évident que c'est de la transcription littérale faite en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés ; transcription établie d'abord par la loi du 11 brumaire an VII, concernant le régime hypothécaire, comme une formalité nécessaire pour transférer la propriété des immeubles, et conservée par le Code, art. 2181 et suivans, mais seulement comme un moyen de purger les privilèges et hypothèques.

C'est cette transcription qui peut servir de commencement de preuve par écrit, sous les conditions exigées par l'art. 1556 et par l'art. 2181, qui veut que les actes soient transcrits en entier par le conservateur des hypothèques *dans l'arrondissement duquel les biens sont situés*. C'est lui qui est

compétent pour faire ces transcriptions; c'est sur ses registres seulement qu'elles doivent être faites: c'est donc lui seul qui peut leur conférer les effets qu'y attache la loi. Si la transcription était faite sur les registres d'un arrondissement autre que celui où les biens sont situés, elle n'aurait l'effet ni de purger les hypothèques, ni de pouvoir servir de commencement de preuve écrite: la transcription suspecte, faite dans un arrondissement étranger, ne pouvant remplir le but de la loi, il est impossible d'y attacher les mêmes effets qu'à la transcription régulière et légale.

A plus forte raison, si la transcription était faite sur les registres publics, autres que ceux de la conservation des hypothèques, et destinés à d'autres usages.

Cependant, M. Delvincourt a pensé que la transcription des actes sur d'autres registres publics quelconques, doit avoir l'effet d'un commencement de preuve.

Pour expliquer ces mots de l'art. 1356, « la transcription sur les registres publics, » il ajoute en note (1): « Tels que ceux de l'enregistrement, de la conservation des hypothèques, etc. »

Il nous semble que c'est une inadvertance manifeste; ce savant professeur sait mieux que personne qu'on ne transcrit point les actes, c'est-

---

(1) Voy. tom. II de son Cours du Code civil, pag. 850, not. 7 de la 5<sup>e</sup>. édition, imprimée en 1819.

A-dire qu'on ne les copie pas en entier sur les registres de l'enregistrement. Ces registres ne contiennent qu'une énonciation sommaire de la nature de l'acte, afin d'en constater la date. Or, le titre du paragraphe où est placé l'art. 1336 nous avertit qu'il ne s'agit, dans ce paragraphe, que des *copies* de titres ou actes.

Quant à l'*et cætera*, qui paraît indiquer que, dans l'opinion de l'auteur, la transcription des actes sur des registres publics quelconques peut servir de commencement de preuve par écrit, il est impossible d'admettre une interprétation aussi étendue de l'art. 1336, dont les dispositions sont tirées de Pothier, n°. 738, qui ne parlait que du registre des insinuations anciennes, auxquelles sont, en certains points, comparables les transcriptions sur les registres de la conservation des hypothèques.

Cependant l'autorité de M. Delvincourt a déjà entraîné M. Duranton (1) dans la même erreur, du moins quant à l'enregistrement des actes.

Cet auteur pense que l'enregistrement d'un acte peut être admis pour commencement de preuve par écrit; mais ses propres raisonnemens suffisent pour le réfuter.

Il pose en principe que, lorsqu'une pièce n'est pas de la main de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, il faut, pour qu'elle puisse servir de

---

(1) Traité des contrats et des obligations en général, tom. IV, numéro 1333.



commencement de preuve par écrit, qu'une disposition de la loi le déclare. Il convient ensuite que l'art. 1336 ne parle que de la *transcription* sur les registres du conservateur, et non du simple *enregistrement*.

Il ajoute que ces deux modes étant si différens, l'un étant la copie littérale de l'acte, l'autre n'en étant qu'une énonciation très-succincte, la raison qui a pu faire admettre le premier, comme pouvant servir de commencement de preuve par écrit, n'est pas la même pour l'autre.

La conséquence naturelle et nécessaire de ces prémisses, est que le simple enregistrement d'un acte ne peut servir de commencement de preuve par écrit.

Cependant l'auteur finit par conclure qu'on peut admettre l'enregistrement des actes pour commencement de preuve écrite sans *inconvéniens sérieux*, parce que, selon lui, cet enregistrement rend le fait allégué plus vraisemblable qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent.

La loi en a jugé autrement, et nous devons nous y tenir. Un arrêt qui admettrait le simple *enregistrement* d'un acte pour commencement de preuve écrite, échapperait difficilement à la censure.

73. L'acte de vente, consenti à *non domino*, peut former un commencement de preuve contre l'ancien propriétaire.

L'acquéreur de bonne foi peut le lui opposer pour opérer la prescription de dix ou vingt ans; si cet acte est sous scing privé, il n'en prouve pas

moins contre ce dernier *rem ipsam*, c'est-à-dire la réalité de la vente. Mais il ne peut suffire seul pour établir que la prescription est acquise; car il faut deux choses pour l'opérer : 1°. un titre valable; 2°. une possession continuée pendant dix ou vingt ans.

L'existence du titre est prouvée par la représentation de l'acte; mais outre que sa date n'est pas assurée contre un tiers, s'il n'a pas été enregistré (1328), la durée de la possession n'est pas prouvée; car il est possible qu'elle ne remonte pas à la date du titre; mais ce titre forme un commencement de preuve écrite, qui autorise l'acquéreur à prouver par témoins l'époque précise de son contrat, et le fait de sa possession continuée depuis dix ou vingt ans. On l'a toujours ainsi jugé sous l'ancienne jurisprudence. (*Voy.* ce que nous avons dit tom. VIII, n°. 240 à 246, à la note, et n°. 432) (1).

---

(1) Mais pourquoi le contrat de vente, consenti *à non domino*, fait-il foi contre l'ancien propriétaire, et peut-il lui être opposé? Pourquoi la règle si raisonnable, *res inter alios acta tertio non nocet*, cesse-t-elle en ce cas d'avoir son application? Nous n'avons point expliqué ce pourquoi, tom. VIII, n°. 148 et 149, où nous nous sommes borné à exposer l'opinion de Dumoulin et de Pothier, qui n'ont point eux-mêmes donné la raison première sur laquelle repose leur doctrine; en un mot, quelle est la raison, *à priori*, qui a déterminé les jurisconsultes romains, dont nous suivons la doctrine, à décider qu'un contrat passé entre des tiers peut avoir la force de dépouiller l'ancien propriétaire?

Cette raison se trouve dans la juste faveur dont jouit encore la possession, depuis l'établissement de l'état civil, et dans la prérogative qu'elle y conserve, de faire présumer le possesseur propriétaire, jusqu'à la preuve du contraire. Avant l'état civil, la propriété n'étant point séparée de la possession, s'acquerrait par elle et se perdait avec elle, comme nous l'avons vu, tom. III. Les lois civiles créèrent le

Si la vente faite à *non domino* était authentique, le contrat suffirait seul pour faire preuve, tant du fait de la vente, que de la date de la possession de l'acquéreur, laquelle serait censée remonter à l'époque indiquée par le contrat, jusqu'à la preuve du contraire.

Si l'original et la première grosse n'existaient plus, la copie ou la transcription qui en aurait été faite pourrait, sous les conditions exigées par les art. 1535 et 1536, former un commencement de preuve écrite, quoique l'original perdu ne fût émané ni de l'ancien propriétaire, ni de ses auteurs. (*Voy.* tom. VIII, n<sup>os</sup>. 431 et suivans).

droit abstrait que nous appelons *propriété*. Elles en firent un être incorporel, séparé de la possession, et qu'on peut conserver sans la possession; mais elles n'ont point ôté à la possession la prérogative de faire au moins présumer propriétaire celui qui possède. C'est une présomption fondée sur la nature des choses, et confirmée par les lois civiles; elle est si forte, qu'elle milite même contre celui auquel appartient le droit de propriété. Tout possesseur annal a le droit de dire : Je possède, donc je suis propriétaire; je ne puis être évincé qu'en vertu d'une preuve contraire, bien claire et bien positive; en attendant, je continuerai de posséder.

Si la possession est fondée sur un titre, la force légale de la présomption augmente avec le tems, et finit par l'emporter sur le droit abstrait de l'ancien propriétaire. La loi ne lui accorde, pour le faire valoir, que dix ans, s'il est présent, vingt ans s'il est absent; après ce tems écoulé, il ne peut plus se prévaloir de ses titres, quels qu'ils soient, contre le possesseur, qui peut lui répondre : Vos titres me sont étrangers; ils sont, à mon égard, *res inter alios acta*. J'ai aussi moi un titre de propriété; mais j'ai de plus que vous une possession paisible, continue et fondée sur mon titre. Vous n'en avez aucune : je dois donc être préféré. Ainsi le veulent la raison et la loi : *In pari causâ possessor potius haberi debet*. Loi 128, ff de R. J. Cette règle, suspendue pendant dix ou vingt ans en faveur de votre ancien droit de propriété, reprend, après ce tems, toute sa force en faveur de l'intérêt public et de l'in



74. Après les écrits qui peuvent servir de commencement de preuve écrite, quoique non émanés de celui contre lequel la demande est formée ou de ses auteurs, il reste à parler de ceux qui en sont émanés. Ceux-ci, ce qui peut d'abord paraître étrange, font naître plus de questions et de difficultés que ceux-là.

La raison en est que les écrits non émanés du défendeur ou de ses auteurs, et qui néanmoins peuvent servir de commencement de preuve, sont presque tous particulièrement indiqués par la loi, laquelle prescrit même quelquefois les conditions nécessaires pour leur conférer cette prérogative, tandis que ceux qui en sont émanés, si on en excepte un petit nombre, ne sont indiqués par elle que d'une manière vague et indéfinie.

L'art. 1347 admet indéfiniment tous ceux qui *peuvent rendre vraisemblable le fait allégué*. Le nombre de ces écrits est donc indéfini; car comment

---

terêt particulier, qui ne permettent pas de laisser plus long-tems la propriété incertaine, ni les familles exposées à de vieilles recherches.

La force de la possession continuant d'aller en augmentant avec le tems, elle finit, si elle a duré trente années, par dispenser le possesseur de représenter son titre. Il peut dire alors : Je suis propriétaire, parce que j'ai possédé pendant trente ans. Vos titres, quels qu'ils soient, ne peuvent m'être opposés. Quant au mien, c'est le plus ancien, le plus naturel, le plus respectable de tous les titres, ma possession. Osez-vous la nier ? Je la prouverai par témoins. C'est un fait sur lequel ils ne peuvent se tromper. Exigez-vous un commencement de preuve ? Je n'en ai pas besoin, parce qu'il ne s'agit que d'un fait continu, dont je n'ai pu me procurer une preuve littérale ; enfin, j'ai en ma faveur le plus fort de tous les commencemens de preuve, ma possession, qui forme un titre de propriété écrit dans la loi même.

Telle est la véritable théorie de la matière.

donner une énumération complète des écrits qui peuvent rendre le fait vraisemblable?

75. Il paraît aussi bien difficile, pour ne rien dire de plus, de ranger en classes régulières, séparées par des caractères distincts, et auxquelles on puisse les rapporter, les différentes espèces de commencemens de preuve écrite qui peuvent se présenter.

On peut cependant en faire certaines divisions générales pour soulager la mémoire, pour guider l'esprit dans ses recherches, et mettre un peu d'ordre dans l'examen successif, qu'il est utile de faire de ceux d'entre les écrits qui méritent des explications particulières, à raison des difficultés qu'on a élevées, ou qu'on peut encore élever à leur sujet.

76. Entre les écrits émanés du défendeur, et qui peuvent servir de commencement de preuve, on distingue, 1°. ceux auxquels, pour former une preuve complète, il ne manque que la reconnaissance de l'écriture ou de la signature, tels que sont les actes privés, revêtus de toutes les formes prescrites par la loi;

77. 2°. Ceux dont l'écriture n'est pas déniée ou méconnue, et qui contiennent précisément le fait allégué avec les énonciations nécessaires pour le constater, mais auxquels néanmoins la loi désire qu'il soit ajouté quelque chose de plus pour former une preuve complète; tels que les billets non entièrement écrits de la main de celui qui les a souscrits. lorsqu'il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres; les actes synallagmatiques où l'on n'a point ajouté qu'ils ont été faits doubles, et qui n'ont pas

eu de commencement d'exécution; les promesses de vente, suivies de tradition.

On peut encore ranger dans cette classe les actes nuls ou imparfaits, les actes prescrits, les énonciations étrangères à la disposition des actes (1520);

78. 3°. Ceux qui, sans parler précisément du fait allégué, ou n'en parlant que par énonciation (1320), parlent d'un fait analogue, duquel on peut conclure, par induction, que le fait allégué est au moins vraisemblable. Cette classe très-nombreuse contient les lettres missives, etc. Il paraît que ce sont les écrits de cette nature qu'a eus principalement en vue l'art. 1347;

79. 4°. Ceux qui ne sont pas signés, mais seulement écrits par celui contre lequel la demande est formée, ou par ses auteurs.

80. Les écrits de la première classe, ceux qui ne manquent d'aucune des formes prescrites par la loi, ne nous occuperont pas long-tems, après ce que nous avons déjà dit nos. 61 et 62.

Nous avons vu que l'écriture, quelle qu'elle soit, ne prouve rien par elle-même, et si, par de hautes considérations d'intérêt public, la loi civile a fait à cet égard une exception en faveur des écritures authentiques qui sont foi par elles-mêmes, elle n'a point accordé la même prérogative aux écritures privées, quoique souscrites par les parties.

Nous avons vu que ces écritures ne formaient, ni en droit romain ni en droit français, une preuve complète, une *pleine preuve*, dit Bouteillier. Il fallait nécessairement y ajouter la preuve testimo-



niale, *in coadjuvationem scripturæ*, d'où résultait une preuve mixte beaucoup plus forte que la simple preuve testimoniale dénuée du secours de l'écriture.

Nous avons ajouté que l'ordonnance de Moulins n'avait rien innové sur ce point; qu'elle avait au contraire confirmé l'ancien droit, et déclaré expressément qu'en défendant de recevoir la preuve testimoniale des conventions au-dessus de 100<sup>f</sup>, elle n'entendait point comprendre dans cette prohibition la preuve des conventions *faites sous seings et écritures privés*.

Les actes sous seings privés continuèrent donc de ne former, comme auparavant, qu'un commencement de preuve qu'il fallait compléter par la preuve testimoniale.

Cet ancien droit, aussi confirmé par l'ordonnance de 1667, l'a été de nouveau par le Code, qui ne semble même pas permettre aux juges de refuser la preuve testimoniale des conventions consignées dans des écritures privées : la *vérification en sera ordonnée* (1), dit l'art. 1324, parce qu'en effet, dans ce cas, la vraisemblance de la présomption fondée sur un pareil écrit est tellement forte, qu'elle nécessite un approfondissement ultérieur, que la loi ne permet point aux juges de négliger. Il est même permis, en ce cas, de compléter la preuve par d'autres présomptions. La preuve tes-

---

(1) Tant par titres que *par témoins*, dit l'art. 195 du Code de procédure.

timoniale n'est point indispensablement nécessaire. (Arg. art. 1553).

§1. Les écrits de la seconde classe font naître une foule de questions qui exigent plus d'explication.

On demande d'abord si le billet sous seing privé, souscrit, mais non écrit de la main du débiteur, et au pied duquel il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres, suivant le vœu de l'art. 1526, peut former un commencement de preuve suffisant pour autoriser le créancier à dissiper, par la preuve testimoniale, le soupçon de surprise que peut faire naître le défaut d'approbation de la somme contenue dans le billet.

Nous l'avons dit ailleurs (1), et nous le répétons avec une pleine et entière conviction, il ne nous paraît pas possible d'en douter, en ne suivant que le bon sens, la raison et les dispositions du Code; l'art. 1347 n'exige que deux conditions pour qu'un écrit puisse former un commencement de preuve; l'une, qu'il soit émané du débiteur ou de son auteur; l'autre, qu'il rende *vraisemblable* le fait allégué.

Or, quel homme, jouissant de son bon sens et de sa raison, oserait soutenir qu'un billet de 3,000<sup>f</sup>, souscrit, mais non entièrement écrit par un homme éclairé, qui n'en méconnaît pas la signature, par un premier président, par exemple, ne rend pas même *vraisemblable* que la somme qu'il s'oblige de

---

(1) Tom. VIII, nos. 289, 295 et 297.

rendre lui a été comptée, parce que le corps du billet est de la main du secrétaire, tandis que le billet, souscrit seulement, mais non écrit par le dernier de ses valets, formera une preuve complète contre le signataire?

Jamais le plus intrépide chicaneur, Rollet lui-même, n'eût osé élever des doutes sur cette question, si quelques arrêts n'avaient pas brouillé les idées, en confondant les dispositions injustes d'une loi de circonstance donnée en 1733, avec les sages dispositions de l'art. 1326, qui sont toutes différentes : c'est cette malheureuse confusion qui a obscurci une question si claire par elle-même.

Après les malheurs de la régence, les escrocs et les faussaires s'étaient multipliés à l'excès; ils s'étaient procuré, par artifice ou autrement, des signatures vraies de plusieurs personnes; ils avaient trouvé l'art d'enlever les écritures qui étaient au-dessus, pour y substituer des billets ou promesses, ou bien lorsqu'il se trouvait du blanc entre l'écriture et la signature, ils coupaient le papier pour écrire sur le blanc qui restait au-dessus de la signature (1).

La déclaration de 1733 crut prévenir ces faux et en tarir la source, en déclarant *nuls, et de nul effet et valeur*, les billets qui ne seraient pas écrits, ou du moins dont la somme ne serait pas approuvée *en toutes lettres* de la main de celui qui les avait souscrits; lequel néanmoins était tenu d'affirmer,

---

(1) Voy. le préambule de la déclaration de 1733.



sous la religion du serment, qu'il n'en avait point reçu la valeur (1).

Et comme le législateur reconnut l'impossibilité d'assujettir à cette formalité les actes nécessaires pour le commerce, ou faits par des gens occupés aux arts et métiers, et à la culture des terres, il excepta de la rigueur de la loi les billets faits par les *banquiers, négocians, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs et autres de pareille qualité*.

Les lois n'étant point alors soumises à une discussion publique, le législateur ne fut point averti des vices nombreux de sa nouvelle loi, contraire à tous les principes (2), et qui avait les grands inconvéniens,

1°. De ne protéger que la classe des citoyens instruits, et non la classe la plus nombreuse de la société, la plus facile à surprendre, celle, en un mot, qui a le plus besoin de protection;

---

(1) Pourquoi cette disposition ne se trouve-t-elle pas dans l'art. 1526? Sans doute parce que le Code n'a point voulu interdire au créancier la faculté de prouver que le billet n'a point été surpris, et que la somme a été réellement comptée; ce qu'il ne pourrait faire, si le débiteur était admis à jurer qu'il n'a pas reçu la somme. La loi de 1755 déclarait nul le billet; elle exigeait seulement que le débiteur jûrât qu'il n'en avait point reçu la valeur. Elle ne réservait point la preuve contraire au créancier.

Le Code, au contraire, ne déclare point le billet nul; il dit seulement qu'il est insuffisant pour faire une preuve complète; ce qui laisse au créancier la faculté de compléter la preuve, sauf au débiteur à prouver qu'il a été surpris. Ainsi, le Code a eu la sagesse de réserver les droits respectifs.

(2) Voy. tom. VIII, nos. 275 et suiv.

2°. De ne point remplir son but, même à l'égard de ceux qu'elle a eu l'intention de protéger, puisqu'on peut, au lieu d'un billet, écrire au-dessus de la signature surprise un mandat d'emprunter ou de vendre, etc.;

3°. De favoriser la mauvaise foi et de devenir un piège pour les hommes simples;

4°. Enfin, de multiplier à l'infini le nombre des procès.

L'expérience démontra ces vices, et la raison, dont l'empire finit toujours par l'emporter sur les mauvaises lois, fit sentir la nécessité d'adoucir la rigueur de la déclaration de 1733 : les Parlemens se permirent de s'en écarter quand les circonstances détruisaient la présomption de surprise.

Voici comment s'expriment à cet égard deux jurisconsultes célèbres, MM. Camus et Bayard, qui écrivaient au commencement de la révolution, dans la nouvelle Collection de jurisprudence, tom. III, pag. 531 :

« Au surplus, comme ce n'est que pour empê-  
» cher les surprises que la loi exige cette opération  
» (celle de la somme en toutes lettres), si les cir-  
» constances étaient telles qu'on ne pût présumer  
» de la surprise de la part du porteur du billet,  
» celui qui l'a signé serait condamné à payer. »

Ces auteurs se fondent sur un arrêt du 30 juillet 1748. On sait que ce recueil, l'un des meilleurs qui existent, est une des sources où les rédacteurs du Code ont souvent puisé.

Avertis par l'expérience, et guidés par l'opinion

publique, nos sages législateurs ont voulu, sur ce point, bannir de la nouvelle législation les vices de l'ancienne. La possibilité, le soupçon même qu'un escroc ou un faussaire ait surpris la signature mise au pied d'un billet non écrit de la main du débiteur, ne suffisent certainement point aux yeux de la raison pour déclarer nuls tous les billets pareils faits de bonne foi, et sans surprise ni supercherie.

Le Code s'est donc bien gardé de répéter la nullité prononcée par la déclaration de 1735, contre les billets dénués de la formalité extrinsèque de l'approbation de la somme.

Mais comme l'observation de cette formalité peut prévenir une surprise, comme son omission peut la faciliter et en fortifier le soupçon, l'art. 1326 a voulu conserver la formalité de l'approbation de la somme en toutes lettres, non plus comme entraînant, en cas d'omission, la nullité du billet; non plus comme suffisante pour faire, sans autre éclaircissement, déférer le serment judiciaire au débiteur, mais comme nécessaire pour conférer au billet la prérogative de faire pleine foi, lorsqu'il est reconnu ou légalement tenu pour tel.

Pour être convaincu que tel est l'esprit du Code, il suffit d'en lire les textes sans prévention, et d'observer la série de ses dispositions.

L'art. 1326 est placé dans la section qui traite *de la preuve littérale*. Le § 1 traite de la preuve qui résulte des actes *authentiques*; le § 2 de celle qui



résulte de l'*acte sous seing privé*. Voici la série de ces dispositions :

L'acte sous seing privé ne fait point preuve par lui-même, mais il oblige celui auquel on l'oppose d'avouer ou de désavouer son écriture ou sa signature, et de déclarer s'il reconnaît celle de son auteur.

S'il la reconnaît, l'acte fait contre lui, ses héritiers ou ayant-cause, la même foi que l'acte authentique.

S'il garde le silence, s'il ne se présente pas pour avouer ou désavouer son écriture, pour déclarer s'il reconnaît ou non celle de son auteur, l'acte est tenu pour reconnu (art. 194 du Code de procédure), et fait contre lui la même preuve que l'acte authentique.

Mais pour produire ces effets, « le billet, dit » l'art. 1326, ou la promesse sous seing privé, par » lequel une seule partie s'engage envers l'autre à » lui payer une somme d'argent ou une chose ap- » préciable, doit être écrit en entier de la main de » celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre » sa signature, il ait écrit un *bon* ou un *approuvé* » portant en toutes lettres la somme et la quantité » de la chose. »

Si ce billet n'est pas entièrement écrit de la main du signataire, ou si la somme n'a pas été approuvée en toutes lettres, doit-il être déclaré nul, comme le voulait la déclaration de 1733?

Non, certes; car l'art. 1326 ne le dit point, et

cette déclaration est abrogée par l'art. 7 de la loi du 20 ventôse an XII.

Mais du moins le signataire du billet peut-il se faire absoudre ou renvoyer hors d'assignation, en offrant d'affirmer par serment qu'il n'a pas reçu la valeur du billet, comme le lui ordonnait la déclaration de 1733?

C'est encore ce que ne porte point l'art. 1526, qui n'a pas répété cette disposition de la déclaration; et en ne la répétant point, il l'a rejetée, puisqu'encore une fois, cette loi est expressément abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Le magistrat ne peut donc, sans excès de pouvoir, exhumer une loi abrogée pour y chercher une nullité que n'a point prononcée le Code, ni une disposition qu'il a rejetée en ne l'adoptant pas.

Mais enfin, dira-t-on, si le billet non écrit et non approuvé du signataire n'est pas nul; si le signataire ne peut se faire renvoyer hors d'assignation sous son serment, en offrant de jurer qu'il n'en a pas reçu la valeur, quelle sera donc la force du billet et quel sera l'effet de l'art. 1526, qui porte qu'il faut que ce billet soit entièrement écrit, ou au moins approuvé du signataire?

Son effet, comme nous l'avons déjà dit, est d'empêcher le billet de faire preuve complète, comme le ferait un billet écrit et approuvé du signataire qui ne désavoue pas sa signature.

Vous me présentez un billet de 50,000<sup>f</sup>, au pied duquel se trouve ma signature. Je puis vous répondre pour toute défense, sans désavouer ma si-

gnature, que ce billet n'est pas de ma main, que je n'en ai point approuvé la somme, et qu'il ne fait point preuve contre moi; et sur cette seule défense, sans que je vous accuse d'aucune surprise, d'aucune supercherie, le magistrat ne pourra me condamner : il me condamnerait sans preuve, il violerait la disposition de l'art. 1326. Si j'ajoutais que je n'ai point reçu la valeur du billet, qu'il m'a été surpris, je ne serais point obligé de le prouver.

Si le billet était de ma main, ou si j'en avais approuvé la somme, j'alléguerais inutilement que je n'en ai point reçu la valeur, que ma signature a été surprise, etc.; il faudrait payer ou prouver le dol et la supercherie, si toutefois j'étais dans le cas d'en faire la preuve.

Voilà donc une différence très-grande et très-remarquable établie par le Code, entre le billet écrit ou approuvé de la main du signataire, et celui qui ne l'est pas.

Le premier fait une preuve complète, si l'écriture n'est pas contestée, sauf au débiteur, s'il y a lieu, à prouver le dol ou la surprise.

Le second ne fait point preuve par lui seul, lors même que la signature en est avouée ou non contestée, sans que le débiteur soit tenu de prouver la surprise ou le dol, sans qu'il se plaigne de n'en avoir pas reçu la valeur.

Mais le billet existe, et la loi s'est bien gardée d'en prononcer la nullité. Le créancier pourra donc s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour être admis à prouver par témoins.



que le billet n'a pas été surpris, et que le signataire en a reçu la valeur. Il faudrait, pour en douter, rayer du Code l'art. 1347. On appelle commencement de preuve, dit-il, tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué; or, qui peut, sans renoncer au bon sens et à la raison, soutenir sérieusement qu'un billet souscrit par un homme éclairé, ne rend pas même vraisemblable que la somme qu'il s'oblige de payer lui ait été comptée, tandis que s'il était commerçant, ou né dans la classe utile, mais peu instruite, des artisans, des manouvriers, etc., le même billet formerait contre lui-même une preuve complète et irréfragable? En un mot, *tout écrit* émané du débiteur, et qui rend vraisemblable le fait allégué, forme un commencement de preuve.

Le Code n'a point excepté, il n'a pas dû excepter le billet non écrit par le signataire. Cet écrit, dont il ne désavoue pas la signature, forme donc contre lui un des plus forts commencemens de preuve que l'on puisse imaginer. Voilà ce qu'a voulu l'art. 1326, en se bornant à refuser à ce billet la prérogative de faire une preuve complète. Cet article forme donc un droit nouveau infiniment plus sage, infiniment plus raisonnable que la déclaration de 1733, qui est abrogée et qu'on ne doit plus invoquer.

82. Mais il faut ici répondre à une objection qu'on peut tirer de la combinaison des art. 1326 et 1352; objection qui, bien examinée, se tourne en preuve en faveur de notre opinion. On peut dire que le premier de ces articles refuse au billet non

écrit par le signataire la prérogative de faire preuve, quoique la signature n'en soit pas déniée. Il établit donc contre le billet une *présomption légale* de surprise, sur le fondement de laquelle il lui ôte la force probante qu'ont les autres actes sous seing privé, dont l'écriture est reconnue.

Or, suivant l'art. 1352, nulle preuve n'est admise contre la *présomption de la loi*, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes, ou dénie l'action en justice, à moins *qu'elle n'ait réservé la preuve contraire*.

Donc le créancier ne peut demander à prouver, contre la présomption de la loi, que celui qui a signé un billet non écrit de sa main n'a pas été surpris, et qu'il en a reçu la valeur, puisque la loi n'a point réservé cette preuve au créancier.

Pour répondre à ce raisonnement, il suffit de rappeler ici les principes du Code sur les présomptions. On en distinguait autrefois trois espèces : la présomption dite *juris et de jure*, parce que la preuve contraire n'étant pas admissible, elle établissait le droit (1).

La présomption dite simplement *juris*, de droit, aussi établie par la loi, qui dispense à la vérité de toute preuve celui au profit duquel elle existe, mais qui n'exclut pas la preuve contraire.

Enfin, les présomptions qui ne sont point éta-

---

(1) Voy. tom. X, nos. 35 et suiv., où nous avons établi les principes du Code sur la présomption.

blies par la loi, et qu'elle abandonne aux lumières et à la prudence des juges.

Mais comment distinguer les présomptions *juris et de jure*, dont la preuve contraire n'était pas admissible, des simples présomptions de droit, *præsumptiones juris*, qui, en dispensant de la preuve celui en faveur duquel elles existent, ne lui défendent point de prouver le contraire ?

Comment, en un mot, tracer des règles sûres pour connaître quand on pouvait admettre la preuve contraire contre une présomption de droit ? Le Code a fait, par des dispositions simples et raisonnables, cesser en ce point les longues controverses des docteurs, qui ne pouvaient s'accorder.

Toute présomption est la conséquence qu'on tire d'un fait connu et certain, pour parvenir à la connaissance d'un fait incertain ; cette conséquence est tirée par la loi elle-même, ou par le magistrat (1349).

« La présomption légale est celle qui est attachée » par une loi spéciale à certains actes ou à certains » faits » (1350).

C'est la présomption expressément établie par la loi, et non pas celle qu'on voudrait établir par induction, en tirant une conséquence de la disposition de la loi ; une pareille présomption dégènerait en présomption de l'homme : je présume que la loi a voulu présumer.

L'effet commun de toutes les présomptions légales est de dispenser de toute preuve celui en faveur de qui elle existe (1352).

Mais le dispenser de la preuve, ce n'est pas in-



terdire à la partie adverse la faculté de se défendre, en donnant une *preuve* contraire à la présomption. La défense est de droit naturel ; l'empêcher serait une injustice.

La loi ne peut donc le faire sans des considérations supérieures d'intérêt public, comme dans le cas de la présomption qui déclare le mari père de l'enfant. Encore la loi permet-elle en certains cas, au mari, de détruire la présomption par une preuve contraire ; car il est dans la nature des présomptions de céder à la preuve. Il n'est pas même nécessaire que la loi réserve la preuve, il suffit qu'elle ne l'ait pas défendue.

C'est aussi ce qu'enseigne le tribun Jaubert, dans son rapport (1) :

« Lorsque le Code, dit-il, se borne simplement à établir une présomption, la preuve contraire peut être admise, *quoique la loi ne la réserve pas*, parce qu'il est dans la *nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve.* »

« Mais si la loi, en établissant une présomption, a déclaré que cette présomption suffisait pour que certains actes fussent annulés, ou si, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice, alors nulle preuve n'est admise, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire. »

C'est par une règle aussi simple et aussi juste, dit M. Bigot de Préameneu (2), qu'on fait cesser les

(1) Exposé des motifs, tom. V, pag. 197.

(2) *Ibid.*, pag. 57.

**Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.** 155

longües controverses sur les caractères distinctifs des présomptions de droit. Appliquons cette règle à notre art. 1526.

A-t-il établi une présomption légale contre les billets non écrits par le signataire, et dont la somme n'est pas approuvée?

On peut le nier, puisqu'il se borne à dire que le billet *doit être entièrement écrit de la main de celui qui le souscrit, ou du moins qu'il faut, outre sa signature, qu'il ait approuvé la somme en toutes lettres.* Cette formalité est établie, comme nous l'avons dit précédemment, pour que le billet fasse la même foi que l'acte authentique (1522), lorsque la signature en est reconnue, ou légalement tenue pour telle.

Mais cet article a-t-il prononcé une peine contre l'inobservation de la formalité *du bon*, ou de l'approuvé de la somme? Aucune, si ce n'est l'insuffisance du billet pour faire preuve, quoique la signature n'en soit pas contestée, et cette insuffisance n'est pas une peine.

Pourquoi le législateur a-t-il exigé cette formalité? Sans doute parce qu'il est possible que le billet dont la somme n'est point approuvée, ait été écrit au-dessus d'un blanc-seing, ou que le signataire l'ait souscrit de confiance, sans le lire, et croyant signer toute autre chose.

Le *bon* ou l'approuvé de la somme en toutes lettres, fait disparaître le soupçon que peut faire naître cette possibilité.

Si l'on veut appeler ce soupçon une *présomption légale*, soit : supposons donc que l'art. 1526 ait

établi contre le billet dont la somme n'est pas approuvée, une présomption de surprise; cette présomption est-elle du nombre de celles qui excluent la preuve contraire? Non certainement, puisque le Code ne l'a point jugé *assez forte*, comme le dit M. Prémeneu, *pour prononcer d'une manière absolue la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action* (1).

Il en résulte donc, pour emprunter les expressions de M. Jaubert, que « la preuve contraire peut » être admise quoique la loi ne la réserve pas, parce » qu'il est dans la nature des présomptions qu'elles » cèdent à la preuve. »

Ainsi, loin de présenter une objection contre notre opinion, la disposition de l'art. 1352 nous en fournit la preuve la plus complète; il est désormais *démontré* (2) que, dans le cas de l'art. 1326, c'est-à-dire lorsque la somme n'est point approuvée, il est permis de prouver que le billet n'a point été surpris, et que la somme a réellement été comptée.

(1) L'art. 1965 nous donne l'exemple de la manière dont le Code prononce la *dénégation de l'action*. Il porte : « La loi n'accorde aucune action pour dette de jeu, ou pour le paiement d'un pari. »

(2) La démonstration nous paraît désormais telle, que nous croyons inutile de répéter ici ce que nous avons dit tom. VIII, nos. 291 et 292, pour combattre un arrêt que rendit la Cour royale de Paris, le 5 décembre 1816, par une confusion évidente des dispositions de la déclaration de 1735 avec celles du Code; arrêt d'ailleurs rempli d'erreurs de droit manifestes, contraire à d'autres arrêts rendus dans les vrais principes, notamment à celui de la Cour de Turin, du 20 avril 1808, rapporté par Sirey, tom. IX, 2<sup>e</sup> part., pag. 509. L'arrêt de la Cour de Paris est aussi fortement combattu par M. Duranton, tom. IV, numéros 1282 et 1283. Il pense, comme nous, n<sup>o</sup>. 1285, que le billet dont la somme n'est pas approuvée en toutes lettres forme un commencement de preuve écrite.



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 155

Si la signature du billet dont la somme n'est pas approuvée par le signataire, était désavouée ou seulement méconnue, le créancier pourrait en demander la vérification tant par titres que par experts et par témoins, conformément à l'art. 195 du Code de procédure.

L'art. 1526 du Code civil ne contient rien de contraire; et, dans ce cas, la déposition des témoins respectifs ferait connaître si le billet a été surpris ou donné en connaissance de cause.

83. M. Duranton (1) prétend réduire l'acte dans lequel la cause de l'obligation n'est point exprimée, à un simple commencement de preuve écrite, qui autorise le créancier à prouver par témoins que l'obligation a une cause.

« Cette opinion singulière, qui, si elle était suivie, s'appliquerait aux actes authentiques aussi bien qu'aux actes sous seing privé, nous a paru tellement contraire au texte de la loi et à l'esprit du Code, que nous avons cru devoir l'examiner.

L'art. 1151, dit l'auteur, porte que l'obligation sans cause est nulle.....

A la vérité, l'art. 1152 ajoute que l'obligation n'en est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée dans l'acte.

Mais, poursuit M. Duranton, c'est le créancier qui argumente de cette disposition : *c'est donc à lui de prouver que l'obligation a une cause.*

---

(1) Traité des contrats, tom. I, n°. 507.

Cette conséquence est une première erreur manifeste. Oui sans doute, c'est le créancier qui argumente *de la disposition de la loi* ; mais, loin d'en conclure que c'est à lui de prouver que l'obligation a une cause, il faut en conclure, au contraire, qu'il n'est tenu à aucune preuve.

C'est un principe incontestable en jurisprudence : celui qui a en sa faveur une *disposition ou une présomption de la loi* est dispensé de toute preuve ( article 1152 ).

Le créancier qui présente un acte que la loi déclare valable, quoique la cause de l'obligation n'y soit pas exprimée, est donc dispensé de toute autre preuve.

Mais, ajoute M. Duranton, « on ne peut dire que » l'obligation est présumée avoir une cause, lorsque » cette cause n'est pas exprimée....., puisque » la loi pose en principe que l'obligation sans cause » est nulle, ce qui signifie, selon nous ( ce sont ses » expressions ), *que l'obligation est nulle, si la cause » n'en est point exprimée.* »

L'auteur aurait parfaitement raison, si telle était, en effet, la *signification* de l'art. 1151 ; mais c'est précisément pour qu'on ne lui donne pas cette *signification*, que l'art. 1152 ajoute de suite : « *La » convention n'en est pas moins valable, quoique la » cause n'en soit pas exprimée.* »

Après un texte aussi formel, il ne restait, pour soutenir l'opinion de M. Duranton, que de donner à l'art. 1151 une signification absolument opposée à celle que lui donne le Code. Selon nous, dit l'au-

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 157*

teur, l'art. 1131 signifie que l'obligation est nulle, si la cause n'en est pas exprimée.

Au contraire, cet article signifie, selon l'article 1132, qui en détermine le sens, que la convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Le lecteur aura donc à choisir entre le sens qu'a donné l'auteur à l'art. 1131, et celui qu'y donne le Code dans l'art. 1132.

Pour soutenir son opinion, M. Duranton prétend que c'est au créancier de prouver que l'obligation a une cause, parce que le débiteur ne peut prouver une négative.

Supposons, dit-il, que, sans rien devoir à Paul, je m'oblige volontairement et sans erreur de lui payer quelque chose, sans exprimer la cause. Cette obligation n'est qu'une pure libéralité qui n'est pas valable, parce qu'elle ne réunit pas les conditions requises pour valoir comme donation. Or, si je soutiens que cette obligation est nulle par le défaut de cause, on me réduit à l'impossible en me réduisant à prouver que l'obligation n'a point de cause.

Il y a ici deux erreurs à noter. La première consiste à dire que le billet où je me suis obligé par pure libéralité, de donner, par exemple, 1,000<sup>f</sup> à Paul est nul, parce qu'il ne contient point les conditions requises pour les actes de donation.

Il est aujourd'hui incontestable que les donations déguisées sous la forme d'un autre contrat sont valides, quoique l'acte ne contienne pas les formalités exigées pour les actes de donation.



La jurisprudence, trop long-tems incertaine sur ce point, est enfin fixée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, que nous avons indiqués, tom. IV, n°. 474, et tom. V, n°. 172 et 174.

On tient aujourd'hui pour maxime que les donations faites sous la forme d'un autre contrat sont valides, lorsqu'elles ne sont pas frauduleuses, et qu'elles sont seulement réductibles, en cas qu'elles excèdent la portion disponible.

Cette jurisprudence est raisonnable, et dans l'esprit du Code.

La remise d'une dette est une véritable donation; cependant personne ne doute qu'elle ne soit valable, quoiqu'elle ne soit pas revêtue de la forme exigée pour les actes de donation. Elle peut être faite par une quittance simulée, et n'en est pas moins valable. Si la donation sous la forme d'une quittance est valable, pourquoi ne le serait-elle pas sous la forme d'un billet, d'une vente, etc.? Enfin, la jurisprudence est fixée sur ce point.

La seconde erreur consiste en ce que M. Duranton affirme que celui qui se borne à nier est dispensé de la preuve, parce qu'on ne prouve point une négative.

Nous croyons avoir prouvé tom. VIII, n°. 17 et 18, que celui qui fonde une demande ou une exception sur une négative, doit la prouver.

Si la preuve est difficile dans le cas où le débiteur n'a point exprimé la cause de son obligation, ce n'est qu'à lui seul qu'il peut imputer cette difficulté.

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 159*

84. Nous avons dit ailleurs (1) que l'acte synallagmatique où l'on a oublié de référer qu'il a été fait double peut néanmoins former un commencement de preuve par écrit. Cette opinion, soutenue aussi par M. Delvincourt (2), est combattue par M. Duranton, et ses raisons méritent un sérieux examen.

Nous ne répéterons point ici ce que nous avons dit, tom. VIII, sur la doctrine des doubles ; mais, avant d'examiner les raisons de M. Duranton, il est bon d'examiner les points de cette doctrine sur lesquels nous sommes d'accord.

1°. Comme nous, M. Duranton pense que l'acte synallagmatique non fait double, ou dans lequel on n'a pas fait mention qu'il a été fait double, n'est pas nul parce qu'en effet la loi n'en a point prononcé la nullité. L'auteur le qualifie seulement d'irrégulier (3), et le regarde, par cette raison, comme insuffisant pour faire *plaine preuve, pleine foi* de la convention (pag. 269). Il pense que le Code a voulu que cet acte ne fût *par lui-même obligatoire* qu'autant qu'il fournirait à chacune des parties le pouvoir de contraindre l'autre à l'exécuter (pag. 279), mais qu'il fait pleine preuve aux yeux de la raison (pag. 281) ; qu'ainsi, celui qui l'a souscrit *aurait*

---

(1) Tom. VII, n°. 522.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Merlin, qui dit même « qu'il paraît qu'on n'y peut rien opposer de raisonnable. » Voy. tom. XVI du Répertoire, v°. *Double écrit*, pag. 210, col. A.

(3) Tom. IV, n°. 1279, sommaire du n°. 1285, et en plusieurs autres endroits.

*tort de soutenir que son obligation est nulle, parce que l'acte n'est pas régulier; qu'il a seulement raison de dire que cet acte ne la constate pas, et qu'il ne peut servir en aucune façon de moyens pour l'établir.*

Mais que l'autre partie peut lui déférer le serment sur l'existence de la convention;

2°. M. Duranton enseigne, comme nous, que l'acte n'est point de l'essence de la convention; qu'il n'en est que la preuve ou l'une des *preuves*, sur lesquelles on peut l'établir (n°. 1280 et suiv.); que cette convention n'en est pas moins valide, quoique, dans son système, il ne regarde pas comme une preuve ni comme un commencement de preuve, l'acte synallagmatique non fait double, qui ne donne pas aux deux parties obligées les mêmes moyens de forcer l'autre à l'exécuter, attendu que l'esprit de l'art. 1525 exige absolument cette égalité de position entre elles;

3°. L'auteur enseigne, comme nous, que la doctrine des doubles est hérissée de difficultés, et qu'il eût été plus sage de laisser de côté cette doctrine abstruse, inconnue dans le droit romain, et au moyen de laquelle les parties tournent souvent dans un cercle, en s'opposant mutuellement leur mauvaise foi (pag. 252).

Un savant magistrat (M. Nicod), qui a eu souvent la bonté de nous envoyer d'excellens avis, pense aussi que la disposition de l'art. 1525 est contraire au droit naturel et aux vrais principes de droit.



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 141

Nous insistons sur ce point déjà démontré, tom. VIII, n<sup>os</sup>. 310 et suivans, non pour en induire qu'il ne faut pas observer cet article, car la loi civile peut introduire des formalités inconnues au droit naturel; mais pour en conclure qu'il faut restreindre les dispositions de cet article dans les strictes bornes de son texte, sans les étendre par des conséquences qui n'y sont point nécessairement renfermées : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* Loi 14, ff de legib. Bacon, de justitiâ universali, aphor. 11.

Ainsi, d'accord sur les principes avec M. Duranton, nous n'en différons que sur un seul point. L'acte non fait double peut-il, comme nous le pensons, servir de commencement de preuve écrite? Divisons d'abord la question pour la résoudre plus sûrement.

On peut, en effet, demander à prouver :

1<sup>o</sup>. La réalité ou l'existence de la convention, qui, suivant la première disposition de l'art. 1525, n'est point valablement prouvée par l'acte irrégulier non fait double;

2<sup>o</sup>. Que l'acte a été fait double, quoique la mention en ait été omise.

Examinons d'abord cette seconde question :

Après avoir dit que les actes synallagmatiques doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties, l'art. 1525 ajoute :

« Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. »

Cette disposition , dit fort bien M. Duranton , n°. 1243, a pour objet d'empêcher que l'une des parties ne supprime son double pour en conclure que l'acte a été fait simple; qu'il est, par conséquent , irrégulier et sans force probante.

Si donc l'original représenté ne porte pas la mention qu'il a été fait double, il est censé qu'il a été fait simple. C'est une présomption de la loi.

Oui, sans doute; mais la preuve contraire à cette présomption peut-elle être reçue? Telle est la véritable question.

Or, l'affirmative n'est pas douteuse, d'après la disposition de l'art. 1352, qui, comme nous l'avons dit *suprà*, n°. 82, a fait cesser, par une disposition simple et raisonnable, les longues controverses sur la manière de distinguer les présomptions dites *juris et de jure*, dont la preuve contraire n'est point admise, des simples présomptions de droit, *juris non de jure*, qui, en dispensant de la preuve celui en faveur duquel elles existent, permettent néanmoins à l'autre partie la preuve contraire.

Voici la règle; en effet très-simple, établie par l'art. 1352, et telle qu'elle est expliquée par l'orateur du Gouvernement et par le tribun Jaubert. ci-dessus cités :

Si la loi, en établissant une présomption, l'a trouvée assez forte pour annuler les actes ou pour dénier l'action en justice, alors nulle preuve n'est admise, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire.

Si, au contraire, la loi n'a pas cru la présomp-

tion assez forte pour prononcer *d'une manière absolue*, selon l'expression de l'orateur du Gouvernement, la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action, la preuve contraire peut être admise, *quoique la loi ne la réserve pas*, parce que, dit fort bien le tribun Jaubert, *il est dans la nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve*.

Or, l'art. 1325 n'a point prononcé la nullité de l'acte synallagmatique, lorsque chaque original ne contient point la mention qu'il a été fait double; il n'a point également prononcé la dénégation de l'action : l'omission de cette mention rend seulement l'acte *irrégulier*, comme l'enseigne M. Duranton, et incapable de faire preuve par *lui-même*.

Concluons donc, avec assurance, que la preuve contraire à la présomption légale qu'il a été fait simple, peut être reçue quoiqu'elle ne soit pas réservée.

La grande, et presque l'unique raison de M. Duranton, pour nier que l'acte non fait double puisse servir de commencement de preuve, ne peut même s'appliquer au cas que nous venons d'examiner.

Chacune des deux parties, lorsque l'acte a été fait double, quoiqu'il n'en soit pas fait mention, se trouve dans une position parfaitement égale; chacune d'elles, si l'autre supprime son double, a en sa puissance une pièce qui peut lui servir de commencement de preuve par écrit, pour faire accueillir la preuve testimoniale.

Prenons donc pour certain que, d'après la disposition de l'art. 1352, et même d'après la consé-



quence nécessaire du raisonnement de M. Duranton, la présomption légale, établie par l'art. 1325, que l'acte est censé n'avoir pas été fait double, lorsque la mention n'en a point été faite dans chaque original, n'empêche point de recevoir la preuve contraire, suivant *la nature des présomptions qui cèdent à la preuve.*

En est-il de même du cas où l'acte n'ayant point réellement été fait double, le demandeur offre seulement de prouver l'existence et la réalité de la convention?

Non, selon M. Duranton (pag. 279), 1°. parce que la preuve testimoniale ne pouvant rien ajouter à ce qui est contenu dans l'acte, *puisque'il fait même pleine preuve aux yeux de la raison* (pag. 281), ne saurait elle-même avoir plus de force.

La faiblesse de ce raisonnement est sensible, et M. Duranton nous fournit lui-même des armes pour le réfuter. Il soutient ailleurs, et avec raison, que le billet non écrit de la main du signataire, et dont il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres, forme un commencement de preuve en faveur du créancier.

Cependant, on peut en dire ce que dit M. Duranton de l'acte synallagmatique non fait double, savoir, que la preuve testimoniale ne peut rien ajouter à la teneur du billet, puisque le billet fait même *pleine preuve*, non seulement aux yeux de la raison, mais même aux yeux de la justice et de la loi, dans les tribunaux de commerce, ainsi que dans les tribunaux civils, dans le cas où il est

signé de la main d'un artisan, d'un laboureur, d'un fermier, et autres personnes de même qualité.

Cependant, dans les autres cas, ce même billet peut servir de commencement de preuve pour faire admettre la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*, afin de dissiper tout soupçon de surprise. Quoique cette preuve ne puisse rien ajouter à la teneur du billet, elle lui donne la force que la loi lui refusait; il en naît cette preuve mixte, disent les auteurs, qui résulte de la réunion de deux genres de preuves, lesquelles se prêtent une force mutuelle. L'écrit dissipe le soupçon d'infidélité et de corruption contre les témoins, et les témoins détruisent le soupçon de surprise que pourrait faire naître le défaut d'approbation de la somme contenue dans le billet. Ces deux preuves ainsi réunies, forment l'une des plus fortes preuves qu'on puisse désirer en jurisprudence. Il en est de même lorsque la preuve testimoniale est réunie à l'acte synallagmatique qui n'a pas été fait double.

Mais, dit M. Duranton, pag. 279 (c'est sa seconde raison pour combattre l'admission de la preuve), on a voulu que l'acte ne fût obligatoire par *lui-même* (notez ceci), qu'autant qu'il fournirait à chacune des parties le moyen ou le pouvoir de contraindre l'autre à l'exécution de l'engagement. Or, ce but est manqué dès que l'égalité de position n'existe plus entre les parties, dès que l'une a un moyen qui n'est pas en la puissance de l'autre; savoir, une pièce qui peut lui servir de commencement de preuve par écrit, susceptible de faire accueillir la preuve testimoniale (pag. 279).

« Ainsi, ce n'est point, ajoute-t-il, pag. 281,  
 » parce que l'acte n'a pas la force d'un commen-  
 » cement de preuve par écrit, que nous le rejetons,  
 » puisqu'il fait même pleine preuve aux yeux de la  
 » raison....., mais c'est parce que l'autre partie  
 » n'avait pas à sa disposition un pareil moyen, et  
 » que la loi actuelle veut égalité de position entre  
 » ceux qui forment des conventions synallagmati-  
 » ques. »

Oui, la loi désire cette égalité de position, et c'est pour cela qu'elle veut que les actes synallagmatiques soient faits en double, afin de prévenir la mauvaise foi de celui qui voudrait supprimer le seul original dont il est saisi. Mais sous quelle peine la loi veut-elle que les actes synallagmatiques soient faits en double? Sous peine de n'être point obligatoires par eux-mêmes. C'est, comme le dit fort bien l'auteur, afin que l'acte soit obligatoire *par lui-même*, afin qu'il puisse former une preuve complète de la convention.

Mais la loi n'a point prononcé la nullité de la convention ou de l'obligation, lorsque l'acte n'est point fait double; elle n'a même prononcé ni la nullité *absolue* de l'acte destiné à lui servir de preuve, ni la *dénégation de l'action en justice*. Seulement, en ce cas, l'acte est *irrégulier* et insuffisant pour constater la convention seul et *par lui-même*. La loi permet donc, puisqu'elle ne l'a pas défendu (en prononçant la nullité de l'acte, ou la *dénégation de l'action*), d'ajouter à l'insuffisance de la preuve par une autre preuve, qui rende à l'acte la force qu'il n'avait pas par lui-même.



M. Duranton en convient sans y songer, puisqu'il admet la délation du serment au soutien de l'acte qui n'a pas été fait double. En effet, il enseigne, n°. 1448, que dans les cas où la loi établit une présomption *juris et de jure*, contre laquelle la preuve contraire n'est point admise, *le serment ne peut même pas être déféré*, et il a raison. Donc l'art. 1325 n'établit pas une présomption *juris et de jure*, mais seulement une présomption *juris non de jure*, une simple présomption légale, contre laquelle la preuve contraire est admise.

Il est vrai qu'il prétend que, dans le cas de la délation du serment, l'égalité de position est *toujours parfaite*, puisque chacune des parties peut déférer ou référer le serment; mais, en cela, il se trompe : la position des parties n'est point du tout égale, comme l'a fort bien remarqué un magistrat dont j'ai déjà parlé. Par exemple, lorsqu'un acte de vente n'a pas été fait double, l'acquéreur saisi du seul original qui existe a en main une pièce signée, écrite peut-être par le vendeur, au moyen de laquelle celui-ci, s'il osait prêter le serment, serait ignominieusement convaincu de parjure, tandis qu'en supprimant la pièce, l'acquéreur peut impunément se parjurer, braver l'opinion publique, et peut-être même la rendre incertaine sur le jugement qu'elle doit porter. Ainsi, dans ce cas, on ne trouve point cette égalité parfaite de position, exigée par M. Duranton, sur les moyens respectifs de prouver la vente.

Mais cette égalité parfaite dans les moyens de prouver une vente, ou autre convention synallag-

matique, loin d'être exigée en droit, soit par les lois romaines, soit par le Code, n'est pas même exigée dans le lien de la convention. Nous l'avons prouvé, tom. VI, n°. 100, par des textes précis, par l'exemple des contrats passés par le mineur, sans l'autorité de son tuteur, par les exemples de la vente résoluble, *si emptori displicuerit*, du contrat de louage résoluble par la seule volonté d'une des parties, du contrat de réméré ou de rachat, etc.

Or, si l'inégalité dans le lien même de la convention ne la rend pas nulle, comment l'inégalité dans les moyens de la prouver aurait-elle plus d'effet? Si le Code exige que l'acte synallagmatique soit fait double, ce n'est que pour lui conférer la force de constater *par lui-même* la convention, comme l'enseigne fort bien M. Duranton, qui reconnaît encore que cette doctrine des doubles est contraire aux principes du droit. D'où nous concluons, avec quelque assurance, que le texte qui l'a introduite doit être rigoureusement restreint au cas pour lequel il l'établit, et qu'on n'en peut tirer des conséquences pour l'étendre à un cas dont ce même texte ne parle point (1) : *Quod contra juris rationem introductum est, non est producendum ad consequentias*.

M. Duranton convient que l'art. 1325 est établi

(1) « Il suffit que l'art. 1325, dit M. Merlin, soit en opposition diamétrale avec les vrais principes, pour qu'on doive le restreindre rigoureusement à son texte littéral. » Il en conclut « qu'il est inapplicable à une convention formée par une correspondance. » Voy. le Répertoire, tom. XVI, v°. Double écrit, pag. 210.

pour ôter à l'acte non fait double la force de constater par lui-même la convention.

On ne peut donc étendre son texte, pour en conclure que le Code exige l'égalité de position des deux parties, à l'égard des autres preuves, ou accessoires ou supplétives, par lesquelles on peut prouver la convention.

Aussi n'est-ce pas sur le texte, mais sur l'esprit du Code qu'il se fonde.

Son raisonnement, pour soutenir que l'acte non fait double ne peut servir de commencement de preuve, se réduit à celui-ci :

L'art. 1325 veut que l'acte synallagmatique soit fait double, afin que chaque partie puisse prouver la convention d'une manière parfaitement égale, et, faute d'être fait double, cet acte ne peut la constater lui-même.

Donc il ne peut servir de commencement de preuve pour faciliter l'admission de la preuve testimoniale, parce qu'alors l'autre partie n'ayant pas le même moyen de la faire admettre, leur position ne serait point parfaitement égale.

Je nie la conséquence qui n'est point contenue dans les prémisses ; car, de ce que le législateur a voulu que l'acte fût fait double, sous peine de ne pas faire preuve seul et par lui-même, il ne s'ensuit nullement qu'il ait voulu que ce même acte ne pût servir de commencement de preuve. On ne trouve nulle part que l'écrit qui peut former un commencement de preuve doive se trouver également au pouvoir des deux parties. Au contraire, nous trou-



vons dans le Code des dispositions qui donnent la force d'un commencement de preuve à des écrits qui ne sont au pouvoir que de l'une des parties. Telle est la copie d'un acte que l'un des parties fait tirer sans le consentement de l'autre, et qui n'en sert pas moins de commencement de preuve, suivant l'art. 1335, n<sup>os</sup>. 2 et 3, quoique la partie à laquelle on l'oppose n'ait pas une pareille pièce en son pouvoir. Telle est encore une lettre missive qui peut, sans aucun doute, former un commencement de preuve.

Vous prétendez qu'au défaut du texte de la loi, l'*esprit* du législateur est que le commencement de preuve écrite soit également au pouvoir des deux parties, quand il s'agit de convention synallagmatique; votre prétention est contraire aux dispositions du Code, et c'est votre esprit que vous mettez à la place de celui du législateur, en étendant au-delà de son espèce précise un texte contraire aux principes du droit.

Le législateur fait connaître sa volonté et son esprit par le rapprochement des art. 1325 et 1352.

Le premier ne prononce d'une manière absolue contre l'acte non fait double ni la nullité, ni la dénégation de l'action en justice; et le second permet la preuve contre la disposition ou la présomption de la loi, lorsqu'elle n'a prononcé ni la nullité de l'acte, ni la dénégation de l'action en justice.

Ce raisonnement, qui nous paraît décisif, suffit pour répondre au savant magistrat dont nous avons déjà parlé, et qui reconnaît aussi que l'art. 1325

est contraire aux règles du droit ; qu'il serait même *absurde* de dire que l'acte ne mérite pas la confiance de la justice, parce que le mot double y a été omis ; mais la loi civile, ajoute ce magistrat, peut exiger des formalités inconnues à la loi naturelle, et en statuant que l'acte non fait double n'est pas valable, le législateur a voulu *punir* celui qui aurait voulu se ménager la faculté de demander l'exécution de la convention, ou de la refuser, en faisant disparaître, ou en retenant la minute unique de l'acte.

Soit. Le législateur a voulu le punir ; mais comment le punit-il ? En refusant à l'acte la force de faire par lui-même une preuve complète.

A-t-il ajouté que cet acte ne pourrait former un commencement de preuve ? A-t-il dénié l'action en justice ? Non : il n'a donc point défendu la preuve contraire à la disposition qui refuse à l'acte irrégulier la force d'une preuve complète. En refusant à cet acte le pouvoir de former un commencement de preuve écrite, vous tirez d'un texte contraire au principe du droit une conséquence qui n'est point contenue dans ce même texte.

85. Au contraire, en donnant à l'acte irrégulier la force d'un commencement de preuve, vous rentrez dans les principes du droit commun, et la section du Code qui traite de la preuve résultant des actes sous seing privé, présente une série de principes cohérens auxquels la raison applaudit.

1°. Les écritures privées n'ont aucune force probante par elles-mêmes.

2°. Si elles sont reconnues ou légalement tenues pour telles, elles font la même foi que l'acte authentique.

3°. Si elles contiennent des conventions synallagmatiques, il faut de plus que l'acte soit fait double, pour donner à chaque partie une égale facilité de prouver la convention.

4°. S'il n'est pas fait double, quoique l'écriture n'en soit pas déniée, il n'a point de force probante par lui-même, et la loi présume qu'il n'a pas été fait double, s'il n'en a pas été fait mention.

5°. Mais il n'est pas défendu d'y joindre la preuve testimoniale, pour le corroborer ou pour prouver qu'il a été fait double.

6°. S'il s'agit d'un billet non écrit par le signataire, il faut, pour faire preuve, que la somme en soit approuvée, autrement le billet est présumé surpris.

7°. Mais il est permis d'y joindre la preuve testimoniale pour dissiper le soupçon de surprise.

Au reste, la vérité naît du choc des opinions. C'est au lecteur à peser nos raisons et celles de M. Duranton.

86. Il étend les conséquences de ses principes à d'autres questions agitées par les auteurs.

Celle, par exemple, de savoir si un acte nul pour défaut de forme, pour incompétence ou incapacité de l'officier public, peut servir de commencement de preuve écrite.

La négative est certaine, s'il n'est pas signé des



parties ; car l'officier public incompetent, ou qui n'a pas observé les formes prescrites par la loi, ne peut être considéré que comme une personne privée, et son acte que comme l'attestation d'un témoin. (Pothier, n°. 774).

87. Nul doute, au contraire, que cet acte ne formât, soit un commencement de preuve écrite, soit même une preuve complète, s'il était signé des deux parties.

Dans notre législation actuelle, cet acte vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties. L'art. 1518 a, sur ce point, consacré l'opinion de Boiceau, part. 2, chap. 4, et de Pothier, n°. 699. La nullité de l'acte comme authentique ne saurait préjudicier à la vérité de la signature privée, lorsqu'elle est reconnue ou tenue pour telle.

Nul doute encore qu'il ne formât une preuve, ou un commencement de preuve, si c'était un acte unilatéral, signé de la partie qui s'oblige ; une preuve complète, s'il contenait une obligation de la part du signataire ; un commencement de preuve, s'il contenait un fait qui rendît cette obligation vraisemblable.

Un commencement de preuve encore, si l'acte signé du débiteur contenait un simple billet, dont la somme ne serait pas approuvée en toutes lettres, comme l'exige l'art. 1526.

Le notaire et les témoins instrumentaires pourraient être appelés en témoignage ; nouvelle preuve de la nécessité de la présence de ces derniers à la rédaction de l'acte.

Si c'était un acte synallagmatique, signé seulement de l'une des parties, l'autre ne sachant signer, M. Duranton, par suite de l'opinion que nous venons d'examiner, n°. 84, prétend qu'il ne pourrait valoir de commencement de preuve contre le signataire, parce que celui-ci ne pouvant le faire servir au même titre contre le non signataire, « *ce se-  
rait, dit l'auteur, n°. 1411, blesser l'esprit de l'ar-  
ticle 1325, qui veut une égalité parfaite dans la po-  
sition des parties.* »

Nous persistons à croire, et nous croyons avoir prouvé que tel n'est point l'esprit de l'art. 1325, dont la disposition, contraire au droit commun, ainsi que l'auteur en convient, doit être restreinte à son cas précis, sans pouvoir être par induction, par une conséquence qui n'est point contenue dans le texte, étendue à d'autres cas différens.

88. L'art. 1325 veut que l'acte synallagmatique soit fait double pour faire une preuve complète de la convention : donc, *à pari*, aucun écrit ne peut servir à l'une des parties de commencement de preuve d'une convention synallagmatique, s'il n'en peut également servir à l'autre, s'il n'en peut servir qu'à une seule. Tel est le raisonnement de l'auteur; et, pour suivre jusqu'au bout l'argument *a pari*, il faut dire : Si l'écrit peut être supprimé par l'une des parties, il ne peut lui servir de commencement de preuve.

Ces inductions ne sont pas plus dans l'esprit que dans le texte de l'art. 1325, qui ne s'est point occupé des conditions nécessaires pour former un commencement de preuve.

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 155*

D'ailleurs ces inductions sont contraires au texte et à l'esprit de l'art. 1347, qui traite des conditions nécessaires pour former un commencement de preuve écrite.

Il appelle ainsi *tout acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué.*

Telles sont les seules conditions exigées par le Code, pour qu'un écrit puisse former un commencement de preuve, et non pas qu'il soit émané des deux parties, et non pas qu'il soit également au pouvoir de chaque partie.

On ne peut donc exiger d'autres conditions, à moins qu'on ne veuille soutenir que la disposition de l'art. 1347 n'est pas générale, et qu'elle ne s'applique point aux conventions synallagmatiques; mais seulement aux conventions unilatérales; ce qui nous paraît insoutenable.

89. Il s'est élevé dans les tribunaux une question qui doit être résolue par ces mêmes principes. Elle consiste à savoir si la clause d'un bail à ferme sous seing privé, écrite sur un seul des doubles, peut servir de commencement de preuve, et si, pour compléter la preuve, on peut admettre des témoins. Oui, sans doute; car la clause écrite sur l'un des doubles, rend très-vraisemblable qu'elle n'a été qu'omise par inadvertance sur l'autre, quoique convenue entre les parties.

En conséquence la Cour de Rennes, par arrêt rendu dans la 1<sup>re</sup>. chambre, le 18 février 1813, et



la Cour de Caen, par arrêt du 1<sup>er</sup>. mai 1812 (1), ont jugé qu'en ce cas la preuve testimoniale est admissible.

§ Ces deux Cours ont donc jugé, contre l'opinion de M. Duranton, que, pour former un commencement de preuve, même lorsqu'il s'agit de conventions synallagmatiques, il n'est nullement nécessaire que l'écrit soit au pouvoir des deux parties. C'est ce qui nous paraît incontestable.

90. Ce principe appliqué, comme nous l'avons fait, aux actes synallagmatiques, nuls par défaut de forme ou par l'incompétence des notaires, peut faire naître une difficulté, lorsque l'acte n'est signé que par l'une des parties; dans le cas, par exemple, d'une vente dont la moitié du prix a été payée comptant au vendeur qui ne sait pas signer. Celui-ci peut, sans contredit, se servir de l'acte signé par l'acquéreur, comme d'un commencement de preuve, pour être admis à prouver par témoins la réalité de la vente, et le contraindre à l'exécuter en payant l'autre moitié du prix.

Mais l'acquéreur pourra-t-il également s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour parvenir à prouver par témoins la réalité de la vente, et contraindre le vendeur de mauvaise foi à l'exécuter? On peut dire, *in apicibus juris*, que l'acte n'étant point signé du vendeur, ne peut avoir aucune force contre lui; ce serait une véritable injustice.

---

(1) Rapporté par Sirey, tom. XII, 2<sup>e</sup>. part., pag. 327.

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 157*

L'acquéreur se trouverait réduit à la ressource désespérée du serment ou de l'interrogatoire sur faits et articles, contre un homme d'assez mauvaise foi pour nier la numération de la moitié faite ou confessée en présence des notaires.

Les auteurs qui ont écrit sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, Boiceau, d'Argentré, tranchaient la difficulté, en distinguant entre la convention qui ne peut être prouvée par témoins, lorsqu'elle excède la valeur de 100<sup>l</sup> (aujourd'hui 150<sup>l</sup>), et le fait de la numération des espèces, qui pouvait toujours l'être dans leur opinion. Mais cette distinction a été rejetée. La difficulté reste donc dans toute sa force. Le texte du Code l'augmente même, en définissant le commencement de preuve, tout écrit émané de *celui contre lequel la demande est formée*.

S'il faut s'en tenir rigoureusement à cette définition donnée par l'art. 1347; si la disposition de cet article est limitative ou prohibitive; si elle défend absolument de prendre pour commencement de preuve, tout écrit qui n'est pas précisément émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de ses auteurs, comment dire que l'acte nul par défaut de forme, ou par l'incompétence des notaires, mais non signé de celui contre lequel on veut s'en servir, est un commencement de preuve écrite?

Mais nous avons vu que cette rigueur n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit du Code; qu'on y trouve même des exemples de commencemens de

preuve non émanés de celui auquel on les oppose; qu'il résulte de la combinaison des art. 1367 et 1329, que les livres de commerce régulièrement tenus, peuvent servir de commencement de preuve en faveur des marchands qui les ont écrits ou fait écrire. (*Voy. supra*, n°. 70).

Or, certainement, un acte reçu par des notaires, mais accidentellement privé de sa force probante, par leur incompétence ou par un vice de forme qui leur est échappé; un acte que celui qui prétend s'en servir n'a pu altérer en aucune manière, mérite plus d'égards aux yeux de la raison que des livres tenus par celui qui les représente comme un titre en sa faveur.

Nous osons donc penser que l'acte nul, lorsqu'il est signé de l'une des parties, peut également servir de commencement de preuve contre celui qui ne l'a pas signé. Cette opinion, qui ne présente aucun inconvénient, et qui tend à prévenir de grandes injustices, n'a rien de contraire au texte du Code. Elle est conforme à son esprit, qui laisse aux juges une grande latitude de pouvoir dans l'appréciation des commencemens de preuve.

L'arrêt qui la consacrerait ne pourrait donc, ce nous semble, être avec succès déféré à la censure de la Cour de cassation; car si, comme nous croyons l'avoir prouvé, la disposition de l'art. 1347 n'est pas limitative, il n'y aurait aucune loi violée.

Allons plus loin. Le Code n'exige point, pour former un commencement de preuve, que l'acte soit écrit ou souscrit de celui à qui on l'oppose,



mais seulement qu'il soit émané de lui, c'est-à-dire de sa volonté manifestée sans équivoque, de quelque manière que ce soit.

Or, sa volonté a été clairement manifestée, s'il était présent à l'acte, s'il a consenti qu'il fût rédigé dans son nom; qu'on y énoncât son consentement, et enfin qu'on y déclarât que, s'il ne l'a pas souscrit, c'est parce qu'il ne pouvait ou ne savait pas écrire.

S'il avoue ces faits, il demeure prouvé par son aveu que l'acte est émané de lui; s'il les nie, il faut les lui prouver, à la vérité; mais il ne peut nier, sous la foi du serment, sa présence à l'acte, sans s'exposer à la peine du parjure, que l'art. 366 du Code pénal punit d'une peine infamante, de la dégradation civique.

91. Les promesses de vente, sans promesses réciproques d'acheter, sont le premier exemple d'un commencement de preuve écrite que donnent Boicau et Danty.

Cet exemple nous semble mériter des développemens pour faciliter l'intelligence de plusieurs dispositions du Code.

Vous avez formé contre moi l'action en revendication d'un héritage dont je suis en possession. Je réponds que vous me l'avez vendu et que j'en ai payé le prix. Pour le prouver, je représente un écrit authentique ou sous seing privé, émané ou signé de vous, par lequel vous avez promis de me vendre cet héritage pour tel prix. Cet acte ne suffit pas seul et par lui-même pour en prouver la vente,

encore moins pour prouver le paiement ou la numération du prix. Cette promesse est du nombre des contrats qui, pour leur perfection ou pour leur exécution, exigent un second contrat (1).

Mais ne forme-t-elle pas une présomption que ce second contrat a existé, lorsque celui à qui la promesse a été faite se trouve ensuite en possession de la chose vendue? Dans les principes du droit romain, comme dans les principes du droit français, l'écriture n'est point de l'essence du contrat de vente (2).

Il n'est soumis, pour sa preuve, qu'aux règles ordinaires. Si le prix n'excède pas 150<sup>f</sup>, le contrat peut être prouvé par témoins; s'il l'excède, il faut un écrit, ou un commencement de preuve par écrit, joint à la preuve testimoniale.

Or, l'écrit par lequel vous m'avez promis de me vendre l'héritage, joint au fait de ma possession postérieure, rend très-vraisemblable que vous avez exécuté votre promesse, en me vendant verbalement cet héritage, et qu'en vertu de ce second contrat verbal, vous m'avez mis en possession ou que vous m'y avez laissé entrer.

Car, pour opérer cette présomption, il faut que ma possession soit postérieure à l'acte de promesse de vente, en sorte que cette possession paraisse en

---

(1) Boiceau, liv. 2, chap. 10, n°. 6.

(2) Voy. le Discours de Portalis, en présentant le titre de la vente au Corps législatif; celui de M. Grenier, dans son Rapport au Tribunal, M. Malville, sur l'art. 1585.

être la suite ou l'exécution (1). Si ma possession était antérieure à la promesse de la vente; par exemple, si je jouissais auparavant de l'héritage, en vertu d'un bail à ferme ou autrement, on ne pourrait plus présumer, avec la même vraisemblance, que l'exécution de la promesse de vente est la cause ou le titre de ma possession.

Mais, lorsque la promesse de vente a été suivie d'une prise de possession paisible, on trouve le concours de deux présomptions qui se prêtent mutuellement une force invincible :

1°. Le fait de la possession, qui seule et par elle-même fait présumer le possesseur propriétaire, même contre le précédent maître, lorsqu'elle a duré une année, et qui ne cède à la preuve du contraire que lorsqu'elle manque d'un titre légal ;

2°. Mais ce titre légal est, dans le cas proposé, suppléé par la réunion de la possession à la promesse de vente, dont elle est présumée n'être que l'exécution consommée par une vente verbale, suivie de tradition.

Cette vente verbale n'est point, à la vérité, rigoureusement prouvée, mais il s'élève, en faveur de son existence, une présomption si forte que le Code l'a érigée en présomption légale.

« La promesse de vente vaut vente, dit l'art. 1589,

---

(1) C'est ce qu'a fort bien vu Boiceau, *ubi supra* : « *Ut cum promitto tibi vendere fundum meum pro centum aureis,.... Sed postquam scripta fuerit hæc conventio, et fundus penès eum, cui venditio pollicita fuerat, certo post tempore reperiatur, etc.* »



» lorsqu'il y a consentement réciproque des deux  
» parties sur la chose et sur le prix. »

Il faut ajouter, et si la promesse de vente est suivie de tradition ou de possession, sans quoi il est certain que la promesse de vente ne peut avoir les mêmes effets que la vente.

Il y a, dit fort bien Pothier (1), une fort grande différence entre la promesse de vendre et la vente même.

Celui qui promet de vendre une chose ne la vend pas encore; il contracte seulement l'obligation de vendre quand il en sera requis.

L'auteur ajoute : Celui qui vend une chose déterminée devient débiteur de cette chose envers l'acheteur; mais celui qui promet seulement de la vendre n'est pas encore débiteur de cette chose; il n'est débiteur que d'un fait.

Rien de plus vrai que cette doctrine, également enseignée par tous les auteurs; elle acquiert une nouvelle force sous l'empire du Code, qui, bannissant l'ancien principe du droit romain, que la propriété n'est point transférée par de simples pactes, mais par la tradition, veut, art. 711, qu'elle s'acquière et se transmette par *l'effet des conventions*; et à l'égard du contrat de vente, que *la propriété soit acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix,*

---

(1) Traité du contrat de vente, n°. 476.

*quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni payée.*  
(Art. 1585).

Il est bien évident que la simple promesse de vendre n'a pas l'effet de transférer la propriété, puisque celui qui promet seulement de vendre n'a pas la volonté de s'en dépouiller actuellement. Il ne s'oblige qu'à la transférer par un nouveau contrat nécessaire pour cette translation.

92. Pourquoi donc l'art. 1589 a-t-il dit que la promesse de vente vaut vente, et qu'a-t-il voulu dire par là? Pour le savoir il faut remonter à la jurisprudence antérieure au Code. Les auteurs n'étaient point d'accord sur l'effet que devaient produire les promesses de vendre (1).

Celui qui a promis de vendre pouvait-il être contraint précisément d'accomplir sa promesse, et de passer le contrat, en faisant ordonner que, faute à lui de le passer, le jugement qui interviendra en tiendra lieu, et qu'il serait permis, en conséquence, à celui auquel la promesse a été faite, de se saisir de la chose, et de s'en mettre en possession par autorité de justice? Ou bien sur son refus de passer le contrat, ne pouvait-on obtenir contre lui qu'une condamnation à des dommages et intérêts, qui ne consistent jamais qu'en une somme d'argent?

Ceux qui soutenaient cette dernière opinion disaient qu'en principe général, « toute obligation

---

(1) Voy. Henrys et ses commentateurs, liv. 4, quest. 40; Ferrière, Dictionnaire de droit, v<sup>o</sup>. *Promesse de vendre*.

» de faire ou de ne pas faire se résout en dommages  
» et intérêts, en cas d'inexécution de la part du  
» débiteur » ; principe conservé dans l'art. 1142 du  
Code.

La raison de ce principe est que *nemo potest præcisè cogi ad factum*.

Or, il est certain, disaient-ils, que l'action qui résulte d'une promesse de vendre une chose, n'a pour objet qu'un fait qui est la vente de la chose : cette obligation doit donc se résoudre en dommages et intérêts.

Ceux qui soutenaient la première opinion disaient que la règle *nemo potest præcisè cogi ad factum*, et celle que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, *quæ non in dando sed in faciendo consistant*, se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, n'ont d'application qu'aux faits personnels à l'égard desquels la personne du débiteur ne saurait être suppléée, tels que l'obligation de peindre un tableau, d'aller à Rome, etc.

Mais que ces mêmes règles cessent d'avoir leur application aux faits qui n'exigent pas nécessairement la coopération personnelle du débiteur, et dans lesquels il peut être suppléé, notamment la passation d'un contrat, dont le jugement, qui condamne à le passer, peut tenir lieu, comme le jugement d'adjudication tient lieu du consentement du débiteur, dans une expropriation forcée.

C'est sur cette opinion que se fondait la maxime  
« *promesse de vente vaut vente* », lorsque les trois con-



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 165

« ditions nécessaires pour former le contrat s'y rencontrent, *nimirum res, pretium et consensus.* » (1)

La promesse de vendre avait alors tous les effets de la vente, puisque la vente ne transférait point la propriété, et qu'elle obligeait seulement le vendeur à livrer la chose et à la garantir, comme l'y obligeait aussi la promesse de vendre.

La commission chargée de la rédaction du projet de Code embrassa l'opinion de ces auteurs, qui pensaient, comme plusieurs l'avaient jugé, que les promesses de vente obligeaient précisément à passer contrat et à livrer la chose.

Elle s'exprima dans les mêmes termes que ces auteurs, *la promesse de vente vaut vente*, sans s'apercevoir que cette maxime manquait absolument d'exactitude, sous l'empire des nouveaux principes, qui veulent que la propriété s'acquière et se transfère par l'effet des conventions, notamment par la vente, encore que la chose n'ait pas été livrée.

Ainsi la première vente, quoique non suivie de tradition (2), prévaut toujours sur la seconde, même suivie de tradition, parce que le vendeur n'a pu transférer un droit qu'il n'avait plus.

Au contraire, la vente postérieure à la promesse de vendre, même authentique, est valide, parce que la propriété ayant, nonobstant cette promesse, continué de résider sur la tête du vendeur, il con-

---

(1) Ce sont les expressions de Ferrière, *ubi supra*.

(2) Excepté dans les ventes de meubles, art. 1141.

tinuait aussi d'avoir le pouvoir de la transférer à un acquéreur de bonne foi, sauf à celui en faveur de qui la promesse avait été faite de former une action en dommages et intérêts contre le vendeur.

Il pourrait même, si l'acquéreur de mauvaise foi avait participé à la fraude du vendeur, former contre lui l'action révocatoire, et le faire condamner à délaisser la possession de l'héritage, par argument de la disposition finale des art. 1141 et 1167.

Mais si, depuis la promesse de vendre, le prometteur avait livré l'héritage à celui à qui la promesse avait été faite, ou l'avait laissé entrer en possession, comme la propriété aurait été transférée par l'exécution de la promesse, qui suppose une vente verbale, ou au moins tacite, ce prometteur ne pourrait plus vendre valablement, et son acquéreur ne pourrait, en vertu d'un contrat postérieur, évincer le possesseur devenu antérieurement propriétaire (légitime), avec titre et bonne foi.

Vainement l'acquéreur postérieur objecterait-il que la vente, prétendue faite en exécution de la promesse, n'est pas plus prouvée que l'époque de la mise en possession; le possesseur lui répondrait avec succès que la promesse de vendre, jointe à la possession, est un commencement de preuve écrite, en vertu duquel il est autorisé à prouver par témoins que cette possession est antérieure au contrat de vente, et qu'elle n'est que l'exécution de la vente verbale, faite en vertu de la promesse de vendre.

Si, avant d'avoir vendu à un tiers, celui qui avait

promis de me vendre tel héritage pour tel prix, voulait s'opposer à mon entrée en possession, il ne le pourrait pas faire avec succès, si je prouvais que j'ai payé le prix convenu, ou si j'offrais de le lui payer sur-le-champ, puisqu'en vertu de sa promesse je suis autorisé à le contraindre de me passer contrat et de me livrer l'héritage.

93. Mais s'il n'avait formé aucune opposition à mon entrée en possession, quoiqu'il en eût connaissance, Danty, Loiseau et Pothier pensent que le prix convenu serait présumé payé, quoique je n'en eusse point de quittance à représenter, et que cette présomption, fondée sur la promesse écrite, formerait un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la numération du prix.

La doctrine de ces auteurs semble d'abord souffrir des difficultés; car un contrat de vente écrit, passé devant notaire ou sous seing privé, lorsqu'il ne porte ni quittance du prix convenu, ni terme pour le payer, n'en saurait faire présumer la numération, soit antérieure, soit postérieure.

Antérieure, car si l'acquéreur avait payé auparavant, il eût exigé qu'il en fût fait mention dans le contrat; postérieure, car sachant que cet acte forme un titre contre lui, il n'aurait point payé sans quittance : la loi lui ordonnait d'en prendre une.

Danty enseigne que, si la promesse de vendre portait qu'il en serait passé contrat devant notaire, l'entrée en possession, qui suivrait cette promesse



ne ferait plus présumer ni la vente verbale, ni la numération du prix de la vente, parce que les parties ayant exprimé leur volonté de passer un contrat écrit, le vendeur est censé en avoir attendu la passation pour demander le prix, qui n'est payable qu'en ce moment.

Comment donc la simple promesse de vendre sans stipulation qu'il en sera passé contrat, jointe à la possession où se trouve celui auquel la promesse a été faite, peut-elle faire présumer qu'elle a été suivie d'une vente verbale, et que le prix en a été payé?

C'est que celui qui a promis de vendre un héritage, et qui met ensuite ou qui laisse entrer en possession celui auquel il a fait la promesse, est naturellement censé, par cela même, exécuter sa promesse par une vente verbale ou tacite.

C'est encore qu'une pareille vente fait présumer qu'il en a reçu le prix, puisqu'il a négligé d'exiger un acte pour en assurer le paiement.

Si cette présomption n'est point assez forte pour former une preuve complète du paiement, elle suffit du moins pour le rendre vraisemblable, et pour former un commencement de preuve par écrit, puisqu'elle a sa racine dans un acte écrit.

La preuve testimoniale, tant de la vente que du paiement, peut donc être admise, sauf au vendeur à prouver le contraire.

94. S'il s'agissait d'un meuble, quelque précieux qu'il fût, la seule possession, même sans titre, en

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 169

ferait présumer, en faveur du possesseur, la translation de propriété, ainsi que le paiement du prix.

« En fait de meubles, la possession vaut titre, » dit l'art. 2297, à moins que l'ancien propriétaire ne prouve qu'il a perdu ce meuble, ou qu'on le lui a volé.

A défaut de l'une de ces deux preuves, celui qui revendiquerait le meuble contre le possesseur, prouverait inutilement qu'il en était propriétaire.

Le possesseur lui répondrait avec succès : Ma possession vaut titre ; il est possible que vous fussiez propriétaire de ce meuble, mais vous ne l'êtes plus ; vous l'avez aliéné de manière ou d'autre, puisque vous ne prouvez ni que vous l'avez perdu, ni qu'on vous l'a volé, et que cependant vous en êtes dessaisi. J'en suis aujourd'hui propriétaire, puisque je le possède : vous n'avez rien à me demander.

Le possesseur actuel pourrait encore répondre à l'ancien propriétaire du meuble : Oui, ce meuble vous appartenait, mais vous me l'avez vendu et j'en ai payé le prix : la preuve en est que vous me l'avez livré, sans exiger de ma part aucun billet, aucun écrit.

Nous ne connaissons à cela d'autre exception qu'en faveur des marchands, qui sont dans l'usage de vendre à crédit, encore faudrait-il que la vente fût constatée sur leurs livres, sans quoi ils ne pourraient réclamer le prix des marchandises livrées ; mais leurs livres forment en leur faveur un commencement de preuve. (Voy. ce que nous avons dit tom. VIII, n<sup>os</sup>. 368 et 369, et *suprà*, n<sup>o</sup>. 70).

A la différence des meubles , la tradition volontaire ou la mise en possession d'un immeuble, n'en fait plus, dans l'état civil, présumer le simple possesseur propriétaire sans titre, lorsqu'il n'a pas possédé pendant un an, parce qu'il n'est point d'usage de vendre verbalement les immeubles, et que la preuve testimoniale d'une vente pareille ne serait pas reçue au-dessus de 150'.

Mais lorsqu'il existe un titre légal, en vertu duquel le possesseur en pouvait exiger la tradition, il est naturel que sa possession, quoiqu'elle ne soit pas annale, le fasse présumer propriétaire; il est naturel de présumer que cette possession est émanée de l'ancien propriétaire, et enfin, que le prix de la vente a été payé à ce dernier, puisqu'il a laissé l'acquéreur entrer en possession, sans s'y opposer et sans exiger un titre pour sa sûreté.

Cette présomption, fondée sur une promesse par écrit, doit au moins servir de commencement de preuve; car elle rend vraisemblable, et la vente verbale qui a suivi la promesse, et la numération du prix. Telle est la théorie de la matière.

95. Pothier pense que, même dans le cas où la promesse de vendre ne porte pas qu'il en sera passé contrat notarié, le juge devrait être très-réservé à la regarder comme un commencement de preuve écrite, et qu'il ne devrait pas admettre la preuve testimoniale, si l'héritage était *un peu considérable*; n'étant pas présumable qu'on vende un héritage considérable verbalement et sans acte.

Le plus ou le moins de valeur de l'héritage que



le propriétaire a promis de vendre, ne nous paraît pas une circonstance suffisante pour écarter seule la présomption d'une vente verbale, suivie de tradition en exécution de la promesse; mais il doit être fort rare, dans les affaires de cette nature, qu'il ne s'y rencontre pas d'autres faits, d'autres circonstances, soit pour fortifier la présomption, soit pour l'affaiblir, ou même pour la détruire entièrement.

D'ailleurs, la décision est toujours abandonnée à la prudence et à la sagacité du juge, qui doit rejeter la preuve, s'il s'élève dans son esprit des soupçons contre celui qui la demande : *Si in contrarium oriatur sinistra suspicio; quod bonus iudex ex negotiorum, vel personarum qualitate, facile arbitrari poterit*, dit fort bien Boiceau, liv. 2, chap. 10.

96. Les promesses de vendre non synallagmatiques, par lesquelles l'une des parties s'oblige de vendre à tel prix, sans que l'autre s'oblige d'acheter, ne sont pas autre chose que des offres que celui qui les a faites peut rétracter jusqu'à ce qu'elles aient été acceptées; mais il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit expresse et par écrit : elle peut être tacite ou verbale, et lorsque celui à qui ces promesses ont été faites, est entré en possession de l'héritage qu'on avait promis ou offert de lui vendre à tel prix, il paraît bien évident qu'il accepte, et si celui qui a fait la promesse ne s'est point opposé à son entrée en possession, la présomption d'une vente verbale, en exécution de la promesse, est aussi forte que dans le cas où la promesse était réciproque dans l'origine.

97. Dans la classe des écrits qui contiennent le fait allégué, mais qui ne peuvent néanmoins former qu'un commencement de preuve, nous avons compris les titres prescrits, qui, quoique dans la meilleure forme possible, cessent de faire preuve, si le créancier ne prouve pas l'interruption de la prescription.

On demande donc si le titre dont le créancier a négligé d'exiger le renouvellement, peut former en sa faveur un commencement de preuve écrite de la prestation d'une rente, car c'est au sujet des rentes que la question s'est élevée.

Il est bien évident que la création d'une rente, soit foncière, soit constituée, ne peut être prouvée par témoins, lorsque le capital excède 150<sup>l</sup>; mais lorsqu'un créancier négligent a laissé s'écouler trente années, sans exiger d'acte récognitif d'une rente qui lui était exactement payée tous les ans, peut-il, en représentant la grosse originale du titre constitutif, s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour faire admettre la preuve testimoniale du fait de la prestation de la rente?

Il peut dire que l'existence de la grosse originale entre ses mains est, sinon une preuve, du moins une présomption que la rente n'a pas été rachetée; car il est d'usage de remettre la grosse du titre en recevant le remboursement du capital, et même de mettre la quittance au pied de cette grosse.

La remise de la grosse fait même présumer le rachat ou le paiement (1283).

La représentation de la grosse du titre, restée

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 175*

aux mains du créancier, forme donc une présomption que la rente n'a pas été rachetée; et cette présomption étant fondée sur un écrit, semble d'abord suffisante pour faire admettre la preuve testimoniale du fait de la prestation de la rente.

Sur cette question, l'ancienne jurisprudence distinguait entre les rentes constituées, créées à prix d'argent, et les rentes foncières, créées par un bail à rente, pour prix de la translation d'un héritage.

Quant aux premières, la preuve par témoins de la prestation des arrérages de la rente n'était point admise, parce que ces rentes étant perpétuellement rachetables de leur nature, le défaut d'avoir fait renouveler le titre dans les trente ans fait présumer le rachat.

Ainsi l'avait jugé un arrêt du Parlement de Bretagne, le 15 mai 1755 (1).

Quant aux rentes foncières, alors considérées comme un droit réel, comme une délibération de l'héritage, pour la translation duquel elles avaient été créées, on pensait que, lorsque le titre constitutif paraissait, la prestation ou le service de la rente pouvait être prouvé par témoins (2), parce que ces rentes n'étant point autrefois rachetables de leur nature, on n'en pouvait présumer le rachat.

---

(1) Rapporté à sa date, dans le Journal du Parlement de Bretagne, tom. V.

(2) Voy. Duparc-Poullain, Principes du Droit français, tom. IX, pag. 509, n°. 46, et tom. XI, pag. 319, n°. 167. Voy. aussi Basnage, sur l'art. 51 de la Coutume de Normandie.



Mais cette raison paraît peu satisfaisante; car, d'un côté, le remboursement pouvait être fait de gré à gré; d'un autre côté, la rente était prescriptible, et par conséquent présumée rachetée ou remise, après trente ans ou quarante ans en Bretagne, si la prescription n'avait pas été interrompue.

Le créancier de la rente avait deux moyens d'empêcher la prescription : l'un en exigeant, comme la loi le lui commandait, un titre reconnaissant que le débiteur ne pouvait refuser; l'autre en exigeant une contre-quittance à chaque paiement, ou au moins de tems en tems.

Cette jurisprudence pouvait-elle s'accorder avec le texte des ordonnances, lorsque la rente s'élevait au-dessus de la valeur de 100<sup>l</sup>? Le débiteur n'en pouvait prouver le paiement par témoins : comment donc accorder au créancier une faculté refusée au débiteur?

Les lois de 1790 rendirent la rente foncière rachetable à volonté, de même que la rente constituée.

Ainsi, plus de raison pour dire que le service peut en être prouvé par témoins, lorsque le titre paraît.

Il en existe encore moins sous l'empire du Code, où la rente est purement mobilière, et n'affecte plus l'héritage, qui en était originairement le prix, qu'à titre de simple hypothèque.

Cependant un arrêt rendu par la seconde chambre de la Cour royale de Rennes, après partage

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 175*

vidé, le 22 mars 1814 (1), jugea que le service d'une rente foncière pouvait être prouvé par témoins, quoique le titre constitutif fût prescrit.

Cet arrêt ne doit pas être suivi, parce qu'il est contraire aux principes actuels de la législation.

Il n'existe plus, comme autrefois, aucune différence entre les rentes foncières et constituées, quant à la faculté perpétuelle de rachat. Si le défaut de titre reconnaîtif fait présumer le rachat des rentes constituées, parce qu'elles sont perpétuellement rachetables, il doit également faire présumer le rachat des rentes foncières, aussi perpétuellement rachetables.

La question proposée de savoir si le titre constitutif prescrit peut, faute de renouation, former un commencement de preuve en faveur du créancier, dépend donc, dans nos principes, uniquement du point de savoir si ce titre rend vraisemblable que, trente ou quarante ans après sa date, la rente a continué d'être payée, et qu'elle n'a pas été rachetée. Or, c'est ce qu'il nous paraît impossible de soutenir, sans aller contre la loi, qui présume, au contraire, que le rachat a été fait.

C'est sur le fondement de cette présomption qu'elle dénie ou déclare éteinte l'action qui n'aurait pour base qu'un titre anéanti, ou devenu sans force par son ancienneté.

Inutilement oppose-t-on que ce titre étant demeuré aux mains du créancier, qui ne l'a point,

---

(1) Rapporté à sa date, dans le tom. IV du Journal des arrêts de la Cour royale de Rennes, pag. 225.

suivant l'usage, remis au débiteur en recevant le prix du rachat, on doit présumer que la rente n'a point été rachetée. Ce n'est ici qu'une simple présomption de l'homme qui doit céder à la présomption légale, laquelle ne peut être détruite ou combattue que par une preuve contraire, telle qu'un acte reconnaissant, ou tout au moins un commencement de preuve écrite, telle qu'une lettre du débiteur ou autre écrit semblable.

Basnage, sur l'art. 31 de la Coutume de Normandie, nous en fournit un exemple dans le contrat par lequel le vendeur charge l'acquéreur de payer une rente, *si elle est due*.

Cette clause a évidemment le double objet de prévenir tout recours en garantie contre le vendeur, et de ménager à l'acquéreur le droit de contredire que la rente soit due, en cas qu'elle soit réclamée, et qu'elle ne le soit pas en vertu de titres bons et valables.

Une pareille clause prouve toujours que le vendeur avait quelque connaissance de la rente, et quelque appréhension qu'elle fût réclamée par le créancier.

Il en résulte une vraisemblance de l'existence de la rente; et si la clause n'est pas rédigée de manière à interrompre par elle-même la prescription, elle peut au moins former un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale des paiemens antérieurs, qui ont interrompu la prescription.

98. Le créancier peut même quelquefois trouver un commencement de preuve écrite, dans



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 177*

les quittances qu'il a données au débiteur ; par exemple , lorsqu'elles sont produites par ce dernier. Elles deviennent alors des pièces communes qui forment des titres en faveur du créancier aussi bien qu'en faveur du débiteur ; elles ont la même force que si le débiteur avait reconnu par écrit qu'il a payé la rente (1).

Nous avons prouvé ailleurs (2) qu'on peut répéter, *condictione indebiti*, ce qui a été payé après la prescription acquise. Supposons donc qu'un débiteur ait, pendant quelques années, payé une rente créée par ses auteurs ; il découvre que le titre en est prescrit, et il a l'imprudence de répéter ce qu'il a payé, suivant les quittances qu'il produit (3).

Le créancier, de son côté, représente le titre de la rente qui, à la vérité, se trouve prescrit, mais il prend les quittances produites par le débiteur pour un commencement de preuve, et demande à prouver par témoins que la rente a continué d'être payée plusieurs années de suite, avant le tems requis pour la prescription, laquelle par conséquent a été interrompue par les paiemens.

Sa demande doit être accueillie, même dans les principes du Code ; car, quoique les quittances soient du fait du créancier, le débiteur se les rend

---

(1) Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. IX, pag. 310.

(2) Tom. VI, n°. 75, et dans la note du n°. 74.

(3) Voy. Danty, liv. 1, chap. 14, n°. 17 ; Duparc-Poullain, *ubi suprà*, p<sup>re</sup> 109.

propres, en les produisant, et en voulant s'en faire un titre pour répéter ce qu'il a payé. On peut même dire en ce cas qu'elles sont émanées de lui, puisque c'est lui qui les présente à la justice.

99. Ceci nous conduit à une autre question dont la solution peut offrir des ressources au créancier qui a négligé de faire renouveler le titre d'une rente. Il voit mourir son débiteur, et craint que les héritiers, qui sont au droit d'autrui, ne refusent de reconnaître un titre prescrit; mais presumant que le défunt, qui payait fort exactement, avait gardé ses quittances, il demande l'apposition des scellés sur les papiers de la succession (1), où l'on trouve en effet, lors de l'inventaire, plusieurs quittances de la rente payée par le défunt.

Le créancier peut s'en servir pour prouver l'interruption de la prescription, si elles sont antérieures au tems où elle a été acquise; et si elles sont postérieures, comme d'un commencement de preuve écrite des paiemens antérieurs, qu'il offre de prouver par témoins; car le défunt s'est approprié ses quittances en les gardant dans ses papiers, à dessein de s'en faire au besoin un titre de libération.

100. Mais si ces quittances étaient en grand nombre, pourraient-elles faire présumer un titre, et dispenser le créancier de le représenter? C'est une

---

(1) Conformément à l'art. 820 du Code civil et à l'art. 909 du Code de procédure.

question agitée par les docteurs (1) et par nos auteurs français.

Dumoulin la résout affirmativement et pense que les prestations annuelles et uniformes d'une rente, pendant dix ans, font présumer qu'il en a existé un titre que le créancier est dispensé de représenter, pourvu que les quittances contiennent expressément la cause du paiement, par exemple pour une année de la rente que tel doit; pour une année de la rente constituée que tel doit; et non pas si les quittances sont vagues, si elles n'expriment point la cause du paiement, quand même le paiement serait fait uniformément de la même somme, pendant les dix années consécutives.

Au lieu qu'en recevant quittance des arrérages d'une rente, perpétuelle de sa nature, jusqu'au rachat, le débiteur qui paie reconnaît qu'il doit réellement une rente payable chaque année, parce que les énonciations dans les contrats font pleine foi entre les parties, et ont même plus de force dans les quittances. Il en résulte donc la présomption du titre, et cette présomption dispense le créancier de toute autre preuve.

Dumoulin fonde son opinion sur plusieurs lois romaines, et ajoute que le débiteur est admis à la preuve contraire à cette présomption, à moins que

---

(1) Voy. Vasquez, *Controv. illust.*, lib. 2, cap. 83, de *prescript. annuar. prestat.*

Dumod, des Prescriptions, pag. 504, et les auteurs qu'il cite.

Dumoulin, de *contract. usur.*, cap. 20; Mascardus, *concl.* 279, *census an per annuam solutionem probetur.*



les quittances ne remontent au-delà de trente années ; car alors le créancier aurait prescrit la rente et acquis un litre , en supposant qu'il n'en existât point auparavant ; le débiteur ne serait plus admis , en ce cas , à prouver que la rente n'était pas due dans l'origine : *Præscriptio enim disponit contra veritatem , ubi de veritate aliàs constaret , in materiâ præscriptibili , ut dixi in consuetudine Parisiensium. Tit. 4, in princip. , rubr. 3.*

Il suffit même que la cause de la dette soit exprimée dans la première quittance , quoiqu'elle ne soit pas répétée dans les suivantes , parce qu'elle y est sous-entendue , dès lors que l'origine de la dette est connue.

Danty , qui traite cette question (1) en passant , adopte l'opinion commune que la prestation uniforme d'une rente pendant dix années consécutives , lorsque la cause est exprimée , fait présumer un titre , et dispense le créancier de le représenter.

Il en conclut que , si le débiteur , voulant répéter ce qu'il a indûment payé , produisait des quittances sans expression de la cause , le créancier et le débiteur peuvent également prendre droit par ces quittances.

Le premier , pour s'en servir comme d'un commencement de preuve , et demander à prouver par témoins la prestation annuelle d'une rente pendant dix années ; ce qui fait présumer un titre en sa fa-

---

(1) Liv. 2 , chap. 14 , n<sup>os</sup> 15 , 16 et 17 ,

veur, quoique le titre de la dette ne soit pas exprimé dans les quittances ;

Le second, pour en conclure que la cause ou le titre n'étant point exprimés dans les quittances, et le créancier ne rapportant point le titre de la dette, il doit rendre, comme ne lui étant point dû, ce qui lui a été payé.

Il est certain que cette présomption d'un titre, fondée sur la prestation d'une rente pendant dix années consécutives, ne peut plus être, sous l'empire du Code, regardée comme suffisante pour faire condamner le débiteur à la continuation du paiement, quand même les quittances référeraient non seulement la cause du paiement, mais encore le titre constitutif de la rente ; le créancier n'en serait pas moins obligé de le représenter ou de prouver qu'il a été perdu par force majeure ou autre accident imprévu.

Dans cette présomption, les auteurs voyaient une présomption légale établie par les lois romaines, qui n'ont plus aujourd'hui force de loi.

La présomption d'un titre, fondée sur la prestation d'une rente pendant dix ans, n'est donc plus qu'une présomption de l'homme, insuffisante par elle-même pour faire ordonner la continuation d'une rente dont le titre ne paraît point.

101. Il nous paraît encore certain que si, parmi ces quittances, il s'en trouvait une remontant au-delà de trente ans, et les autres postérieures, quoiqu'il n'en existât point un assez grand nombre pour établir le paiement des trente années dernières, la maxime *probat is extremis media presu-*

*muntur*, suppléerait à celles qui manquent (1), et la prescription serait acquise, suivant la doctrine de Dumoulin, sans que le débiteur fût reçu à prouver qu'il n'a pas existé de titre originaire; et si les quittances ne paraissaient pas en assez grand nombre pour faire présumer que la rente a été continuée, sans interruption, pendant trente ans continus, elles formeraient un commencement de preuve qui pourrait faire autoriser à prouver la continuité de la prestation de la rente.

102. Mais, si aucune des quittances ne remontait au-delà de trente ans, pourraient-elles former un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale du service de la rente, jusques et compris la trentième année, nécessaire pour la prescription?

Notre savant maître Duparc-Poullain (2) en doutait; car, dit-il, cette preuve n'aurait pas pour objet seulement la continuité de la rente, elle tendrait directement à établir sa création.

Or, ajoute-t-il, je ne crois pas qu'un pareil fait soit susceptible de la preuve par témoins, lorsqu'il n'y a aucun titre, et que la seule preuve par écrit consiste en quittances qui ne remontent pas à quarante ans, aujourd'hui à trente ans.

Cette raison ne paraît pas suffisante. Pourquoi des quittances qui ne remontent pas à trente ans, ne pourraient-elles former un commencement de

(1) Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. IX, pag. 510.

(2) *Ubi supra*, pag. 511.



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 185*

preuve, si elles rendent vraisemblables les paiemens antérieurs?

Ce cas est différent de celui du titre prescrit, qui ne peut rendre vraisemblables les paiemens postérieurs à la prescription d'une rente rachetable à la volonté du débiteur.

Au contraire, la quittance d'une année d'arrérages de la rente, échue le 1<sup>er</sup>. mai 1820, rend très-vraisemblable que l'année 1819 a été payée; et ainsi de suite, en remontant d'année en année, la quittance de la vingt-neuvième année serait prouvée par le paiement de la trentième, dont la quittance, si elle était présentée et jointe aux postérieures, opérerait la prescription.

Mais il existe, sous l'empire du Code, une raison péremptoire pour refuser à ces quittances, quand même il en existerait vingt-neuf consécutives, la force d'un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale; c'est, comme nous l'avons dit précédemment, que toute leur force vient de ce qu'elles contiennent une reconnaissance tacite de l'existence de la rente. Car si le débiteur ne la reconnaissait pas, il ne recevrait point, il ne garderait point, pour s'en faire un titre de libération, une pièce où est énoncée l'existence de la rente.

Or, la reconnaissance même expresse de l'acte reconnaîtif de la rente, à moins qu'il n'y en ait plusieurs, et que l'une d'elles ne remonte à trente ans, ne dispense point de la représentation du titre primordial. (Art. 1357).

Comment donc la reconnaissance tacite contenue dans les quittances, qui ne remontent pas à trente ans, pourrait-elle en dispenser, et la faire suppléer par la preuve testimoniale?

L'occasion d'appliquer ces principes doit être rare dans la pratique, mais leur développement est nécessaire à l'avancement de la science.

103. Un zèle peut-être indiscret et outré pour les biens consacrés au culte catholique, avait porté quelques auteurs à penser qu'on devait faire à la règle, que personne ne peut se faire un titre à soi-même, une exception en faveur des rentes dues aux fabriques des églises, aux chapitres, hospices, et même aux communautés religieuses.

Ils enseignaient, et l'on cite d'anciens arrêts en faveur de leur doctrine, que les comptes des receveurs de fabriques, de chapitres, etc., même les registres des communautés religieuses, pouvaient servir de commencement de preuve écrite, pour constater par témoins les paiemens faits avant le tems de la prescription des rentes, dont le titre n'existe plus, et que la continuité des comptes postérieurs faisant un corps de preuve du service de la rente pendant quarante ou trente ans, le débiteur ne pouvait plus alléguer le défaut de titre primordial ou confirmatif de la rente (1).

On disait, au soutien de cette exception, que

---

(1) Voy. Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. IX, pag. 512 et 515; tom. VI, pag. 263; les notes du même auteur, sur la Coutume, tom. II, pag. 224, note a; Dunod, des Prescriptions, pag. 171 et 172.

presque toujours ces receveurs n'ont aucun intérêt dans les rentes dont ils font la recette.

Si cette raison était suffisante, il faudrait faire la même exception relativement aux comptes rendus par les receveurs et les régisseurs des grands propriétaires, et c'est aussi ce que les arrêts de quelques Parlemens avaient tenté de faire (1).

Il faudrait encore étendre l'exception aux comptes rendus par tous les tuteurs, par tous les administrateurs du bien d'autrui.

Où s'arrêterait donc l'exception? N'est-il pas notoire que tous les propriétaires, grands ou petits, qui ont des propriétés éloignées, sont forcés de les faire régir et administrer par un receveur, qui est sans intérêt dans les rentes qu'il reçoit?

Si les receveurs des fabriques, chapitres et maisons religieuses, n'ont pas d'intérêt personnel à la recette des rentes, on connaît le zèle ardent qu'ils portent aux intérêts dont ils sont chargés; ils se font juges de leurs prétentions, et ne se font nul scrupule d'employer et de mettre en œuvre, pour assurer une rente litigieuse, ou pour en faire revivre une prescrite, les moyens les moins délicats; car, dans leur façon de penser, ces moyens tendent à décharger la conscience des débiteurs.

Les procureurs des communautés religieuses

---

(1) Voy. Dunod, *ubi supra*; d'Argentré, sur l'art. 51 de l'ancienne Coutume de Bretagne, note 3, n°. 1, et la note de Poullain de Belair, sur l'art. 74 de la Coutume de Bretagne, n°. 3.



sur-tout ont, dans tous les tems, mérité ces reproches, comme l'observe Dumoulin (1), d'après Balde et Salicet : *Adeo semper avaritiæ præ cæteris hominibus studuerunt procuratores monasteriorum.*

Une remarque particulière aux fondations pieuses, est que souvent elles n'ont été créées que pour un nombre d'années limité : il faut donc nécessairement voir le titre constitutif.

Enfin, le Code ne s'est écarté de la règle, que personne ne peut se faire un titre à soi-même, qu'à l'égard des livres des marchands revêtus des formalités exigées par la loi, comme nous l'avons dit *suprà*, n°. 70.

Tous les autres livres, registres, comptes, etc., de quelques personnes qu'ils soient émanés, à quelques corps ou établissemens qu'ils appartiennent, restent donc sous la règle du droit commun, *nemo sibi adscribit*; et les juges ne pourraient, sans excès de pouvoir, faire une exception en faveur de ces livres, et leur donner la force, soit d'interrompre la prescription, soit de former un commencement de preuve, pour faire admettre la preuve testimoniale d'une rente dont le titre est prescrit ou n'est pas représenté (2).

(1) *De contract. usur.*, cap. 20, n°. 210.

(2) Il paraît que le ministre des finances voulut faire revivre l'ancienne jurisprudence en l'an IX, sous le Gouvernement consulaire, pour favoriser le fisc, auquel appartenaient alors les rentes dues autrefois aux fabriques, chapitres, corps et communautés ecclésiastiques. Il se plaignit que les redevables refusaient de payer ces rentes, sous le prétexte que les rentes féodales sont supprimées, et que celles qui sont dues pour fondations pieuses sont éteintes, les fondations n'étant plus

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 187

104. On a élevé plusieurs questions sur le point de savoir si et quand les reconnaissances de devoir, insérées dans un testament nul ou révoqué, peuvent servir de commencement de preuve écrite.

Nous avons examiné ces questions tom. V, n°. 636 et 637, où nous renvoyons le lecteur.

105. Si les actes nuls, à raison d'un vice de forme ou de l'incompétence du notaire, peuvent, en certains cas, former un commencement de preuve, en est-il de même des actes nuls à raison de l'incapacité des personnes? Par exemple le billet d'un mineur pourra-t-il, après sa majorité, former contre lui un commencement de preuve suffisant pour faire admettre le créancier à prouver par témoins l'emploi utile de la somme prêtée?

---

acquittées. Le ministre ajoutait que les tribunaux refusaient de condamner faute de représentation de titres primordiaux; il provoquait différentes dispositions que le Conseil d'état ne jugea point nécessaires, parce que les lois existantes suffisaient pour faire contraindre les redevables, et parce que les dispositions sollicitées étant législatives, ne pouvaient être prises par le Gouvernement.

Mais dans cet avis, qui est du 5 vendémiaire an IX, et qui ne fut point imprimé dans le Bulletin des lois, mais seulement envoyé au directeur de la régie de l'enregistrement, le Conseil d'état disait que la suppression des rentes féodales ne s'étend ni aux rentes purement foncières, ni aux rentes constituées; ce qui est très-vrai. Puis il ajoutait, par simple énonciation, que leur *existence peut se prouver, faute de titres originaux, par des reconnaissances, extrait des registres, et même par témoins dans les cas prévus par les lois.*

Le Conseil d'état laissa donc les choses dans l'état où elles étaient sous l'ancienne jurisprudence; il se borna à renvoyer aux lois existantes. Or, il n'en existait aucune qui autorisât, en faveur des fabriques, corps et communautés religieuses, une exception à la règle *nemo sibi abscribit*. Le Conseil d'état refusa d'en provoquer une, et le silence du Code prouve qu'il n'a point voulu faire cette exception.

Non sans doute. Celui qui prête de l'argent à un mineur contrevient à la loi. Il suit entièrement la foi du mineur, et ne doit pas être admis à la preuve par témoins, qui est un secours qu'on ne doit pas accorder à celui qui a méprisé la prohibition des lois.

Ce serait d'ailleurs encourager les usuriers et exposer les mineurs à une ruine infaillible, au moyen de témoins subornés.

Le créancier doit donc prouver par écrit l'emploi utile de l'argent prêté.

Ajoutez à cela que le billet peut bien prouver le prêt, mais non rendre vraisemblable l'emploi utile, qui n'est fait ordinairement que depuis la numération de la somme prêtée.

La décision serait la même, si la destination d'emploi était mentionnée dans le billet; autrement cette mention deviendrait une formule qu'on ne manquerait jamais d'employer pour éluder la loi. Il faut donc, dans tous les cas, prouver par écrit l'emploi utile des deniers prêtés.

Ces décisions doivent également, et par les mêmes raisons, s'appliquer aux obligations de la femme non autorisée de son mari.

A défaut de preuve écrite de l'emploi utile des sommes prêtées, il ne reste d'autre ressource que le serment ou l'interrogatoire sur les faits et articles, qui peut quelquefois former un commencement de preuve écrite, comme nous le verrons bientôt.



106. Les énonciations étrangères à la disposition des actes ne peuvent former qu'un commencement de preuve, suivant l'art. 1350. (*Voy.* ce que nous avons dit de ces énonciations, tom. VIII, depuis le n°. 150 jusqu'au n°. 160).

107. Boiceau, Danty et Pothier, n°. 767, donnent encore pour exemple d'un commencement de preuve écrite, le billet par lequel je promets de payer à tel la somme de 200<sup>l</sup>, pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.

Ce billet n'est point une preuve complète de la créance, puisqu'il ne peut prouver que les marchandises ont en effet été livrées. Mais, suivant les auteurs, c'est un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la livraison.

108. Passons aux écrits qui, sans parler précisément du fait qu'il s'agit de prouver, contiennent quelques faits analogues d'où l'on peut conclure par induction que ce fait est vraisemblable. De ce nombre sont les lettres missives, qui, dans tous les tems, ont été une source abondante de commencemens de preuve par écrit. Nous en citerons quelques exemples.

En voici un, tiré de Chasseneuz, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance de Moulins :

Un particulier prétendait avoir confié en dépôt à un autre qui le niait, une certaine somme d'argent. Le demandeur n'en avait d'autre preuve qu'une lettre missive dans laquelle le défendeur lui mandait : « Je vous satisferai sur ce que vous

» savez. » Du reste pas un mot, ni de dépôt, ni d'argent. Cette lettre prouvait un fait certain, c'est que le défendeur était engagé à quelque chose envers le demandeur. Voilà le fait connu.

Mais qu'était-ce que cette chose? Voilà le fait inconnu. Or, que de choses sur lesquelles on peut s'engager de satisfaire une personne! La lettre paraissait donc vague et insignifiante.

Cependant, comme le défendeur n'expliquait point quelle était la chose sur laquelle il était engagé à satisfaire le demandeur, il y avait lieu de présumer avec vraisemblance qu'il avait affecté de ne s'expliquer de cette manière obscure qu'afin de ne pas donner un titre contre lui. Le fait du dépôt allégué était donc vraisemblable, et la lettre formait, dit Danty, ce qu'on appelle un *véritable commencement de preuve par écrit*.

Ainsi le jugea le Parlement de Paris, sur la plaidoirie du savant Chasseneuz, et tous les auteurs qui ont écrit depuis ont unanimement donné l'espèce de cet arrêt pour exemple d'un commencement de preuve par écrit.

Danty, sur Boicau, liv. 2, chap. 1<sup>er</sup>., n<sup>o</sup>. 14, ajoute que la preuve testimoniale aurait dû être accordée, quand même la lettre n'eût pas été adressée au demandeur, mais à quelque autre personne, parce que, ce qui faisait dans cette espèce le commencement de preuve, c'était la reconnaissance tacite du défendeur qu'il devait quelque chose au demandeur.

109. Cet exemple fait bien voir, ainsi que nous

l'avons déjà remarqué, qu'il n'est pas nécessaire, pour former un commencement de preuve, que l'écrit présenté comme tel, parle *précisément* du fait inconnu qui est à prouver, et qu'il suffit que cet écrit parle d'un fait certain, dont on puisse, par induction, conclure avec vraisemblance la vérité du fait allégué.

Nous insistons sur ce point, parce que Danty, auteur d'ailleurs très-estimable, après avoir rapporté, d'après Chasseneuz, l'espèce de l'arrêt du Parlement de Paris que nous venons de citer, et après y avoir trouvé *ce qu'on appelle un véritable commencement de preuve par écrit*, est tombé dans une contradiction choquante, en avançant dans le numéro suivant, que pour former un commencement de preuve, *il faut que l'écrit qu'on rapporte parle précisément du fait qu'il s'agit de prouver.*

110. Voici un second exemple emprunté de Pothier, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance de 1667 : Vous m'avez écrit une lettre, pour me prier de compter à votre fils, qui habite la même ville que moi, une somme de 300<sup>f</sup> dont il a besoin pour ses études. Je l'ai comptée, mais sans en tirer un reçu de votre fils. Il m'a seulement, en la recevant, remis votre lettre, qui ne peut faire une preuve complète que j'ai compté la somme, suivant votre ordre ; mais c'est un commencement de preuve écrite, qui doit faire admettre à la preuve testimoniale.

111. Bien plus : une simple lettre de recommandation peut former, en ce cas, un commencement



de preuve écrite; par exemple si vous m'aviez recommandé votre fils, en me priant d'en avoir soin, de veiller sur sa conduite, de lui avancer de l'argent pour ses besoins.

Une pareille lettre servirait de commencement de preuve des sommes avancées; mais il nous semble qu'en ce cas le correspondant devrait, en prouvant l'avance, prouver l'emploi utile des sommes avancées; preuve à laquelle il n'est point tenu, lorsqu'il est seulement prié de compter une somme au fils, qui a pu la dissiper et en faire un mauvais emploi. La décision dépendrait des termes dans lesquels serait conçue la recommandation.

112. Si, ne pouvant compter à votre fils la somme que vous m'aviez prié de lui remettre, il porte votre lettre à une autre personne de votre connaissance, qui s'en saisit et compte la somme, sans prendre de reçu, cette lettre doit également lui servir de commencement de preuve par écrit. (*Voy. Pothier, n°. 768; Boicau et Danty, liv. 2, chap. 2).*

113. Les décisions données par ces auteurs, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, doivent être suivies sous l'empire du Code, dont l'esprit est absolument le même. Voici un dernier exemple tiré de l'espèce d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, depuis la promulgation du Code :

Les époux Descornaux demandaient à Saint-Aubin 2,400<sup>l</sup>, ou cent louis, que la dame Descornaux lui avait prêtés. Elle produisit une lettre dans laquelle Saint-Aubin lui mandait qu'il était au désespoir de ne pouvoir pas rembourser l'argent

qu'elle lui avait si obligeamment prêté. Il promettait de vendre un tiers de maison pour acquitter cette dette sacrée.

Les Descornaix regardèrent cette lettre comme un commencement de preuve par écrit, et demandèrent à la compléter par témoins.

Saint-Aubin mit beaucoup d'adresse dans sa défense; il reconnut devoir dix-sept louis seulement, et soutint que sa lettre ne pouvait servir de commencement de preuve par écrit de la quotité de la dette, puisqu'elle était muette sur ce point; néanmoins le premier tribunal et la Cour de Trèves, ville alors réunie à la France, regardèrent la lettre comme un commencement de preuve, admirèrent la preuve testimoniale et le serment des demandeurs. Définitivement Saint-Aubin fut condamné.

Ici, à la différence de l'espèce rapportée par Chasseneuz, la lettre parlait ouvertement du prêt d'argent, et Saint-Aubin en convenait. C'était le fait connu.

Mais elle ne parlait point de la quotité sur laquelle les parties n'étaient point d'accord. C'était le fait inconnu.

Ainsi, dans cette espèce, de même que dans celle de Chasseneuz, la lettre ne parlait point précisément du fait qui était à prouver.

Les demandeurs soutenaient qu'ils avaient prêté cent louis; le défendeur qu'il n'en avait reçu que dix-sept. Qui fallait-il en croire? *Semper in obscuris quod minimum est sequimur. Loi 9, de R. J.*

Saint-Aubin se pourvut donc en cassation, pour fausse application de l'art. 1347, et pour excès de

pouvoir, en ce que la Cour avait admis le serment supplétoire.

L'existence du prêt, disait-il, était convenue; il n'y avait de contestation que sur sa *quotité*. S'élevait-il à cent louis, ou seulement à dix-sept? Telle était la seule question du procès.

Pour qu'il y eût commencement de preuve, il faudrait donc, ajoutait-il, que les lettres déterminassent, ou au moins qu'elles indiquassent une quotité plutôt que l'autre.

Or, elles étaient muettes sur le point contesté: donc elles ne le rendaient pas vraisemblable.

Si l'art. 1347 était entendu d'une manière plus large, il suffirait d'avoir un écrit où il fût question d'argent, pour y trouver la vraisemblance d'un prêt très-considérable: il ne s'agirait que de corrompre des témoins.

M. Daniels, qui exerçait si dignement le ministère public, dit qu'il était impossible de déterminer les règles générales et absolues de la vraisemblance, parce qu'elle consiste dans un aperçu de l'esprit, résultant de l'ensemble de causes imperceptibles; qu'ainsi, les juges sont, à cet égard, livrés à l'impulsion de leur conscience.

Il pensa néanmoins que tout en ne s'exprimant pas sur la *quotité* de la somme prêtée, les écrits de l'emprunteur, appréciés d'après son état de fortune, ses rapports avec le prêteur, les causes de l'emprunt et les moyens indiqués pour le paiement, pouvaient très-bien rendre *vraisemblable* l'assertion que le prêt consistait dans telle quotité,



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas.* 195  
plutôt que dans telle autre. Il conclut au rejet du  
pourvoi.

Il avait raison ; car la vraisemblance est la première règle à suivre dans l'interprétation des actes obscurs : *In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est*, dit la loi 114, *de R. J.* Ce n'est qu'à défaut de vraisemblance qu'on en vient à la règle, *quod minimum est sequimur* (1).

Le pourvoi de Saint-Aubin fut rejeté par arrêt du 29 prairial an XIII (2).

« Attendu que de la lettre écrite par le réclamant, il résultait un commencement de preuve par écrit, qui autorisait l'admission de la preuve testimoniale, et que l'existence d'une dette importante et sacrée se trouvant contestée, tant par écrit que par le résultat de l'enquête, les juges ont pu, sans violer aucune loi, ordonner un serment supplétoire, et le déférer à la partie qu'ils ont jugée la plus digne, d'après leur conscience. »

114. L'espèce de cet arrêt, celle de l'arrêt de Chasseneuz, sont du nombre des commencemens de preuve écrite, dont Pothier, n°. 770, fait un genre particulier, qui consiste dans les écrits authentiques ou sous seings privés, où se trouve la preuve d'une dette, mais non sa quotité.

Le premier exemple qu'il en donne est celui d'un billet par lequel *je promets payer à tel la somme de*

---

(1) *Vid.* Bronchorst, sur la loi 9, *ff de R. J.*, et la loi 34, *ibid.*

(2) Rapporté par Sirey, tom. XIII, pag. 551.

*cent....., qu'il m'a prêtée.* Je prétends n'avoir emprunté que cent sous; le créancier soutient qu'il a prêté cent écus.

Pothier pense que le billet est un commencement de preuve, qui doit faire admettre le créancier à prouver par témoins que le prêt est de cent écus. S'il ne faisait pas cette preuve, la dette serait réduite à cent sous, suivant la règle *in obscuris quod minimum est sequimur*.

Mais, pour admettre la preuve, Pothier exige, avec raison, qu'il y ait de la vraisemblance dans la demande du créancier. Il ne serait pas admis, par exemple, dans l'espèce proposée, à prouver par témoins que le prêt mentionné dans le billet est de 100,000<sup>f</sup>.

Aujourd'hui qu'il n'est plus d'usage de compter en écus, en pistoles, en louis, le doute sur la somme prêtée qu'on a, par oubli, laissée en blanc dans un billet, est moins étendu. On ne compte plus que par francs et centimes.

Or, il n'est pas présumable qu'un billet portant qu'il est dû *cent*, doit s'entendre de cent centimes et non de 100<sup>f</sup> : *In stipulationibus, si non appareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur.* Loi 34, § de R. J.

115. Mais le créancier pourrait-il être admis à prouver qu'il faut, après le mot *cent*, dont la suite ou le complément se trouve oublié, ajouter un second nombre, et demander à prouver que le prêt est de 160, 180<sup>f</sup>?

Pourquoi non, si la vraisemblance ne s'y oppose pas? Il n'y aurait même aucun doute si la cause de la dette exprimée dans le billet rendait cette demande vraisemblable; par exemple si le billet portait : Je promets de payer à tel la somme de cent....., pour deux hectolitres de froment qu'il m'a vendus à Rennes, le....., et qu'à l'époque de cette date le prix de l'hectolitre fût coté à 80', dans les mercuriales de Rennes : le créancier devrait être admis à prouver par témoins qu'il faut ajouter au mot cent, ceux de soixante francs, parce qu'il est vraisemblable qu'il n'a pas vendu au-dessous des mercuriales.

116. Les inductions qu'on peut tirer des faits ou des aveux contenus dans un interrogatoire sur faits et articles, forment très-fréquemment des commencemens de preuve écrite, suffisans pour rendre vraisemblable le fait allégué, et pour en faire supplétivement admettre la preuve testimoniale.

C'est même le plus grand avantage qu'on puisse ordinairement espérer d'un interrogatoire sur faits et articles.

On ne s'attend guère, on ne doit pas s'attendre, qu'après l'avoir dénié d'abord, le défendeur avoue, dans un interrogatoire, précisément le fait qu'il s'agit de prouver. Mais on peut raisonnablement espérer lui arracher la confession ou la reconnaissance de quelques faits trop notoires, pour qu'il ose effrontément les nier en présence de la justice; et si ces faits sont de nature à rendre vraisemblable le fait qu'il s'agit de prouver, comme ils se trou-



vent, après l'aveu qu'il en a fait, consignés dans un acte authentique émané de lui, ils formeront un commencement de preuve écrite, au moyen duquel la preuve testimoniale du fait principal pourra être reçue.

« L'usage de ces sortes d'interrogatoires, dit fort bien Domat (1), n'est pas seulement d'avoir la preuve des faits dont celui qu'on interroge aura reconnu la vérité; mais qu'il la nie ou la dissimule, ils peuvent servir à la faire connaître par les conséquences qu'on pourra tirer contre lui de toutes ses réponses, comme s'il nie des faits qui lui sont connus et qui sont certains; s'il en allègue qu'on sache être faux, s'il varie et change dans ses réponses, ou s'il reconnaît des faits dont on puisse conclure la vérité de ceux qu'il a niés. »

117. Bien plus : le silence ou le refus de répondre à l'interrogation ou à l'interpellation, le défaut de se présenter à la justice pour y répondre, peuvent, suivant les circonstances, former une preuve complète, et par conséquent un commencement de preuve. C'est une maxime très-ancienne en jurisprudence, et consacrée par nos lois françaises.

L'ordonnance de 1667, tit. 10, *des interrogatoires sur faits et articles*, porte, art. 4 :

« Si la partie ne compare point aux jours et lieux qui seront assignés, ou fait refus de répondre,

---

(1) Lois civiles, titre des interrogations et confessions des parties.

« sera dressé procès-verbal sommaire, faisant mention de l'assignation et du refus; et, sur le procès-verbal, *seront les faits tenus pour confessés et avérés*, en toutes juridictions et justices,.... sans obtenir aucun arrêt ou jugement, et sans réassignation ».

La rédaction de cet article semblait être un ordre aux juges de tenir pour avérés les faits sur lesquels une partie refusait de répondre.

Le Code de procédure a changé cette rédaction; il porte, art. 350 :

« Si l'assigné ne comparait pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal *sommaire*, et les faits *pourront être* tenus pour avérés. »

Cette disposition est sage, conforme à la raison et aux principes du droit. Sans doute, en bonne logique, on ne peut conclure, en général, que celui qui se tait ou refuse de répondre, avoue le fait sur lequel il est interrogé; une foule de considérations, autres que la volonté de dissimuler une vérité nuisible à ses intérêts, peuvent motiver son silence ou son refus de répondre.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'en gardant le silence, il ne nie pas : *Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (1); et s'il est interrogé par la justice, à laquelle un devoir ri-

---

(1) Loi 112, ff de R. J., cap. 43 et 44; de R. J., in sexto, et ibi Dantone.

goureux l'oblige de dire la vérité toute entière, si de plus il est averti d'avance que son silence ou son refus de répondre sera ou pourra être pris pour un aveu, on est en droit de conclure avec certitude, ou qu'il reconnaît réellement la vérité du fait sur lequel il est interrogé, ou tout au moins qu'il consent que ce fait soit tenu pour avéré.

118. Si le refus de répondre peut, suivant les circonstances, former contre l'interrogé une preuve ou un commencement de preuve écrite du fait allégué, il faut en dire autant des obscurités affectées qu'il met dans ses réponses, pour dissimuler la vérité ou en cacher une partie; des évasions, pour éluder de répondre directement à ce qu'on lui demande; des réponses artificieuses, pour répandre de l'incertitude et des nuages dans l'esprit des juges; des mensonges qui peuvent mettre sa mauvaise foi en évidence (1).

Toutes ces ruses de la mauvaise foi adroite et

(1) Voici, sur ce point important, quelques dispositions des lois romaines, tirées du Digeste, au titre *de interrogationibus in jure faciendis*, 2. 1 :

« *Nihil interest, neget quis, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.* Loi 11, § 7.

• « *Quod, ait prætor, omnino non respondisse, posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est TROS ETOS.* Loi 11, § 5, *id est ad verbum.*

« *Voluit prætor adstringere eum qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo, vel mentiendo sese oneret.* Loi 4, *ibid.* »

Voët, sur le même titre, n<sup>o</sup>. 9, dit fort bien d'après ces textes : « *Silentio comparatur responsum anceps, dubium, incertum, dum nihil interest an taceat interrogatus, an obscure respondeat, an incertum dimittat interrogatorem.* »



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 201*

subtile, que l'œil du vrai magistrat sait pénétrer et découvrir, peuvent rendre le fait qu'il s'agit de prouver assez vraisemblable pour exiger des approfondissemens ultérieurs, et comme ces ruses sont consignées par écrit, elles peuvent former un commencement de preuve suffisant pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale : c'est un point abandonné à la prudence du magistrat.

119. Les faits et les réponses consignés dans un procès-verbal de non conciliation, dressé par le juge de paix, peuvent aussi former un commencement de preuve écrite, et il en est de même du silence gardé sur une interpellation faite par la partie adverse, en bureau de paix, ou du refus d'y répondre.

Le bureau de paix est établi pour concilier les parties, s'il est possible, et, dans le cas contraire, pour dresser *un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations sur les points de fait.* (Article 3, tit. 10 de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire).

Le Code de procédure, art. 54, porte aussi que :

« Lors de la comparution, le demandeur pourra  
expliquer, même augmenter ses demandes, et le  
défendeur former celles qu'il jugera convenables ;  
le procès-verbal qui en sera dressé contiendra les  
conditions de l'arrangement, s'il y en a ; dans le  
cas contraire, *il fera sommairement mention que*  
*les parties n'ont pu s'arranger.* Les conventions  
des parties, insérées au procès-verbal, ont force  
d'obligations privées. »

120. Quelques auteurs (1) ont prétendu que cet article avait abrogé la disposition de l'art. 3, tit. 10 de la loi du 24 août 1790, *par cela seul qu'elle n'a pas été conservée dans le Code*; ils en ont conclu que le procès-verbal de non conciliation ne doit contenir que la simple mention que les parties n'ont pu s'accorder, et non la mention sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations, sur les points de fait.

D'autres néanmoins, pour concilier le vœu de la loi, qui prescrit seulement, disent-ils, de faire une simple mention de la non conciliation, avec l'intérêt qu'aurait une partie à faire consigner les dires, interpellations et réponses de l'autre, ont cru que la partie intéressée à les faire constater devait requérir le juge de paix de les insérer dans son procès-verbal, et que celui-ci doit y consigner ce réquisitoire; mais qu'il ne doit consigner dans son procès-verbal les choses qui font l'objet de ce réquisitoire, qu'autant que la partie adverse déclare y consentir, et que, dans le cas contraire, il doit se borner à faire mention du refus du consentement.

Toute cette doctrine nous paraît inexacte; elle pèche par son fondement. Il nous semble évident que le Code de procédure n'a nullement abrogé la disposition citée de la loi du 24 août 1790 : il ne l'a certainement point abrogée d'une manière ex-

---

(1) Cités par M. Carré, *Analyse du Code de procédure*, quest. 129, à Paris, chez Warée oncle, et à Rennes, chez Duchesne.

presse ou spéciale, puisque cette abrogation n'est prononcée nulle part.

D'un autre côté, cette même abrogation ne se trouve point comprise dans la disposition générale de l'art. 1041 du même Code, qui porte qu'à dater du 1<sup>er</sup>. janvier 1807, « toutes lois, coutumes, usages » et réglemens relatifs à la procédure civile seront « abrogés. »

La loi du 24 août 1790 n'est point une loi relative à la procédure civile, mais à l'organisation judiciaire; ce qui est tout différent.

Loin d'être abrogée par le Code de procédure, c'est encore cette loi qui règle aujourd'hui l'organisation de la justice de paix et sa compétence (1).

C'est la loi vivante en cette matière, et la disposition citée de la loi du 24 août 1790 contient une des attributions des juges de paix. C'est la règle de leurs devoirs sur un point très-important pour toutes les parties.

Serait-elle abrogée par la maxime *posteriora derogant prioribus*? Mais cette maxime n'est applicable que dans les cas où la loi postérieure est contraire à quelque disposition de la loi antérieure, et où les dispositions contraires ne peuvent se concilier; car, comme les lois ne doivent pas être changées, modifiées, ni abrogées, sans de puissantes considérations, et pour ainsi dire sans nécessité,

---

(1) Voy. M. Carré, *Traité et Questions sur le Code de procédure civile*, tom. I, pag. 1 et 2, à Rennes, chez Duchesne, et à Paris, chez Wuecheler.



l'abrogation des lois anciennes par les nouvelles ne saurait se présumer (1).

Il faut qu'il y ait contradiction formelle entre les deux dispositions, pour que la loi nouvelle soit censée abroger l'ancienne.

Ce n'est point le cas où se trouvent la disposition citée de la loi du 24 août 1790, et la disposition de l'art. 54 du Code de procédure; loin qu'il y ait contradiction entre elles, la dernière n'est qu'une répétition abrégée de la première. Celle-ci dit que, dans le cas de non conciliation, le juge de paix doit dresser un procès-verbal sommaire des dires, aveux ou dénégations des parties, sur les points de fait.

L'art. 54 du Code de procédure dit que le procès-verbal fera *sommairement* mention que les parties n'ont pu s'accorder. Ainsi les deux dispositions disent, l'une et l'autre, que le juge de paix doit dresser *un procès-verbal sommaire*; la première ajoute qu'il fera mention *sommaire* des dires, aveux et dénégations des parties, sur les points de fait; disposition sage, qui tient à l'ordre public, à la paix de la société et à l'abréviation des procès. Elle a pour but de recueillir et de constater les aveux ou dénégations qui peuvent échapper aux parties dans les premiers momens où la contestation n'étant point encore engagée, on peut espérer et présumer que leur conscience n'est point encore en-

---

(1) Voy. ce que nous avons dit, tom. I, n°. 154.

durcie ; aveux et dénégations qui sont acquis à l'autre partie, et qui peuvent éclairer la justice, l'aider ou la guider dans la recherche et dans la découverte de la vérité.

Certainement, pour abroger une disposition aussi sage, il aurait fallu une abrogation formelle, que les rédacteurs du Code de procédure se sont bien gardés de prononcer.

Mais la loi du 24 août 1790 continuant d'être en pleine vigueur, ils se sont contentés de dire, dans l'art. 54, que le procès-verbal du juge de paix doit faire mention sommaire que les parties n'ont pu s'accorder. Or, pour cela même, ne faut-il pas dire sur quels points et pourquoi elles n'ont pu s'accorder ? Et comment le faire sans mentionner sommairement leurs aveux et dénégations ?

Posons donc en principe que le juge de paix peut et doit mentionner sommairement, dans son procès-verbal, les dires, aveux et dénégations des parties sur les points de fait, et que ces aveux ou dénégations peuvent servir, contre ceux qui les ont faits, ou de preuve, ou de commencement de preuve écrite, selon les circonstances.

121. La Cour de cassation a même décidé, par une juste analogie de ce qui a lieu, dans les interrogatoires sur faits et articles, que le refus de répondre, au bureau de paix, à des interpellations relatives à des faits pertinens, peut former un commencement de preuve écrite.

Voici l'espèce de cet arrêt :

Le 16 vendémiaire an X (8 octobre 1802), le

sieur Monnier demanda à la veuve Bardou, née Gilbert, la somme de 6,000<sup>f</sup>, qu'elle s'était obligée de payer, par un billet du 1<sup>er</sup>. juillet 1772, causé pour valeur reçue comptant.

Elle le fit appeler au bureau de paix, et elle y posa en fait qu'en 1772, Monnier la recherchait en mariage; que leur union étant contrariée par la mère et par un oncle d'elle, demoiselle Gilbert, Monnier, pour s'assurer de sa foi, exigea d'elle un billet de 6,000<sup>f</sup>, qu'elle eut la faiblesse de lui consentir; que ce billet n'était qu'une sorte de dédit, une garantie qu'elle ne prendrait point d'autre engagement.

Mais que cet engagement avait été rompu par le sieur Monnier, qui le premier contracta un autre mariage; qu'elle lui avait fait alors demander la restitution de son billet par le curé d'Orsan, auquel il répondit que le billet était déchiré; qu'avant, ni depuis le mariage d'elle, demoiselle Gilbert avec Bardou, Monnier n'avait jamais parlé de cette créance; que même il avait plusieurs fois acheté d'elle diverses marchandises, qu'il avait payées comptant, sans offrir de compensation; que ce n'est que près de trente ans depuis la date de ce billet, après avoir déclaré plusieurs fois qu'il l'avait supprimé, qu'il s'est avisé de le faire valoir, et qu'il s'est vanté qu'il n'en réclamait le paiement que par esprit de vengeance, pour se dédommager de la succession d'un de ses parens, dévolue à elle, veuve Bardou.

Après l'articulation de ces faits, devant le juge



de paix, elle interpella le sieur Monnier d'y répondre, en protestant *qu'elle tirera de son refus les inductions de droit.*

Le sieur Monnier répondit *qu'il n'a aucune explication à donner sur ces faits*; en conséquence procès-verbal de non conciliation, où ces faits furent consignés.

L'affaire fut portée au tribunal d'Uzès, qui condamna la dame Bardou au paiement du billet.

Sur l'appel, la dame Bardou fit interroger Monnier sur les faits et articles consignés dans le procès-verbal de non conciliation; il répondit alors par une dénégation absolue. Elle demanda à prouver les faits par témoins; il soutint que la preuve n'était pas admissible.

La Cour d'appel considéra que toutes les probabilités, ou vraisemblances, étaient en faveur des allégations de la veuve Bardou; que les faits de fraude et de simulation suffisaient pour faire admettre la preuve testimoniale; que s'il fallait un commencement de preuve par écrit, il s'en trouve un aussi frappant qu'authentique, dans le procès-verbal de non conciliation, où l'intimé, interpellé avec protestation de tirer du refus de répondre les inductions de droit, a refusé toute espèce de réponse et d'explication sur les faits les plus décisifs.

Par ces considérations, la Cour d'appel autorisa la preuve testimoniale : ensuite sur le vu des enquêtes, elle reforma le premier jugement, et débouta Monnier de sa demande en paiement du billet de 6,000<sup>f</sup>.

Monnier se pourvut, et soutint devant la Cour

de cassation, que le commencement de preuve par écrit ne pouvait résulter que d'une déclaration effective, faite par la partie dans un écrit émané d'elle.

Or, disait-il, le procès-verbal de non conciliation n'est point un écrit émané de lui, Monnier; cet écrit ne contient de sa part aucune *déclaration* qui rende le fait vraisemblable; il ne contient que son refus de parler.

Par arrêt du 9 février 1808, la Cour de cassation rejeta le pourvoi, attendu que l'art. 2, tit. 20 de l'ordonnance de 1667, ne reçoit point d'application aux faits de simulation; que l'art. 3 du même titre excepte aussi de la disposition générale dudit article, le *cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit*, lequel, n'ayant pas été défini par la loi, a été abandonné à l'appréciation des juges (1).

122. Un arrêt de la Cour de Rennes, du 25 mai 1810, a aussi jugé que les réponses faites en bureau de paix, et constatées par le procès-verbal de non conciliation, peuvent former un commencement de preuve par écrit.

Nous croyons devoir rapporter ici l'espèce de cet arrêt, qui peut répandre beaucoup de jour sur la matière, et achever de fixer les idées sur ce qu'on doit entendre par un commencement de preuve écrite.

Le 13 janvier 1807, Mahé emprunta 900 francs

---

(1) Cet arrêt est rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. *Interpellation*, par Sirey, tom. VIII, pag. 114 et suiv.

du sieur S. : le billet portait l'obligation d'en payer l'intérêt d'un et demi pour cent par mois, jusqu'au parfait paiement, si la somme n'était pas remboursée dans deux mois.

En février 1809, le sieur S. cite Mahé en bureau de paix, pour se concilier sur la demande qu'il entend former du remboursement de la somme de 900<sup>f</sup>, avec les intérêts stipulés dans le billet.

Mahé comparut et déclara protester « contre la  
» prétention du sieur S., attendu qu'il a payé, jus-  
» qu'à ce jour, trois pour cent d'intérêts, en payant  
» 5<sup>f</sup> d'avance tous les deux mois, à compter de la  
» date du billet; qu'il offre de précompter sur le  
» montant du billet, avec les intérêts légitimement  
» dus, parce que les intérêts usuraires seront pas-  
» sés à compte, sauf, en cas de non conciliation,  
» de porter telle plainte qui sera vue appartenir. »

Le sieur S. se borna à répondre qu'en tout il n'a fait que « profiter du bénéfice de la loi, à l'occasion  
» du billet en question, qui est antérieur à la loi  
» du 3 septembre 1807. »

Avant d'aller plus loin, faisons quelques réflexions sur cette réponse entortillée : Le sieur S. n'avait point refusé de répondre comme l'avait fait Monnier, dans l'espèce de l'arrêt précédemment cité. Le sieur S. avait répondu, mais sa réponse n'avait rien de net, rien de positif. Il ne répondait point à ce qu'on lui demandait; ce n'était point une réponse, suivant Ulpien : *Omnino non responde videtur, qui ad interrogatum non respondet.* Loi 11, § 5, ff de interr. in jud. fac., 11. 1.



On ne pouvait pas précisément conclure de sa réponse qu'il reconnût avoir reçu l'intérêt de trois pour cent par mois, et d'avance; on n'en pouvait pas conclure non plus qu'il le niât. Que trouvait-on dans sa réponse? Obscurité affectée, incertitude : elle décelait un homme qui n'ose nier le fait, de peur qu'il ne s'en trouve des preuves dans la suite, mais qui cependant ne veut pas l'avouer, et qui se ménage une excuse dans la disposition immorale de la loi, laquelle n'avait point fixé le taux de l'intérêt. C'est ce qu'il appelle le *bénéfice de la loi*.

Cette réponse ambiguë n'est point le langage de la vérité; elle avait manifestement pour but de rendre le juge incertain. Or, suivant le même Ulpien, une pareille réponse équivaut au silence : *Nihil interest an taceat quis interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.*

Ces conjectures, ces présomptions, que faisait naturellement naître la réponse du sieur S., ne formaient point une preuve du fait, mais elles le rendaient *raisonnablement probable*. Car il n'eût pas répondu autrement, s'il avait voulu cacher la vérité, sans s'exposer à la honte d'être démenti par les preuves qui pouvaient survenir.

Il fit assigner son débiteur devant le tribunal de Lannion; alors, pour la première fois, il osa nier hautement le fait d'usure, que Mahé lui avait reproché au bureau de paix; reproche auquel il avait éludé de répondre nettement.

Dans le libelle de son exploit, au contraire, il affirma que Mahé avait faussement allégué avoir

payé trois pour cent d'intérêt par mois et d'avance; il le défia de prouver ce fait calomnieux, pour lequel il réserva de se pourvoir afin de dommages et intérêts, etc.

Telle était la réponse que l'indignation, s'il eût été innocent, devait d'abord dicter au sieur S., lorsque Mahé lui reprocha la première fois en face, au bureau de paix, le fait honteux d'une usure énorme et répréhensible; mais accablé par ce reproche, auquel il ne s'était pas attendu, le sieur S. n'osa pas nier positivement le fait, encore moins menacer, ni protester d'injure.

Ce n'est qu'après s'être remis, après s'être vraisemblablement consulté, qu'il nie et qu'il menace hautement, pour effrayer un adversaire qu'il supposait dénué de preuve. Ici la vraisemblance du fait augmente par sa conduite.

Loin d'être effrayé de la menace, Mahé soutint son inculpation, et demanda qu'il lui fût permis d'en informer par témoins; et le sieur S., au lieu de suivre l'action en injure, se borna à soutenir que la preuve testimoniale n'était pas admissible.

Mais les vraisemblances étaient trop fortes, pour permettre au tribunal de négliger un approfondissement devenu nécessaire à la découverte de la vérité.

Il ordonna la preuve par un jugement interlocutoire, et considérant que le résultat de l'enquête et l'ensemble des circonstances prouvaient l'usure énorme, il ordonna définitivement que les intérêts en sus du taux fixé dans le billet seraient imputés sur le capital.

Sous l'appel, le sieur S. soutint que la preuve n'était pas admissible; qu'en supposant qu'il eût payé des intérêts plus forts que ceux stipulés dans le billet, ce ne pouvait être qu'en vertu d'une convention verbale, dont la preuve testimoniale ne pouvait être admise sans un commencement de preuve par écrit.

Or, la réponse du sieur S., en bureau de paix, n'était pas, disait-il, un aveu du fait d'usure, allégué par Mahé. Non, sans doute, pas un aveu formel; mais cette réponse ambiguë, qui n'était ni aveu formel, ni dénégation d'un fait honteux, qu'on lui reprochait en face, rendait le fait très-vraisemblable, et formait un commencement de preuve consigné dans un écrit émané de lui.

Ainsi le jugea la Cour de Rennes, dans son arrêt du 23 juin 1810, par lequel, « considérant que  
 » Mahé, cité en conciliation, a maintenu qu'il avait  
 » payé le double de l'intérêt stipulé, et d'avance,  
 » à compter de la date du billet; que la réponse  
 » souscrite par le sieur S., loin de le contredire,  
 » présente, au contraire, un aveu au moins impli-  
 » cite du fait maintenu, puisqu'au lieu de le con-  
 » tester, il déclare *qu'en tout* il n'a fait que profiter  
 » du bénéfice de la loi, à l'occasion du billet en  
 » question, qui est antérieur à la loi du 3 septem-  
 » bre 1817;

» Considérant que cette déclaration, qui devait  
 » être admise, comme *émanée* du sieur S., quoi-  
 » qu'il ne l'eût pas écrite, puisqu'il en avait re-  
 » connu l'exactitude, en y ajoutant sa signature,



*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 215*

» avait au moins le caractère exigé par la loi, pour  
» former un commencement de preuve par écrit, et suf-  
» fisait conséquemment pour autoriser la preuve  
» par témoins ;

» Considérant..... que la loi du 3 septembre  
» 1807 ne maintient les conventions antérieures  
» d'intérêt excédant le taux qu'il détermine, que  
» dans le cas où il y a stipulation par contrats ou  
» autres actes, et qu'il s'agit d'intérêts perçus au-  
» delà de ceux qui avaient été stipulés par écrit ; »

« La Cour déclara le sieur S. sans griefs dans son  
appel. » (1)

L'espèce de cet arrêt, parfaitement bien rendu,  
nous fait voir, ce qu'il faut bien remarquer, que les  
commencemens de preuve écrite ne sont que des

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le Journal des arrêts de la Cour de  
Reunes, rédigé par MM. Carré et Duguen, pag. 149 et suiv.

Dans le même Recueil, pag. 244, on trouve un arrêt de la même  
Cour, dont la notice porte : Que l'art. 1715 du Code s'oppose à ce  
qu'on admette la preuve testimoniale d'un bail verbal, lorsqu'il existe  
un commencement de preuve par écrit, si le bail n'a pas eu d'exécu-  
tion.

Nouvelle preuve qu'on ne doit pas s'arrêter à la notice des arrêts. Ce  
Recueil est certainement l'un des plus exacts que nous connaissions ;  
cependant la notice est fautive. L'arrêt a jugé en fait que, dans l'es-  
pèce, une lettre de la dame Lemerle, que le tribunal de Nantes avait  
regardée comme un commencement de preuve, n'était point suffisante  
pour en former un : « Considérant que la lettre de la dame Lemerle  
» ne pouvait être envisagée comme un commencement de preuve par  
» écrit ; qu'elle prouve seulement que la location de la maison et jardin,  
» dont il s'agit, devait être consignée par écrit : d'où il suit que cette  
» location était subordonnée à la passation et à la signature d'un acte  
» synallagmatique, entre elle et le sieur Dupuy ; que les propositions  
» entre parties sont demeurées en simple projet, sans être réputées  
» obligatoires, etc. »

présomptions (1), qu'elles ne consistent qu'en conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu. (Art. 1349). Conséquences fondées sur la liaison ou la connexité, plus ou moins grande, qui existe entre le fait connu et le fait inconnu, et comme cette liaison peut être plus ou moins nécessaire, plus ou moins vraisemblable, il est évident que les présomptions peuvent aussi être plus ou moins précises; toutes forment un commencement de preuve plus ou moins fort, plus ou moins faible, suivant qu'elles ébranlent plus ou moins la croyance.

La seule différence qui existe entre les autres présomptions, et celle qui peut, suivant la loi, autoriser le juge à ordonner la preuve par témoins, consiste en ce que le fait connu, qui a de la liaison avec le fait encore douteux dont on cherche à compléter la preuve, ou à détruire la vraisemblance, doit être consigné dans un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente.

123. D'où nous pouvons dès-à-présent conclure que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, auquel se joignent d'autres présomptions graves, précises et concordantes, le magistrat peut se déterminer par ces présomptions, jointes au commencement de preuve écrite, puisque l'art. 1355 lui permet de se déterminer par des présomptions, *dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales.*

---

(1) *Vid. supra*, n°. 60.

124. On peut encore conclure que le commencement de preuve écrite autorise le juge à ordonner d'office le serment supplétoire, puisque l'article 1367 lui permet de l'ordonner lorsque la demande n'est pas *totale*ment dénuée de preuves. C'est conformément à ces principes que la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 29 prairial an XIII (1), que dans une espèce où il existait un commencement de preuve par écrit, qui autorisait l'admission de la preuve testimoniale, « les juges avaient » pu, sans violer aucune loi, ordonner un serment » supplétoire, et le déférer à la partie qu'ils ont » jugée la plus digne, d'après leur conscience. » (2)

125. Pour que les aveux faits en présence de la justice, et consignés dans les procès-verbaux rédigés par le juge qui reçoit l'interrogatoire, ou dans le procès-verbal de non conciliation, puissent former un commencement de preuve par écrit, est-il nécessaire que ces procès-verbaux soient souscrits par les parties? Non, sans doute, ce sont des actes authentiques, puisqu'ils sont rapportés par des officiers publics, assistés de leurs greffiers dans l'exercice de leurs fonctions, et spécialement chargés par la loi de recevoir et de constater par écrit, soit les réponses de l'interrogé, soit les dires, aveux et

---

(1) Sirey, an XIII, pag. 331.

(2) Voy. un arrêt de la Cour de cassation, du 5 juillet 1808, qui confirma un arrêt dans lequel les juges avaient pris, pour commencement de preuve, certains faits reconnus à l'audience, et avaient en conséquence déféré le serment supplétoire. Sirey, tom. VIII, pag. 453.



dénégations des parties qui comparaissent en bureau de paix. Leurs procès-verbaux font donc pleine foi en justice (art. 1319), quoiqu'ils ne soient pas souscrits par les parties. Il suffit qu'il soit fait mention que les parties, ou l'une d'elles, ne savent pas signer, ou n'ont pu ou voulu le faire. (Art. 354 du Code de procédure).

Bien plus : la mention que l'une des parties a refusé de signer, supplée à sa signature. Il n'est pas au pouvoir de celui qui a fait une réponse ou un aveu favorable à l'autre partie, de les rétracter sans motifs légitimes et sans prouver les motifs de sa rétractation. Son refus injuste de signer ne peut priver l'autre partie du droit d'en tirer des inductions. Ce refus ne peut avoir plus de force que le refus de répondre, lequel, suivant le Code de procédure, peut faire tenir les faits pour avérés.

126. Les aveux ou dénégations que font les parties ou leurs procureurs, dans les écrits qu'ils produisent devant les tribunaux, peuvent aussi former un commencement de preuve écrite, sauf l'action en désaveu contre le procureur ou l'avoué qui aurait, sans procuration spéciale, fait un aveu nuisible à sa partie.

127. Mais les aveux verbalement faits à l'audience par la partie, par son avoué, ou par l'avocat assisté de la partie ou de son avoué, peuvent-ils également faire contre elle une preuve, ou un commencement de preuve?

Il faut distinguer : si, comme elle en a la faculté, l'autre partie a demandé acte de l'aveu verbal dont

elle prétend tirer des inductions favorables à sa cause, il dépend de la prudence des juges de faire ou non droit sur cette demande.

Si l'acte a été décerné, l'aveu, ainsi constaté, peut sans contredit être opposé à celui qui l'a fait, sans qu'il soit nécessaire qu'il le souscrive sur le registre où sera porté le jugement qui décerne l'acte demandé; car enfin, souscrit ou non, ce n'en est pas moins un aveu *émané* de la partie, et consigné dans un acte authentique.

Duparc-Poullain, notre savant maître (1), faisait entre les tribunaux dans lesquels la cause se plaçait une distinction qu'on ne saurait admettre aujourd'hui.

Il posait en principe que, suivant les usages de la Bretagne, toutes reconnaissances faites en jugement doivent être souscrites de la partie ou du porteur de sa procuration, à peine de nullité. « On » excepte seulement, dit-il, celles qui sont faites à » l'audience du Parlement; elles sont valables quoi- » qu'elles ne soient pas souscrites ».

L'auteur n'appuie cette décision d'aucune loi, d'aucune autorité, et il donne, comme un usage particulier à la Bretagne, la distinction qu'il établit entre les reconnaissances faites à l'audience du Parlement, et les reconnaissances faites à l'audience des autres tribunaux, sans même en excepter les juridictions royales, les présidiaux, etc.

---

(1) Principes du droit, tom. IX, pag. 277 et 425.

Quoi qu'il en soit de cette prétendue distinction, fondée peut-être sur la grande autorité du Parlement, il est certain qu'aujourd'hui, ni en Bretagne ni ailleurs, aucune distinction ne peut être admise entre la foi due aux actes des tribunaux ou des Cours.

Les pouvoirs des uns et des autres viennent également du Roi, de qui émane toute justice ; leurs actes sont également authentiques.

S'il n'a pas été demandé acte des aveux verbalement faits à l'audience par l'une des parties, ou par son procureur, l'autre n'en peut tirer des inductions.

Les juges sur-tout ne peuvent, sans commettre un excès de pouvoir, donner d'office ces aveux pour motifs à leurs jugemens. Ce n'est que dans les questions de droit, et non dans les questions de fait, que les juges peuvent d'office suppléer aux dires, moyens et réquisitions des parties.

Mais s'il existait un commencement de preuve écrite du fait avoué à l'audience, et dont celui qui avait intérêt de le constater, pour en tirer ses inductions, aurait oublié d'en demander acte, cet aveu, comme un aveu extrajudiciaire, pourrait être prouvé par témoins (1).

(1) Voici ce que dit à ce sujet Voët, sur le titre du Digeste, *de judic.*, 5. 1, n°. 49 : « *His consequens est judicem ea quæ facta sunt supplere non posse, si à partibus non allegentur, nisi notoria, prorsus sint ex instrumentis illis quæ probationis ergò, in judicio prolata sunt, ne aliquin supplendo ea quæ dubii facti sunt, non tam judicis quàm advocati partibus videatur fungi et patrocinari, potius quàm judicare.* » Ant. Fab.,



128. Les écritures privées, qui ne sont pas signées, peuvent, selon les circonstances, former un commencement de preuve par écrit : c'est un point reçu dans l'ancienne jurisprudence.

Nous avons remarqué *suprà*, n°. 63, que l'ordonnance de Moulins permettait la preuve par témoins, lors même que les écritures n'étaient pas signées. Le Code civil n'a rien de contraire à cette jurisprudence; elle est même conforme à ses dispositions, qui de plus accordent, en certains cas, la force d'une preuve complète à des écritures non signées. Nous en avons parlé tom. VIII, n°. 352 et suivans.

A plus forte raison ces écritures peuvent avoir la force d'un commencement de preuve. Aussi nous pouvons remarquer que l'art. 1347 n'exige point que les écrits présentés pour servir de commencement de preuve soient signés; mais seulement émanés de celui contre lequel la demande est formée, ou de ses auteurs; ce qui est bien différent.

La généralité de ses expressions comprend donc les écritures non signées, aussi bien que celles qui le sont. Il appelle un commencement de preuve tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée.

---

*Cod.*, lib. 2, tit. 7, defin. 1; Perez, *ad tit.*, *Cod.*, *ut quæ desunt advocat.*, part. *judex suppleat*, 2. 11.

« *Quod si à partibus earumve patronis prætermissa fuerunt quæ juris sunt, rectè ea judex suppleverit, etc.* » *Cod.*, *ut quæ desunt advocat.*, 2. 11.

Or, il est évident qu'un acte écrit de la main du défendeur, mais non signé, n'en est pas moins émané de lui.

Si l'écriture était déniée ou méconnue, le demandeur pourrait en demander la vérification dans la forme ordinaire, c'est-à-dire tant par titres que par *témoins* et par experts. (Code de procédure, art. 195).

129. La difficulté ne consiste donc qu'à bien discerner quand les écritures non signées peuvent former un commencement de preuve. A cela on ne peut répondre que par des exemples. En voici un donné par Pothier, n°. 771 :

Je demande à Caius 300<sup>l</sup> que je prétends lui avoir prêtés. Je n'en ai d'autre preuve qu'un billet écrit et daté de sa main, mais qui n'est pas signé : il ne suffit donc pas pour faire preuve du prêt.

Mais, dit Pothier, il peut, suivant les circonstances, former un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre la preuve par témoins.

Il est en effet contraire à la vraisemblance que Caius m'ait volontairement remis un billet obligatoire, écrit de sa main, si réellement le prêt n'avait pas été fait; d'un autre côté, l'omission de la signature ne permet pas d'accorder à cet acte la force d'une preuve, et il n'est pas vraisemblable que j'aie reçu pour titre valable, si ce n'est par distraction, un écrit non signé. Le juge reste donc dans le doute; mais il est de son devoir de chercher la vérité : une enquête respective peut être un moyen de la faire connaître.

*Art. II. Exceptions à la règle en certains cas. 221*

Si celui qui a reçu l'écrit non signé est un homme simple, un homme sur-tout qui ne sait pas lire, la vraisemblance augmente en sa faveur.

La quittance que le débiteur représente, écrite de la main du créancier, forme, à plus forte raison, un commencement de preuve écrite de la réalité du paiement, la libération étant toujours plus favorable.

Pothier observe que, pour former un commencement de preuve, la quittance non signée doit exprimer la dette en acquit de laquelle le paiement a été fait. Un reçu vague ne suffit pas.

150. Mais ceci mérite explication. Est-il *absolument nécessaire* que la dette soit exprimée? Il nous semble que cela doit dépendre des circonstances. Je reconnais avoir reçu de Caius la somme de 500<sup>f</sup> qu'il me devait; et Caius ne me devait rien autre chose que cette somme de 500<sup>f</sup>, que je lui avais prêtée, et que postérieurement à la quittance j'ai la mauvaise foi de lui demander, en lui présentant le billet que je ne lui ai pas remis. Je n'articule aucune autre cause précise d'une seconde créance de 500<sup>f</sup>. Si la quittance était signée, elle formerait une preuve complète de libération.

L'omission de la signature la réduit à un simple commencement de preuve; c'est du moins notre opinion, et l'arrêt qui le jugerait ainsi ne pourrait certainement être avec succès déféré à la censure, comme nous le verrons bientôt. Aucune loi ne serait violée.

Il nous paraît du moins certain qu'il n'est pas



nécessaire que la quittance non signée réfère précisément le titre de la créance.

Ainsi, il n'est pas nécessaire, dans le cas proposé, qu'elle porte que j'ai reçu 300<sup>f</sup> que me devait Caius, en vertu du billet en date du.....; il suffit qu'elle porte que j'ai reçu la somme de 300<sup>f</sup> que je lui avais prêtée.

131. On peut ajouter à ces exemples les lettres missives, que bien des personnes sont dans l'usage de ne pas signer. Une lettre non signée peut donc former un commencement de preuve. Il serait même bien difficile de ne pas la regarder comme telle, si la suscription portait le timbre de la poste; car alors il serait certain qu'elle a été non seulement écrite, mais encore envoyée.

132. Il nous paraît encore qu'un contrat sous seing privé, quoique non signé d'une des parties, peut, selon les circonstances, former un commencement de preuve contre celui qui l'a écrit de sa main, quoiqu'il ne l'ait pas signé. Supposons que plusieurs personnes passent ensemble un contrat quelconque. Primus en écrit l'acte de sa main; il met son nom au nombre des contractans, et s'engage personnellement, ainsi qu'eux, mais il ne signe pas, quoique tous les autres aient signé; il ne nous semble pas douteux que cet acte doit former un commencement de preuve contre Primus. Il formerait même une preuve entière s'il l'avait exécuté en tout ou en partie: il ne peut se plaindre d'avoir été surpris.

133. Au reste, hors le cas des actes sous seing

privé en due forme, mais dont la signature est déniée ou méconnue, et dont la loi ordonne expressément la vérification, sans permettre aux juges de la refuser, le Code leur laisse la plus grande latitude de pouvoir, sur les questions qui concernent les commencemens de preuve écrite. Et lors même qu'il déclare tel écrit propre à servir de commencement de preuve, les expressions dont il se sert annoncent qu'il laisse aux juges le pouvoir d'apprécier les circonstances de l'affaire, et de prononcer si elles ne détruisent pas la vraisemblance nécessaire pour former un commencement de preuve.

Par exemple, l'art. 1320 porte que les énonciations étrangères à la disposition d'un acte authentique, *ne peuvent* servir que de commencement de preuve; l'art. 1335..., que les copies d'un acte, qui n'ont pas été tirées par le notaire qui l'a reçu, *ne pourront* servir de commencement de preuve par écrit, etc.; l'art. 1556, que la transcription d'un acte sur les registres publics *ne pourra*, même sous les conditions prescrites, servir que de commencement de preuve par écrit.

Il est évident que par ces expressions, *peuvent*, *pourra*, la loi n'intime point un ordre aux juges; elle leur donne seulement une faculté, dont ils peuvent, suivant les circonstances, user ou ne pas user, d'après leurs lumières et leur conscience.

Leur jugement, quel qu'il soit, ne peut être avec succès déféré à la censure de la Cour de cas-

sation (1), qui n'est investie que du droit de réprimer les violations formelles à la loi.

Or, la loi ne serait violée que dans le cas où les juges prononceraient que l'écrit indiqué par le Code, n'est pas de nature à former un commencement de preuve; mais, s'ils se bornent à dire que les circonstances de la cause détruisent la vraisemblance que cet écrit pourrait faire naître par lui-même, ils ne font que remplir la mission que la loi leur a donnée.

En ceci, le législateur s'est montré sage. La vraisemblance dépend nécessairement des circonstances que la loi ne peut prévoir, et qui varient à l'infini. Une seule peut altérer ou détruire la vraisemblance.

Le même fait qui dans une affaire a paru avec raison vraisemblable, peut très-bien, dans une autre, ne le paraître plus, et ne l'être point en effet.

Enfin, comme toutes les circonstances d'une affaire ne se rencontrent presque jamais dans une autre, comme tous les hommes n'ont point la même manière de voir, il en résulte que les jugemens les plus justes, rendus par le tribunal le plus éclairé, ne peuvent, dans une autre affaire, être une règle pour un autre tribunal, ni même pour le tribunal qui les a rendus. Les ju-

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 30 avril 1807, Sirey, tom. VII, additions, pag. 1119. Voy. aussi ce que nous avons dit, tom. VII, n°. 287.



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 225*

gemens ne peuvent jamais, quel que soit leur nombre, fixer la jurisprudence, puisqu'ils se réduisent à dire que dans telles circonstances le fait allégué était ou n'était pas vraisemblable.

---

ART. 3.

*Seconde Exception à la prohibition.*

Impossibilité de se procurer une preuve écrite.

SOMMAIRE.

- 134. *Transition à la seconde exception. Impossibilité de se procurer une preuve écrite.*
- 135. *L'ordonnance de Moulins n'en parlait point, et pourquoi.*
- 136. *Disposition de l'ordonnance de 1667 sur ce point.*
- 137. *Les cas d'impossibilité ne sont point une exception.*
- 138. *Principes de Pothier, sur les cas d'impossibilité. Article 1348.*
- 139. *De quelle impossibilité le Code entend parler.*
- 140. *Texte de l'art. 1348, sur les cas d'impossibilité.*
- 141. *Explication du n°. 1, relatif aux quasi-contrats.*
- 142. *Aux délits et quasi-délits. Notions générales sur leur nature.*
- 143. *Les délits donnent lieu à deux actions, l'action civile et l'action publique.*
- 144. *L'action publique ne peut être suivie que dans les tribunaux criminels; l'action civile, devant les tribunaux civils et dans les tribunaux criminels, à raison de connexité seulement.*

226 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

145. *Il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour faire admettre indirectement une preuve testimoniale réprouvée par la loi.*
146. *Il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle, pour réparation d'un délit, que dans les cas où la preuve testimoniale est permise.*
147. *Application de cette maxime à la violation de dépôt.*
148. *Le tribunal correctionnel doit rejeter la plainte en violation de dépôt, s'il n'existe ni preuve ni commencement de preuve de dépôt, après avoir interrogé le prévenu, dont les réponses peuvent former un commencement de preuve écrite.*
149. *Autre application de la maxime aux délits d'abus de confiance.*
150. *Maxime générale : Quand un délit suppose la réalité d'un fait antérieur, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible, sans preuve ou commencement de preuve, la plainte ne doit pas être reçue.*
151. *L'art. 527 du Code est une conséquence de cette maxime, et non une exception au principe que l'action civile ne peut arrêter l'action publique.*
152. *Autre application de la maxime au délit de bigamie. (Article 319).*
153. *La maxime paraît sans exception. Son application à tous les délits attentatoires à la propriété.*
154. *L'art. 3 du Code d'instruction criminelle est une conséquence du principe, que le jugement de la question préjudicielle doit précéder celui de la question principale.*
155. *Manière de connaître quand on peut prendre la voie criminelle, pour réparation d'un méfait.*
156. *Quoiqu'un délit suppose un fait antérieur, dont la preuve vocale n'est pas admissible, on peut prendre la voie criminelle, si le délit est inséparable de l'acte qui en a été l'objet; par exemple, la suppression d'un testament ou d'un titre, le faux, l'escroquerie, etc.*
157. *Pour prendre la voie criminelle, pour réparation d'un mé-*

### ***Art. III. Seconde exception à la prohibition. 227***

*fait, il faut qu'il soit mis par la loi au rang des contraventions, des délits ou des crimes. Pourquoi le Code n'applique point au dol et à la fraude l'exception qu'il applique aux quasi-délits, moins répréhensibles.*

- 158. Principes sur la nature et les caractères du dol et de la fraude.*
- 159. Du dol bon et du dol mauvais.*
- 160. Exemple remarquable du dol bon. La simulation n'est pas réprouvée dans les actes, quand elle ne porte préjudice à personne.*
- 161. Les donations déguisées en sont un exemple dans notre jurisprudence.*
- 162. De là cette règle de droit : On peut faire indirectement ce que la loi permet de faire directement.*
- 163. Division du dol mauvais en quatre espèces ou classes.*
- 164. On appelle proprement fraude la première espèce de dol, qui a pour but de nuire aux droits des tiers. Exemples. Elle peut toujours être prouvée par témoins, et pourquoi.*
- 165. Règle générale. La défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que ceux qui y ont été parties.*
- 166. Les tiers peuvent prouver les fraudes, même par conjectures et présomptions.*
- 167. Deux manières de connaître le dol de la seconde espèce, qui a pour but de tromper l'un des contractans par simulation, dissimulation ou réticence.*
- 168. Du dol par réticence ou dol négatif. Exemple dans l'article 348 du Code de commerce.*
- 169. Celui qui prend de fausses qualités dans un procès, ou qui prend un mode de défense pour tromper la partie adverse, commet un dol négatif.*
- 170. Du dol par simulation ou dol positif.*
- 171. Il faut qu'il y ait dessein de tromper, et dommage réel : Consilium et eventus damni.*
- 172. Le dol commis avant ou au moment du contrat peut être prouvé par témoins, et pourquoi.*



**228 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.**

173. *Application des principes aux cas de violence ou de crainte, dont la preuve testimoniale est admise.*
174. *Elle l'est même, lorsque le contrat a été passé devant notaire et dans une ville.*
175. *Mais elle ne peut être admise, lorsque la foi due aux actes s'y oppose. Il faut recourir à la voie du faux.*
176. *Il en est de même de l'acte attaqué pour cause de dol.*
177. *Pour être admis à prouver par témoins le dol ou la violence, il faut articuler des faits précis.*
178. *Le dol de la troisième espèce, commis depuis le contrat passé sans fraude, mais qui devient l'occasion d'un dol, peut-il être prouvé par témoins? (Junge infra, nos. 190 et 191).*
179. *Premier exemple; relatif aux reconnaissances portées dans un contrat de mariage, ou dans une quittance simulée de dol.*
180. *Deuxième et troisième exemples, relatifs à une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente.*
181. *Dans tous ces cas, il y a non seulement dol, mais même vol, dans le sens étendu de ce mot.*
182. *On admettait autrefois la preuve des dols, commis à l'occasion des actes simulés, quand les circonstances semblaient caractériser un délit.*
183. *Les délits n'étaient point alors déterminés; les principes sur la foi due aux actes non établis par des lois précises; on ne donnait point les motifs du jugement.*
184. *Aujourd'hui, qu'on ne peut s'écarter de l'observation littérale de la loi, on ne peut admettre la preuve des dols postérieurs au contrat. Les tiers seuls y sont admis.*
185. *On cherche à éluder ces principes, en présentant les circonstances du dol sous la couleur d'un délit.*
186. *Par exemple de l'escroquerie. Caractères de ce délit, facile à confondre avec le dol. Lois rendus pour le caractériser.*
187. *Si le dol, déféré aux tribunaux correctionnels, ne porte*

### **Art. III. Seconde exception à la prohibition. 229**

*pas les caractères de l'escroquerie, ils doivent rejeter l'action. Dans les cas contraires, ils ne doivent pas, dans leur jugement, se borner à l'allégation vague d'escroquerie, ils doivent articuler les faits qui la caractérisent*

188. *Le crime de faux est encore un prétexte fréquent pour éluder la loi. Caractères de ce crime. Les tribunaux criminels doivent rejeter la plainte, quand le dol ne présente pas ces caractères.*
189. *Ces principes diffèrent de ceux de notre ancien droit, et de ceux du droit romain.*
190. *Quand le dol de la troisième espèce peut être prouvé par témoins devant les tribunaux civils, et n°. 178.*
191. *Arrêt de la Cour de cassation, qui répand du jour sur la matière. Quittance imprudemment donnée.*
192. *Le dol de la quatrième espèce peut toujours être prouvé par témoins, si l'on n'a pu s'en procurer une preuve littérale.*
193. *Si le fait d'usure peut être prouvé par témoins. Lois nouvelles sur l'usure.*
194. *Application de l'exception d'impossibilité aux dépôts nécessaires, en cas d'incendie et autres événements imprévus.*
195. *Si la femme mariée et le mineur sont tenus à rendre le dépôt nécessaire, quand ils allèguent l'avoir perdu.*
196. *Il faut prouver non seulement le dépôt, mais encore l'événement qui l'a rendu nécessaire.*
197. *Si le dépôt est prouvé, mais que la quotité reste incertaine, à qui déférer le serment? Distinction.*
198. *L'exception d'impossibilité, appliquée aux obligations contractées en cas d'accidens imprévus, où l'on n'a pu se procurer une preuve littérale. Explication de l'art. 1348, n°. 3.*
199. *Exemple de cette application.*
200. *Quelle impossibilité dispense de se procurer une preuve littérale, et n°. 139.*
201. *Le Code est la première loi qui ait déclaré que le cas d'im-*

**230 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.**

*possibilité n'est pas compris dans la prohibition. Sagesse de cette disposition.*

**202.** *Application de l'exception d'impossibilité aux dépôts faits par les voyageurs, en logeant dans une hôtellerie.*

**203.** *Cette application prouve que le Code n'entend point parler d'une impossibilité absolue.*

**204.** *Application de l'exception au cas de perte d'un titre par cas fortuit.*

**205.** *Lois qui en ont parlé.*

**206.** *Il faut prouver deux choses, la perte du titre; et l'accident qui l'a causée.*

**207.** *Sur quoi doit porter la déposition des témoins.*

**208.** *Arrêts anciens rendus sur la matière; arrêt de la Cour de cassation.*

**209.** *Les témoins doivent avoir lu ou entendu lire le titre. Il doit résulter de leur déposition la vraisemblance que le titre a péri dans l'accident. Exemple dans le cas d'incendie.*

**210.** *Autres exemples.*

**211.** *La décision dépend des circonstances:*

**212.** *Il peut y avoir quatre choses à prouver : 1°. l'accident; 2°. la perte et la teneur du titre; 3°. les formalités dont il était revêtu; 4°. la possession conforme au titre.*

**213.** *Les témoins doivent avoir lu ou entendu lire le titre par gens dignes de foi. Rigueur excessive de la Coutume de Normandie.*

**214.** *Le Code n'exige pas que les témoins aient tenu et lu le titre; il s'en rapporte, sur ce point, à la prudence du magistrat.*

**215.** *Faut-il que les témoins attestent les formalités de l'acte? Distinction entre les actes notariés et les actes sous seing privé.*

**216.** *S'il s'agit d'un acte solennel, comme un testament authentique, il doit résulter de la déposition des témoins que les formalités paraissent remplies.*

**217.** *La preuve de la perte d'un testament est admissible. Arrêt de la Cour de cassation.*



### **Art. III. Seconde exception à la prohibition. · 231**

- 218. *Si le testament était détruit par les intéressés à sa suppression, les formalités seraient censées remplies.*
- 219. *Les signatures seraient censées véritables, s'il s'agit d'un titre sous seing privé détruit par les intéressés à sa suppression.*
- 220. *On peut prouver par témoins la teneur d'un titre devenu illisible par accident.*
- 221. *L'exception d'impossibilité est générale et s'applique à tous les cas, même non prévus par le Code.*
- 222. *La fausseté qui a déterminé un legs peut être prouvée par témoins. L'héritier ne pourrait s'en procurer une preuve littérale.*
- 223. *On peut prouver par témoins les faits étrangers à la teneur des actes; par exemple, qu'un exploit a été notifié le matin ou le soir.*
- 224. *On peut prouver par témoins la date d'un acte, lorsque la loi n'exige point qu'il soit daté.*
- 225. *Exemple, dans le cas d'un mineur devenu majeur, qui demande la rescision d'un acte non daté, souscrit en minorité.*
- 226. *La veuve qui veut faire annuler un acte non daté doit prouver qu'il est fait pendant le mariage.*
- 227. *Entre deux contrats du même fonds, l'un et l'autre sans date, la date peut être prouvée par témoins.*
- 228. *Quid, si l'un était daté, l'autre non?*
- 229. *S'ils étaient datés tous les deux, l'un des acquéreurs pourrait-il prétendre que l'autre contrat est antidaté en fraude de ses droits?*

134. APRÈS avoir examiné la première exception à la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150<sup>f</sup>, exception relative au cas où il existe des commencemens de preuve par écrit; nous passerons à la seconde, fondée sur l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

135. L'ordonnance de Moulins a passé cette exception sous silence. Le législateur crut sans doute inutile de l'énoncer, parce que personne n'étant tenu à l'impossible, on ne peut reprocher de n'avoir point de preuve écrite à celui qui n'a pu s'en procurer : *Impossibilium nulla obligatio*. Loi 185, ff de R. J.

136. L'ordonnance de 1667 n'a point également parlé de cette exception.

Néanmoins, l'art. 3 du tit. 20 contient deux cas particuliers qui n'en sont que des applications ; il déclare n'entendre exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidens imprévus.

Ces deux exceptions étaient fondées sur l'impossibilité de se procurer des écrits dans une nécessité pressante.

L'art. 4 contient une autre exception relative aux dépôts faits entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, en logeant dans une hôtellerie.

137. Cette exception dérive encore de l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, comme nous le verrons dans la suite ; mais cette ordonnance n'avait point énoncé le principe général auquel doivent se rattacher toutes ces exceptions, si cependant on peut les nommer ainsi ; car, dans la réalité, ces cas prétendus d'exception sont des cas restés dans les règles du droit commun, où l'admission de la preuve testimoniale n'avait point d'autres bornes que la prudence des juges ; ce sont des cas dans lesquels la loi n'a pu la défendre.

Quel est en effet le fondement de la prohibition d'admettre la preuve testimoniale, dans les matières et dans les cas où cette preuve est interdite par les ordonnances et par le Code civil?

C'est que, dans ces cas, c'est que, dans ces matières, il n'a tenu qu'à celui qui veut recourir à la preuve par témoins, de se procurer une preuve par écrit.

Cette doctrine, fondée sur la raison, a été, il y a plus d'un siècle, développée avec netteté par un grand magistrat.

« On ne peut, disait le célèbre avocat général  
» Joly de Fleury (1), on ne peut observer, avec  
» trop d'exactitude, cette sage disposition de l'or-  
» donnance de Moulins, renouvelée par l'ordon-  
» nance de 1667, touchant la preuve par témoins.  
» Le danger était trop grand de soumettre à la dé-  
» position de témoins, souvent prévenus, quel-  
» quefois même corrompus, l'état et la fortune  
» des hommes. Mais il a fallu que les lois, en ex-  
» cluant cette sorte de preuve, en introduisissent  
» une autre, qui fût moins suspecte; c'est par cette  
» raison qu'elles ont ordonné, par une première  
» disposition, *qu'il serait passé des actes devant no-*  
» *taire, ou sous seing privé, de toutes choses excédant*  
» *la somme de 100<sup>l</sup> (aujourd'hui 150<sup>l</sup>)*; et cette sû-  
» reté étant établie, elles ont voulu, par une se-  
» conde disposition, *qu'il ne fût accordé aucune*

---

(1) Dans un plaidoyer du 3 août 1706, rapporté à sa date, dans le Journal des audiences.



» *preuve par témoins, contre et outre les contrats et*  
» *autres actes.*

» Mais cette dernière disposition est une suite et  
» une conséquence nécessaire de la première.

» Il est hors de doute que, lorsque la première  
» disposition doit cesser, la seconde ne peut sub-  
» sister.

» Or, quand la loi a voulu qu'il fût passé des  
» actes de toutes choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup>  
» ( 150<sup>l</sup> ), elle n'a pu certainement comprendre  
» dans sa disposition que les choses dont on peut  
» passer des actes. La loi, toujours sage, n'a pas  
» voulu réduire les hommes à pratiquer une chose  
» impossible. C'est pour cela que les choses qui ne  
» peuvent se réduire par écrit, qui ne sont pas sus-  
» ceptibles de convention, n'ont *jamais été com-*  
» *prises* dans cette disposition. Tels sont, en parti-  
» culier, tous les délits qui, bien loin de pouvoir  
» faire matière d'un acte, se commettent toujours  
» avec la précaution du secret.

» Si, dans ces cas, il n'est pas possible d'avoir  
» des actes pour les prouver, et que la première  
» disposition de l'ordonnance ne puisse avoir lieu,  
» on ne peut douter que la seconde disposition n'y  
» ait aucune application.

» Elle ne défend la preuve par témoins que parce  
» qu'elle enjoint de passer des actes : elle ne peut  
» donc la défendre dans les cas où il n'est pas pos-  
» sible d'avoir cette sûreté. »

Les cas d'impossibilité ne sont donc point réel-  
lement des exceptions ; ce sont des cas qui n'ont

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 255*

*jamais été, qui n'ont jamais pu être compris dans la prohibition.*

Cette vérité, démontrée par le raisonnement, est antérieure aux lois qui ont défendu de recevoir la preuve par témoins au-dessus de 100<sup>l</sup>; mais elle n'était énoncée par aucune disposition spéciale de la loi. Il en est arrivé que les auteurs anciens s'étaient réduits à des énumérations plus ou moins longues, des cas où les Cours avaient reçu la preuve testimoniale, nonobstant la prohibition.

158. Pothier sentit le vice de cette méthode. Il proposa, n<sup>os</sup>. 751 et 775, deux principes, dont les conséquences bien déduites peuvent suffire pour résoudre toutes les questions sur l'admissibilité de la preuve par témoins.

Premier principe. *Celui qui a pu se procurer une preuve écrite n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses excédant la valeur de 100<sup>l</sup>, aujourd'hui 150*

Deuxième principe. *Toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admise.*

Ces deux principes ont une corrélation intime. Celui-ci est la conséquence nécessaire de celui-là. On les trouvait implicitement compris dans les ordonnances.

Enfin, le Code a littéralement énoncé le dernier dans l'art. 1348, qui porte : « Les règles ci-dessus reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer

» une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. »

139. Mais qu'entend le Code par cette impossibilité (1) qui dispense le demandeur de représenter la preuve littérale que la loi lui ordonne de se procurer? Ce n'est pas seulement une impossibilité physique et absolue, il eût été injuste de l'exiger.

L'impossibilité morale relative au cas où se trouvait le demandeur, suffit sans contredit. Mais faut-il que l'impossibilité soit absolue, au moins dans le cas particulier présenté pour excuse? Non, encore.

Ce serait user d'une rigueur excessive; et par les exemples qu'il donne, le Code fait assez connaître qu'ils n'exigent point une impossibilité absolue, mais une simple impossibilité morale, une grande difficulté locale ou momentanée, un grand embarras de se procurer un écrit.

Ces dispositions laissent sur ce point une grande latitude de pouvoir au magistrat, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.*

Ceci s'éclaircira en examinant les applications que l'art. 1348 donne pour exemple des cas d'impossibilité.

140. Cette seconde exception, dit-il, s'applique:

1°. « Aux obligations qui naissent des quasi-contracts, et des délits ou quasi-délits.

---

(1) *Junge infra*, n°. 200.



**Art. III. Seconde exception à la prohibition. 237**

2°. « Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs, en logeant dans une hôtellerie : le tout suivant la qualité des personnes, et les circonstances du fait.

3°. « Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit.

4°. « Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. »

141. Les applications faites dans le premier numéro, sont presque toujours dans les cas d'impossibilité absolue de se procurer une preuve écrite.

Les obligations qui naissent de ce qu'on appelle les *quasi-contrats*, se forment sans le fait, sans la participation de celui envers qui elles sont contractées. Il n'était pas en son pouvoir de s'en procurer une preuve littérale.

On ne peut, par conséquent, lui refuser la preuve testimoniale des faits qui ont produit les obligations, à quelque valeur, à quelque somme qu'elles puissent s'élever.

Prenons pour exemple le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Si, pendant mon absence, Paul a fait valoir mes terres, recueilli mes moissons ou mes vendanges, vendu mes blés, mes vins, etc., il me doit compte de cette administration. S'il nie les faits, je puis les prouver par témoins, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve.

Je puis prouver par témoins, non seulement les faits d'administration, les faits de la perception des fruits, mais encore le prix qu'il a vendu les blés, les vins, et je ne suis point obligé de m'en tenir à une estimation par experts, ni même au prix des mercuriales, si je puis prouver par témoins dignes de foi que Paul a vendu à un prix supérieur; car je n'ai pu me procurer une preuve littérale du prix auquel il a vendu.

Ceci doit s'appliquer même à celui qui régit les biens en vertu d'un mandat. Si, dans ses comptes, il cote le prix des grains à un prix moindre qu'il ne les a réellement vendus, le mandant peut offrir de prouver par témoins que ces grains ont été vendus à un prix supérieur; car il n'a pu s'en procurer une preuve écrite.

C'est même un dol de la part du régisseur que de coter le prix des grains au-dessous de celui qu'il les a vendus.

142. L'application que fait l'art. 1348 aux délits et aux quasi-délits, du principe que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'on n'a pu s'en procurer une littérale, mérite une explication plus étendue; et, pour la bien entendre, il faut se rappeler quelques notions générales sur la nature des délits et quasi-délits.

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause  
» du dommage à autrui, oblige celui par la faute  
» duquel il est arrivé à le réparer » (1382).

Cette réparation est due, lors même qu'il n'y a

pas eu dessein de nuire, mais seulement imprudence, négligence ou omission. L'ordre de la société n'exige pas seulement que nous ne fassions volontairement mal à personne; il exige de plus que nous prenions les précautions nécessaires pour n'en pas causer même involontairement, et faute de les prendre, la loi nous impose l'obligation de réparer le tort causé par notre imprudence ou par notre négligence.

« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence » (1383).

C'est alors ce que l'on appelle un quasi-délit, que l'on peut définir, tout fait, toute omission, par lequel une personne, sans malignité, sans dessein de nuire, mais par une imprudence ou par une négligence qui n'est pas excusable, cause du préjudice à autrui. Il est bien évident que la personne lésée a été dans l'impossibilité de se procurer la preuve écrite d'un quasi-délit commis involontairement, et sans dessein de nuire.

S'il y a eu dessein de nuire, malignité, c'est alors un délit, dans l'acception la plus étendue de ce mot, qui comprend tous les crimes proprement dits, et toutes les actions répréhensibles, toutes les actions faites à dessein de nuire.

Les délits, pris dans ce sens étendu, s'appelaient autrefois *méfais*, mot énergique qui comprend, comme l'indique son origine, toutes les actions mauvaises ou nuisibles, *maleficia*.

Il y avait des méfaits qui étaient *crimes*, d'autres



qui ne l'étaient pas (1) : *méfait* était le genre , *crime* l'espèce.

Faute d'avoir conservé ce mot dans notre nouvelle législation criminelle , on a été forcé d'y employer le mot *délit* en deux acceptions différentes, l'une générale , qui comprend tous les *méfais*, l'autre plus resserrée, qui n'en comprend que certaines espèces , ce qui est un défaut. Aussi , dès le premier article , les rédacteurs du Code des délits et des peines ont été contraints d'employer , au lieu du mot *méfait*, le mot *infraction* , beaucoup plus vague , beaucoup moins énergique.

145. Tout méfait donne essentiellement lieu à une action civile , pour la réparation du dommage qu'il a causé.

Mais les méfaits ou délits , qui troublent la paix publique ou le maintien de l'ordre social , donnent lieu à une action d'une autre nature , qu'on appelle l'action publique. Les lois , pour punir et pour réprimer les malfaiteurs , prononcent contre eux des peines plus ou moins graves , suivant les circonstances du fait et l'importance du trouble qu'ils occasionnent à la société. C'est la nature des peines prononcées contre ces malfaiteurs qui a servi , dans notre législation nouvelle , à diviser les méfaits en trois grandes classes principales,

---

(1) Le chap. 30 de la Coutume de Beauvoisis , rédigée en 1280, traite des *meffez*, ou méfaits, et quelle vengeance doit être prise de chacun *meffet*, soit en cas de *crime*, soit en autre cas, qui n'est pas *crime*. Voy. aussi Vinnius , in *Instit. de oblig. quæ ex delicto nascuntur*, in princ. lib. 4. tit. 1.

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 241*

les *contraventions*, les *délits* et les *crimes*, et à déterminer l'incompétence des tribunaux qui doivent en connaître.

« L'infraction que les lois punissent des peines de police, est une contravention ».

La connaissance en est déférée aux tribunaux de simple police. « L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. »

La connaissance en est déférée aux tribunaux correctionnels.

« L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime*. » (Art. 1<sup>er</sup>. du Code pénal).

La connaissance en est portée aux Cours d'assises.

144. La poursuite des *contraventions*, des *délits* et des *crimes*, est, comme nous l'avons déjà dit, ce que l'on appelle action publique. Elle n'a d'autre objet que l'application des peines, l'exécution des lois qui les prononcent. Elle appartient donc, par sa nature, à la puissance exécutive. Elle est exercée au nom du Roi, en qui seul cette puissance réside, par des magistrats qu'il nomme et qui le représentent. C'est par eux seuls que l'action publique peut être suivie devant les tribunaux criminels, spécialement institués pour en connaître.

L'action civile, au contraire, qui n'a d'autre objet que la réparation du dommage causé, n'appartient, par sa nature, qu'à ceux qui l'ont souffert; eux seuls peuvent l'exercer. Elle est régulièrement de la compétence des juges civils; mais à

raison de connexité, elle peut aussi « être poursui-  
 » vie en même tems, et devant les mêmes juges  
 » que l'action publique » (art. 3); c'est-à-dire de-  
 vant les tribunaux criminels, soit de simple po-  
 lice, soit de police correctionnelle, soit enfin de-  
 vant les Cours d'assises ou spéciales.

Dès qu'un délit est déféré aux juges criminels, ils peuvent le rechercher et le poursuivre, non seulement dans l'acte qui le constitue, mais encore dans tous les faits, dans toutes les circonstances même de pur intérêt civil qui l'accompagnent, ou dont le concours est nécessaire pour qu'il ait pu être commis.

Ainsi, par exemple, lorsqu'un débiteur en faillite est accusé d'avoir souscrit des billets simulés, en fraude de ses créanciers légitimes, les juges criminels peuvent connaître de la simulation de ces billets, et s'ils les trouvent en effet simulés, ils peuvent, en les annulant, condamner aux peines de la banqueroute frauduleuse, non seulement le prétendu débiteur, mais encore les créanciers supposés qui les ont reçus de lui (1).

Ainsi, lorsqu'un particulier en accuse un autre de lui avoir surpris une obligation ou une quittance, par escroquerie, il peut s'adresser aux juges de police correctionnelle, qui doivent décider si c'est réellement d'un fait d'escroquerie que dérive l'obligation ou la quittance, et dans le cas d'affir-

---

(1) Voy. les Questions de droit, v<sup>o</sup>. Simulation, § 1, et v<sup>o</sup>. Suppression de titres, § 1, pag. 154, 2<sup>e</sup>. édition.



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 243*

native, les déclarer nulles, et condamner le prévenu aux peines prononcées par la loi, ainsi qu'aux dommages et intérêts, s'il y a lieu.

De là un moyen, ou plutôt un prétexte fréquemment employé, dans tous les tems, pour éluder la disposition des lois civiles, qui défendent de recevoir la preuve testimoniale de *toutes choses excédant la somme ou valeur de 150<sup>l</sup>, même pour dépôts volontaires, etc.* (Art. 1341 du Code; ordonnance de 1667).

145. Les procès criminels, au contraire, quel que soit leur objet, quelle qu'en soit la valeur, admettent nécessairement tous les genres de preuves, et par conséquent la preuve par témoins, aussi bien que la preuve par écrit.

On affecta donc de prendre la voie criminelle pour se ménager la ressource de la preuve testimoniale, rejetée par les tribunaux civils. Mais, afin de proscrire ce détour abusif, employé sur-tout en matière de dépôt volontaire, l'ancienne jurisprudence, fondée sur une foule d'arrêts (1), établit pour principe *qu'il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour se procurer indirectement une preuve testimoniale réprouvée par la loi.*

---

(1) Voy. la nouvelle Collection de jurisprudence, ou le nouveau Denisart, *vo. Dépôt*, § 1, pag. 269 et suiv. Les auteurs y confirment cette jurisprudence, par un arrêt du Parlement de Dijon, du 5 juillet 1670, et par cinq autres arrêts du Parlement de Paris, des 7 avril 1664 et 16 mars 1723....., mars 1724, 22 mai 1765 et 9 août 1766.

146. Ce principe, qui n'est pas seulement applicable au dépôt, est très-vrai à tous égards. Néanmoins, la rédaction en est trop vague pour nous apprendre à distinguer, d'une manière précise, les cas où l'on peut, ou non, prendre la voie criminelle; et, sous l'empire des lois nouvelles, comme sous l'empire des anciennes, on a continué d'agir au criminel, pour tenter d'éluder la défense d'admettre au civil la preuve testimoniale.

Ces tentatives ont donné lieu à beaucoup de contestations, à beaucoup d'erreurs de la part des juges, à beaucoup d'arrêts de la Cour supérieure pour redresser ces erreurs. Il n'est point étonnant qu'on s'y soit mépris. Il paraît difficile, au premier abord, de concilier la disposition des lois civiles sur la défense d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150', avec celle des lois criminelles, qui permet de poursuivre l'action civile *en même tems et devant les mêmes juges que l'action publique*.

Il est pourtant certain que, par cette disposition, le législateur n'a voulu, ni détruire celle de l'art. 1541, et des lois antérieures sur la prohibition de la preuve par témoins, ni même y faire une exception au moyen de laquelle on pourrait, en certains cas, prouver indirectement par témoins contre et outre le contenu aux actes. Comment donc concilier ces différentes dispositions?

Comment? Par une maxime qui dérive de ces dispositions mêmes, et qui n'est autre chose qu'une juste limitation de leur application aux cas que

**Art. III. Seconde exception à la prohibition. 245**

chacune d'elles a en vue, un développement ou une rédaction plus exacte du principe de l'ancienne jurisprudence.

Cette maxime, établie par un savant magistrat (1), est *qu'il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle, que dans les cas où l'action civile permet la preuve testimoniale*; en d'autres termes, que, *partout où la preuve testimoniale est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue, pour réparation d'un délit.*

147. S'il en était autrement, les art. 1341 et 1920 du Code civil, par exemple, auraient vainement interdit la preuve testimoniale du dépôt volontaire. Rien ne serait plus facile que d'en éluder les dispositions, au moyen de la voie criminelle.

L'art. 408 du Code pénal (2) punit d'un emprisonnement plus ou moins long, et d'une amende, quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, des effets, deniers, billets, quittances, ou tous autres écrits qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt, et à la charge de les rendre ou représenter, etc.

Celui qui prétendrait avoir confié une somme, ou autre objet quelconque, à titre de dépôt, sans

---

(1) M. Merlin, Questions de droit, v<sup>o</sup>. *Suppression de titres*, pag. 155.

(2) Les peines portées par cet article sont encourues par le mandataire gratuit ou salarié, qui détourne ou dissipe les sommes qu'il doit administrer et rendre. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 novembre 1813, Sirey, tom. XIV, pag. 18, et le réquisitoire de M. Merlin, *ibid.*, pag. 50.



s'en faire donner une reconnaissance écrite, ne manquerait jamais de citer en police correctionnelle le prétendu dépositaire, et de l'accuser d'avoir dissipé le dépôt.

Par cette voie détournée, il se ménagerait la ressource de le prouver par témoins. Il faut donc dire, de deux choses l'une, ou que le Code civil ne contient que des dispositions illusoires, sur la manière de prouver les dépôts volontaires, ce qui serait absurde; ou admettre pour principe qu'on ne peut, par l'emploi détourné d'une procédure criminelle, faire accueillir, sur le fait d'un dépôt volontaire, une preuve par témoins qui serait rejetée dans une instance civile. On ne peut jamais faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. On ne peut, suivant le principe de l'ancienne jurisprudence, employer la voie criminelle pour se procurer la preuve testimoniale réprouvée par la loi.

148. De ce que nous venons de dire sur l'application de notre maxime au dépôt volontaire, il résulte que, si le fait du dépôt n'est pas constant, s'il n'est pas constaté par écrit, ou s'il n'en existe pas un commencement de preuve écrite, qui autorise à recevoir la preuve testimoniale pour complément, la violation d'un dépôt, quoique mise par l'art. 408 du Code pénal au rang des délits, ne peut néanmoins être poursuivie, avant que la preuve du dépôt soit acquise (1), et que le tri-

---

(1) Telle est la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Voy. l'arrêt du 12 messidor an XI, rapporté dans les Questions de droit de

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 247

tribunal correctionnel, auquel on porte plainte de la violation d'un dépôt dont il n'existe ni preuve écrite, ni commencement de preuve, ne peut connaître de la plainte; mais qu'il doit se déclarer incompétent, et dire qu'il n'y a pas lieu à plainte, sauf aux parties à se pourvoir comme elles aviseront, ou les renvoyer directement à fins civiles, après avoir néanmoins interrogé le prévenu (1); car il peut résulter de son interrogatoire une

---

M. Meilin, v<sup>o</sup>. *Suppression de titres*, pag. 155; l'arrêt du 21 mars 1811, rapporté par Sirey, tom. XI, pag. 192; arrêt du 5 mai 1815, Sirey, tom. XV, pag. 228, et plusieurs autres.

(1) Voy. l'arrêt du 20 fructidor an XII, et le plaidoyer de M. Meilin, sur lequel il fut rendu, Questions de droit, v<sup>o</sup>. *Suppression de titres*, pag. 159. Le considérant de cet arrêt porte « qu'à la vérité, lorsqu'un » délit presuppose une convention antérieure, dont la preuve testimoniale n'est pas admise par la loi, il serait inutile, et il est par suite » défendu de prouver le délit par témoins, tant que la convention n'est » pas prouvée par une autre voie légale, parce que le défaut de preuve » légale de la convention entraîne nécessairement la conséquence que » le délit n'a pas été commis; mais que de là il ne résulte pas que la » plainte et les premiers actes de la procédure criminelle, relativement » à un pareil délit, soient nuls; qu'il en résulte seulement que, si le » prévenu, dans son premier interrogatoire, dénie la convention pré- » supposée par l'imputation du prétendu délit, et si cette convention » n'est pas prouvée par écrit, ou s'il n'en existe pas un commencement » de preuve littérale, la procédure criminelle doit être suspendue, jusqu'à » ce que les juges civils aient prononcé sur le fait de l'existence préa- » lable de cette même convention; que tel est le résultat de la combi- » naison du principe qui admet la preuve par témoins de tout délit, » tant avec la disposition de l'ordonnance de 1667 (et de l'art. 1541 du » Code civil), qui défend cette preuve pour toute convention dont » l'objet excède 100<sup>l</sup> (aujourd'hui 150<sup>l</sup>), qu'avec la disposition qui la » permet lorsqu'il y a commencement de preuve écrite, et avec la règle » qui assimile la preuve confessionnelle à la preuve par écrit; que, dans » l'espèce particulière, les aveux consignés dans les interrogatoires » des prévenus ont pu être réputés des commencemens de preuve par » écrit, etc. »

preuve du dépôt ou un commencement de preuve, qui autoriserait à compléter la preuve par témoins.

Et pourquoi le tribunal de police correctionnelle, lorsqu'il n'existe, sur le fait du dépôt de la violation duquel on se plaint, ni preuve écrite, ni commencement de preuve, doit-il se déclarer incompétent? C'est que le fait du dépôt constitue une question préjudicielle, une question principale et préalable, dont la connaissance rentre évidemment dans la compétence exclusive des tribunaux civils, et qui ne peut être jugée que conformément aux dispositions de la loi civile; et que, par conséquent, tant que les tribunaux civils n'y ont pas statué définitivement, les juges correctionnels doivent surseoir à l'instruction de la plainte (1); car le dépôt et la violation du dépôt sont deux actes divisibles et réellement séparés.

Le délit n'est pas dans le dépôt, il est dans un acte postérieur, dans la destruction ou la suppression de la chose confiée au dépositaire. Ainsi, de ce que les juges correctionnels sont compétens pour statuer sur le délit, il ne s'ensuit pas qu'ils soient aussi compétens pour statuer sur le fait du dépôt.

Sans doute, la destruction de la chose déposée

---

(1) Ils devraient également surseoir, si, au lieu de nier le dépôt, le prévenu soutenait et demandait à prouver que la chose déposée lui appartient; car alors toutes ses obligations cessent, suivant l'art. 1946. Il y aurait encore, en ce cas, une question préjudicielle, qui n'est pas de la compétence du tribunal correctionnel. *Vid. infra.*



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 249*

est un délit, la partie qui s'en plaint n'a pu s'en procurer une preuve littérale : on peut donc la prouver par témoins.

Mais elle suppose un fait préalable, un dépôt qui l'a nécessairement devancée; car, point de dépôt, point de délit. Or, celui qui a confié un dépôt a pu et dû, au moment où il le confiait, en retirer une reconnaissance; la loi le lui ordonnait. S'il ne représente pas cette reconnaissance, il ne peut être admis à prouver le dépôt par témoins. Mais, dès qu'il n'y a point de dépôt prouvé, il est impossible d'admettre l'idée de la destruction du dépôt.

Ainsi, l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du dépôt entraîne l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du fait, que la chose prétendue déposée a été détruite ou détournée par le dépositaire; et si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir cette prétendue destruction, on n'en peut faire l'objet d'une procédure criminelle, même dans le cas où le ministère public agit seul et d'office contre le prétendu violateur du dépôt (1).

149. La maxime qu'il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle que dans le cas où la loi civile permet la preuve testimoniale, ne s'applique pas seulement au délit de violation du dépôt; elle est générale. Elle s'applique par exemple au délit d'abus

---

(1) Voy. l'arrêt du 5 décembre 1806, rapporté dans le Répertoire, v. *Dépôt*, § 1, n<sup>o</sup> 6.

de confiance, prévu par l'art. 407 du Code pénal, qui porte :

« Quiconque abusant d'un blanc-seing qui lui  
» aura été confié, aura frauduleusement écrit au-  
» dessus une obligation ou décharge, ou tout autre  
» acte pouvant compromettre la personne ou la for-  
» tune du signataire, sera puni des peines portées  
» en l'art. 405, » c'est-à-dire l'emprisonnement et  
l'amende.

Si je veux traduire en police correctionnelle le faux ami à qui j'ai imprudemment confié un blanc-seing dont il a abusé, je dois, s'il le nie, prouver l'existence et la remise du blanc-seing, car dans ce cas, comme dans le précédent, il y a question préjudicielle. Point de blanc-seing, point de délit. L'abus du blanc-seing présuppose son existence: je dois donc la prouver préalablement.

Or, la remise ou le dépôt d'un blanc-seing ne peut pas, plus qu'un dépôt ordinaire, être prouvée par témoins. Il faut donc que je la prouve par écrit, par la reconnaissance que j'ai dû prendre au moment de la remise, ou tout au moins, il faut qu'il existe un commencement de preuve écrite qui autorise à la compléter par témoins. C'est dans ces cas seulement que le tribunal correctionnel peut et doit avoir égard à ma plainte et continuer l'instruction. Autrement il doit se déclarer incompétent, et renvoyer les parties à fins civiles.

150. Ainsi donc, maxime générale : quand on se plaint d'un délit ou d'un méfait, dont l'existence suppose la réalité d'un fait antérieur qui n'est pas reconnu, et dont la preuve testimoniale n'est pas

admissible, la plainte ne doit pas être reçue, s'il n'existe pas de ce fait une preuve ou un commencement de preuve écrite qui autorise à compléter la preuve par témoins.

151. C'est sur cette théorie qu'est fondée la disposition de l'art. 327 du Code civil, qui porte :  
« L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. »

On a dit (1) que cette disposition est une exception au principe établi par l'art. 8 de la loi du 3 brumaire an IV, répété dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle qui porte que l'exercice de l'action civile est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, *qui ne peut jamais arrêter l'exercice de l'action publique : c'était, dit-on, un principe général avant le Code civil.*

Cette doctrine n'est pas exacte. La disposition de l'art. 327 n'est au contraire que la conséquence d'un principe général suivi avant (2) comme depuis la promulgation du Code civil.

Les dispositions des lois nouvelles n'ont fait que lui donner plus de force. Ce principe est que toutes

---

(1) Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. *Délit*, § 1.

(2) « Toujours de pareilles plaintes (en suppression d'état) ont été rejetées comme frauduleuses, et les parties ont été renvoyées devant les juges civils », dit fort bien M. Bigot de Préameneu, notre compatriote, dans l'Exposé des motifs, titre de la paternité et de la filiation.



les fois que le prétendu délit présuppose un fait antérieur non reconnu, dont la preuve par témoins est défendue par la loi civile, et qui, par cette raison, ne peut entrer dans les attributions de la justice criminelle, où la preuve testimoniale est toujours reçue, l'action publique est suspendue, tandis que le fait que le délit présuppose n'est pas prouvé. Nous venons de voir deux exemples de l'application de ce principe à la poursuite des délits de violation de dépôt et d'abus de confiance. L'art. 327 en offre un troisième exemple.

Pourquoi veut-il que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne puisse commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état?

Parce qu'il existe, dans le cas d'une plainte en suppression d'état, deux faits bien distincts qu'il faut prouver l'un et l'autre, par le genre de preuve qu'exige la loi pour chacun d'eux.

Le premier est l'existence de l'état réclamé.

Le second, le délit de la suppression de cet état, que l'on n'a pu supprimer s'il n'existait pas.

La suppression d'état suppose l'existence de l'état. Or, la loi veut que la preuve en soit faite par écrit, c'est-à-dire par les actes de l'état civil, ou par la possession constante. L'art. 325 ne permet de prouver l'état par témoins, que dans le cas où il y a commencement de preuve, et l'art. 326 porte que les tribunaux civils seront *seuls compétens* pour statuer sur les réclamations d'état. D'où il suit nécessairement que l'action criminelle contre

un délit de suppression d'état, ne peut commencer qu'après le jugement sur la question d'état ; car, point d'état, point de délit de suppression d'état : il y a donc une question préjudicielle qu'il faut d'abord décider, et qui ne peut l'être que par les tribunaux civils, auxquels les tribunaux criminels doivent par conséquent renvoyer, en se déclarant incompétens.

152. Le Code civil nous offre encore, dans l'article 319, un autre exemple de l'application du principe que l'action civile arrête ou suspend l'exercice de l'action publique, lorsque le délit suppose un fait antérieur, dont la connaissance n'est pas de la compétence des tribunaux criminels. C'est le délit de bigamie, qui suppose nécessairement un premier mariage existant. Si le prétendu bigame oppose à la plainte en bigamie, formée contre lui, la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être préalablement jugée, et, par conséquent, le prévenu doit être renvoyé suivre son action en nullité, devant les tribunaux civils, seuls compétens pour en connaître.

Ainsi, l'action criminelle ou publique est suspendue par l'action civile. Pourquoi ? Parce que si le premier mariage est nul, il ne peut exister de délit.

153. En un mot, c'est un principe général qui nous paraît sans exception, parce qu'il résulte de la nature des choses ; l'action publique est suspendue par l'action civile, toutes les fois que le prétendu délit présuppose l'existence d'un fait an-

térieur non reconnu, dont les tribunaux criminels ne peuvent connaître, soit que les lois leur en interdisent directement la connaissance, soit qu'elles ne la leur interdisent qu'indirectement, et pour ne pas donner aux plaideurs un moyen détourné de se ménager la preuve testimoniale, dans les cas où elle n'est pas admissible.

Nous citerons, pour dernier exemple de l'application de ce principe, les délits forestiers, ou même tous les autres délits attentatoires à la propriété d'autrui. Lorsque, par sa défense, le prévenu allègue une exception, tendant à établir qu'il avait droit de faire ce qui donne lieu à la plainte, *feci, sed jure feci*, soit parce qu'il se maintient propriétaire de la chose qui est l'objet du prétendu attentat, soit parce qu'il soutient avoir sur ce bien des droits quelconques, qui l'autorisaient à faire ce qu'il a fait, le tribunal correctionnel doit alors suspendre la procédure criminelle, et renvoyer devant le juge civil, pour statuer préalablement sur la question préjudicielle.

C'est ce que prescrit, relativement aux délits forestiers, l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15—29 septembre 1791 (1); et c'est aussi ce qu'ont décidé, relativement aux autres délits, une foule d'arrêts de la Cour de cassation (2).

(1) Il y a sur ce point une foule d'arrêts rendus par la Cour de cassation. Voy. le Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. *Question préjudicielle*, n<sup>o</sup>. 2; v<sup>o</sup>. *Délit forestier*, n<sup>os</sup>. 17 et 18.

(2) Cités dans les Questions de droit de M. Merlin, v<sup>o</sup>. *Délits forestiers*, § 6.



*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* . 255

154. La règle établie par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui suspend les procédures civiles lorsqu'il y a lieu à la poursuite criminelle, quoique fondée aussi sur des considérations d'un ordre supérieur, est elle-même une conséquence du principe que le jugement de la question préjudicielle doit précéder celui de la question principale, sur-tout lorsqu'elles doivent être l'une et l'autre jugées par des tribunaux différens; parce que, quoique le tribunal civil où est portée la demande en réparation du dommage causé par un délit, ne soit pas lié par le jugement criminel qui a précédé; quoique celui-ci ne doive pas nécessairement entraîner le jugement civil; quoiqu'en un mot, *le criminel n'emporte pas le civil* (1), il n'en est pas moins vrai que le jugement criminel peut influencer, et influe quelquefois de différentes manières, sur le sort de l'action civile.

155. D'après les principes que nous venons d'exposer, il nous semble qu'on peut facilement distinguer, d'une manière sûre et précise, les cas où l'on peut prendre ou non la voie criminelle, au lieu de la voie civile, pour demander la réparation des dommages causés par un méfait.

Il faut d'abord que le fait qui les a occasionnés soit au nombre de ceux que nos lois criminelles ont qualifiés de contravention, de délit ou de

---

(1) Comme nous croyons l'avoir prouvé, tom. VIII, nos. 30, 57.

256 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*  
crime. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

Il faut ensuite, en cas d'affirmative, examiner si le délit dont il s'agit donne lieu à une question préjudicielle, et, dans ce cas, si la connaissance de cette question n'est pas spécialement interdite aux tribunaux criminels; par exemple, les questions de propriété.

Enfin, si la connaissance de la question préjudicielle ne leur est pas interdite, s'ils peuvent en connaître à raison de sa connexité avec le délit qui leur est déféré, il ne reste qu'à examiner si le fait qui donne lieu à la question préjudicielle est ou n'est pas du nombre de ceux dont la loi civile défend d'admettre la preuve testimoniale; car alors, les tribunaux criminels deviendraient incompétens, et seraient obligés de renvoyer devant les tribunaux civils, parce qu'il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour faire admettre indirectement la preuve testimoniale, toujours nécessairement admise dans les tribunaux criminels.

Ainsi, comme nous l'avons vu, lorsqu'un délit de violation de dépôt ou d'abus de confiance est déféré aux tribunaux de police correctionnelle, ces tribunaux n'en peuvent retenir la connaissance, ni continuer l'instruction, si le dépôt, si la remise du blanc-seing sont contestés, et non prouvés par un écrit. Ils doivent renvoyer devant les tribunaux civils. Pourquoi cela? Parce que ni le dépôt, ni la remise du blanc-seing, dont la réa-

lité formé la question préjudicielle, ne peuvent être prouvés par témoins.

Mais s'il en existait un commencement de preuve par écrit, comme en ce cas la loi permet de compléter la preuve par témoins, les tribunaux correctionnels deviendraient compétens pour en connaître par voie de connexité avec le délit; car leur incompétence ne provenait que de l'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

Ainsi, au lieu de renvoyer aux tribunaux civils, ils devraient continuer l'instruction.

156. Il y a néanmoins des cas où les tribunaux criminels doivent retenir la connaissance d'un délit qui suppose un fait antérieur contesté, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible. L'examen de ces cas achèvera d'éclaircir les principes de la matière.

Un testament, après la mort du testateur, a été supprimé par l'héritier naturel ou légitime. L'héritier institué ou le légataire, privé par ce délit de la libéralité du défunt, peut rendre plainte devant les juges criminels, sans que les juges civils aient préalablement décidé que le testament a existé, et qu'il contenait une disposition en sa faveur.

Voilà une espèce où le délit ne se confond pas, ne s'identifie pas avec le titre dont l'existence est déniée, où le délit suppose nécessairement l'existence antérieure du titre, et cependant, la compétence des juges criminels n'est pas douteuse. En voici une seconde :

Un débiteur a soustrait à son créancier l'obligation qu'il lui avait consentie, et qui formait le



seul titre de sa créance. Le créancier peut-il de suite prendre la voie criminelle? Le juge criminel peut-il recevoir sa plainte, avant que le juge civil ait prononcé sur l'existence primitive de l'obligation? On trouve dans le Recueil de Salviat, question 14, un arrêt du Parlement de Bordeaux, qui juge l'affirmative, et qui, en conséquence, non seulement déclare le débiteur coupable du délit de soustraction du titre, mais encore le condamne à exécuter envers son créancier l'obligation qu'il lui avait enlevée.

C'était même une jurisprudence constante, et M. l'avocat général Joly de Fleury, dans un plaidoyer du 2 août 1706 (1), disait que « jamais on » n'a cru devoir empêcher, nonobstant la disposition de l'ordonnance de Moulins et de 1667, » d'informer de la soustraction d'une obligation, » etc. »

Voilà donc encore un cas où, comme dans celui de la violation du dépôt, le délit est absolument distinct du titre sur lequel il a été commis. Il y a d'autres cas, au contraire, comme ceux de faux, de simulation d'un titre, d'escroquerie, etc., où le délit, par sa nature, comme par l'époque où il a été commis, est inséparable de l'acte qui en a été l'objet.

(1) Sur lequel fut rendu l'arrêt du même jour, rapporté à sa date, dans le Journal des audiences.

M. Merlin, Questions de droit, v°. *Suppression de titres*, § 1, où nous avons puisé ces citations, assure qu'on n'a jamais jugé le contraire.

Mais dans le cas de destruction ou de suppression de la chose déposée, le dépôt et la violation du dépôt sont nécessairement séparés; l'un a nécessairement précédé l'autre. Le délit et le fait du dépôt sont donc indépendans l'un de l'autre, en ce sens que le délit ne peut avoir été commis, si le dépôt n'a pas réellement existé auparavant, quoique le dépôt ait pu avoir lieu sans que le délit ait été effectué. Point de dépôt, point de destruction possible de la chose déposée; point de dépôt, point de délit.

Il en est de même dans le cas de la suppression d'un titre : point de titre, point de suppression possible; point de titre, point de délit. Il paraîtrait donc que, dans ces deux cas, il y a également lieu à la question préalable, et à renvoyer devant les juges civils pour y prouver préalablement l'existence du titre, comme il faut y renvoyer pour prouver l'existence du dépôt.

Cependant il n'en est pas ainsi. Il existe une différence décisive entre l'un et l'autre cas. Celui qui a confié un dépôt a pu et dû, au moment où il le confiait, en retirer une reconnaissance ou un acte écrit; la loi le lui ordonnait. S'il ne représente pas cette reconnaissance, il ne peut être admis à prouver le dépôt par témoins; la loi le défend.

Or, dès qu'il n'y a point de dépôt prouvé, on ne peut admettre l'idée de la destruction du dépôt; et si cette violation ne peut être prouvée par témoins, elle ne peut faire l'objet d'une procédure criminelle.

Au contraire, lorsque le débiteur a soustrait à

son créancier l'obligation qu'il lui avait consentie, il n'y a rien à reprocher à celui-ci. Il s'était conformé à la loi, qui lui ordonnait de passer un acte devant notaire ou sous seing privé, de toutes choses excédant la valeur ou la somme de 150<sup>f</sup>. Cet acte lui a été soustrait par un délit dont il ne lui a pas été possible de se procurer la preuve littérale : il doit donc être admis à le prouver par témoins, ainsi que le veut l'art. 1348 du Code. Il en est de même du cas de la suppression d'un testament ou autre titre. Nous examinerons bientôt ce qu'il faut prouver dans ce cas.

157. Mais pour être admis à poursuivre immédiatement par la voie criminelle la réparation d'un méfait, il ne suffit pas qu'il ne donne lieu à aucune question préjudicielle, dont les tribunaux civils ne puissent connaître; il faut sur-tout que ce méfait soit du nombre de ceux que nos lois criminelles ont mis au nombre des contraventions, des délits ou des crimes, contre lesquels elles ont prononcé des peines.

C'est un des grands principes de notre législation criminelle, qui établit pour règle fondamentale, art. 4 du Code pénal, que « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis » de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi » avant qu'ils fussent commis » ; ni, par conséquent, être poursuivis devant les tribunaux criminels, spécialement institués pour connaître de l'action publique et de l'application des peines.

Ces principes vont nous aider à discerner quand le dol peut être poursuivi par la voie criminelle,



pour se ménager la ressource de la preuve testimoniale, dans les cas où elle ne peut être admise par les tribunaux civils; car il faut remarquer que l'art. 1348, qui fait aux quasi-délits une application spéciale et générale du principe que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale, n'en a point fait la même application au cas de dol ou de fraude, qu'il passe, sous silence, quoique beaucoup plus répréhensible que les quasi-délits, qui se commettent sans dessein, et seulement par une imprudence non excusable; tandis que le dol, dans l'acception ordinaire du mot, renferme toujours l'intention de nuire.

D'où vient donc, à cet égard, le silence du Code? C'est qu'il y a des cas où le dol peut être prouvé par témoins devant les tribunaux civils; d'autres où il ne peut pas l'être, et que, par conséquent, on ne pouvait établir une règle générale sur ce point.

Nous trouverons la preuve de cette proposition dans le développement des principes sur la nature et les caractères du dol et de la fraude; c'est un point qui mérite d'être examiné.

158. Ces deux mots, *dol et fraude*, qu'on trouve souvent réunis dans le texte des lois romaines (1)

---

(1) *Inest enim dolo et fraus*, dit la loi 7, § 10, ff de pact., 2. 14. On les trouve réunis dans la loi 5, § ult., ff pro socio, 17. 2; loi 8, § 6, ff de liber. leg., 31 3; loi 3, quando ex facto testatoris, 26. 9; loi 6, ad. de præscript., 7. 33.

Voy. aussi l'art. 273 de la Coutume de Bretagne.

et françaises, ont cependant une signification différente, comme le supposent les textes mêmes qui les réunissent, et l'art. 1353 du Code, qui parle du cas où un acte est attaqué pour cause de *fraude* ou de *dol*.

Le dol, dans l'acception générale que les Romains donnaient à ce mot, consistait dans cette finesse accompagnée de déguisement ou de dissimulation, par laquelle on parvient à cacher ce qu'on ne veut pas laisser voir, ou à faire entendre autre chose que ce qu'on a dans l'esprit.

C'était cette finesse subtile dont peu d'honnêtes gens se piquent, et que Cicéron conseille d'éviter (1), cette finesse qu'on nomme proprement *astuce* (2); et comme cette astuce qui produit le dol, cette souplesse subtile de l'esprit peut s'exercer sur un objet indifférent, ou même honnête et bon (3), aussi bien que sur une chose répréhensible ou nui-

(1) *Quocirca in omni re fugienda est talis solertia. Offic., lib. 1, cap. 10.*

(2) Mot qui nous vient du latin *astutia*, dérivé d'*Astu*, ville. *Astutia* signifie donc proprement cette finesse de pratique, cette finesse d'habitude, qu'on rencontre plus souvent dans les habitants des villes, où l'esprit est plus délié que dans les campagnes. Voy. la note suivante.

(3) On trouve dans Saint-Augustin, *Epist.* 29 : « *Neque tamen ille dolus ad cavendum aut astutia decrant, astutiam ponens in bono.* »

Les mots *dolus* et *astutia* ont évidemment ici le même sens; ou, si l'on veut, l'*astuce* est la qualité de l'esprit, et le *dol*, l'action faite par *astuce*.

Voy. aussi Wolf, *Instit. jur. nat.*, § 24. « *Veteres dolum bonum dixerunt voluntatis simulationem, finis cujusdam non illicita causâ factam. Unde in oppositione ad eum dolus malus vocatur.*

» *Dolus malus dividitur in dolum ex proposito, quo malum quod ex actione sua resultat, intendit, agens sive directè, sive indirectè; et dolum*

sible, les Romains distinguaient deux espèces de dol : *dolus bonus*, le dol bon ; *dolus malus* (1), le dol mauvais.

159. Ulpien nous apprend (2) que le préteur qui introduisit l'action *de dolo*, en faveur des personnes simples, déçues par les finesses artificieuses de ces hommes astucieux qu'il appelle *varios et dolo-sos*, ne s'était pas contenté, dans son édit, du mot dol, *non fuit contentus dolum dicere* ; il y avait ajouté l'épithète de *malum*, parce que, dit toujours Ulpien, les anciens prenaient ce mot dans le sens d'adresse, de finesse : *Quoniam veteres pro solertiâ hoc nomen accipiebant* ; c'est pourquoi ils appelaient aussi dol celui qui avait un objet honnête et bon : *Dolum etiam bonum dicebant*, tel que le dol que nous employons pour défendre et protéger nos intérêts propres ou ceux d'autrui : *Sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviunt sua vel aliena*. § 2, *ibid.*

160. Le jurisconsulte Paul, contemporain d'Ulpien, nous donne un exemple de ce dol dans la loi 19, § 3, *ff de negot. gest.*, 3. 5, dont l'espèce est remarquable. Vous gériez mes affaires pendant mon absence, et vous avez acheté de bonne foi, et pour

---

*ex re, quo malum istud equidem agens non intendit, ubi verò idem ex facto cognoscit, cum, in quem redundavit, id ferre vult.*

» *Ità, in priore casu, gemma adullerina pro vera venditur à sciente ; in posteriori à nesciente, sed pretium restituere nolente.* » § 25.

(1) « *Dolus est ex mediis verbis, ut tempestas, valetudo, quæ capere possunt duas res inter se contrarias.* » Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, lib. 12, cap. 9.

(2) Loi 1, § 3, *de dolo malo*, 4. 5



vosre compte, un bien qui m'appartenait. Vous l'avez irrévocablement acquis par la prescription, dans l'ignorance de mon droit. Je n'ai pas contre vous l'action *negotiorum gestorum*, pour vous obliger à me le rendre.

Mais si, avant la prescription acquise, vous avez découvert que ce bien m'appartenait, vous devez, dit la loi, interposer un tiers dans mon nom, qui revendiquera contre vous la chose que vous avez acquise, et qui, par ce moyen, conservera mon bien, et vous mettra dans le cas d'exercer l'action en éviction contre votre vendeur.

Cependant une objection se présente contre un pareil détour, contre une pareille simulation.

Cette interposition d'un tiers n'est-elle point un dol? La loi prévient cette objection: ce n'est point, dit-elle, un dol mauvais: *Nec videris dolum malum facere in hac subjectione*. Pourquoi cela? Parce que vous n'agissez de la sorte que pour vous mettre à l'abri de l'action que j'aurais pu diriger contre vous si, faisant mes affaires pendant mon absence, vous aviez continué de posséder un bien que vous saviez m'appartenir: *Ideò enim hoc facere debes ne actione negotiorum gestorum tenearis*. Vous avez servi vos intérêts et les miens.

Il y a donc réellement un dol ou une simulation qui n'a rien de blâmable aux yeux de la loi (1).

---

(1) Il y avait même des simulations autorisées par la loi. A Rome les formules de la mancipation, des testamens *per æs et librum*, de l'émancipation, la stipulation aquilienne, etc., n'étaient que des simulations. On trouve peu de pays où ces simulations n'aient été ou ne

C'est ce qui arrive toutes les fois que la simulation n'a point un but illicite. La simulation n'est point réprouvée par la loi, lorsqu'elle n'a porté préjudice à personne.

161. Nous insistons sur ce principe, dont l'application à la pratique est plus fréquente qu'on ne pense; car quoique notre langue ne connaisse pas l'expression de *dol bon*, il n'en est pas moins certain que la chose existe dans nos usages; et qu'il y a des déguisemens ou des simulations permis; telles entre autres les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, d'une vente, par exemple.

Ces donations n'en sont pas moins valides, lorsqu'elles n'ont pas pour but d'éluder quelque disposition prohibitive de la loi, ou de nuire aux droits acquis à d'autres personnes.

On n'en aurait pas si long-tems douté, si tous les magistrats avaient été pénétrés des principes que nous venons de développer, et dont l'observation prévient une foule de procès difficiles; car, avant d'admettre la preuve qu'un acte est simulé, il faut faire voir préalablement que la simulation est nuisible aux droits d'un tiers, ou qu'elle tend à éluder la loi.

162. C'est encore des mêmes principes que dé-

---

sistent encore en usage pour transférer la propriété des biens, et pour l'assurer aux acquéreurs. Les formalités de *vest* et *divest*, les ventes par *nécessité jurée*, en Flandre, en Artois, etc., ne sont guère que des simulations approuvées par la loi. La plupart des procédures qui servaient autrefois de base aux decrets volontaires, étaient dans le même

rive une maxime, qu'on peut ériger en règle de droit : il est permis de faire indirectement ce que la loi permet de faire directement. Le soupçon de fraude s'évanouit, quand celui à qui on reproche le déguisement ou la simulation n'avait pas intérêts à déguiser.

Quand il pouvait faire directement ce qu'il a fait, ou ce qu'on prétend qu'il a fait indirectement, il en résulte tout au plus qu'entre plusieurs manières de faire un acte, il a choisi celle qu'il jugeait la plus convenable. En cela, il a usé de son droit; il a fait ce que la loi ne lui défendait de point de faire.

163. Revenons au dol mauvais, celui qui est commis à dessein de tromper autrui, de préjudicier à ses droits. Pour connaître quand il peut être prouvé par témoins, il faut d'abord en distinguer plusieurs espèces :

1°. Celui qui est concerté entre les contractans, soit pour préjudicier, de manière ou d'autre, à des tierces personnes non présentes et non parties au contrat, ou à l'acte par lequel s'opère le dol, soit pour éluder quelque disposition prohibitive de la loi ;

2°. Celui qui se commet au préjudice de l'un des contractans, soit avant le contrat, soit au moment du contrat, pour l'induire ou l'entretenir dans une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté ; en un mot, du dol qui a été la cause du contrat. C'est le dol dont parle l'art. 1116 ;

3°. Celui par lequel, depuis le contrat, l'un des contractans abuse de l'imprudence de l'autre pour





*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 267*

s'enrichir à ses dépens. En un mot, le dol qui, loin d'avoir été la cause du contrat, est postérieur à la perfection du contrat; par exemple, lorsque le créancier qui a été payé en tout ou en partie refuse de donner quittance, et garde le titre de créance pour se faire payer une seconde fois;

4°. Celui par lequel, sans contracter avec elle, on détermine une personne, par des manœuvres, ou par des réticences frauduleuses, à faire une chose contraire à ses intérêts, afin d'en profiter ou d'en faire profiter un tiers; par exemple à renoncer à une succession ou à l'accepter (783).

Il semble qu'on peut ranger toutes les espèces de dol dans l'une de ces quatre classes.

164. C'est la première espèce de dol, celle qui a pour but de nuire aux droits d'un tiers, que l'on appelle proprement *fraude*.

C'est ainsi que l'art. 1167 du Code permet aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur *en fraude de leurs droits* (1).

C'est ainsi encore que tous les actes simulés, qui ont pour objet de gratifier des personnes incapables de recevoir, sont déclarés frauduleux, soit qu'on les déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on les fasse sous le nom d'une personne interposée. Ils peuvent être attaqués par les héritiers du donateur, et annulés comme faits en fraude de leurs droits (911).

---

(1) Voy. ce que nous avons dit tom. VI, nos. 541 et suiv.

Il en est de même des actes simulés ou déguisés qui ont pour objet d'étendre les libéralités au-delà de ce dont la loi permet de disposer. Les héritiers du donateur peuvent les attaquer comme faits en fraude de leurs droits, et les faire réduire (1099).

La fraude proprement dite, ou le dol, commis dans un acte, au préjudice d'une tierce personne, peut toujours être prouvé par témoins; car il n'a pas été possible à la personne lésée de s'en procurer une preuve écrite.

165. C'est même une règle générale, que la défense de recevoir la preuve testimoniale, contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui y ont été parties, et qui doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui s'y trouve contenu, et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir laissé omettre quelque chose de ce qui devait y être compris; mais cette défense ne peut concerner les tiers en fraude desquels on pourrait insérer dans l'acte des choses contraires à la vérité. Car rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimoniale de la fraude qui leur est faite. n'ayant pas été en leur pouvoir de s'en procurer une littérale. (Pothier, n°. 766).

166. Vainement objecterait-on, contre l'admission de la preuve testimoniale, que les actes authentiques font foi même contre les tiers, *contra omnes*, de la convention qu'ils renferment, comme nous l'avons dit, tom. VIII, pag. 243 et suiv.

La réponse est que les tiers lésés par la fraude n'ont pu s'en procurer une preuve littérale, et

qu'ils peuvent, par conséquent, invoquer l'exception prononcée par l'art. 1348, qui veut que la preuve testimoniale soit admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de s'en procurer une écrite.

C'est peut-être, pour le dire en passant, c'est peut-être parce que les tiers ont la faculté de prouver des faits contre le contenu aux actes, qui renferment des fraudes au préjudice de leurs droits, que l'art. 1319, qui porte « que l'acte authentique » fait foi de la convention qu'il renferme, entre les » parties contractantes, » n'a point ajouté *et même contre les tiers*, comme l'ont fait Dumoulin, et après lui Pothier, dans les écrits duquel cet article a été puisé.

C'est donc un principe constant dans l'ancienne et dans la nouvelle jurisprudence, que les tiers peuvent être admis à prouver par témoins, et même par des conjectures ou des présomptions, les simulations, les déguisemens, ou les fraudes commis dans les actes au préjudice de leurs droits.

C'est un point de jurisprudence fixé depuis longtemps.

Notre savant d'Argentré dit fort bien : *Stulta est dubitatio eorum, qui prætextu ordinationis Molinensis..... ambigunt, an simulatio contractûs possit testibus probari, cum hæc ex circumstantiis, et his quæ facto adjuncta sunt potius probentur ex conjecturis quàm scripto, etc.* (1).

---

(1) Sur l'art. 269 de l'ancienne Coutume de Bretagne, in verbo aa



C'est conformément à cet ancien principe, que l'art. 1352 du Code recommande aux magistrats de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de *fraude* ou de *dol*.

167. Le dol de la seconde espèce, celui qui a pour but de tromper l'un des contractans, de l'induire ou de l'entretenir dans une erreur qui le détermine à contracter un engagement onéreux, ou qui l'empêche de faire une chose utile à ses intérêts, peut se commettre par simulation, et par dissimulation, ou réticence.

168. Le dol par dissimulation ou par réticence est celui que les auteurs appellent dol négatif. Il consiste à taire ou à dissimuler quelque chose pour tromper, pour faire naître ou pour entretenir l'erreur de l'un des contractans; en un mot, pour lui cacher la vérité ou quelque circonstance qui pouvait le déterminer à ne pas s'engager.

L'art. 348 du Code de commerce nous offre l'exemple d'un dol négatif ou par *réticence*; il porte :

« Toute réticence, toute fausse déclaration de  
» la part de l'assuré, toute différence entre le con-

Contract, n°. 8. Il revient encore sur ce point, art. 296 : « *Probatur autem (fraus) conjecturis antecedentibus, consequentibus et adjunctis. Falsissimum quod quidam putant, non nisi instrumentis probari posse, veluti obtinente ordinatione regiâ (l'ordonnance de Moulins), facta enim extrinsecus, fraudem potius probant, quia nemo tam superius est, ut scribi patialur quod fraudulenter fecit.*

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 271

» trat d'assurance et le connaissement qui dimi-  
» nueraient l'opinion du risque, ou en change-  
» raient le sujet, annulent l'assurance. »

169. Nous trouvons encore un exemple du dol négatif, dans un arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1812 (1).

Cet arrêt décide, avec raison, que celui qui, par les qualités qu'il prend dans un procès, par le mode de défense qu'il adopte, entretient à dessein son adversaire dans une erreur qui finit par lui être préjudiciable, en opérant une prescription, se rend coupable d'un véritable dol par réticence, et doit répondre des dommages et intérêts résultant de l'erreur qu'il a entretenue, et dont il a profité.

170. Le dol par simulation, *cum aliud agitur, aliud simulatur*, est celui qu'on nomme positif. Il consiste à dire ou faire soi-même, ou faire faire par autrui, des choses qui peuvent persuader ce qui n'est pas; il peut se commettre par actions ou par paroles.

Dans ce dernier cas, il y a mensonge. Le dol qui se commet par actions consiste dans toutes les manœuvres, machinations, artifices, déguisemens et mensonges, employés pour tromper, induire ou entretenir dans l'erreur celui qu'on veut circonvenir. Les manières de commettre le dol positif sont infinies.

171. Mais il faut bien remarquer un principe

---

(1) Rapporté par Sirey, tom. XII, pag. 153.

fondamental en matière de dol, comme en matière de fraude; c'est que l'intention de tromper, *consilium*, ne suffit pas, il faut qu'il y ait dommage réel, *eventus damni*; car si les manœuvres pratiquées n'ont, dans la réalité, causé aucun préjudice à la personne trompée, elle n'a aucune indemnité à demander, aucune action à former (*Voy. loi 79, ff de R. J.*)

Ceci prouve encore combien est conforme aux vrais principes la jurisprudence de la Cour de cassation, sur la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, ou faites sous le nom de personnes interposées, lorsque ces donations n'ont point pour but d'éluder la prohibition de la loi.

172. Après avoir rappelé les principes sur la nature du dol positif et négatif, employé pour tromper les contractans, avant ou au moment même du contrat, il est facile de décider s'il peut être prouvé par témoins. Il est dans la nature du dol de se cacher, de se déguiser. Il est rare que celui qui en est la victime puisse s'en procurer une preuve littérale, si ce n'est par des hasards indépendans de sa volonté : la preuve testimoniale des faits qui caractérisent le dol peut donc être admise. C'est une conséquence du principe que cette preuve est admissible, toutes les fois qu'il n'a pas été possible de s'en procurer une écrite. (Art. 1346 du Code). Aussi tenait-on pour maxime certaine, sous l'ancienne jurisprudence, qu'on peut prouver le dol par témoins, et cette maxime est con-



*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 273

sacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

On doit même remarquer que celui qui se plaint des artifices, des mensonges par lesquels on l'a surpris et déterminé à contracter, n'attaque ni l'existence, ni aucune des clauses de l'acte; il ne prétend point que cet acte contienne des choses contraires à la volonté des parties, mais il attaque la convention dans sa substance; il soutient que son consentement a été surpris; qu'il n'est que le fruit de l'erreur dans laquelle il a été induit par le dol de l'autre partie, et que, par conséquent, son consentement n'a pas été valable (1109).

En articulant, en demandant à prouver les manœuvres, les réticences, les artifices employés pour le surprendre et le tromper, il ne demande point à prouver contre et outre le contenu au contrat, ni ce qui a été verbalement dit avant, lors ou depuis, relativement aux clauses plus ou moins étendues du contrat, et aux omissions qui pourraient y avoir été faites : sa demande n'a donc rien de contraire aux dispositions de l'art. 1341, et très-certainement il n'a pas été en son pouvoir de se procurer une preuve écrite des artifices employés pour surprendre son consentement.

175. Il faut appliquer aux cas de violence (2) ce que nous venons de dire du dol qui a déterminé

---

(1) Voy. l'arrêt du 20 février 1811, Sirey, tom. XI, pag. 141.

(2) Voy. ce que nous avons dit sur la violence, tom. VI, nos. 76 et suiv.

le contrat, *qui causam dedit contractui*. La violence, qui produit la crainte et détruit le consentement, est toujours une voie de fait plus ou moins condamnable; elle prend souvent le caractère d'un délit plus ou moins grave, suivant les circonstances.

La personne qui s'en plaint et qui se trouve lésée par suite des faits de violence, est presque toujours dans l'impuissance de s'en procurer une preuve littérale: elle doit donc, dans tous les cas, être admise à les prouver par témoins, soit qu'elle agisse par voie d'action, soit qu'elle agisse par voie d'exception (1), quand même celui contre lequel elle agit serait innocent, et n'aurait point participé à la voie de fait ou aux délits; car l'action accordée pour la réparation des suites de la violence, est du nombre de celles qu'on appelle en droit *in rem scriptæ*, parce qu'elles suivent, pour ainsi parler, la chose même, ou plutôt celui qui en est possesseur, ou qui prétend le devenir; c'est-à-dire qu'elles peuvent être exercées contre tous ceux qui ont profité, ou qui prétendraient profiter de la chose extorquée par violence, de l'acte consenti par crainte (2).

(1) Loi 9, § 5, ff *quod metus causâ*, 4. 2.

(2) « *In hac actione non quæritur, utrum is qui convenitur, an alius metum fecit? Sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum, vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse; nam, cum metus habeat in se ignorantiam, meritò quis non adstringitur, ut designet quis ei metum vel vim adhibuit; et ideò ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causâ fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam ini-*

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 275

Il suffit à celui qui se plaint d'articuler d'une manière précise les faits de violence et les menaces qu'on lui a faites : à la différence de l'action de dol, il n'est pas même nécessaire qu'il désigne les personnes qui lui ont fait violence ; il suffit de prouver qu'il a été intimidé au point que sa volonté n'a pas été libre : *Sufficit docere metum sibi illatum, vel vim.*

La raison en est que la crainte trouble l'esprit : *Metus habet in se ignorantiam.*

Remarquez que, dans le cas de violence, comme dans le cas du dol qui a été la cause du contrat, le demandeur n'attaque aucune des clauses de l'acte ; il ne demande point à prouver contre et outre ce qui s'y trouve contenu ; il ne prétend pas que cet acte contienne rien de contraire à sa volonté du moment ; mais il soutient que sa volonté ne fut pas libre, et que son consentement a été forcé.

174. Danty, chap. 7, n°. 77, enseigne que si l'acte qu'on veut faire annuler ou rescinder, pour cause de violence, a été passé en plein jour devant un notaire et des témoins, quoiqu'il renferme des clauses injustes, le juge ne doit pas admettre la preuve de violence, parce que la preuve est entièrement contraire.

---

*quum videtur, ex alieno facto, alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli actio est, sed si res non restituitur. » Loi 14, § 3, ff quod metûs causa, 4. 2.*



C'est une erreur déjà remarquée et combattue par notre savant maître Duparc-Poullain (1).

La loi 23, *ff quod metûs causâ*, l. 2, citée par Danty, au soutien de son opinion, dit seulement que la violence n'est pas vraisemblable, lorsqu'un contrat a été passé dans la ville, *in urbe*, par un homme élevé en dignité : *Qui claram dignitatem se habere prætendebat*.

La loi ajoute qu'il faut opposer à cette présomption de liberté les preuves les plus claires : *Debet apertissimas violentiæ præsumptiones opponere*.

La loi n'exclut donc pas la preuve, elle l'admet, au contraire. La preuve doit être reçue, quelles que soient les apparences de liberté que présentent les circonstances, quelle que soit la personne contre qui l'action est dirigée, quelque authentique que soit l'acte attaqué, pourvu que les faits dont on demande la preuve soient précis, et de nature à caractériser, sans équivoque, une violence suffisante pour détruire le consentement.

175. Mais il faut remarquer que l'action ou l'exception fondée sur la violence ou la crainte, ne peut être exercée par la voie civile, lorsque la foi due aux actes s'y oppose. Si c'est ce qu'a voulu dire Danty, il avait raison.

On m'oppose un acte authentique, daté de Rennes, le 1<sup>er</sup>. mars; je soutiens que le 5 du même mois, j'ai été, par les violences et les voies de fait

---

(1) Principes du droit, tom. IX, n<sup>o</sup>. 22, pag. 286.

les plus répréhensibles, contraint, dans la forêt de Rennes, à signer ce même acte. J'articule les faits les plus précis, et je demande à les prouver par témoins dignes de foi. Ma demande ne doit pas être écoutée : la foi due aux actes authentiques s'y oppose ; ils ne peuvent être détruits que par la voie de la plainte, ou de l'inscription en faux. Il en est de même toutes les fois que les faits de violence, qu'on offre de prouver, se trouvent contraires aux dispositions d'un acte authentique (1), qui doit faire pleine foi jusqu'à la plainte ou l'inscription en faux (1319).

176. Ce point est commun au dol, dont la preuve par témoins ne doit pas être admise lorsque les faits, présentés comme indices de dol, au lieu d'attaquer la substance de l'acte, et de prouver que la volonté de celui qui l'a souscrit a été surprise, ne tendraient qu'à établir que l'acte contient des faits contraires à ceux qui sont référés dans l'acte ; par exemple, que le prix d'une vente, convenu à un prix supérieur, n'a été frauduleusement porté qu'à un prix inférieur, que le prix dit payé comptant ne l'a point été (2).

177. Pour être admis à prouver le dol ou la violence par témoins, ce n'est même point assez d'alléguer que le contrat est frauduleux, que le con-

---

(1) Ou même d'un acte sous seing privé, dont la signature est reconnue ou légalement tenue pour telle. (Art. 1320 et 1322).

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 pluviôse an XIII, rapporté dans le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Dol*, n<sup>o</sup>. 6, pag. 796, 3<sup>e</sup>. édition.

278 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

sentement a été surpris par dol ou extorqué par violence; il faut spécifier les faits par lesquels on prétend établir le dol ou la violence; il faut même, à l'égard du dol, désigner les personnes que l'on accuse de l'avoir commis (1); il faut enfin que les faits qu'on demande à prouver soient de nature à caractériser bien clairement le dol, la surprise, ou la violence.

On ne doit pas transformer en dol des circonstances qui n'en portent ni le caractère ni l'apparence.

Lorsque les faits, présentés comme indices de dol, ne conviennent point aux notions que les lois nous en donnent, et se refusent à leur application; lorsqu'il n'y a ni manœuvres, ni artifices, ni de ces tromperies de l'homme (2), qui caractérisent le dol personnel, la preuve doit être rejetée, quand même ces faits seraient de nature à faire naître des soupçons; car le soupçon ne peut opérer que le doute, et dans le doute, il faut s'en tenir au contrat (3); il faut, en un mot, suivant l'art. 1116 du Code, qu'en supposant prouvés les faits présentés comme indices du dol, il soit évident que sans ces

---

(1) « Item exiget prætor, ut comprehendatur quid dolo malo factum sit; scire enim debet actor in quâ re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari. Loi 16, ff de dolo malo, 4. 3.

« Specialiter exprimendum est de ejus dolo quis quærat. Loi 2, ff de doli mali et metus exceptione, 44. 4; Mascardus, de probat., concl. 449, n<sup>o</sup>. 6.

(2) Voy. un arrêt de la Cour de cassation, du 4 juin 1810, Sirey, tom. X, pag. 377.

(3) *In dubio standum est instrumento.* Cæpola, de simulat. contract.



**Art. III. Seconde exception à la prohibition. 279**

artifices le contrat n'aurait pas été passé, ou ne l'aurait pas été aux mêmes conditions : *Dolum ex indicibus perspicuis probari convenit. Loi 6, Cod. de dol. mal., 2. 21.*

178. Si le dol, commis avant ou au moment du contrat, pour tromper l'un des contractans, et l'induire en erreur, peut être prouvé par témoins, en est-il de même du dol postérieur au contrat, du dol qui, loin d'avoir été la cause du contrat, n'a été commis que depuis la perfection du contrat, et à son occasion? Celui des contractans au préjudice duquel ce dol est commis, ou ses héritiers, peuvent-ils être admis à le prouver par témoins? Il faut éclaircir ceci par des exemples :

179. *Premier exemple.* Sur le point de contracter mariage, les futurs époux passent, devant notaire, le contrat qui contient les conditions de leur union. Le futur y reconnaît que la future lui a apporté en dot une somme de 60,000<sup>f</sup>, laquelle somme a été comptée en présence du notaire et des témoins, et délivrée au futur, qui s'en est saisi, dont quittance, etc.

Ou bien, le contrat ne parle pas de la numération, en présence du notaire et des témoins; il énonce seulement que le futur reconnaît l'avoir reçue, et en donne quittance.

Le mariage manque, ou, si l'on veut, le futur ou la future meurt avant la célébration. La future ou ses héritiers réclament la dot de 60,000<sup>f</sup>, reconnue dans le contrat de mariage. Le futur ou ses héritiers répondent que le contrat était simulé,

et que la future n'a point compté les 60,000<sup>f</sup>; qu'elle était sans fortune, et hors d'état de réaliser une pareille somme, dont la reconnaissance n'était qu'une libéralité, ou un avantage que le futur voulait lui faire en faveur du mariage.

Cette défense est appuyée par des présomptions graves, précises et concordantes; enfin, on articule des faits concluans, contre la numération ou la remise de la dot prétendue, et on demande à les prouver par témoins.

La même difficulté peut s'élever dans le cas où le contrat ne contient que l'obligation d'apporter une dot de 60,000<sup>f</sup>, payable immédiatement après la célébration du mariage, et dont le mari donne quittance quelques jours après, puis meurt.

Ses héritiers peuvent-ils se défendre de restituer la dot, en demandant à prouver les faits les plus précis, pour établir que la dot n'a point été comptée?

180. *Deuxième exemple.* Paul, célibataire, donne à Pierre le fonds Cornélien sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix, fixé à 30,000<sup>f</sup>, est dit payé comptant; il se marie ensuite, et il a des enfans. Il notifie leur naissance à Pierre, et demande la révocation du contrat, en soutenant qu'il est simulé; que c'est une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente, et qui est de plein droit révoquée par la survenance d'enfans. Pierre a la mauvaise foi de le nier. Paul demande à le prouver par témoins.

*Troisième exemple.* J'ai donné à Caius le fonds

Cornélien sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix est fixé à 30,000<sup>l</sup>, et dont j'ai donné quittance.

Il se trouve que ce bien, que je croyais dépendre de la succession de mon père, qui en est mort possesseur, appartient réellement à Paul, qui forme son action de revendication contre Caius. Celui-ci m'appelle en garantie, et conclut à la restitution de la somme de 30,000<sup>l</sup>, et aux dommages et intérêts, qu'il élève à une somme considérable, parce que le fonds Cornélien a augmenté de valeur depuis le contrat. Je demande à prouver par témoins que le contrat est simulé, et que la prétendue vente n'était qu'une donation déguisée.

181. Dans les cas que nous venons de proposer, et dans beaucoup d'autres, il y a certainement un dol caractérisé, *calliditas, dissimulatio vafra*, un dol très-répréhensible de la part de l'ingrat qui abuse d'un contrat de bienfaisance, dont la simulation n'avait pour objet, dans son principe, qu'une libéralité qui ne peut plus avoir lieu, afin de dépouiller lâchement son bienfaiteur ou ses héritiers.

Il faut appliquer à ce cas ce que dit Ulpien : *Cum enim quis petat ex eâ stipulatione, hoc ipso facit dolo quod petit. Loi 36, ff de V. O., 45. 1.*

Cette femme artificieuse, par exemple, qui, abusant d'une passion qu'elle ne partage point, se fait consentir quittance d'une dot qu'elle n'a point comptée, et qui refuse ensuite d'accomplir le mariage, dans le dessein de faire, peut-être à un amant plus jeune, l'hommage du fruit de sa perfidie; ce



créancier qui, ayant reçu en confiance ce qui lui était dû, refuse d'en donner quittance et de rendre le titre de créance dans le dessein de se faire payer deux fois; ce faux ami qui abuse d'un blanc-seing, confié à l'amitié, pour dépouiller l'imprudent et malheureux signataire, etc.

Enfin, dans tous les cas de rétention frauduleuse de la chose d'autrui, il y a dol : il y a plus, il y a vol véritable, en prenant le mot dans le sens le plus étendu, pour toute action par laquelle on s'approprie illicitement le bien d'autrui : *Contrectatio rei alienæ fraudulosa*.

182. Aussi les dols, commis à l'occasion ou à la suite des actes simulés, et sur-tout les reconnaissances d'une prétendue numération de dot, que l'on soutenait n'avoir pas été comptée, avaient, dans l'ancienne jurisprudence, occasionné de fréquentes contestations; et dans les recueils d'arrêts, on en trouve plusieurs qui ont admis la preuve testimoniale de la simulation des actes, même authentiques, même entre les contractans et leurs héritiers.

Vainement l'ordonnance de Moulins et celle de 1667 avaient défendu de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes.

Cette règle était fréquemment attaquée, sous le prétexte que le contenu aux actes blessait souvent la vérité et la justice, ce qui peut en effet être vrai quelquefois.

Les Parlemens s'arrogeaient donc le pouvoir d'écarter la règle ou de l'éluder, lorsque les cir-

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 285

constances étaient si frappantes (1), qu'elles leur paraissaient *capables de mettre les parties hors le cas de la loi*, ou qu'elles leur semblaient caractériser un délit.

On ne doit pas s'en étonner ; ils participaient alors , jusqu'à un certain point , à la puissance législative.

185. D'ailleurs , les délits n'étaient pas déterminés ni spécifiés par des lois fixes ; les principes sur la foi due aux actes n'étaient point établis sur des dispositions précises de la loi , mais sur le droit romain , qui n'avait pas force de loi dans les pays de coutume , sur la raison qu'il est malheureusement trop facile d'égarer par dès sophismes , ou par ce fantôme d'équité imaginaire , dont la séduction est si puissante , et qu'on ne manque jamais de mettre en avant , quand on veut éluder la loi pour s'abandonner à l'arbitraire.

Ajoutez à cela que les arrêts ne contenant alors ni les faits de la cause , ni les motifs du jugement , l'infraction ou la fausse application de la loi étaient moins sensibles.

184. Aujourd'hui les principes sont plus précis et plus fixes ; ils sont devenus des préceptes impératifs ; ils sont érigés en lois , et les magistrats sont soumis à l'observation littérale de la loi. Ils ne peuvent s'en écarter sous prétexte de réprimer un délit qui n'est pas spécifié et caractérisé par la loi.

---

(1) Voy. Duparc-Poullain , Principes du droit , tom. IX , pag. 294 , n<sup>o</sup> 50.

Nul méfait, nul délit ne pouvant être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi, avant qu'ils fussent commis (art. 4 du Code pénal), ils ne peuvent éluder la lettre de la loi quand elle est claire, ni sous prétexte d'équité, ni sous prétexte de l'interpréter, ou d'en pénétrer l'esprit; et s'ils la transgressent par une violation ouverte, ou par une fausse application, leurs arrêts sont soumis à la censure de la Cour de cassation, spécialement instituée pour maintenir l'observation littérale de la loi.

Ce serait donc perdre le tems que de s'arrêter aujourd'hui à discuter ou à essayer de concilier les anciens arrêts (1) rendus pour ou contre l'admissibilité de la preuve testimoniale, relativement à la simulation des actes, quand il ne s'agit pas de l'intérêt des tiers. On ne doit plus avoir aucun égard à ceux qui se sont écartés des principes.

Il nous semble donc que, sous l'empire de notre nouvelle législation, on ne peut plus élever de doutes raisonnables sur la résolution des questions ci-dessus proposées, et autres semblables, et que

---

(1) On peut voir ceux qui concernent la preuve testimoniale de la simulation des reconnaissances de dot, dans le nouveau Denisart, v<sup>o</sup>. *Dot*, § 10, n<sup>os</sup>. 8 et 9, pag. 114 et suiv.; et dans le 135<sup>e</sup>. plaid. de Cochin, tom. V, pag. 351. Son éloquence, la force et la solidité de ses raisonnemens, ne purent empêcher le Parlement de Paris d'admettre, par arrêt du 1<sup>er</sup>. septembre 1740, la preuve testimoniale contre la demoiselle Gautier, et de déclarer nulle une quittance de dot de 40,000<sup>l</sup> quoique le contrat de mariage portât la numération et le délivrement de la dot en la présence du notaire et des témoins. Voy. aussi Duparc-Poullain, *ubi supra*.



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 285*

Les tiers seuls, dont les droits ont été fraudés par la simulation des actes, et non par ceux qui y ont concouru et consenti librement et sans surprise, peuvent être admis à la prouver par témoins, parce qu'il leur a été impossible de s'en procurer une preuve littérale.

L'imprudent qui reconnaît avoir reçu une dot, ou une somme qui ne lui a pas été comptée, ou qui se prête à une simulation, sans prévoir qu'elle pourra lui devenir un jour préjudiciable, doit porter la peine de son imprévoyance. Il pouvait, il devait exiger une contre-lettre, et la loi l'en avait averti; elle lui commandait de se procurer une preuve écrite de toute chose excédant la valeur de 150<sup>f</sup>.

En ne le faisant pas, il a désobéi à la loi, qui, pour peine de sa désobéissance, et de plus, par un motif d'intérêt public, défend aux juges de recevoir la preuve testimoniale qu'il offre.

On ne doit même pas à cet égard distinguer, comme le faisaient quelques Parlemens (1), les actes authentiques des actes sous seing privé; ceux qui portent que la numération des espèces a été faite en présence des notaires, de ceux qui énoncent simplement que la somme a été payée.

L'art. 1322 du Code porte que l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou

---

(1) Voy. le Répertoire, *vo. Exception d'argent non compté*; le nouveau Denisart, *ubi supra*, nos. 7 et 8.

légalement tenu pour reconnu , a , contre ceux qui l'ont souscrit , et leurs héritiers ou ayant-cause , la même foi que l'acte authentique.

Et l'art. 1320 porte que l'acte , soit authentique , soit sous seing privé , fait foi entre les parties , même de ce qui n'est exprimé qu'en termes énonciatifs , pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition.

Ainsi , lorsque l'acte simulé n'a été ni surpris par dol , ni extorqué par violence , la loi civile ne laisse à l'imprudent signataire , au préjudice duquel on en abuse , à ses héritiers ou ayant-cause , que la ressource de l'interrogatoire sur faits et articles , et du serment. La preuve testimoniale de cet abus frauduleux et coupable n'est pas reçue.

185. Il est vrai , comme nous l'avons observé tom. VI , n°. 95 , que les faits de dol , les circonstances qui l'accompagnent , les manœuvres , les mensonges , les artifices employés pour tromper , peuvent être de nature à caractériser un crime ou un délit.

Ils peuvent constituer un faux , une escroquerie (1) , un abus de confiance , un vol , une filouterie , etc. ; et pour se ménager une preuve testimo-

(1) Mais il faut bien y prendre garde. Un arrêt du 3 septembre 1729 rejeta la prétention des héritiers du sieur de la Cour Deschiens , lequel , par contrat de mariage , avait reconnu avoir reçu de la demoiselle du Breuil une dot de 75,000<sup>l</sup> , qui ne devait être rendue qu'après son décès à ladite demoiselle du Breuil , laquelle refusa d'accomplir le mariage , et qui , dans la même année , épousa le sieur Victor à l'insu du sieur Deschiens. Le notaire qui avait reçu le contrat en avait mis la mi-

niale contre et outre le contenu aux actes, qui serait rejetée dans les tribunaux civils, on s'adresse souvent aux Cours ou aux tribunaux criminels, en donnant aux faits la couleur ou le nom d'un crime ou d'un délit; mais la plainte ne doit être reçue que dans les cas précis où les faits caractérisent clairement l'un des délits spécifiés par nos lois criminelles, et contre lesquels elles ont d'avance prononcé une peine ou une amende.

Si les faits ne présentent pas ces caractères, la plainte doit être rejetée, et les parties renvoyées devant les tribunaux civils.

186. L'escroquerie est l'un des prétextes les plus fréquemment employés pour tenter d'éluder la défense d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes.

Il est même peu de points qui aient donné lieu à plus de contestations, à plus d'erreurs de la part des juges, que les dispositions successives des lois nouvelles sur l'escroquerie.

Il est facile, en effet, de la confondre avec le dol; car elle ne peut se commettre qu'au moyen du dol.

Le dol constitue son essence; elle n'est qu'une espèce particulière du dol. Il est donc nécessaire

---

nute dans une enveloppe cachetée, sur laquelle il avait écrit de sa main que le contrat de mariage lui avait été confié comme un dépôt, afin que la demoiselle du Breuil ne pût tirer avantage de la quittance de dot y contenue, en cas que le mariage ne s'accomplît pas. Malgré ces circonstances et d'autres, qu'on peut voir dans Cochin, plaid. 135, tom. V, pag. 351 et 352, les héritiers du sieur Deschiens furent condamnés de payer la dot de 75,000<sup>l</sup>.



de bien saisir le caractère spécifique de l'escroquerie, pour ne pas s'y méprendre : les législateurs même s'y sont quelquefois mépris.

Un escroc est un fripon qui est dans l'habitude d'extorquer de l'argent ou d'autres choses par ruse, par fourberie. L'escroquerie est donc en général l'action que commet l'escroc en friponnant. Ce délit, qui est un véritable vol d'une nature particulière, n'était point défini dans l'ancienne législation.

Il le fut par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, sur l'organisation d'une police municipale et correctionnelle :

« Ceux qui par dol, ou à l'aide de faux noms, »  
» ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imagi- »  
» naire, ou d'espérances et de craintes chiméri- »  
» ques, auraient abusé de la crédulité de quelques »  
» personnes, et escroqué la totalité ou partie de »  
» leur fortune, seront poursuivis, etc., et si l'es- »  
» croquerie est prouvée, le tribunal, après avoir »  
» prononcé les restitutions, dommages et inté- »  
» rêts, est autorisé à condamner par voie de po- »  
» lice correctionnelle, à une amende et emprison- »  
» nement, etc. »

Cette rédaction contenait deux vices essentiels :

1°. Elle semblait ranger toutes les fraudes, tous les dols, au nombre des délits d'escroquerie :

2°. En ne distinguant point si les *faux noms*, pris pour tromper, pour escroquer, l'ont été verbalement ou par écrit, cette rédaction confondait avec le simple délit d'escroquerie, le crime de faux, qui

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 289

se commet en prenant un faux nom dans un acte écrit (1).

Ce dernier vice fut corrigé par le décret du 7 frimaire an II (27 novembre 1793), qui porte, article 1<sup>er</sup>. : « Ceux qui par dol ou à l'aide de faux noms, pris verbalement et sans signature, etc. »

Cette nouvelle rédaction laissait subsister le premier vice de la loi du 22 juillet 1791, et semblait, comme elle, mettre au rang des délits d'escroquerie toute espèce de *dol*.

Ce défaut a été corrigé par l'art. 405 du Code pénal, du 12 février 1810.

« Quiconque, soit en faisant usage de *faux noms* ou de *fausses qualités*, soit en employant des manœuvres frauduleuses, pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité

---

(1) Si l'acte est signé par celui qui prend un faux nom, il y a *signature fautive, contrefaçon de signature*. (Code pénal, art. 145 et 146).

Si c'est un acte notarié que celui qui prend un faux nom ne signe pas, sur le fondement réel ou supposé qu'il ne sait pas écrire, il y a également faux, parce que la déclaration de ne savoir signer, reçue et attestée par le notaire, représente la signature qu'elle supplée. Ainsi décidé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Voy. le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Faux*, § 6.

» ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un  
 » emprisonnement d'un an au moins, et de cinq  
 » ans au plus, et d'une amende de 50<sup>f</sup> au moins,  
 » et de 3,000<sup>f</sup> au plus ; le tout sauf les peines plus  
 » graves, s'il y a crime de faux. »

Mais cette rédaction ayant omis la distinction faite dans le décret du 7 frimaire an II, entre les faux noms pris verbalement ou par écrit, semblait de nouveau mettre au nombre des délits d'escroquerie, le faux commis en prenant un faux nom par écrit.

La jurisprudence des arrêts de la Cour de cassation a levé ce doute; elle a pensé que l'art. 405 du Code pénal, en donnant le caractère de simple escroquerie à l'usage d'un faux nom, ne doit être applicable que lorsque le délinquant a fait usage *verbalement*, et non par écrit, d'un nom faux et supposé; qu'en déterminant pour cette espèce de délit une peine correctionnelle, ce même article réserve expressément des peines plus graves, s'il y a crime de faux : exception qui, conformément au principe consacré par la loi du 7 frimaire an II, s'applique à tous les cas où le nom supposé est employé par écrit.

Elle cassa en conséquence, le 16 juillet 1815 (1), un arrêt de la Cour de Florence, qui ne condamnait qu'à des peines correctionnelles Antoine Ravaglioli, pour avoir escroqué une somme à l'aide de lettres signées du nom imaginaire de *Pierre*

---

(1) Rapporté par Sirey, tom. XV, pag. 452.



*Conti.* La Cour de cassation pensa qu'il y avait faux, quoiqu'il n'y eût ni contrefaçon, ni imitation de l'écriture d'aucune personne connue.

Le délit d'escroquerie ne peut donc s'appliquer, suivant le Code pénal et la jurisprudence, qu'à l'espèce de dol qui se commet à l'aide de faux noms, pris verbalement, de fausses entreprises, de crédits imaginaires, d'espérances ou de craintes chimériques, pour abuser de la crédulité d'une personne, afin de lui escroquer de l'argent ou des meubles, des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges.

Si la plainte en escroquerie n'est pas fondée sur des faits de cette nature; si ce mot n'est employé que pour parvenir à prouver, par une voie détournée, contre et outre le contenu aux actes, les juges correctionnels ne doivent y avoir aucun égard, et quand même les témoins entendus se seraient réunis pour attester qu'en effet les parties ont fait et voulu faire autre chose que ce qui est contenu dans les actes, parce que le Code civil, qui commande aux juges criminels comme aux juges civils, en contient la défense expresse.

187. Dans ces cas, les juges de police correctionnelle doivent se borner à déclarer que les faits allégués ne constituent pas les délits d'escroquerie; qu'il n'y a lieu à plainte, sauf aux parties à se pourvoir à fins civiles, si elles le jugent à propos. En ne prononçant pas le renvoi, en se déclarant compétens, ils violeraient les règles de compétence établies par la loi, et ils exposeraient leurs

jugemens à la censure. Il ne leur suffirait même pas de qualifier d'escroquerie les faits déclarés constans par leur arrêt, si ces faits ne présentaient pas réellement les caractères de ce délit ; car, pour motiver légalement une condamnation aux peines de l'escroquerie, il ne suffit pas de déclarer par le jugement, d'une manière vague, que le prévenu, pour s'approprier frauduleusement le bien d'autrui, a abusé de sa crédulité par de fausses promesses, par des espérances ou des craintes chimériques ; car l'escroquerie est un délit, qui se compose de faits dont la moralité ne s'apprécie jamais sans difficulté.

La Cour de cassation, investie du droit d'examiner si les lois pénales ont été bien appliquées, ne peut en apprécier l'application que d'après les faits sur lesquels elle a été prononcée.

Les arrêts des Cours criminelles doivent donc contenir la fixation précise des faits dont l'instruction a produit la conviction, parce que ces faits seuls peuvent servir de règle à la délibération de la Cour de cassation, qui, ne pouvant juger de l'application de la loi, sur une déclaration vague de circonstances et de présomptions indéterminées, ne doit y avoir aucun égard.

Ce principe, applicable à tous les délits, même aux délits qui se forment par des faits simples et matériels, s'applique, à plus forte raison, au délit moral et complexe d'escroquerie. La loi ayant fixé les faits moraux qui peuvent constituer l'escroquerie, les faits simples, qui peuvent être les élé-

mens de ces faits moraux, doivent être articulés dans les arrêts, afin que la Cour supérieure puisse juger si la conséquence qui en a été déduite est juste, puisque cette conséquence, qui n'est que la qualification des faits, est la base de l'application de la loi pénale, le lien qui la rattache aux faits simples, dont la déclaration exacte est seule hors des attributions de la Cour de cassation.

C'est sur ces principes qu'elle annula, le 3 décembre 1807 (1), un arrêt rendu par la Cour de justice criminelle du département du Loiret, sur l'appel d'un jugement du tribunal correctionnel de Montargis, qui avait déclaré le sieur C. coupable d'escroquerie. La Cour criminelle du Loiret confirma ce jugement, en déclarant qu'il était constant, en fait, que le sieur C. avait par dol, par fraude, vaines espérances, fausses entreprises, et craintes chimériques, abusé de la crédulité du sieur D. L., et escroqué une partie de sa fortune.

La Cour du Loiret pensait que ce dol, ces vaines espérances, fausses entreprises, craintes chimériques, et abus de confiance, résultaient de l'ensemble de ces actes, des faits sur-tout des débats, mais encore des présomptions graves.

La Cour de cassation pensa, au contraire, que les faits n'étaient pas suffisants pour caractériser le délit d'escroquerie, et que, entre autres faits, si

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Repertoire de jurisprudence*, v<sup>o</sup>. *Escroquerie*, pag. 752, 5<sup>e</sup>. édition.



la Cour du Loiret avait déclaré qu'une contre-lettre, dont l'existence n'était pas reconnue, avait été, par le fait du sieur C., *soustraite, détournée, ou cachée*, cette déclaration présentant l'alternative de faits absolument différens, n'en décide aucun particulièrement, et qu'en réalité, il ne résulte de l'instruction qu'une simple dénégation de la contre-lettre : en conséquence l'arrêt fut annulé le 3 décembre 1807.

La Cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. Un arrêt de la Cour de justice criminelle des Bouches-du-Rhône, avait confirmé un jugement du tribunal correctionnel de Marseille, qui, sur la plainte en escroquerie de la veuve Lance, avait déclaré Chataud convaincu d'avoir abusé de la confiance et de la crédulité de cette veuve, et de lui avoir escroqué, par dol et fraude, l'acte de vente d'une maison, le 7 frimaire an IX, et par suite, le 2 thermidor suivant, un acte de constitution de rente à quatre pour cent, au capital de 2,500<sup>f</sup>, quoique le prix de la vente fût convenu à 3,000<sup>f</sup>.

On articulait vaguement l'ignorance de la veuve Lance dans les affaires, son grand âge, sa surdité, et qu'étant née en Ligurie, elle entendait peu le français ; le même arrêt déclarait les deux actes nuls, et condamnait Chataud aux peines de l'escroquerie ; mais il fut annulé par la Cour de cassation, le 19 pluviôse an XIII, parce que, quand il a été passé un acte entre les parties, une allégation vague de fraude ou d'escroquerie ne tend qu'à faire ad-

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 295

mettre une preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes (1).

188. La plainte en faux est encore un des moyens fréquemment employés pour tenter d'éluder, en prenant la voie criminelle, la défense de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes; mais ces tentatives ont toujours été prosrites par la Cour de cassation, lorsque les faits contenus dans la plainte ne présentaient pas les caractères qui, suivant le texte de nos lois, constituent le crime de faux.

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. *Dol*, pag. 796. Il est bon d'en connaître les considérans : « Attendu que, » lorsqu'il a été passé un acte entre les parties, il ne peut y avoir lieu à » l'action en police correctionnelle, que lorsqu'on articule des faits de » dol et de fraude, qui attaquent la substance de l'acte, et qui prouvent » qu'il n'est pas l'ouvrage de la volonté libre et entière de celui » qui l'a souscrit ;

» Qu'une allégation vague de fraude et d'esroquerie ne tend qu'à » faire admettre une preuve par témoins contre et outre le contenu » aux actes; ce qui est contraire à l'ordonnance de Moulins, à celle de » 1667, confirmée par l'art. 1341 du Code civil ;

» Que, dans l'affaire dont il s'agit, on articule vaguement contre les » deux actes passés entre Chatand et la veuve Lance, le peu de connaissance de cette femme dans les affaires, son grand âge, sa surdité, » et qu'étant née en Ligurie, elle entend peu le français ;

» Que, contre l'acte de vente, on articule, non que la veuve Lance a » été induite par machinations, par dol et fraude, à consentir cet acte; » mais que cet acte contient des faits contraires à ceux qui se sont réellement passés ; que le prix de la vente a été convenu à 3,000<sup>f</sup>, et que » l'acte n'en porte que 2,500 ; que le prix a été payé comptant, tandis » que Chatand se borna à donner une reconnaissance, sous seing » privé, d'être depositaire de trois lettres de change appartenant à » la veuve Lance, ensemble de 3,000<sup>f</sup>, payables à diverses époques ;

» Que, contre l'acte du 2 thermidor suivant, on articule que la veuve » Lance se plaignit particulièrement de ce que sa déclaration ne

Le faux, disent les criminalistes, s'entend de trois manières : dans le sens le plus étendu, c'est l'altération de la vérité, avec ou sans mauvaise intention ; il est à peu près synonyme de mensonge ; dans un sens moins étendu, c'est l'altération de la vérité, accompagnée de dol, *mutatio veritatis cum dolo facta* ; enfin, dans le sens étroit, ou plutôt légal du mot, quand il s'agit de savoir si le faux est un crime, le faux (1) est l'altération frauduleuse de la vérité dans les cas déterminés, et punis par la loi : c'était, suivant les docteurs, dans les cas déterminés par la loi Cornélia : *Falsum strictè sumptum dicitur illud tantum quod incidit in aliquod caput legis Corneliæ, de falsis* (2).

» donnait point d'hypothèques ; que Chataud promit de souscrire, en  
 » remplacement, un contrat de 3,000<sup>f</sup>, payables aux mêmes époques ;  
 » mais qu'il ne lui fut fait qu'une obligation de 2,500<sup>f</sup>, au lieu de 3,000<sup>f</sup>,  
 » comme il était convenu, et que la somme, au lieu d'être payable à  
 » jour déterminé, était à constitution de rente à quatre pour cent ;

» Que des témoins ont été entendus à l'appui des faits articulés par la  
 » veuve Lance, et que ces faits sont en contradiction avec ce qui est  
 » contenu dans les actes ; qu'ainsi, on a pris une voie indirecte pour  
 » faire annuler ces actes, qui devaient faire foi jusqu'à inscription de  
 » faux, et que le tribunal de police correctionnelle était incompétent  
 » pour en connaître ;

» La Cour casse la plainte et toute la procédure qui a suivi. »

(1) Dans la nouvelle Collection de jurisprudence, connue sous le nom de nouveau Denisart, recueil d'ailleurs si estimable par son exactitude, M. Levasseur, v<sup>o</sup>. *Faux*, définit le crime de faux : « Toute action faite avec l'intention de faire paraître les choses autrement qu'elles ne sont dans la vérité, et dont il peut résulter un préjudice notable. »

Si l'on s'attachait à cette définition, il serait difficile de trouver de la différence entre le dol et le crime de faux. Tout dol serait un crime de faux.

(2) Farinacius, *de falsit. et simulat.*, quest. 150, n<sup>o</sup>. 7 ; le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Faux*, sect. 1, § 4, pag. 111, 3<sup>e</sup>. édition.



*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 297

Mais cette loi n'ayant plus aucune force en France, qu'autant qu'elle peut se trouver d'accord avec nos lois nouvelles, et aider à en éclaircir ou fortifier les dispositions, il faut dire que le crime de faux n'existe que dans les cas déterminés par le Code pénal, art. 145, 146 et 147 (1), lesquels ont spécifié les faits et les circonstances qui caractérisent le faux.

Le seul mensonge dans un acte ne constitue pas le crime de faux, et quoiqu'il y ait toujours dol et mensonge dans le faux, il n'y a pas toujours crime de faux dans le mensonge, dans le dol, dans la simulation.

Cependant, il y a eu des jurisconsultes qui regardaient comme crime de faux toute simulation employée dans un contrat, en fraude d'un tiers. M. Merlin (2) les a réfutés avec beaucoup d'érudition et de solidité; il a prouvé que cette doctrine était contraire à l'usage général de la France, et à la jurisprudence des arrêts.

C'est en effet une maxime fort ancienne : autre

---

(1) On ne doit plus aujourd'hui recourir aux lois antérieures, pour déterminer le faux. L'art. 484 et dernier du Code pénal porte : « Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code, et qui sont régies par des lois et des réglemens particuliers, les tribunaux continueront de les observer. » Donc, dans les matières réglées par ce Code, les tribunaux ne doivent plus recourir aux lois antérieures.

(2) Répertoire de jurisprudence, v<sup>o</sup>. *Faux*, sect. 1, § 4, tom. V, pag. 115 et 116, 5<sup>e</sup>. édition.

chose est le faux, autre chose la simulation : *Aliud merum falsum, aliud simulatio*, dit Dumoulin (1).

Cette maxime de l'ancienne jurisprudence devient d'une vérité frappante, sous une législation qui ne permet de mettre un prévenu en accusation, que dans le cas où il s'agit d'un *fait qualifié crime par la loi* (art. 221—231 du Code d'instruction criminelle), et qui déclare nul l'arrêt de renvoi à la Cour d'assises, *si le fait n'est pas qualifié crime par la loi*. (Art. 299).

Il ne suffit donc pas d'alléguer vaguement qu'une pièce est fausse; il faut expliquer en quoi consiste le *fait* de la fausseté. Si ce fait n'est pas qualifié crime de faux par la loi, la plainte en faux doit être rejetée, quelque répréhensible que soit d'ailleurs le dol dont on se plaint.

Le Code pénal, dans les articles ci-dessus cités, ne reconnaît le crime de faux en écritures authentiques ou privées, que dans le cas où il y a fausse signature, altération ou contrefaçon d'actes, d'écritures ou de signatures, supposition de personnes, écritures faites ou intercalées sur d'autres actes, depuis leur confection, supposition d'une convention ou obligation, au lieu de celle qui était arrêtée, d'un fait faux au lieu d'un vrai, fabrication de convention, disposition, obligation ou décharge, addition ou altération de clauses, de dé-

---

(1) Note sur l'art. 5 du chap. 51 de la Coutume de Nivernois.

clarations, ou de faits que les actes avaient pour objet de constater (1).

Si les faits ne présentent point l'un de ces caractères, la plainte doit être rejetée (2).

189. On voit combien ces principes diffèrent de ceux qu'on suivait dans notre ancienne jurisprudence française, où les délits et les peines n'étant point déterminés d'une manière spéciale, on tenait pour maxime que les peines étaient arbitraires; où les tribunaux, et sur-tout les Parlemens, s'arrogeaient le droit de prononcer contre un méfait, une peine qu'aucune loi n'avait spécialement prononcée, lorsqu'ils jugeaient que les circonstances lui donnaient le caractère d'un délit punissable.

Ces principes sont encore bien différens de ceux du droit romain, où les délits privés, tels que le vol ou le larcin, ne donnaient lieu en général qu'à une condamnation pécuniaire et civile pour la réparation du délit, et pour les dommages et intérêts de la personne lésée. Aussi les jurisconsultes

---

(1) Sur les caractères du faux, et sur les cas où il y a ou non faux proprement dit, il faut absolument voir ce que dit M. Merlin, et les arrêts qu'il rapporte dans le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Faux*, §§ 4, 5 et suiv., 5<sup>e</sup> édition. Il faut seulement, en le lisant, se souvenir que l'auteur n'a pas toujours raisonné dans les principes du Code pénal actuel, du 12 février 1810, parce que les affaires dont il s'occupait étaient antérieures à la promulgation de cette loi.

(2) Quand même ces faits présenteraient les caractères d'un autre délit, tel, par exemple, que l'escroquerie, l'abus de confiance, etc., dont les Cours d'assises ne peuvent connaître que par connexité. Voy. les Questions de droit de M. Merlin, v<sup>o</sup>. *Incompétence*, § 3, n<sup>o</sup>. 2.



500 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*  
donnaient à chaque délit privé une étendue excessive.

Par exemple, ce n'était pas seulement la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui qu'ils qualifiaient de vol : la rétention de la chose empruntée ou déposée était un vol ; celui qui avait emprunté un cheval pour aller dans un lieu convenu, et qui le conduisait plus loin, commettait un vol.

Il en était de même de celui qui, ayant emprunté de l'argent pour faire les frais d'un repas, l'employait à d'autres usages (1) ; de celui qui, après avoir donné un meuble en gage à son créancier, le lui soustrayait ensuite (2).

Cette interprétation extensive n'avait pas d'inconvéniens dans le droit romain, où ces délits ne donnaient ordinairement lieu qu'à des condamnations pécuniaires, et elle avait l'avantage de procurer une action de plus aux personnes lésées par un méfait ; or, c'était à Rome un avantage réel.

---

(1) *Instit.*, § 6, *de obligat. quæ ex delicto*, 4. 1, et *ibi* Vinnius. C'est sans doute d'après de pareilles notions que la Cour de justice criminelle du département de la Seine avait, dans un arrêt du 12 février an XIV, regardé comme coupable d'escroquerie celui qui, ayant emprunté des fonds sous la promesse d'en faire un emploi utile, mais avec l'intention de les dissiper, les avait en effet dissipés.

Mais l'arrêt fut cassé le 13 mars 1806, parce que les faits ne caractérisaient point l'espèce de dol qualifié d'escroquerie, laquelle se commet quand on abuse de la crédulité d'une personne, à l'aide d'un crédit imaginaire ou d'espérances chimériques, suivant l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 (aujourd'hui, suivant l'art. 405 du Code pénal). Voy. le Code pénal, v<sup>o</sup>. *Escroquerie*, n<sup>o</sup>. 7.

(2) *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causâ dedit, subtraxerit. Instit.*, § 10, *de obligat. quæ ex delicto*, 4. 1.

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 301

Dans notre législation actuelle, où les délits sont soigneusement spécifiés par la loi, punis d'une peine déterminée, qu'elle a prononcée d'avance, et jugés par des tribunaux spécialement établis pour faire l'application de cette peine, il est évident que les méfaits quelconques qu'elle n'a point mis au rang des délits, et contre lesquels elle n'a point prononcé une peine spéciale, ne doivent être poursuivis que devant les tribunaux civils.

En porter la connaissance aux juges criminels, ce serait troubler l'ordre des juridictions, donner lieu de faire appliquer une peine à un fait contre lequel elle n'a pas été prononcée; enfin, fournir l'occasion et le prétexte d'éluder la défense d'admettre, en matière civile, la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et au-dessous de 150<sup>f</sup>.

190. Après avoir examiné, par occasion, quand on peut ou non prendre la voie criminelle contre le dol, revenons à l'examen des cas où il peut être prouvé par témoins, dans les tribunaux civils.

Nous avons déjà remarqué *suprà*, n°. 157, que l'art. 1348, qui fait à tous les quasi-délits, sans exception, l'application du principe que la preuve testimoniale est admissible lorsqu'il n'a pas été possible de s'en procurer une littérale, n'en fait point l'application au dol, quoique plus répréhensible qu'un quasi-délit, et nous avons pensé que la raison de son silence est qu'il y a des cas où le dol ne peut être prouvé par témoins. Pour connaître ceux où il peut, et ceux où il ne peut pas l'être,

nous avons, n°. 163, rangé le dol en quatre classes générales.

1°. Celui qui est concerté entre les contractans, pour préjudicier aux droits des tiers, d'une manière quelconque : c'est ce dol qu'on nomme proprement *fraude*. Il est évident, et c'est, comme nous l'avons dit, une règle générale, que cette espèce de dol peut toujours être prouvée par témoins parce que les tiers n'étant point présens au contrat, n'ont pu se procurer une preuve littérale des fraudes qu'on y a commises, ou pu commettre à leur préjudice.

2°. Le dol qui se commet auparavant ou au moment même du contrat, pour tromper ou surprendre l'un des contractans, pour l'induire ou l'entretenir dans une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté, ou n'eût pas contracté aux mêmes conditions, *dolus dans causam contractui*, dont parle l'art. 1116.

Celui-là peut encore toujours se prouver par témoins, et nous avons remarqué que cette preuve n'attaque ni l'existence, ni aucune des clauses de l'acte. Celui qui prétend qu'un acte lui a été surpris par dol, avoue au contraire implicitement l'existence de la convention.

La preuve qu'il demande à faire n'est point dirigée contre ni outre le contenu dans l'acte ou contrat, mais contre la substance même de la convention ; elle tend à démontrer que la convention est nulle, parce que la volonté a été surprise.

La demande ne tombe donc pas sous la prohi



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 303*

hibition de l'art. 1341; et d'ailleurs elle rentre sous l'exception de l'art. 1348 : celui qui a été surpris n'a pu se procurer une preuve littérale de la surprise.

5°. Le dol postérieur à la perfection du contrat, qui n'a pas été la cause du contrat, mais qui est commis à l'occasion et par suite du contrat, dont l'un des contractans abuse au préjudice de l'autre, pour s'enrichir à ses dépens. Cette classe contient tous les dols commis contre l'une des parties ou contre ses héritiers, à l'occasion et par abus des contrats déguisés, des quittances données avant d'avoir reçu, les paiemens faits sans quittances, des blancs-seings, procurations en blanc, en un mot, tous les abus de confiance, par dénégation ou rétention de la chose confiée, lorsqu'il n'y en a pas de preuve écrite.

Cette espèce de dol ne peut être prouvée par témoins, quand il s'agit d'une chose au-dessus de 150<sup>c</sup>, parce qu'il suppose toujours l'existence d'un fait qui devait être prouvé par écrit. Nous en avons donné des exemples *suprà*, n°. 179 et suivans, dans la reconnaissance d'une dot non comptée, dans l'abus qu'on peut faire d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente, lorsqu'il survient ensuite des enfans au donateur, ou en cas d'éviction de l'immeuble donné par forme de vente.

191. Un arrêt de la Cour de cassation, dont l'espèce peut répandre beaucoup de jour sur la matière, nous en présente un nouvel exemple.

Gaudry, percepteur de contributions, avait deux titres de créance contre Chiorando :

1°. Un bon (1), du 11 germinal an XIII, de la somme de 7,000<sup>f</sup>, qu'il avait payée pour Chiorando, lequel, par écriture mise à la suite du bon, s'était obligé à lui en tenir compte ;

2°. Une quittance du 18 du même mois, de la somme aussi de 7,000<sup>f</sup>, dite reçue de Gaudry. Chiorando prétendit que ces deux titres formaient un double emploi, et qu'il ne devait qu'une seule somme de 7,000<sup>f</sup>, parce que la quittance avait été souscrite pour être remise en échange ou en paiement du bon qu'il avait donné à Gaudry, lequel ne remit point ce bon au commis de Chiorando, qui lui porta la quittance.

Le fait ne manquait point de vraisemblance, et s'il eût été vrai, il y aurait eu, de la part de Gaudry, non seulement un dol, mais un vol véritable, dans le sens que le droit romain donne à ce mot.

Traduit en justice, Chiorando demanda à prouver par témoins que la quittance de 7,000<sup>f</sup> n'avait été remise à Gaudry, qu'en paiement du bon de pareille somme ; bon que ce dernier, au lieu de le remettre au commis qui lui porta la quittance, garda, sous prétexte qu'il avait été égaré.

---

(1) Sur la forme et la nature de ces bons, voy. l'arrêté des consuls, du 18 frimaire an VIII, dans le Bulletin des lois, n°. 5470.

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 305*

La question était donc de savoir si la remise d'une quittance de 7,000<sup>f</sup>, en échange du bon de pareille valeur, pouvait être prouvée par témoins.

L'art. 1341 s'y opposait, puisqu'il s'agissait d'une chose au-dessus de 150<sup>f</sup>; cependant la Cour de Gênes, ville alors réunie à la France, admit la preuve testimoniale de ce fait, par le motif que les faits passés entre le commis de Chiorando, n'étaient pas de nature à être constatés par écrit; ce qui était d'une fausseté évidente, puisqu'à défaut de la remise du bon, en échange de la quittance, le commis pouvait et devait s'en faire donner un reçu, avec obligation de rendre le bon.

La Cour de Gênes ajoutait que s'il est permis de détruire par la preuve testimoniale une obligation qui ne doit son existence qu'au dol, il n'est pas défendu d'écarter, par le même moyen, le bon du 11 germinal, qui, suivant Chiorando, n'était resté entre les mains de Gaudry, que par les mêmes causes qui anéantiraient une obligation quelconque.

Gaudry se pourvut en cassation, pour violation de l'art. 1341, qui défend de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et pour fausse interprétation de l'art. 1348, qui n'admet d'exception que dans les cas où il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale, ou dans le cas d'un commencement de preuve par écrit. Le bon du 11 germinal et la quittance du même mois constataient deux dettes. L'admission de la preuve testimoniale tendait à prouver qu'il n'y avait qu'une seule dette : cette preuve avait donc



pour but de détruire la foi due soit au bon, soit à la quittance ; la preuve était donc défendue par l'art. 1541.

D'autre part, Chiorando avait pu facilement se procurer la preuve par écrit des faits passés entre son commis et Gaudry ; lequel maintenait d'ailleurs, pour dernier moyen, que la remise volontaire et libre de la quittance entre ses mains ne pouvait être qualifiée de dol ; ce qui est très-vrai. Mais la rétention artificieuse du *bon*, à dessein de se procurer deux créances de 7,000<sup>f</sup>, au lieu d'une, eût été, en la supposant vraie, un dol caractérisé et très-répréhensible. Ce dol pouvait-il être prouvé par témoins ? Telle était, en dernière analyse, la véritable question à décider ; mais ce dol supposait un fait antérieur, savoir, qu'il n'existait qu'une seule créance au lieu de deux, parce que la quittance n'avait été remise qu'en paiement du bon, et à condition de rendre le bon.

Or, ce fait ne pouvait être prouvé que par écrit, et non par témoins, car il avait été facile de s'en procurer la preuve écrite.

Néanmoins la Cour de cassation balança quelque tems à se décider, sans doute parce qu'on trouve établi dans les auteurs, d'une manière vague et générale, que le dol peut être prouvé par témoins ; mais enfin, *après plusieurs délibérés*, elle cassa l'arrêt de la Cour de Gênes :

« Attendu que l'art. 1541 du Code défend d'ad-  
 » mettre aucune preuve par témoins contre et outre  
 » le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué  
 » avoir été dit avant, lors ou depuis ;

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 507*

• Que cet article ne reçoit exception, aux termes  
• des art. 1347 et 1348, que lorsqu'il existe un com-  
• mencement de preuve par écrit, ou lorsqu'il n'a pas  
• été possible de se procurer une semblable preuve ;

• Attendu qu'il avait été possible au sieur Chio-  
• rando de rapporter une preuve écrite des faits  
• par lui articulés : d'où suit que l'arrêt dénoncé,  
• en ordonnant la preuve testimoniale de ces faits,  
• a violé l'art. 1341 du Code civil, et faussement  
• appliqué..... l'art. 1348. Casse, etc. • L'arrêt  
est du 29 octobre 1810 (1).

En déclarant que la Cour de Gênes avait faus-  
sement appliqué l'art. 1348, à l'espèce dont il s'a-  
gissait, la Cour de cassation a clairement décidé  
que le dol ne peut être prouvé par témoins quand  
il a été commis depuis, ou à l'occasion d'un fait  
contesté, dont on a pu et dû se procurer une preuve  
littérale.

192. Enfin le dol de la quatrième espèce, par  
lequel, sans contracter avec une personne, on la  
détermine par des manœuvres, par des artifices,  
ou par des réticences frauduleuses, à faire une  
chose contraire à ses intérêts, afin d'en profiter  
soi-même ou d'en faire profiter un tiers, un pa-  
rent, un ami ; par exemple, lorsqu'on détermine  
une personne frauduleusement, et par de mau-  
vaises voies, à renoncer à une succession, ou à l'ac-  
cepter (783), à passer un contrat onéreux avec un  
tiers, etc.

---

(1) Il est rapporté par Sirey, tom. XI, pag. 50.

Cette espèce de dol rentre jusqu'à un certain point dans la classe des quasi-délits. C'est un fait qui cause du dommage à autrui, et qui oblige celui par la faute duquel le dommage est arrivé à le réparer (1382) : ce dol suppose de plus le dessein de nuire.

On peut donc toujours prouver par témoins cette espèce de dol, parce qu'il n'a pas été possible à la personne trompée de s'en procurer une preuve littérale (1348); mais la preuve même testimoniale en est toujours très-difficile : un simple conseil ne suffirait pas pour caractériser le dol, s'il n'était pas prouvé qu'il a été donné frauduleusement.

193. En terminant les questions que fait naître l'exception relative aux délits et quasi-délits, nous examinerons si la preuve testimoniale du fait d'usure est permise, dans les tribunaux civils, sous l'empire de nos lois nouvelles, comme elle l'était sous l'empire des anciennes.

Cette preuve était reçue alors dans les tribunaux civils, même sans commencement de preuve écrite, parce que chaque fait d'usure était un délit qu'on pouvait même poursuivre par la voie extraordinaire. Le prêt à intérêt, quoiqu'il n'excédât pas l'intérêt légal, était alors considéré comme une usure.

Le décret du 2 octobre 1789 permit le prêt à intérêt, et en fixa le taux à cinq pour cent par an, entre non commercans, sans rien innover aux usages du commerce, qui le fixaient assez généralement à six pour cent par an, ou demi pour cent par mois. On ne considéra donc plus comme usu-



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 309*

riers ceux qui, en stipulant des intérêts pour argent prêté, s'y renfermeraient dans le taux de la loi; mais l'argent finit par être déclaré marchandise, et l'intérêt devint purement conventionnel. Il n'y eut plus aux yeux de la loi d'usure proprement dite, même de la part de ceux qui prêtaient à des taux exorbitans. Le Code civil n'apporta point de remède à cet abus; il laissa sur ce point une liberté entière sur les stipulations.;

« L'intérêt est légal ou conventionnel, dit l'article 1907; l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. »

La loi du 3 septembre 1807 fit enfin cesser le désordre, en ordonnant, art. 1<sup>er</sup>., que « l'intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent par an, ni en matière de commerce, six pour cent; le tout sans retenue ».

L'art. 3 ajoute que, « lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'art. 1<sup>er</sup>., le prêteur sera condamné, par le tribunal saisi de la contestation, à restituer cet excédant, s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance; et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel, pour y être jugé conformément à l'article suivant », qui porte, « art. 4, tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure, sera traduit devant le tribunal correctionnel, et en cas de conviction, condamné à une amende, qui ne

» pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura  
» prêtés à usure , etc. »

Ainsi voilà l'usure mise au rang des délits , et la connaissance en est attribuée aux tribunaux correctionnels.

Faut-il en conclure que le débiteur, autorisé à répéter les intérêts usuraires qu'il a payés , ou à les faire imputer sur le principal , peut être admis par le tribunal civil , comme il l'était sous l'ancienne jurisprudence , à prouver par témoins le fait d'usure , sans commencement de preuve par écrit ?

Il est à remarquer d'abord qu'en défendant d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150', le Code n'a point excepté le fait d'usure. Il reste donc à voir si l'on peut, si l'on doit considérer l'usure comme étant comprise dans l'exception que fait l'art. 1348, relativement aux délits et aux quasi-délits.

Or , c'est un point qui n'est pas sans difficulté. La loi du 3 septembre 1807 fait une distinction importante entre les faits particuliers d'usure , dont un prêteur est convaincu , et le fait moral d'habitude d'usure ; elle ne donne point aux faits particuliers d'usure , considérés séparément et en eux-mêmes , le caractère individuel de délit , puisqu'elle ordonne de porter l'action en répétition ou réduction des intérêts usuraires devant les tribunaux civils , qui doivent , si les faits sont prouvés , condamner le prêteur à la restitution ou à la réduction , sans renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel , comme ils sont tenus de le faire , dans le cas des délits qualifiés. Il est donc constant

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 311

que le fait isolé de la perception d'un intérêt excessif, n'est point ce qui caractérise le délit d'usure ; que ce fait n'est point soumis aux peines correctionnelles prononcées par la loi, et qu'il ne soumet celui qui en est convaincu, qu'à la restitution ou à la réduction des intérêts excessifs par action civile, sans qu'il puisse être traduit devant les tribunaux correctionnels (1).

Il paraîtrait donc que les faits particuliers d'usure ne sont pas compris dans l'exception de l'article 1348, qui permet de prouver par témoins les délits et quasi-délits, sans commencement de preuve par écrit ; et comme d'ailleurs le Code n'a pas fait d'exception particulière relativement à l'usure, on pourrait en conclure que les tribunaux civils ne peuvent admettre la preuve testimoniale des faits d'usure.

Mais il faut répondre que l'art. 4 de la loi du 3 septembre 1807, a mis l'habitude de l'usure au rang des délits, dont la connaissance est attribuée aux tribunaux correctionnels ; qu'il a prononcé une peine contre ceux qui s'en rendent coupables, et que tout délit peut être prouvé par témoins ; que si l'habitude de l'usure est un délit moral et complexe, que ne constitue point un fait particulier d'usure considéré séparément, il se compose de plusieurs faits qui en sont les élémens, et sans lesquels il ne peut exister : d'où résulte nécessai-

---

(1) Voy. un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 novembre 1817, Sirey, tom. XVII, pag. 24.



rement que chacun de ces faits , dont l'ensemble constitue ou compose le délit , peut être prouvé par témoins ; car l'ensemble ne peut se prouver autrement qu'en prouvant chaque fait , qui forme partie du tout ;

Que l'on ne peut, dans le cas d'habitude d'usure, supposer , comme dans le cas de la violation du dépôt , la préexistence d'une convention sans laquelle le délit n'existerait pas , et qu'il faut commencer par prouver devant les tribunaux civils , qui n'en peuvent recevoir la preuve que par écrit , et non par témoins ;

Que le délit d'usure , au contraire , se forme dans les actes même de prêt ; qu'il est inséparable du prêt , qu'il se confond avec lui ; que dès lors , tout délit étant susceptible d'être prouvé par témoins , les stipulations d'intérêts usuraires , qui en sont les élémens , et dont l'ensemble compose l'habitude d'usure , doivent être soumises à la même preuve testimoniale , sans qu'on puisse objecter que c'est prouver contre et outre l'acte écrit ; parce qu'en ce cas , c'est le contrat même qui est un délit , ou l'un des élémens du délit , et que même devant les tribunaux civils , les délits et les quasi-délits peuvent être prouvés par témoins ( 1348 , n°. 1 ).

Que d'ailleurs , la loi ayant défendu les conventions usuraires , et donné à l'habitude de ces conventions le caractère d'un délit , il y a nécessairement fraude et contravention à la loi , dans toute convention de prêt où il a été stipulé un intérêt excédant le taux égal ; que cette fraude et cette contravention se commettent au moment même du

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 315*

contrat et par le contrat, auquel, sans cette fraude, le prêteur n'aurait pas consenti ; que c'est par conséquent cette fraude même qui a été la cause du contrat, *que causam dedit contractui* ; et que si l'emprunteur s'en est rendu complice, en y consentant, les lois anciennes et nouvelles ne lui en imputent point la faute ; qu'elles présument même que le consentement qu'il y a donné n'a point été entièrement libre, mais extorqué par l'urgence de ses besoins, et la dûreté du prêteur, auquel seul les lois imputent la faute de la fraude et de la contravention à la loi : d'où résulte qu'il faut appliquer à ce cas la disposition de l'art. 1353 du Code, qui permet au magistrat de se décider sur des présomptions, dans les cas où les preuves testimoniales sont admises, et lorsque le contrat est attaqué pour cause de dol ou de fraude.

Ainsi les faits particuliers d'usure peuvent être prouvés par témoins (1), et même par des présomptions, devant les tribunaux civils.

194. L'art. 1348 fait en second lieu l'application de l'exception d'*impossibilité*,

« Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie,  
» ruine, tumulte, ou naufrage ;

» A ceux faits par les voyageurs en logeant dans  
» une hôtellerie ;

» Le tout suivant la qualité des personnes et les  
» circonstances du fait. »

---

(1) Voy. l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 décembre 1815, Sirey, tom. XIV, pag. 50 et suiv.

314 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

La première de ces applications , aux cas d'incendie , ruine , tumulte et naufrage , qui sont données pour exemples , s'étend à tous les *accidens imprévus* , comme en cas de guerre , invasion des ennemis , contagion , sédition ou émotion populaire , et autres cas pareils.

L'ordonnance de 1667 et le n°. 3 de notre article 1348, ne laissent aucun doute sur ce point. Dans ces malheureuses conjonctures , celui que la nécessité presse ne choisit pas son dépositaire ; il ne fait pas ce qu'il veut.

La frayeur trouble sa raison , et comme l'urgence ne lui laisse pas le loisir ( 1 ) de délibérer , il est contraint de confier ce qu'il a de plus précieux à la première personne de bonne volonté qui se présente , sans pouvoir s'assurer de sa fidélité , sans distinguer si c'est un ami ou un ennemi , sans songer à prendre une reconnaissance écrite , sans être souvent à lieu de la recevoir , à plus forte raison

---

(1) *In his enim locus vel tempus non patitur plenius deliberandi consilium.* Loi 1, ff de exercit. act., 14. 1.

« *Depositum ex necessitate factum dicitur, utpotè in tumultu, incendio, ruinâ, naufragio, aliisque similibus causis, in quibus nullam plenius deliberandi tempus datur, ut sæpè visum fuit, cum milites pecorariû omnia surripientes pro foribus essent. Tunc simplex rusticus, vel mercator fugiens cum suo thesauro, vel rebus pretiosioribus, apud amicum latenter et tumultuariè deponerat* », dit Boiceau , 1. 3, et ibi Danty.

Ce dernier auteur rapporte , d'après Chenu , l'exemple d'un dépôt nécessaire fait par un protestant , le jour même de la Saint-Barthélemy , jour auquel il fut tué. Ses héritiers , nonobstant la prohibition de l'ordonnance de Moulins , rendue peu d'années auparavant , furent admis à la preuve par témoins contre le dépositaire catholique , qui avait eu l'infamie de nier ce dépôt.



de l'exiger, pour ne pas désobliger le dépositaire bienveillant, contre lequel, en certaines occasions, elle pourrait devenir un titre de persécution, comme on l'a vu dans nos malheureux troubles civils.

Les lois romaines et les jurisconsultes considéraient avec raison, comme un délit, la dénégation d'un dépôt nécessaire : *In casu miserabili*. La nécessité où se trouve celui qui le fait, rend inexcusable la perfidie de celui qui le nie : *Cum extante necessitate deponitur, crescit perfidiæ crimen, et publicâ autoritate coercendum est, vindicandæ rei publicæ causâ*, dit Ulpien. Loi 1, § 4, *ff de deposit.*, 16. 3.

195. Danty, n°. 15, en conclut que la femme mariée, ou le mineur auquel un dépôt aussi sacré aurait été confié, et qui allégueraient l'avoir perdu, n'en seraient pas moins obligés de le rendre, parce qu'autrement ce serait leur permettre le vol.

Cette opinion paraît très-équitable. La femme est capable des obligations que la loi seule ou l'équité produisent. Ainsi elle répond du préjudice causé par son quasi-délit, et l'art. 216 dit que « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. »

Mais la violation d'un dépôt nécessaire n'est point un quasi-délit, puisque c'est un fait volontaire.

La femme ne peut être poursuivie devant les tribunaux de police, et, d'un autre côté, cette violation n'est point un délit qualifié qui puisse être poursuivi criminellement.

Il nous semble donc que le cas de dénégation d'un dépôt nécessaire, confié à une femme, sans l'autorisation de son mari, reste sous l'empire de la règle ordinaire, et ne l'oblige que sous le point de vue de l'honneur, à moins qu'il ne soit prouvé que le dépôt a tourné à son profit, à celui de son mari, ou de la communauté.

196. Si le fait du dépôt nécessaire peut être prouvé par témoins, il semble qu'il faut préalablement prouver l'événement malheureux et imprévu qui a mis le déposant dans la nécessité de faire le dépôt; mais la preuve de cet événement est ordinairement jointe à celle du dépôt.

Les mêmes personnes qui l'ont vu faire ont été témoins de l'événement. Cependant le contraire peut arriver lorsque le déposant, fuyant avec précipitation le danger, se trouve contraint de déposer, à quelque distance de là, une somme ou un ballot qu'il n'a pas la force de porter plus loin. Dans ce cas, sans doute, il faut prouver le fait de l'événement et celui du dépôt.

Le magistrat doit même examiner si le dépôt prétendu, fait en fuyant, doit être considéré comme un dépôt nécessaire, et s'il faut appliquer à ce cas la disposition de notre art. 1348.

197. Si les témoins attestaient le fait de l'événement, et celui du dépôt d'une cassette, d'un ballot, par exemple, sans savoir ce qui s'y trouvait contenu, et si le déposant et le dépositaire n'étaient pas d'accord sur la somme contenue dans la cassette,

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 317

sur le nombre et la valeur des effets contenus dans le ballot, il faudrait bien, faute d'autre preuve, recourir au serment *in litem*, conformément à l'article 1369. Mais à qui déférer ce serment?

Rodier, sur l'art. 3, tit. 20 de l'ordonnance de 1667, quest. 3, fait une distinction pleine de justice et de raison.

Si le dépositaire a commencé par nier le dépôt, sa mauvaise foi, avérée par sa dénégation, ne permet pas au juge de lui déférer le serment : c'est au déposant qu'il doit être déféré, sauf à déterminer, suivant les circonstances, la somme jusqu'à laquelle il sera cru sur son serment.

Mais si le dépositaire a franchement reconnu, dès le principe, la réalité du dépôt, en soutenant toutefois qu'il est moindre que ne le prétend le déposant, celui-ci peut, sans doute, être admis à prouver par témoins la quotité de la somme ou la quantité des effets; mais s'il ne fait pas cette preuve, c'est sans contredit au dépositaire que le serment doit être déféré; loin qu'il existe alors contre lui aucune preuve de mauvaise foi, il y a de sa part preuve acquise de bienveillance pour le déposant, puisqu'il a reçu un dépôt qu'il pouvait refuser, dont la charge volontaire, onéreuse pour lui, avantageuse pour le seul déposant, doit écarter le soupçon même de mauvaise foi.

198. Ce n'est pas seulement aux dépôts nécessaires, *in casu miserabili*, que notre article applique l'exception d'impossibilité; il l'applique encore, n°. 5, à toutes « les obligations contractées en cas



» d'*accidens imprévus*, où l'on ne pourrait pas avoir  
» fait des actes par écrit. »

Le Code, non plus que les orateurs qui exposèrent les motifs de la loi, ne donnent point d'exemple de ces *obligations*, de ces *accidens imprévus*, qui, ne permettant pas de faire des actes par écrit, autorisent l'admission de la preuve testimoniale; mais il est évident que l'objet de ce n°. 3 est plus étendu que celui du numéro précédent; autrement, pourquoi en faire une disposition séparée?

Le n°. 5 nous paraît donc être une disposition ampliative, qui ajoute aux précédentes en deux points essentiels, l'un sur la nature des obligations, l'autre sur la nature des accidens dont il parle.

La disposition du n°. 2 n'est relative qu'aux *dépôts* qu'un homme malheureux est contraint de faire, entre des mains inconnues ou infidèles, de ses effets les plus précieux, qu'il est menacé de perdre par les suites d'un accident funeste et imprévu, tel que *incendie, ruine, tumulte, naufrage, etc.*

Le n°. 3 a pour objet, non seulement les *dépôts*, mais encore toutes les *obligations* (remarquez qu'il ne dit pas les *contrats*) contractées en cas d'*accidens imprévus* quelconques, heureux ou malheureux sans distinction, mais où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit.

Dans l'espèce du n°. 2, c'est le créancier malheureux qui se trouvait contraint, par suite d'un *accident imprévu* et funeste, de déposer des effets précieux pour les sauver.

**Art. III. Seconde exception à la prohibition. 319**

Dans l'espèce du n°. 3, c'est le débiteur qui, par suite d'un *accident imprévu* quelconque, dans un lieu, dans un moment où l'on ne peut faire un acte par écrit, contracte une obligation que le créancier, qui n'était pas forcé de l'accepter, accepte néanmoins par pure bienveillance, et pour tirer l'autre d'embarras ou pour le secourir. On peut en citer plusieurs exemples :

199. En voyageant sur un grand chemin désert, je rencontre un ami, un voisin, dévalisé par des cosaques ou des brigands, c'est tout un.

Voilà un malheureux accident. Il chemine tristement et presque nu vers le lieu de sa destination, éloigné de cinquante lieues. J'ouvre ma bourse, je la partage avec lui, et je lui prête 600<sup>f</sup> sur sa parole, pour se vêtir et continuer sa route. Il meurt, et ses collatéraux refusent de reconnaître cette dette sacrée, parce que je ne présente pas d'obligation écrite. Je dois être admis à prouver le prêt par le témoignage des personnes qui m'accompagnaient, ou de celles qui en ont entendu l'aveu de la bouche de l'emprunteur.

Supposons qu'au lieu d'avoir été dévalisé, celui dont nous venons de parler ait eu le malheur de perdre sa bourse. C'est encore un triste accident, un accident *imprévu*.

Il nous paraît que le prêteur bienfaisant, qui, sans aucun intérêt, est venu à son secours, doit encore être admis à la preuve testimoniale, toujours néanmoins suivant la conscience des juges, la qualité des personnes et les circonstances du fait.

Voici l'exemple d'un événement imprévu, qui n'est pas malheureux :

Chargé de gloire et d'honneur, mais très-léger d'argent, un militaire, dont les services étaient oubliés, reçoit dans une campagne, éloignée de tout humain secours, où il s'est retiré, une lettre de son compagnon d'armes, le maréchal Gouvion Saint-Cyr, qui lui annonce sa promotion au grade de colonel, avec ordre exprès de se rendre pour tel jour précis, dans une ville frontière où se trouve le régiment dont il doit prendre le commandement, et où doit se rendre le lendemain tel maréchal de France pour passer la revue des troupes.

Voilà un accident d'autant plus heureux qu'il est imprévu. Mais voilà aussi un grand embarras : notre brave n'a pas même assez d'argent pour son voyage, et il n'en peut trouver au fond d'une campagne pauvre et sans ressources. Cependant la lettre a tardé, il lui reste à peine le tems de se rendre au jour prescrit. Il part donc, comptant trouver dans une ville de son passage un ami riche, dont la bienveillance et la générosité sont éprouvées ; mais par hasard, voyageant en sens contraire, cet ami le croise et le rencontre sur le grand chemin, lui prête 3,000<sup>f</sup> sur sa parole, et chacun continue son voyage.

Le colonel meurt quelque tems après des suites d'une blessure mal guérie, et ses collatéraux contestent l'emprunt de 3,000<sup>f</sup>, faute d'un billet écrit attestant la dette. Il nous semble que le prêteur obligé doit être admis à faire entendre en té-



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 321*

moignage, tant les personnes qui l'accompagnaient que le domestique qui mit l'argent dans la valise, ou dans la malle du colonel. C'est une obligation contractée par suite d'un *accident imprévu*, dans un lieu, dans un moment où l'on ne pouvait avoir fait un acte par écrit, comme le dit le n°. 3 de notre article.

Ce n'est point, à la vérité, à la suite d'un accident funeste et malheureux, comme dans l'espèce précédente, où nous avons supposé un homme dévalisé par des brigands, mais notre n°. 3 ne distingue point entre les accidents heureux ou malheureux : il exige seulement qu'on ne pût faire un acte par écrit.

Ce n°. 3, comme le n°. 2, n'est que l'exemple d'une application du principe général établi dans la première disposition de l'article, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui : voilà le principe.

200. Mais quelle est l'impossibilité qui dispense de se procurer une preuve littérale (1), et qui autorise l'admission de la preuve testimoniale? Faut-il qu'elle soit absolue, ou seulement relative, physique, ou seulement morale? Voilà ce que le Code ne dit point, ce qu'il a bien fait de ne point dire. Une disposition impérative sur ce point ne pouvait qu'être imparfaite, souvent injuste en plu-

---

(1) *Vid. supra* n°. 159, et ci-après n°. 203.

sieurs occasions, par sa généralité; elle aurait gêné les juges dans son application aux cas particuliers.

Le Code s'est donc sagement contenté de donner des exemples propres à développer le principe, à faciliter sa juste application et à indiquer, par les conséquences qu'on peut en tirer, ainsi que par analogie, quelle est la nature des impossibilités qui dispensent de se procurer un écrit, et qui peuvent faire admettre la preuve testimoniale.

L'impossibilité peut exister, suivant l'art. 1348,

1°. Par la nature même de l'affaire et du fait d'où est née l'obligation, comme dans les quasi-contracts, dans les délits, ou les quasi-délits.

C'est l'objet du n°. 1, que nous avons tâché de développer avec détail, *suprà*, n°. 140 et suivans.

2°. Le Code applique l'exception ou l'excuse de l'impossibilité, en faveur du malheureux qui se trouve en quelque sorte contraint de confier le dépôt d'effets précieux, qu'il est menacé ou qu'il craint de perdre, par suite d'un accident funeste et imprévu, et qui, pressé par la nécessité, ne peut se procurer un acte par écrit.

C'est l'objet du n°. 2, que nous avons expliqué n°. 194 et suivans.

3°. En faveur du créancier bienfaisant, qui se contente d'une obligation verbale, contractée par un débiteur pressé ou embarrassé, et dans un cas où l'on ne pourrait faire des actes par écrit. C'est l'objet du n°. 3 que nous venons d'expliquer.

201. Le Code est la première loi, depuis la dé-

sense d'admettre la preuve testimoniale, portée par l'ordonnance de Moulins en 1566, qui ait énoncé cette exception, dont les auteurs ne parlaient point, et qu'il présente comme une application, ou une conséquence du principe dicté par la raison, et qu'il a aussi érigé en loi, que la preuve par témoins ne saurait être défendue, quand le créancier n'a pas su s'en procurer une littérale.

Nos législateurs ont pensé, avec beaucoup de sagesse, qu'une trop grande rigueur dans l'admission des exceptions non seulement blesserait souvent la justice, mais qu'elle tendrait même à refroidir et à étouffer la bienfaisance dans le cœur des hommes, et les rendrait moins disposés à se secourir lorsqu'ils se trouvent dans l'embarras.

Il semble, en vérité, à voir sur ce point le rigorisme de la doctrine de certains auteurs anciens, et la répugnance ou la timidité que montraient autrefois les tribunaux à recevoir les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale, quand les circonstances en rendent l'application injuste ou immorale, que ces exceptions ne sont rien moins que des atteintes au droit public, tandis que réellement elles sont moins des exceptions que des retours au droit ancien et commun. Ce sont des cas où la loi ne peut, sans injustice, défendre une preuve nécessaire.

202. Le Code applique encore l'exception d'impossibilité au cas des dépôts faits « *par les voyageurs, en logeant dans une hôtellerie.* »

L'ordonnance de 1667, tit. 20, semblait borner



cette exception aux dépôts faits « *entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, etc.* ; » c'est le texte de l'art. 4.

Le Code a retranché cette dernière incise, et avec raison ; car l'obligation de l'hôtelier ne se borne point aux dépôts faits entre ses mains : il se forme, entre l'hôtelier et le voyageur un engagement tacite, par lequel le premier s'oblige à loger le second, et à garder ses effets ; celui-ci à payer sa dépense.

Cet engagement se forme sans convention expresse, par la seule entrée du voyageur dans l'hôtellerie, et par le dépôt des effets et autres choses, mis entre les mains de l'hôtelier, *ou de ceux qu'il charge du soin de son hôtellerie* (1) ; (car cette charge est censée s'étendre aux personnes de sa famille et à ses domestiques, selon les fonctions qui leur sont commises ; car en les prenant à son service, ils deviennent ses préposés. Il est censé permettre que les effets des voyageurs leur soient confiés comme à lui-même ) (2).

Nous verrons, en expliquant le tit. 4, quelle est à cette égard l'étendue des obligations de l'hôtelier (3) ; il ne s'agit ici que de la preuve des dépôts faits par les voyageurs, tant entre les mains de l'hôtelier, qu'entre celles des personnes dont il répond.

(1) Voy. Domat, au titre des engagements des hôteliers.

(2) *Quia is qui eos hujusmodi officio præponit, committi eis permittit.* Loi 1, § 3, ff naut. culp. stab., 4. 9. Domat, n°. 3, *ubi supra*.

(3) Voy. le Journal des audiences, tom. I, pag. 605, liv. 8, chap. 2.

205. L'art. 1548 du Code permet aux juges d'admettre en ces cas la preuve testimoniale, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, et, ce qu'il faut bien remarquer, il donne cette disposition comme une conséquence ou une application de l'exception d'impossibilité.

Il est pourtant bien évident que, dans l'acception rigoureuse du mot, il n'est point impossible aux voyageurs de se faire donner un reçu par écrit des effets qu'ils remettent en dépôt, en logeant dans une hôtellerie. Si l'on en excepte quelques méchants cabarets de campagne, où l'on ne va guère loger, il n'est point d'hôtellerie dont le maître et la maîtresse ne sachent signer, et où l'on ne trouve de l'encre et du papier. Les hôteliers et les logeurs sont même, dans les villes, obligés de tenir un registre, pour y inscrire les noms des personnes qu'ils logent.

Ainsi, point d'impossibilité proprement dite d'avoir un reçu des dépôts confiés à l'hôtelier ou à ses domestiques, en entrant dans son hôtellerie.

Cependant, le Code présente la permission de prouver ces dépôts par témoins, comme une conséquence ou une application de la règle, qui permet la preuve testimoniale « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale. »

On peut donc en conclure, avec certitude, que ce n'est point une impossibilité absolue de se procurer une preuve littérale qu'exige le Code, pour permettre au créancier la preuve testimoniale.

Mais, dans le langage de la société, on dit hyperboliquement qu'une chose est *impossible*, qu'on ne peut faire une chose, lorsqu'on ne la peut faire sans d'extrêmes difficultés, sans de grands embarras, sans des dépenses trop considérables.

Or, dans ce sens, le maître d'une hôtellerie un peu fréquentée ne peut, sans d'extrêmes difficultés, sans de très-grands embarras, donner en personne des reconnaissances écrites de leurs effets à tous les voyageurs qui viennent loger chez lui. C'est pour lui une chose *impossible* : il ne le pourrait faire sans un préposé exprès, sans un commis, qui, comme dans les bureaux de messageries, tiendrait registre des effets déposés dans l'hôtellerie; mais il en résulterait une dépense trop considérable pour être supportée par la plupart des hôteliers. Aussi, aucune loi de police ne les assujettit à tenir un pareil registre, ni à donner des reçus de leurs effets à tous les voyageurs.

La nécessité où sont ces derniers de s'en rapporter à la bonne foi des hôtes, est considérée comme une impossibilité suffisante de se procurer une preuve littérale des dépôts, qu'ils sont obligés de faire, et le Code autorise les juges, en ce cas, à recevoir la preuve testimoniale, néanmoins *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait*. Restriction sage, qui prévient les abus, et qui s'applique à tous les cas où la preuve testimoniale est admise, en vertu de l'exception d'impossibilité.

En effet, le magistrat peut seul juger, par les circonstances du fait, si l'*impossibilité*, c'est-à-dire



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 527*

l'embarras et la difficulté de se procurer une preuve littérale, étaient, dans le cas particulier soumis à son jugement, suffisans pour excuser le créancier de ne s'être pas conformé à la loi qui lui ordonnait de s'en procurer une.

Pleins de cette pensée, et convaincus que la loi ne peut déterminer le degré d'impossibilité suffisant pour dispenser le créancier de se procurer, en tel ou tel cas, une preuve littérale, nos législateurs ont abandonné cette question à la sagacité et à la prudence des juges, et se sont bornés à donner, dans l'art. 1348, des exemples propres à les guider par analogie, dans l'application de l'exception d'impossibilité aux autres cas qui peuvent se présenter.

Ils ont même donné à ces exemples plus d'étendue que ne leur en donnait l'ordonnance de 1667. Elle permettait, par exception, la preuve testimoniale *des dépôts nécessaires, en cas d'accidens imprévus*; mais elle gardait le silence *sur les obligations contractées en pareil cas*; et ce silence était regardé comme un indice suffisant qu'il ne fallait point appliquer l'exception à ces obligations; tant était rigoureuse l'interprétation que l'on donnait alors à la prohibition d'admettre la preuve par témoins; et jamais les auteurs ni les tribunaux n'avaient osé appliquer l'exception par analogie au cas, par exemple, d'un prêt fait par un créancier humain et bienfaisant à un homme malheureux, réduit aux plus grandes extrémités par suite d'un accident imprévu quelconque.

Nos sages législateurs ont réparé l'omission des lois précédentes, en appliquant l'exception d'impossibilité, d'une manière générale, aux obligations contractées en cas d'accidens « imprévus, où » *l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit.* » (1548, n°. 3).

Mais quelles sont les circonstances où l'on ne pouvait avoir fait des actes par écrit? C'est ce que le Code abandonne à la sagacité des magistrats, qui seuls peuvent juger quels sont les cas où l'on doit appliquer l'exception d'impossibilité.

C'est une pure question de fait; et, de quelque manière qu'ils prononcent, soit qu'ils admettent, soit qu'ils rejettent la preuve testimoniale, en décidant que, dans le cas proposé, il y avait, ou qu'il n'y avait pas d'impossibilité suffisante pour le créancier de se procurer une preuve littérale, le jugement ou l'arrêt ne peut être, avec succès, déféré à la censure de la Cour de cassation, parce qu'il n'y a point de loi violée. Ce n'est, on le répète, que la décision d'une question de fait.

204. L'art. 1548 fait une quatrième application de l'exception d'impossibilité « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu, et (1) » résultant d'une force majeure. »

---

(1) *Conjunctionem non nunquam pro disjunctione accipi, Labco cit. Loi 29, ff de V. S.*

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 529*

Cette disposition n'est qu'une conséquence nécessaire du principe.

La même raison, dit fort bien Pothier, n°. 781, qui oblige à recevoir la preuve testimoniale des faits dont la partie qui les allègue n'a pu se procurer un acte, oblige aussi d'admettre à cette preuve celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

Par exemple, ajoute cet auteur, si dans l'incendie ou dans le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs, ou des quittances de sommes que j'avais payées à mes créanciers, je dois être admis à prouver par témoins les sommes que j'ai prêtées, ou que j'ai payées, quel qu'en soit le montant, parce que c'est par un cas fortuit, imprévu, et sans ma faute, que j'ai perdu les billets et les quittances qui formaient ma preuve littérale.

Il serait souverainement injuste de donner au hasard et au malheur l'effet de priver d'un droit légitimement acquis la personne qui s'est conformée à la loi, et à laquelle, par conséquent, on ne peut imputer aucune négligence. Aussi trouvons-nous que toutes les lois rendues sur cette matière se sont accordées à permettre, en ce cas, la preuve testimoniale.

205. La plus ancienne est un rescrit de l'empereur Alexandre, de l'an 226, qui décide qu'un testament dont l'acte en forme a péri par accident, n'en est pas moins valide, en prouvant l'accident qui en a causé la perte.



La seconde loi est émanée de Justinien , en 528, Loi 18, *Cod. de testibus*, l. 20. Cet empereur, vivement frappé des abus qu'entraîne la preuve testimoniale, paraît avoir senti le premier la nécessité de chercher un remède à ces abus. Il crut le trouver pour un cas particulier, en défendant de prouver par témoins les paiemens de toute dette fondée sur un titre, à moins que ce ne fût par cinq témoins dignes de foi, qui attestassent que le paiement a été fait en leur présence; mais il excepta le cas où la preuve écrite d'un paiement de cette espèce a péri par force majeure (1).

Cette disposition a paru tellement équitable, que nos législateurs l'ont répétée et appliquée à tous les cas semblables qui peuvent se présenter.

Ainsi, l'ordonnance de 1667, après avoir établi les registres de l'état civil comme les seuls titres probans en fait de naissances, de mariages et de décès, ajoute : « Si les registres sont perdus, la » preuve en sera reçue tant par titres que par témoins. »

Ainsi, la loi du 15 mars 1790, en maintenant le principe général que les droits ci-devant féodaux, qui n'étaient pas encore supprimés à cette époque, ne peuvent être exigés qu'en vertu de ti-

---

(1) *Sin verò facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu, vel incendiū, vel naufragiū, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his, qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione testamenti effugere.* Loi 18, *Cod. de test.*, l. 20.

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 551*

ires, porte cependant, tit. 5, art. 6 : « Les propriétaires de fiefs, dont les archives et les titres, auraient été brûlés ou pillés, à l'occasion des troubles survenus depuis le commencement de l'année 1789, pourront, en faisant preuve du fait, tant par titres que par *témoins*, dans les trois années de la publication des présentes, être admis à prouver, soit par actes, soit par la preuve *testimoniale* d'une possession de trente ans antérieure à l'incendie ou au pillage, la nature et la quotité de ceux des droits non supprimés, sans indemnité, qui leur appartiennent. »

Enfin le Code civil, après avoir répété, art. 49, la disposition de l'ordonnance de 1667, qui permet la preuve testimoniale dans le cas particulier de la perte des registres de l'état civil, a généralisé cette disposition, en déclarant, par l'art. 1548, appliquer l'exception d'impossibilité à tous les cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

206. On peut remarquer que toutes les lois romaines et françaises, qui permettent de prouver par témoins la perte d'un titre, survenue par cas fortuit ou accident imprévu, exigent que le demandeur prouve en même tems la perte et l'accident, ou la force majeure qui les a causés : *causam peremptionis probantibus*, dit Justinien ; *faisant preuve du fait*, dit la loi du 15 mars 1790. C'est une conséquence de la maxime générale, que le fardeau de la preuve incombe au demandeur.

Mais de plus, il en existe, dans le droit français, une raison particulière, parfaitement bien développée par Boiceau, *lib. 1, cap. 15*.

C'est la prohibition générale d'admettre la preuve testimoniale de toutes choses excédant la valeur de 150<sup>f</sup>, lorsqu'on n'a pu s'en procurer une preuve littérale.

Or, si l'on ne peut pas prouver directement la chose par témoins, on ne peut être admis à la prouver indirectement.

Si je ne puis, par exemple, prouver par témoins un contrat de vente dont le prix excède 150<sup>f</sup>, je ne puis également être admis à prouver par témoins que j'ai perdu l'acte de vente, qui était la preuve littérale du contrat. Autrement, que deviendrait la prohibition? Son objet est de prévenir les effets de la corruption malheureusement trop fréquente des témoins.

Or, celui qui aurait la faculté de trouver des témoins prêts à déposer contre la vérité, que, tel jour, il a été passé verbalement, en leur présence, un contrat par lequel je lui ai vendu le fonds Cornélien, pour 5,000<sup>f</sup>, n'éprouverait pas plus d'obstacles à prouver, par les mêmes témoins, qu'il a été passé et signé, en leur présence, un acte de vente qu'ils ont vu et lu, et qui, depuis, a été égaré ou perdu, sans dire précisément par quel accident.

Si, dans le premier cas, on ne peut admettre la preuve testimoniale, sans aller directement contre le texte même de la loi, on ne peut l'admettre dans



**Art. 111. Seconde exception à la prohibition. 355**

le second, sans agir en fraude de la loi. (Boicceau, *ubi suprâ*, n<sup>os</sup>. 2 et suivans).

Mais si le demandeur commence par exposer qu'il a éprouvé tel accident, un incendie, par exemple, qui est un fait notoire et constant, ou qui, dans tous les cas, est susceptible de la preuve par témoins, et que, *par suite* de cet accident, il a perdu tel titre qui lui servait de preuve littérale de la vente que lui avait consentie Titius, de tel fonds, pour tel prix, alors la teneur du titre n'est qu'un accessoire du fait principal de la perte accidentelle du titre, causée par cas fortuit ou force majeure, perte qui ne peut être prouvée qu'en disant ce qu'il contenait.

Car si l'on ne disait pas quelle était la teneur du titre perdu, le juge ne pourrait savoir quel titre a été perdu.

On ne peut donc, en ce cas, opposer la maxime qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement.

Car ici la preuve directe est celle du cas fortuit, que les lois permettent de prouver par témoins.

La teneur de l'acte n'est qu'accessoire au fait de la perte, mais accessoire tellement nécessaire, qu'on ne peut l'en séparer.

Car si l'on ignorait la teneur du titre ou de l'acte perdu, on ne pourrait pas savoir quel titre a été perdu.

Prenons donc pour constant qu'on ne peut prouver directement par témoins la perte fortuite et accidentelle d'un titre, et accessoirement, ou par

534 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.  
suite, dit notre art. 1348, et même par une suite  
nécessaire, la teneur du titre (1).

S'il en était autrement, la loi, qui doit sur-tout  
protéger le malheureux, ne ferait que l'accabler et  
aggraver son malheur, en lui refusant, pour prou-  
ver la perte de ses titres, une preuve nécessaire,  
une preuve dont il ne peut se passer, et qui n'a ja-  
mais pu être défendue que dans les cas où l'on est  
à même de s'en procurer une littérale.

207. Mais d'un autre côté, les égards qu'on doit  
au malheur ne doivent pas servir de prétexte à la  
mauvaise foi. Si le malheur est respectable, il ne  
donne pas la probité.

N'est-il point à craindre que celui qui éprouve  
une perte par accident ne soit tenté de la réparer  
aux dépens d'autrui, sous le vain prétexte de titres  
qu'il a perdus ?

La déposition des témoins doit donc être pesée  
avec beaucoup de soin; leur témoignage doit por-  
ter principalement sur la perte accidentelle et for-  
tuite du titre; s'ils se bornaient à déposer qu'ils ont  
plusieurs fois vu et lu entre les mains du deman-  
deur tel acte, tel titre, dont ils énumèrent toutes  
les clauses, mais sans dire par quel accident il a été  
perdu, sans indiquer la cause précise de la perte,  
autrement que d'une manière obscure et vague,  
on devrait avoir peu d'égard à leur témoignage; et

---

(1) *Sit ergo expeditus census iste, testibus nimirum probari posse anis-*  
*sionem, et per consequens tenorem tituli. Boiceau, ubi supra,*

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 555

Celui qui demanderait à prouver la perte d'un titre, sans indiquer, d'une manière bien précise, l'accident qui l'a causée, ne devrait pas être écouté : sa demande devrait être rejetée.

Telle a toujours été la doctrine des auteurs ; telle a été l'ancienne, telle est encore la nouvelle jurisprudence.

Pothier, dont l'autorité est d'un si grand poids, parce qu'il a été le guide principal des rédacteurs du Code, s'exprime ainsi, n°. 781 : « *Pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte des titres soit constant. Par exemple, dans l'espèce proposée, il faut qu'il soit avoué, entre les parties, que la maison a été incendiée ou pillée, ou que j'offre de le prouver, pour que je puisse être admis à la preuve testimoniale des prêts d'argent, ou de paiemens dont je prétends avoir perdu les billets ou les quittances dans l'incendie de ma maison.* »

Durousseaud de la Combe, v°. *Preuve*, § 1, n°. 6, dit plus brièvement : « Pour être admis à la preuve par témoins de la perte d'un titre, il faut prouver par quel accident il s'est perdu. »

208. On peut voir dans les Questions de droit de Merlin, v°. *Preuve*, § 7, où la question est traitée avec étendue, un plus grand nombre d'autorités, avec la discussion des anciens arrêts rendus sur la matière.

Cette discussion est terminée par un arrêt rendu dans les mêmes principes par la Cour de cassation, le 7 ventôse an II.



En voici l'espèce :

Le 22 mars 1782, Jean-Marie Meyroux vendit à Gabriel Gaube la métairie de Castel, avec faculté de réméré pendant vingt ans. Après la mort de Meyroux, Cécile Sanceys, son héritière, voulut user de cette faculté.

Mais Gaube fils, héritier, soutint et demanda à prouver par témoins que Meyroux avait renoncé par écrit à la faculté de réméré; que l'acte de renonciation, rédigé sous seing privé, avait été vu et lu par plusieurs personnes qui avaient reconnu l'écriture de Meyroux, mais que cet acte s'était égaré dans les mains du ci-devant seigneur de Roquefort, auquel on avait été obligé de l'envoyer pour l'investir.

Gaube fut admis à faire cette preuve, et, en conséquence de l'enquête qui fut faite, la demande de Cécile Sanceys fut rejetée. Mais le 5 pluviôse an VII, le jugement fut annulé par la Cour de cassation, qui renvoya l'affaire au tribunal du département de la Gironde, lequel permit à Gaube de prouver, 1°. que, postérieurement au contrat du 22 mars 1782, il fut passé un écrit sous seing privé, par lequel Meyroux renonça expressément à la faculté du rachat; 2°. que cet écrit fut adressé à Gaube; 3°. que ledit écrit fut vu, lu et reconnu par plusieurs personnes, pour avoir été écrit et signé de Meyroux, et pour contenir ladite renonciation; 4°. que Meyroux envoya cet écrit avec le contrat de vente de 1782, pour l'investir, au ci-devant seigneur de Roquefort, qui l'a

*Art. III. Seconde exception à la prohibition.* 337  
gardé pendant quelque tems, et qui, dit-il, l'a égaré ou perdu.

Sur l'enquête qui fut faite, un jugement du 13 floréal an VIII déclara Cécile Sanceys non recevable (1).

Sur un nouveau pourvoi de sa part, l'affaire fut portée à l'audience des sections réunies de la Cour de cassation, présidée par M. Maleville, et le 7 ventôse an XI, un arrêt qui cassa le jugement du tribunal de la Gironde, par le motif que la jurisprudence (le Code n'existait pas alors), en assimilant aux dépôts nécessaires la perte d'un écrit, s'est conformée à l'esprit de l'ordonnance de 1667 (qui est aussi celui du Code), et aux dispositions des lois romaines, en ne permettant la preuve testimoniale du contenu de l'écrit perdu, qu'autant qu'on y ajouterait celle de la force majeure qui avait causé sa perte; au lieu qu'ici la preuve de la prétendue renonciation a été admise, sans même l'allégation d'aucun cas fortuit, qui eût causé la perte de cette renonciation.

C'est donc un point de jurisprudence bien constant, qu'on ne peut être admis à prouver par témoins la perte, qu'en prouvant ou demandant à prouver le cas fortuit ou la cause majeure qui en

---

(1) Il y avait cependant une circonstance bien favorable; c'est que Gaube prétendait que l'acte de renonciation avait été perdu par le c<sup>te</sup> devant seigneur de Roquefort. Or, il est certain que les vassaux étaient obligés d'exhiber leurs titres à la seigneurie.

Mais si réellement la renonciation prétendue avait été envoyée à la seigneurie, Gaube pouvait et devait en prendre un récépissé.

a causé la perte ; il faut , comme le dit énergiquement le Code , prouver que la perte est *la suite d'un cas fortuit , imprévu , et résultant d'une force majeure*. Voilà la règle nettement et clairement énoncée.

209. Mais comment prouver qu'un acte a été perdu par *suite d'un cas fortuit* ? Faut-il que les témoins déposent précisément qu'ils ont vu brûler, enlever ou déchirer le titre par des brigands ? C'est ce qui serait presque toujours impossible.

Ma maison a été incendiée, c'est un fait constant que cent personnes peuvent attester ; mais aucune d'elles n'a vu brûler le titre que je dis avoir perdu dans l'incendie.

Les mêmes témoins ou d'autres ont vu et lu le titre dans mes mains , avant l'accident ; ils l'ont vu dans ma maison , c'était une obligation de 3,000<sup>l</sup>, consentie par Titius , auquel j'avais prêté cette somme.

Mais s'ensuit-il que cet acte ait péri dans l'incendie ? Nullement. Ne pouvait-il pas être au nombre des effets sauvés ? Ne pouvais-je pas l'avoir mis ailleurs que dans ma maison , ou dans la partie de ma maison que l'incendie n'a pas atteinte ? Ce prêt ne pouvait-il pas être remboursé auparavant ? Voilà ce que les témoins ignorent , et ce qu'ils ne peuvent dire.

Mais, comme la loi ne peut exiger l'impossible, il suffit , suivant tous les auteurs , que les témoins déposent qu'ils ont , avant l'accident , vu , lu , ou entendu lire le titre dont il s'agit ; qu'ils savaient le lieu où le demandeur avait coutume de mettre



ses papiers, et que, depuis, ils ont vu brûler et la maison et ce lieu, ou qu'ils ont vu des brigands envahir la maison, briser les portes et fermetures, enlever, déchirer, disperser, brûler les papiers, en sorte qu'il est vraisemblable que le titre dont il s'agit a été perdu ou détruit.

Telle est la seule preuve qu'on puisse exiger, une simple *vraisemblance*; et cette vraisemblance, dans l'impossibilité d'avoir une preuve positive, suffit pour faire foi de la perte du titre.

La preuve, dit Boiceau, résulte de ces deux faits : 1°. la connaissance du lieu où le demandeur gardait ses papiers; 2°. l'incendie ou le pillage de la maison, et, en particulier, du lieu où se gardaient les papiers. C'est ainsi, ajoute Boiceau, chap. 15, n°. 8, que l'ont toujours décidé les juges : *Et ita ab omnibus judicibus semper observatum fuit.*

210. Voici d'autres exemples : Je me plains qu'on m'a dérobé un acte de prêt de 3,000<sup>f</sup>, que Titius m'avait consenti. Cet acte a été vu et lu chez moi par plusieurs personnes. Les mêmes ou d'autres déposent qu'ils ont vu un fripon s'introduire furtivement chez moi, et en sortir avec des papiers, mais sans savoir quels étaient les papiers.

Il est assez vraisemblable, d'après ces circonstances, que l'acte de la soustraction duquel je me plains était du nombre.

En voyageant, des voleurs m'ont assailli dans une forêt, et m'ont enlevé tous mes effets. Le fait du vol est constant et prouvé. Je prétends qu'un billet de 3,000<sup>f</sup>, consenti par Titius, se trouvait

dans un porte-feuille qu'on m'a volé. Ici, point assez de vraisemblance pour m'admettre à prouver par témoins l'existence et la teneur de l'acte. On n'a point coutume de voyager avec ses papiers.

Mais la moindre circonstance peut changer la décision. En revenant du lieu où Titius avait souscrit le billet, en présence de plusieurs témoins, qui m'ont vu le mettre dans mon porte-feuille, j'ai été dépouillé par des brigands : il est très-vraisemblable que l'acte a été enlevé avec mes autres effets.

211. Dans ces matières, comme en toutes celles où l'on juge sur de simples présomptions, la décision dépend nécessairement des faits et des circonstances, de la réputation du demandeur et du défendeur, etc. On ne peut donc qu'indiquer aux juges des motifs de décision, des exemples, sans pouvoir leur prescrire des règles impératives.

Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, l'art. 1553 les autorise à juger sur des présomptions, et l'art. 1367, à déférer le serment à l'une des parties.

Ainsi, quel que soit leur jugement, il ne peut ni être soumis avec succès à la censure de la Cour de cassation, ni servir de règle dans un autre cas.

212. Ce n'est point assez que les témoins attestent l'accident, ou le cas fortuit qui a causé ou pu causer la perte d'un titre, il faut encore qu'ils disent quelle en était la teneur, sans quoi, comme nous l'avons déjà observé, on ne pourrait savoir quel titre a été perdu. Il faut même, en certains cas, qu'ils déposent des formalités dont l'acte est

**Art. III. Seconde exception à la prohibition. 541**

revêtu, en d'autres termes, qu'ils attestent la possession conforme au titre.

Ainsi, il peut y avoir quatre choses à prouver, 1°. et dans tous les cas, l'accident qui a causé ou pu causer la perte d'un titre; 2°. aussi dans tous les cas, la perte et la teneur du titre perdu; 3°. en certains cas, les formalités dont l'acte était revêtu; 4°. en d'autres cas, la possession conforme au titre.

213. Pour connaître la teneur d'un titre, il faut l'avoir lu soi-même, ou entendu lire par des personnes dignes de foi, et qui ne cherchaient point à tromper. Il faut donc que les témoins attestent avoir lu le titre perdu, ou l'avoir entendu lire, et par qui.

La Coutume de Normandie était plus rigoureuse.

Après avoir, dans l'art. 527, défendu de recevoir la preuve testimoniale en propriété d'immeubles, elle ajoute, art. 528 :

« Néanmoins, si le contrat a été passé ( devant notaires), ou le seing reconnu devant tabellions, ou que les registres ne s'en puissent recouvrer, celui qui l'a perdu doit être reçu à faire preuve par témoins que ledit contrat avec la reconnaissance ont été *vus, tenus et lus*, et le contenu en iceux, et qu'il y ait eu possession suivant le contrat. »

Ainsi, pour admettre la preuve testimoniale de la perte d'un titre, cette loi exigeait :

1°. Que le contrat eût été *passé*, c'est-à-dire passé devant notaires, ou qu'il eût été reconnu devant tabellions ;



2°. Qu'on ne pût recouvrer les registres, c'est-à-dire la minute insérée dans le protocole du notaire, et que l'acte fût perdu. Mais on peut remarquer que cet article n'exige point qu'il soit prouvé que la perte fût la suite d'un cas fortuit, résultant d'une force majeure (1); ce qui laissait beaucoup de latitude au pouvoir des juges;

3°. Que le contrat eût été *vu, tenu et lu* par les témoins. « Tous ces faits, dit Basnage, doivent être » précisément articulés, autrement la preuve n'eût » point été admissible. »

4°. Il fallait prouver la possession conforme au contrat.

Cet article est abrogé par l'art. 7 de la loi du 50 ventôse an XII.

Il est remplacé par le n°. 6 de l'art. 1548, qui n'exige point toutes ces mêmes conditions, mais qui exige impérativement la preuve d'un accident imprévu ou d'un cas fortuit, par suite duquel le titre a été perdu. S'il passe sous silence les con-

---

(1) Aussi Basnage, sur cet article, rapporte un arrêt du 15 janvier 1672, qui réforme une sentence, laquelle admettait à faire preuve qu'un contrat de mariage sous seing privé avait été *vu, tenu et lu*. Elle fut réformée, parce que la preuve de la perte d'un titre n'est point admise pour les contrats sous seing privé, à moins que le seing n'ait été reconnu devant tabellions, et qu'il n'y ait eu possession en vertu des contrats; mais il paraît qu'on n'alléguait point, dans cette affaire, que le contrat eût été perdu par accident imprévu. Cependant Basnage, qui plaidait pour l'appelant, ne se fit point un moyen de cette circonstance; ce qui prouve qu'il ne croyait pas qu'il fût nécessaire, sous la Coutume de Normandie, de prouver l'accident qui aurait causé la perte du titre, et se borna à soutenir que le contrat n'avait point été reconnu devant tabellions, et qu'il n'y avait point de témoins conformes.

ditions dont parle la Coutume de Normandie, il n'en faut pas conclure qu'elles ne soient plus nécessaires dans tous les cas.

214. Si le Code n'exige point que les témoins aient eux-mêmes *tenu et lu* le titre perdu, il en résulte seulement qu'il s'en rapporte à la prudence du magistrat, sur le point de savoir si les moyens dont ils ont eu connaissance de la teneur du titre, sont tels qu'ils n'aient pu ni se tromper, ni être trompés. Nul doute, par exemple, qu'il soit suffisant qu'ils en aient entendu faire la lecture par le notaire.

Mais, si le créancier leur avait montré un titre qu'ils n'ont point lu, mais dont il leur a donné lecture, il ne paraît pas que cette circonstance fût suffisante pour assurer l'existence et la teneur du titre, à moins que d'autres circonstances ne se joignissent à cette première pour dissiper les doutes; car enfin, le créancier a pu leur lire toute autre chose que ce qui était écrit sur le papier qu'il tenait et qu'il leur a montré.

Les témoins ne déposent donc alors que sur un oui-dire, et sur le oui-dire d'une personne intéressée.

215. Quant aux formes et aux solennités de l'acte perdu, la Coutume de Normandie exigeait, comme nous venons de le voir, que les témoins eussent attesté qu'il était notarié, et en cas qu'il ne le fût pas, que le seing en avait été reconnu *pardevant tabellions*; autrement la preuve était rejetée.

Cette précaution était sage; mais il était trop rigoureux de l'exiger dans tous les cas, et de l'impo-

ser aux juges, comme une condition nécessaire, comme une règle impérative. Le Code l'a donc passée sous silence.

Si les témoins déposent seulement qu'ils ont vu et lu un acte sous seing privé, où je reconnais que vous m'aviez prêté une somme de 3,000<sup>f</sup>, il peut y avoir beaucoup de difficultés à recevoir un pareil témoignage.

L'acte notarié fait foi par lui-même de la vérité des signatures dont il est revêtu.

Ainsi, quand je prouve qu'il a existé un acte notarié, signé de vous, et que par suite de tel accident il a été perdu, je prouve tout ce qu'il faut pour que cet acte ait contre vous une pleine exécution.

Il n'en est pas de même de l'acte sous seing privé. La signature qui le termine n'est regardée par la loi comme l'ouvrage de celui dont elle figure le nom, que lorsqu'elle est reconnue ou légalement tenue pour telle (1322).

Que vous servirait-il donc de prouver qu'un acte sous seing privé, portant ma prétendue signature, a été vu, tenu et lu par différentes personnes? Cette preuve faite, il reste encore à savoir si la signature qui se trouvait à la fin de cet acte était véritablement la mienne. Or, comment la justice pourrait-elle s'éclaircir sur ce point?

D'un côté, en niant l'existence de l'acte, je nie nécessairement la signature qui le terminait; de l'autre, la signature n'existant plus, il est impossible de la vérifier par experts, ou par comparaison d'écritures. Il doit donc y avoir beaucoup plus



de difficultés à recevoir la preuve de la perte d'un acte sous seing privé, que celle d'un acte authentique.

Mais vous demandez à prouver que l'acte sous seing privé, qui a été perdu par suite d'un cas fortuit, a été rédigé et signé en présence de témoins dignes de foi; qu'ils ont même été appelés pour y être présens, allons plus loin, qu'ils l'ont signé comme conseils des parties, quels juges pourraient refuser l'admission d'une preuve de cette nature? Cependant ils n'auraient pu l'admettre, sous l'empire de la Coutume de Normandie.

C'est donc avec beaucoup de sagesse que le Code n'en a point adopté la disposition, et qu'il s'en est reposé sur la prudence et sur la sagacité du magistrat, qui peut seul, d'après les circonstances, décider s'il faut admettre ou rejeter la preuve de la perte prétendue d'un acte sous seing privé; par suite d'un cas fortuit.

216. Quoique les actes notariés fassent foi par eux-mêmes de la vérité des signatures dont ils sont revêtus, néanmoins, quand ils sont perdus par suite d'un cas fortuit (1), il ne suffit pas que les témoins en attestent l'existence et la teneur, lorsqu'il s'agit d'actes pour la validité desquels la loi exige des formalités particulières, qui ne sont pas requises pour les actes ordinaires.

Par exemple, lorsqu'un testament authentique

---

(1) Par exemple, les minutes d'un notaire ont été incendiées avec sa maison, avant qu'il eût délivré une grosse de l'acte.

a été détruit par accident ou force majeure , il ne suffit pas que les témoins en rappellent la teneur , il faut encore qu'il résulte de leur témoignage que l'acte était revêtu des formalités prescrites par la loi. Telle est du moins la jurisprudence de la Cour de cassation.

Voici l'espèce :

Il s'agissait d'un testament qui avait péri depuis la mort du testateur , dans l'incendie général de la ville de Saint-Claude , le 1<sup>er</sup>. messidor an VII. Les légataires demandèrent la délivrance du legs , et en cas de dénégation , à prouver par témoins l'existence du testament.

Ils furent admis à la preuve , mais les premiers juges trouvèrent qu'il ne résultait pas de l'enquête que le testament eût été fait avec toutes les formalités légales , et par ce motif ils rejetèrent la demande des légataires.

La Cour d'appel de Besançon , au contraire , jugea que , dès lors qu'on prouvait qu'il avait existé un testament détruit par force majeure , c'était le cas d'appliquer la maxime tirée de la loi 50 , ff de *V. O.* , *omnia censeantur solemniter acta*.

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation , où l'on soutint , 1<sup>o</sup>. que l'admission de la preuve testimoniale de l'existence d'un testament était contraire à la loi ; 2<sup>o</sup>. qu'on avait fait une fausse application de la maxime *omnia censeantur solemniter acta*.

Ce dernier moyen fut accueilli , et l'arrêt de la

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 517*

Cour de Besançon fut cassé le 10 février 1807 (1), par la considération que si, d'après la procédure, « la Cour de Besançon a pu regarder l'existence du » testament comme suffisamment prouvée, elle n'a » pu, en reconnaissant *l'insuffisance des dépositions* » *des témoins, pour prouver l'accomplissement de toutes* » *les formalités requises pour la validité d'un pareil* » *acte*, ordonner l'exécution du même testament, » sans violer ouvertement les art. 55 et 47 de l'ordonnance de 1735 (suivant laquelle l'affaire devait être jugée); que la loi 50, *de V. O.*, n'a aucun rapport aux actes de dernière volonté, ni même au cas où il s'agit de la perte fortuite d'un titre; qu'ainsi, ladite Cour d'appel, en s'appuyant de cette loi pour couvrir le défaut des formalités dudit testament, en a fait une fausse application. »

Cet arrêt paraîtrait, sans contredit, trop rigoureux, si l'on voulait en inférer que les témoins qui ont vu et lu le testament, doivent nécessairement attester que toutes les formalités exigées par l'art. 972 y étaient observées; peu d'hommes, autres que les gens de l'art, sont dans le cas de juger, à une simple lecture, si chacune de ces formalités a été ponctuellement suivie, puisque les notaires même s'y trompent.

Les simples citoyens ignorent même la plupart de ces formalités minutieuses.

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, *v. Preuve*, sect. 2, § 5, art. 1, n°. 27.



On n'en peut donc raisonnablement exiger le détail dans les dépositions des témoins. Il suffit qu'ils disent que l'acte était revêtu de la signature de plusieurs témoins, et qu'il leur a paru en bonne forme.

Aussi remarque-t-on que, si l'arrêt de Besançon fut cassé, ce ne fut point parce que, dans l'espèce, les témoins n'articulaient pas dans leurs dépositions chacune des formalités du testament, mais parce que, comme la Cour de Besançon elle-même le reconnaissait, leurs dépositions étaient insuffisantes pour en prouver l'accomplissement, et que, malgré cette insuffisance reconnue, elle ordonna l'exécution du testament, par le motif qu'on devait présumer l'observation de toutes ces formalités, *omnia præsumuntur solemniter acta*.

Il aurait donc suffi, suivant la Cour de Besançon, que des témoins déposassent qu'ils ont vu et lu un acte testamentaire, par lequel le testateur instituait Caius son héritier, ou lui faisait tel legs. pour ordonner l'exécution du testament détruit, parce qu'on devrait présumer que toutes les formalités y ont été observées, quoique les témoins ne le disent pas.

Voilà l'abus qu'a justement proscrit la Cour de cassation, en décidant que, dès lors que les dépositions étaient reconnues insuffisantes pour prouver l'accomplissement des formalités du testament, la Cour de Besançon n'avait pu en ordonner l'exécution.

Si, au contraire, la Cour de Besançon, au lieu de reconnaître les dépositions insuffisantes pour

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 549*

prouver l'observation des formalités, les avait déclarées suffisantes pour faire croire qu'elles avaient été remplies, son arrêt n'aurait point été cassé, et n'aurait pu l'être, parce qu'il ne s'agit point, en cela, de la fausse application d'un point de droit, mais d'un fait sur lequel les juges seuls peuvent prononcer.

217. On avait soutenu devant la Cour de cassation que la preuve par témoins d'un testament détruit par cas fortuit n'est point admissible. Cette proposition était contraire à la loi 2, *Cod. de testum.*, 6. 23. La Cour, en conséquence, ne prononça pas spécialement sur ce point.

Mais il résulte clairement du dispositif de son arrêt, que cette preuve est admissible, et c'est aussi une conséquence directe de l'art. 1348, qui permet cette preuve, en général, dans tous les cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu, ou résultant d'une force majeure.

Les héritiers sont débiteurs des legs (1017), et les légataires en sont créanciers. On doit donc leur appliquer la disposition de l'art. 1348, quoique placée au titre des contrats et des obligations conventionnelles. Le principe établi par cet article sur l'admissibilité de la preuve par témoins, lorsqu'on ne peut s'en procurer une littérale, est général, et s'applique à tous les cas.

218. La preuve testimoniale de la suppression d'un testament serait admise à plus forte raison, si les héritiers ou autres personnes intéressées à la

suppression du testament, l'avaient eux-mêmes déchiré, brûlé, ou supprimé de quelque autre manière que ce soit.

Dans ce cas-là même, il suffirait au légataire de prouver l'existence, la teneur et la destruction du testament, sans être tenu de prouver en même tems que l'acte était revêtu des formes légales; le fait qu'il a été détruit par des personnes intéressées à sa destruction suffit pour faire présumer qu'il était revêtu des formes nécessaires pour sa validité.

Ainsi l'a décidé, avec raison, un arrêt de la Cour de cassation, du 1<sup>er</sup>. septembre 1812, rapporté par Denevers, an 1813, pag. 1 et suiv.

219. De même, si un acte sous seing privé avait été soustrait ou détruit par les personnes intéressées à sa suppression, il serait présumé de droit que les signatures en étaient véritables.

220. Si l'on peut recevoir la preuve testimoniale de la teneur d'un acte perdu, ou entièrement détruit par cas fortuit ou force majeure, cette preuve est également recevable, et par les mêmes raisons, lorsqu'il est devenu illisible par accident; par exemple lorsque les caractères en ont été effacés, le papier corrompu par l'humidité du lieu où il était déposé; lorsqu'il a été rongé par les rats, percé par les insectes, etc. Dans tous ces cas, la preuve testimoniale doit être reçue à plus forte raison; car enfin, l'existence du titre représenté, quoique mutilé ou effacé, est certaine.

Quant au contenu qu'on ne peut plus lire, il peut être prouvé par des témoins qui déposent qu'ils re-



*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 551*

connaissent le titre représenté pour le même qu'ils ont vu dans tel tems, lu ou entendu lire, et qui alors n'était point gâté, corrompu ni illisible; qu'ils se souviennent des clauses et conventions qu'il contenait (1).

221. Ce n'est pas seulement aux exemples donnés par le Code que s'applique l'exception d'impossibilité, qui rend le droit de prouver leurs demandes par témoins, à ceux qui n'ont pu se procurer une preuve littérale. Cette exception s'applique généralement à tous les cas. On ne saurait les indiquer, on ne saurait les prévoir tous. En voici encore un exemple :

222. La cessation ou la fausseté du motif qui avait déterminé le testateur à faire un legs, en fait présumer la révocation. *Si aliàs legaturus non fuisset* (2), disent les lois romaines.

Mais comment prouver la fausseté du motif? Il est évident que l'héritier légitime qui, le plus souvent, ignorait l'existence du testament, n'a pu se procurer une preuve littérale de la fausseté de la cause qui déterminait le testateur à faire tel ou tel legs : aussi les auteurs ont, avec raison, enseigné qu'elle peut être prouvée par témoins (3).

223. C'est encore l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale qui laisse admissible la preuve testimoniale des faits, lorsqu'ils sont étrangers à

---

(1) *Vid.* Boiceau, *lib.* 1, *cap.* 15, n<sup>o</sup>. 7.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, tom. V, n<sup>o</sup>. 654.

(3) *Voy.* Furgole, des Testamens, chap. 4, sect. 4, n<sup>o</sup>. 11; le Répertoire, v<sup>o</sup>. *Legs*, sect. 2, § 2, n<sup>o</sup>. 14, *in fine*.

une convention, et qu'ils n'ont rien de relatif à ce qui est contenu dans les actes. En voici un exemple propre à répandre du jour sur la matière :

La péremption d'instance, suivant l'art. 397 du Code de procédure, s'opère par la discontinuation des poursuites pendant trois ans; mais elle n'a pas lieu de plein droit : il faut la demander par requête signifiée d'avoué à avoué. Elle se couvre, suivant l'art. 399, par les actes valables, faits *avant la demande en péremption*. Supposons donc que les deux parties fassent signifier le même jour, l'une le matin, sa demande en péremption, l'autre le soir, un acte de reprise d'instance, ou tout autre acte de procédure quelconque.

Les huissiers ne sont pas dans l'usage d'insérer dans leurs exploits l'heure à laquelle la signification en a été faite, ni même si c'est avant ou après midi. La loi ne l'exige pas. Elle n'exige que la date des lieux, jour, mois et an. ( Art. 61 du Code de procédure ).

Le demandeur en péremption peut-il, dans le cas proposé, être admis à prouver que son exploit a été signifié le matin, et celui de son adversaire le soir, pour en conclure que la péremption est acquise ?

On peut dire que l'art. 1341 défend d'admettre la preuve testimoniale *contre et outre le contenu aux actes*. On peut ajouter, par analogie et par argument de l'art. 2147 du Code civil, que les significations faites le même jour doivent être censées faites au même instant, sans aucun pri-

*Art. 111. Seconde exception à la prohibition. 355*

vilège de priorité l'une sur l'autre. Mais on doit répondre que l'heure de la signification d'un acte de procédure n'étant pas insérée dans l'exploit, parce que la loi ne l'exige pas, celui qui, comme la loi le lui ordonnait, a confié à un huissier le soin de faire la signification à laquelle il n'était pas présent, a été dans l'impossibilité de se procurer la preuve littérale de l'heure à laquelle elle a été faite, et qu'il n'y a rien à lui reprocher, puisqu'en tout il s'est conformé à la loi; que d'ailleurs, l'heure de la signification d'un acte de procédure est totalement étrangère à ce qui est contenu dans cet acte.

Par ces raisons, la Cour de cassation rejeta, le 15 juillet 1818, le pourvoi contre un arrêt qui avait admis la preuve testimoniale de la priorité entre les deux exploits, signifiés le même jour, « attendu que l'art. 1341 du Code civil ne prohibe » point l'admission de la preuve testimoniale *sur* » *des faits étrangers à la teneur d'un acte de procé-* » *dure*, et qui était abandonné à la vérification des » magistrats (1). »

Cette décision est importante, parce qu'elle peut s'appliquer à beaucoup d'autres cas.

Quant à l'analogie ou à l'argument qu'on voulait tirer de l'art. 2147 du Code, la Cour ne s'y arrêta

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le Recueil de Sirey, tom. XIX, pag. 25 et suiv.



point. C'est une disposition spéciale et singulière (1), qu'on ne doit pas tirer à conséquence.

224. Mais si la preuve testimoniale de l'heure à laquelle a été signifié un acte de procédure, peut être admise pour lui donner la priorité sur un autre acte, parce que c'est un fait étranger à la teneur légale de l'acte, faut-il en conclure qu'en général on peut admettre la preuve par témoins de la date des actes, dans les cas où la loi n'exige point cette date pour la validité de l'acte, parce que ce n'est pas prouver contre et outre le contenu aux actes?

Oui, selon Danty, dont les raisons paraissent d'un grand poids. Il demande, chap. 9, n°. 9, s'il est permis de prouver par témoins qu'un marché a été fait en foire, et il dit :

« Il y a lieu à soutenir qu'on doit être reçu à  
 » cette preuve qui, en ce cas, n'est pas contraire  
 » à l'ordonnance. Car, quand elle défend la preuve  
 » de ce qui ne se trouve pas rédigé par écrit dans  
 » l'acte, elle n'a entendu parler que des conven-  
 » tions qui en font partie, parce qu'ayant été libre  
 » aux contractans de les y comprendre, s'ils ne  
 » l'ont pas fait, elle présume qu'ils les ont omises à  
 » dessein, et elle ne veut pas qu'on les puisse sup-  
 » pléer malgré eux, par une preuve par témoins  
 » faite après coup; mais, à l'égard de la date de

---

(1) *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Loi 16, ff de legib., l. 3. Quod verò contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Loi 14, ibid.*

*Art. III. Seconde exception à la prohibition. 555*

» *l'acte*, ce n'est point une convention; elle ne dépend pas même, en quelque sorte, du fait des parties, puisque, soit qu'elle (la date) soit exprimée ou non, il est toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est certaine, quand l'acte a été une fois passé, et que, par conséquent, ne s'agissant que de la vérifier, ce qui est un simple fait, la preuve par témoins en doit être reçue, ce qui doit aussi avoir lieu dans tous les autres contrats dont la date a été omise, le contrat, tel qu'il est, tenant lieu, en quelque sorte, en ce cas, de commencement de preuve par écrit. »

225. Duparc-Poullain, qui adopte cette opinion, *Principes du droit*, tom. IX, pag. 281, étend la décision aux billets consentis par un mineur qui, étant devenu majeur, voudrait être restitué à cause de sa minorité.

Il serait, dit-il, obligé de prouver la date du tems de la minorité, pour fonder la restitution, et il n'est pas possible de la prouver autrement que par témoins.

On pourrait même dire qu'il y aurait un soupçon de fraude de la part du créancier qui aurait engagé le mineur à ne pas dater, pour que le vice résultant de l'époque du prêt ne fût pas constaté.

226. Ce que nous venons de dire s'applique aux billets non datés, consentis par une veuve, qui prétendrait les faire annuler comme consentis avant son veuvage, sans l'autorisation de son mari. Elle devrait prouver que leur date remonte au tems de son mariage; elle ne peut le prouver que par témoins.

227. Supposons encore qu'un vendeur ait vendu le même fonds à deux acquéreurs différens, par deux contrats sous seings privés, l'un et l'autre sans date.

Il est bien évident que la seconde vente est nulle, comme faite par un homme qui n'était plus propriétaire de la chose vendue. Mais comment prouver la priorité de la première de ces ventes ? Il est impossible de la prouver autrement que par témoins.

Le premier acquéreur pouvait, à la vérité, faire dater son contrat et se procurer ainsi une preuve écrite de priorité. Mais le second acquéreur ayant commis la même faute, ne peut faire valoir cette objection.

228. Supposons de plus que le second contrat soit daté, l'autre non ; le premier acquéreur dont le contrat n'est pas daté pourra-t-il prétendre que le second a été fait en fraude de ses droits, et être admis à prouver par témoins que son contrat, quoique non daté, est antérieur à l'autre ? Nul doute, si l'on peut prouver que le second acquéreur, dont le contrat est daté, a participé à la fraude ; mais, si on ne le peut pas, la preuve testimoniale n'en est pas moins admissible, car il s'agit d'une fraude commise au préjudice du premier acquéreur, qui n'a pu s'en procurer une preuve littérale.

229. Si les deux contrats sous seings privés portant une date, l'un des acquéreurs prétendait que l'autre contrat est antidaté, la preuve testimoniale de l'antidate serait-elle admissible ?



*Art. III. Troisième exception à la prohibition. 357*

Oui, encore; car il s'agit toujours d'une fraude, et d'une fraude à laquelle, sans autre preuve, l'antidate ferait présumer que l'acquéreur a participé. Autrement, pourquoi souffrir une antidate contraire à la vérité?

---

ART. 4.

*Troisième Exception en faveur du commerce.*

SOMMAIRE.

- 250. *Comment l'exception faite en faveur du commerce, à la prohibition d'admettre la preuve, a été reçue par les lois nouvelles.*
- 251. *Doute que faisait naître le rapprochement de l'art. 69 du Code de commerce et de l'art. 1341 du Code civil.*
- 252. *Il est levé par un arrêt de la Cour de cassation. La preuve testimoniale est admise dans toutes les affaires qui sont de la compétence des tribunaux de commerce.*
- 253. *Excepté en ce qui concerne les contrats à la grosse, les contrats d'assurance, les contrats de société en nom collectif ou en commandite.*
- 254. *Questions élevées au Conseil d'état, au sujet de l'art. 41 du Code de commerce.*
- 255. *Les paiemens faits en vertu d'un jugement de condamnation ne pourraient être prouvés par témoins, au-dessus de 150<sup>f</sup>. Il en est de même de la mise de l'un des associés.*

250. APRÈS avoir établi la règle générale, sur la défense d'admettre la preuve testimoniale dans les cas déterminés, l'art. 1341 y fait, en faveur du

commerce, une exception conçue en ces termes :  
 « Le tout sans préjudice de ce qui est *prescrit dans*  
 » *les lois relatives au commerce.* »

Cette exception, qu'on trouve aussi, mais en des termes bien différens, dans l'ordonnance de 1667, éprouva beaucoup de difficulté lors des conférences, où cette ordonnance fut discutée.

On voit par le procès-verbal, pag. 217, que M. Pussort, commissaire-rédacteur, proposait un article ainsi conçu :

« N'entendons néanmoins, par le présent article,  
 » *rien changer dans l'usage de tous tems*, observé  
 » pour ce regard en la justice consulaire des mar-  
 » chands. »

Le premier président de Lamoignon observa,  
 « qu'encore que l'article ne décidât rien précisé-  
 » ment, les juges-consuls croiront néanmoins avoir  
 » un titre qu'ils expliqueront en leur faveur ; que  
 » l'on a *toléré* qu'ils aient reçu la preuve par té-  
 » moins au-dessus de 100<sup>l</sup>, lorsqu'on a cru qu'ils  
 » *étaient aidés par quelques adminicules* ; mais qu'il  
 » serait dangereux d'en faire un article d'ordon-  
 » nance, parce qu'ils en pourraient abuser. »

M. Pussort répondit qu'après avoir consulté les juges-consuls ; ils avaient dit qu'ils étaient dans l'usage de recevoir ou de rejeter la preuve par témoins, selon la qualité des affaires et des personnes, et qu'ils avaient présenté l'*arrêt confirmatif d'une de leurs sentences*, par lequel le Parlement avait jugé en termes formels que la preuve par

*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 359*

témoins était recevable au-dessus de 100<sup>l</sup>....; de sorte qu'on avait cru qu'il serait mieux de ne rien innover, et de les conserver en leur possession, et que cela avait été ainsi arrêté par le Roi.

On voit par cette discussion que, nonobstant l'ordonnance de Moulins, les juges-consuls s'étaient maintenus dans l'ancien usage, qui, avant cette loi, formait le droit commun, de recevoir indéfiniment la preuve testimoniale; mais on voit aussi que cet usage n'était considéré que comme une tolérance.

Les auteurs fondaient, avec raison, cette tolérance sur l'impossibilité ou l'extrême difficulté de se procurer, en plusieurs cas, une preuve littérale dans les affaires de commerce.

« La faveur du commerce, dit Duparc-Poullain, tom. IX, pag. 315, n°. 48, et *l'impossibilité ou la difficulté* qui peut se trouver à passer des actes entre les commerçans, ont fait conserver par la loi la preuve par témoins, dans les juridictions consulaires, etc. »

Beaucoup d'affaires de commerce ne souffrant aucun retard, rendent comme impossible de se procurer une preuve littérale ou un acte; mais cette difficulté n'existe pas dans tous les cas, et l'expérience apprend que l'usage d'admettre indéfiniment la preuve testimoniale dans les tribunaux de commerce, entraîne des abus.

Les rédacteurs du Code civil, qui n'ignoraient pas qu'on devait s'occuper d'un nouveau Code de commerce, ne voulurent pas consacrer d'une ma-



nière générale, comme l'avait fait l'ordonnance de 1667, l'ancien usage où s'étaient maintenus les tribunaux de commerce, d'admettre la preuve testimoniale indéfiniment, comme avant l'ordonnance de Moulins; ils se bornèrent donc à dire, dans la dernière disposition de l'art. 1341 : « Sans préjudice » de ce qui est prescrit dans les lois relatives au » commerce. » Disposition qui, au lieu de consacrer l'ancien usage, n'est qu'un renvoi aux lois sur le commerce, qu'on se préparait à reviser dans un Code spécial, où la question devait naturellement être agitée et résolue.

En effet, dès le 13 germinal an IX, une commission spéciale avait été chargée de la rédaction de ce Code.

Le projet en fut présenté le 13 frimaire an X. aux consuls, qui, par arrêté du 14 frimaire an X, ordonnèrent qu'il serait envoyé aux tribunaux et aux conseils de commerce, pour y faire leurs observations.

Frappés des abus qu'entraînait la difficulté d'admettre indéfiniment la preuve testimoniale dans les tribunaux de commerce, les rédacteurs de ce projet proposaient de le ramener au droit commun.

L'art. 69 portait que « les achats et ventes s'opèrent *verbalement* ou par écrit.

» Ils se constatent par des actes publics, etc.;

» Par la preuve testimoniale, *s'il y a commencement de preuve par écrit.* »

Quoique cette disposition soit conforme au droit

*Art. IV. Troisième exception à la prohibition.* 361  
commun, établi par l'art. 1347 du Code civil, elle  
était nécessaire pour marquer la différence que  
la loi a mise, quant à la preuve, entre les sociétés  
en nom collectif ou en commandite, lesquelles ne  
peuvent, suivant l'art. 39, être constatées que par  
des actes publics ou sous signatures privées, en se  
conformant en ce dernier cas à l'art. 1325 du Code  
civil.

Les achats et ventes, au contraire, peuvent être  
constatés par la preuve testimoniale, suivant l'an-  
cien usage, auquel le projet dérogeait, en ce qu'il  
ne permettait cette preuve que s'il y avait com-  
mencement de preuve par écrit.

Mais un grand nombre de tribunaux et de con-  
seils de commerce réclamèrent contre cette in-  
novation. Ils appuyèrent leur réclamation d'abord  
sur l'ancien usage et sur la jurisprudence des tri-  
bunaux de commerce.

Cette raison n'était pas suffisante pour faire ad-  
mettre la réclamation; car l'usage et la jurisper-  
dence, quand ils sont abusifs, doivent être cor-  
rigés et non suivis.

Mais ils ajoutèrent que la plupart des transac-  
tions qui s'opèrent dans les foires et marchés ne  
peuvent être prouvées que par témoins; qu'on dé-  
truirait tout moyen de réclamation, en n'admet-  
tant la preuve testimoniale que lorsqu'il y aurait  
un commencement de preuve par écrit. Les dé-  
tails donnèrent à ces raisons une force irrésistible.

Le tribunal de commerce d'Autun disait que  
la disposition proposée par la commission serait  
une calamité dans le commerce en général.

La majeure partie des affaires, sur-tout dans les départemens, se font par des personnes illettrées, ou trop peu instruites pour tenir des livres.

Les fermiers, les voituriers, les gens de campagne, en général, traitent de leurs affaires en foire, sur les places publiques, dans les lieux de rassemblement. La plupart ne savent ce que c'est que de tenir un livre, et n'ont pas de correspondance par écrit.

Rarement les marchands nient leurs conventions, parce que, dans les foires et dans les lieux où se traitent leurs affaires, il se trouve presque toujours des témoins, et que le jugement qui interviendrait déshonorerait l'homme malhonnête. C'est, on n'en peut douter, ce qui a le plus contribué à inculquer et à maintenir la bonne foi, qui est l'honneur et l'âme du commerce. S'il est périlleux de mettre la fortune d'un commerçant à la disposition des témoins, l'expérience prouve que ce danger n'est pas aussi grand qu'on pourrait le craindre. Les parties sont là pour confondre les coquins, les juges pour les interroger et peser leur moralité.

Enfin, quand le danger serait plus grand qu'il ne l'est réellement, nous dirions toujours que, sans le commencement de preuve par écrit, la preuve doit être permise, parce que le salut du commerce en dépend. Il se fait, dans une foire, pour 150,000, pour 200,000' d'affaires qui se livrent et se paient à la fin de la foire; qui empêcherait l'acheteur ou le vendeur de refuser la livraison? Oui, nous pensons que, si la preuve tes-



*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 365*

limoniale ne peut être ordonnée sans commencement de preuve par écrit, le commerce départemental est perdu. Bientôt il n'y aura plus de bonne foi.

Mêmes réclamations dans le midi de la France. Le tribunal de Brignole exposait que la manière dont s'y fait le commerce des denrées, y nécessite l'admission de la preuve testimoniale.

« L'huile, le vin, sont, disait-il, les principales denrées. Le commerce en est fait par des hommes, la plupart illettrés, qui achètent quelquefois, dans une matinée, trente à quarante parties de ces denrées, de divers particuliers, de spéculateurs également illettrés. Le marché se conclut rapidement par un simple serrement de main et des arrhes plus ou moins fortes, selon l'importance de la vente. L'expédition n'a lieu que postérieurement et à des époques plus ou moins reculées. Quelquefois, et plus ordinairement, les négocians qui veulent faire, dans un jour, une partie considérable de vin et d'huile, emploient des mesureurs publics, en usage dans les communes, lesquels vont dans les villages et arrhent les parties qu'on veut leur vendre, au nom et pour le compte des acheteurs, expédiables et payables à des époques déterminées. Ces mesureurs publics sont la plupart illettrés.

» Cette manière de traiter est la seule en usage. Les marchés sont exécutés de bonne foi, et nous n'avons jamais eu de procès à juger sur cette matière, que quand il survient une augmentation ou une diminution extraordinaire. Dans ces cas,

364 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

**l'audition des témoins est le seul moyen de connaître la vérité. »**

Ces raisons frappantes et décisives s'appliquent à tous les départemens.

Dans notre Bretagne, les grands achats de grains, soit pour l'approvisionnement des villes, de l'armée, des hôpitaux, etc., s'opèrent aussi par des agens qui vont acheter dans les campagnes et dans les marchés; les ventes se font souvent sur de simples échantillons, et les grains sont livrés aux époques verbalement convenues.

S'il fallait, disait le tribunal de commerce de Lyon, dans tous les cas, un commencement de preuve par écrit, il deviendrait presque impossible de prouver aucune vente.

Ces considérations parurent assez puissantes aux commissaires-rédacteurs du projet, pour les déterminer à changer entièrement leur premier système, et pour en revenir à l'ancien usage des tribunaux de commerce, au lieu de les ramener sous l'empire des dispositions du Code civil. Dès lors, il devenait nécessaire de corriger l'art. 69 de leur projet, et de le reviser en entier.

Après avoir analysé ces observations des tribunaux et des conseils de commerce, ils se rassemblèrent pour cette révision, lors de laquelle l'article 69 du projet fut définitivement rédigé tel qu'il a été adopté. Il forme l'art. 109 du Code de commerce. « Les achats et les ventes se constatent, etc., » par la preuve testimoniale, dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 365*

231. Mais on ne s'aperçut pas que cette nouvelle rédaction, rapprochée de l'art. 1341 du Code civil, laissait subsister du doute sur le point de savoir si les tribunaux de commerce peuvent indéfiniment, dans tous les cas, recevoir la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit.

L'art. 1341 du Code civil, après avoir défendu d'admettre cette preuve au-dessus de 150<sup>f</sup>, ajoute : « Le tout sans préjudice de ce qui est *prescrit* dans les lois relatives au commerce. »

Cet article ne sanctionne pas, comme l'ordonnance de 1667, l'ancien usage où s'étaient maintenus les tribunaux de commerce. Il ne les autorise à recevoir la preuve testimoniale que dans les cas prescrits par les lois relatives au commerce, c'est-à-dire par le Code de commerce. Or, ce Code ne la permet que dans deux cas spéciaux ou particuliers, et dans deux dispositions isolées : 1°. pour constater les sociétés en participation (art. 49), à la différence des sociétés collectives ou en commandite, qui ne peuvent être constatées que par écrit; 2°. pour constater les achats et ventes. (Article 109). Du reste, on ne trouve aucune disposition qui, contre la règle générale, autorise l'admission de la preuve testimoniale indistinctement, dans toutes les affaires de la compétence des tribunaux de commerce.

On peut donc dire que l'exception prononcée dans ces deux cas particuliers, dont nous venons de parler, semble laisser les autres sous l'empire de la règle générale : *Nam ut exceptio firmat regu-*



*lam in casibus non exceptis, ita enumeratio confirmat cam, in casibus non enumeratis.* (Bacon, *de justitia univ.*, aphor. 17).

En ne s'attachant qu'aux textes des deux Codes, on ne trouve pas de réponse satisfaisante à ce raisonnement. Il est pourtant certain que l'intention des législateurs a été de conserver l'ancien droit, qui maintenait les tribunaux de commerce dans l'usage de recevoir la preuve testimoniale dans tous les cas, sans commencement de preuve par écrit.

252. C'est aussi ce qu'a pensé la Cour de cassation, comme on le voit dans un arrêt du 11 novembre 1815.

Le tribunal de commerce de Lectoure avait admis Deffaut à prouver par témoins que Mellis lui avait fait remettre par Cadéot un compte non signé, qui établissait sa position envers ledit Mellis; duquel compte Deffaut prétendait induire qu'il avait acquitté un billet de 4,480<sup>f</sup>.

Mellis déféra cet arrêt à la censure de la Cour de cassation, pour violation de l'art. 1541 du Code civil, et fausse interprétation de l'art. 109 du Code de commerce; mais son pourvoi fut rejeté.

« Attendu que Mellis, cité en reconnaissance et  
 » remise du compte, n'a ni contesté, ni méconnu  
 » ledit arrêté de compte; qu'il l'a seulement argué  
 » de nullité pour défaut de signature, et dénié l'en-  
 » voi prétendu fait de son ordre par Cadéot: d'où  
 » il suit que s'agissant de billets de commerce émis  
 » entre deux commerçans, les juges, en admettant

*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 367*

« Deffaut à la preuve testimoniale des faits allégués, pour constater la remise effective dudit compte de l'ordre de Mellis, n'ont pu violer, dans l'espèce, l'art. 1541 du Code civil, ni fausement appliquer l'art. 109 du Code de commerce. »

Posons donc en principe que, sous la nouvelle législation de même que sous l'ancienne, les tribunaux de commerce sont maintenus dans l'ancien usage de recevoir indistinctement la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit, dans toutes les affaires de leur compétence.

L'esprit de la loi, sans doute, est que ces tribunaux soient très-réservés dans l'admission de cette preuve; mais enfin, s'ils la reçoivent sans nécessité, ou sans autres adminicules, il n'y a qu'un mal jugé, et non pas une violation de la loi, qui s'en repose entièrement sur leur prudence pour admettre ou rejeter la preuve, suivant les affaires et les personnes.

255. La loi a cependant excepté de cette règle certains contrats d'une trop haute importance dans le commerce, pour en faire dépendre l'existence et les conditions uniquement de la déposition toujours peu certaine des témoins.

Ainsi, l'art. 311 du Code de commerce exige que le contrat à la grosse soit fait devant notaire ou sous signature privée : il ne peut donc être constaté que par écrit, et non par témoins, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve écrite.

Il en est de même du contrat d'assurance : l'article 332 exige qu'il soit rédigé par écrit.

De même encore, « les sociétés en nom collectif » ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant dans ce dernier cas à l'art. 1325 du Code civil. »

Les sociétés sont, à l'égard de la preuve, soumises aux règles du Code civil. « Aucune preuve » par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150<sup>f</sup>. » (Art. 41).

Cet article est conforme à la règle générale, établie par l'art. 1341 du Code civil ; il est aussi conforme à l'art 1<sup>er</sup>. du tit. 4 de l'ordonnance de 1673 : la disposition qu'il renferme doit être appliquée, par analogie, aux contrats à la grosse et aux contrats d'assurance, qui ne peuvent être contractés que par écrit.

Mais non point aux achats et ventes, lorsqu'ils ont été rédigés par écrit ; car, si les dispositions principales de ces contrats et des autres, pour la preuve desquels la loi n'exige point d'écrit, peuvent être prouvées par témoins, les accessoires peuvent également l'être, à plus forte raison.

234. La disposition de l'art. 41 fit naître au Conseil d'état des questions fort importantes.

Pour les bien entendre, il faut se rappeler que les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires envers les créanciers



*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 569*

pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. ( Art. 22 ).

L'associé commanditaire, au contraire, ne répond des pertes et des dettes de la société que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre en société ( Art. 26 ).

Mais il ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société (1), même en vertu de procuration. ( Art. 27 ).

Cette disposition a pour but de mettre un frein à ces associations qui n'ont aucun caractère, à ces entreprises de spéculations, régies souvent sous le nom d'un valet, et dont on avait si étrangement abusé.

En cas de contravention à cette prohibition, le commanditaire devient obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de société. ( Art. 28 ).

Ainsi, l'associé qui s'est immiscé dans la gestion ne peut plus prétendre au privilège de commanditaire : ce serait une véritable fraude au préjudice des créanciers.

---

(1) Mais le Code n'interdit au commanditaire que les actes de gestion, et non le concours aux délibérations de la société.

Le Tribunal observa « qu'un des droits du commanditaire est de » participer aux délibérations générales de la société, et ces délibérations ont souvent pour but, ou d'en approuver les délibérations, » ou d'en autoriser les engagements, de sorte que, sous ce rapport, le » commanditaire y concourt et doit y concourir, au moins par son » consentement. »

Ces observations furent adoptées par le Conseil d'état. Voy. Locré, sur l'art. 27 du Code de commerce.

On demanda donc au Conseil d'état si, nonobstant la disposition de l'art. 41, qui défend d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis, on pouvait prouver par témoins que l'associé commanditaire s'est immiscé dans la gestion.

L'affirmative n'est pas douteuse, suivant les règles du droit civil; la défense de prouver contre et outre le contenu aux actes ne regarde que les personnes qui ont été parties. (Pothier, n°. 766).

Cependant, pour obvier à toute équivoque sur ce point, on proposa l'amendement suivant : *Néanmoins, dans le cas où un associé, primitivement en commandite, se serait immiscé dans la gestion des affaires sociales, la preuve même testimoniale d'un tel fait sera admissible, selon les circonstances.*

Le principe fut admis sans hésitation, mais l'amendement fut rejeté comme inutile, parce qu'il « ne s'agit pas de prouver plus que l'acte ne contient, mais de prouver un fait postérieur, qui change la nature de l'acte, etc. » (1)

Cette question conduisit à d'autres, qui ne souffrirent pas plus de difficultés, parce que les principes du droit civil suffirent pour les résoudre.

On demanda si la section prétendait exclure la faculté de prouver par témoins une association qui n'aurait pas été constatée par écrit, lorsqu'il y a

---

(1) Voy. Locré, sur l'art. 41.

*Art. IV. Troisième exception à la prohibition. 571*

un commencement de preuve écrite; si une association par lettres missives serait valable.

La question portait également sur le cas où l'existence de la société serait déniée, et sur le cas où cette existence étant reconnue, il s'agirait de savoir si telle personne en fait partie; sur le cas où un ou plusieurs associés ont à prouver la société contre leurs coassociés, et sur le cas où un tiers aurait à prouver que telles personnes sont associées, quoiqu'elles aient frauduleusement dissimulé les rapports qui les unissent à la société; par exemple, lorsqu'elles n'en ont pas signé l'acte, pour n'être pas assujetties aux dettes.

Ces questions, qui occupèrent assez long-tems le Conseil, ne sont pourtant pas douteuses. La défense d'admettre la preuve testimoniale ne s'est jamais étendue, selon le droit civil, au cas où il existe un commencement de preuve écrite; à plus forte raison peut-elle être admise en droit commercial.

Les lettres missives, les signatures données depuis l'acte par une personne qui ne l'a pas signé, et dont le nom ne se trouve pas au nombre des associés, sont des commencemens de preuve écrite, qui peuvent, suivant les circonstances, autoriser l'admission de la preuve testimoniale des contrats de société, comme de tous les autres contrats.

Et quant aux tiers, nous avons déjà dit qu'ils peuvent, dans tous les cas, prouver par témoins ce qui a été fait en fraude de leurs droits.

255. Il n'est peut-être pas nécessaire de dire que la preuve testimoniale des paiemens, à quelque somme qu'ils s'élèvent, peut être admise en



droit commercial, lors même qu'il s'agirait d'une créance établie par écrit; la preuve des libérations est plus favorable que celle des obligations, qu'on peut prouver par témoins en matière de commerce.

Mais si le titre des obligations consistait dans un jugement rendu, même par un tribunal de commerce, le paiement des condamnations y énoncées ne pourrait être prouvé au-dessus de 150<sup>f</sup>, sans commencement de preuve écrite; car l'obligation résultant d'un jugement, quel qu'en soit l'objet, ne peut être considérée comme un engagement de commerce.

L'un des associés ne pourrait également, sans commencement de preuve écrite, être admis à prouver par témoins qu'il a payé la somme qu'il devait apporter à la société, en nom collectif ou en commandite, lorsque cette somme excède 150<sup>f</sup>; car l'art. 41 du Code de commerce défend la preuve par témoins de tout ce qui a été dit avant, lors ou depuis l'acte de société. Le paiement de la mise en est le complément.

---

~~~~~

SECONDE PARTIE.

PRÉCAUTIONS NÉCESSAIRES

POUR SE FIER AU TÉMOIGNAGE DES HOMMES.

*Conditions exigées pour que les dépositions
des témoins puissent faire une preuve.*

Les Magistrats sont-ils obligés d'y conformer leur
jugement?

De la Collision des témoignages.

SOMMAIRE.

- 236. *La preuve testimoniale n'a pas le caractère d'une démonstration. Elle est fondée sur l'analogie.*
- 237. *Elle tire sa force de la double présomption que le témoin n'a point été trompé, et qu'il ne veut point tromper.*
- 238. *Trois choses à considérer pour s'en assurer : 1°. la nature et la qualité des faits à prouver ; 2°. les qualités et la personne des témoins ; 3°. le témoignage en lui-même et comparé à d'autres témoignages, ou à d'autres faits contraires.*
- 239. *Qualités générales qu'on doit examiner dans les faits à prouver.*

574 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

- 240. *Première qualité, possibilité des faits.*
- 241. *Les faits possibles par eux-mêmes peuvent devenir impossibles par les circonstances. Exemple tiré de l'affaire du comte de Morangiès.*
- 242. *L'in vraisemblance des faits peut être telle, qu'elle détruise la foi due au témoin.*
- 243. *L'époque, le lieu où les faits se sont passés, influent sur la foi due à ceux qui les rapportent.*
- 244. *Si les faits sont anciens, la mémoire du témoin est moins sûre, et peut le tromper.*
- 245. *Des faits transitoires et des faits permanens.*
- 246. *Des faits publics, et de ceux qui se sont passés dans un lieu écarté.*
- 247. *Des circonstances du fait.*
- 248. *Précautions nécessaires pour s'assurer que le témoin n'est ni trompé ni trompeur. Il faut, 1°. qu'il ait été présent; 2°. qu'il ait vu les faits, et non qu'il les sache par ouï-dire.*
- 249. *Le sens de l'ouïe, plus trompeur que celui de la vue.*
- 250. *Des témoins ex auditu proprio.*
- 251. *Des témoins ex auditu partis.*
- 252. *Le possesseur d'un meuble perdu peut prouver qu'il l'a acheté en foire.*
- 253. *Des témoins ex auditu alieno; des témoins ex scientiâ; des témoins ex credulitate. Et infra, n°. 259.*
- 254. *Cas rares où les témoignages ex auditu peuvent prouver la possession immémoriale.*
- 255. *Quelles conditions sont requises pour cela.*
- 256. *La présomption que le témoin présent connaît les faits augmente, s'il a eu des motifs d'y faire une attention sérieuse, comme s'il a été appelé exprès.*
- 257. *Les développemens donnés à la déposition peuvent faire juger si le témoin a une connaissance suffisante des faits.*
- 258. *La manière dont s'exprime le témoin peut faire juger de sa science et de sa véracité. Sa déposition doit être affirmative.*

De la Collision des témoignages. . . 375

malive, et non dubitative. Les formules dubitatives décèlent l'ignorance ou le désir de déguiser la vérité.

- 259. *Ce n'est pas ce qu'il croit, mais ce qu'il sait que doit dire le témoin.*
- 260. *Il doit rendre raison de la manière dont il sait.*
- 261. *Il faut que les faits attestés par le témoin soient vraisemblables; qu'il ait été à portée de les voir ou de les entendre. Il faut distinguer les faits qu'il raconte, des conséquences qu'il en tire.*
- 262. *Difficulté de s'assurer que le témoin ne veut pas tromper. Serment qu'il doit prêter.*
- 263. *On doit se défier du témoin contre lequel s'élèvent des soupçons vraisemblables. Leur appréciation abandonnée, par la nature des choses, à la sagacité des magistrats, à qui la loi ne peut que donner des conseils.*
- 264. *Système du droit romain sur ce point. La faculté d'être témoin est un droit civil, dont la loi peut priver un citoyen.*
- 265. *Tous ceux qui n'en étaient pas privés par la loi étaient témoins idoines.*
- 266. *Il y avait des privations ou exclusions absolues du droit de témoignage; d'autres seulement relatives.*
- 267. *Ceux qui n'étaient point exclus par la loi devaient être admis. Ils étaient témoins idoines.*
- 268. *Mais on pouvait les reprocher. C'est un moyen de défense que la loi ne peut interdire.*
- 269. *On pouvait répondre aux reproches. Les reproches et les réponses sont un incident du procès sur lequel le juge doit prononcer.*
- 270. *Différence entre les reproches que le juge peut admettre ou rejeter, et la prohibition de la loi qu'il ne peut écarter, et à laquelle il doit obéir.*
- 271. *Les reproches ne viennent point de la loi, qui ne peut ni prévoir tous les faits reprochables, ni apprécier les conséquences qu'on en tire, contre la véracité d'un témoin.*

576 *Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.*

272. *Elle les abandonna à la prudence du magistrat.*
273. *Elle se borne à lui donner des conseils, pour éclairer sa religion.*
274. *Le droit romain tire ces conseils des qualités morales, qu'il recommande d'examiner dans le témoin.*
275. *Il n'indique point la parenté collatérale comme un fait de reproche particulier. Le frère même pourrait être témoin dans la cause du frère.*
276. *Le droit canonique suivit la disposition du droit romain.*
277. *Au contraire, l'un et l'autre droit privent les parens et quelques alliés du droit d'être juges. Il était sage de ne les point admettre pour juges, quoiqu'ils fussent admis pour témoins.*
278. *Dans le droit français, antérieur au Code, le nombre et la qualité des reproches n'étaient point spécifiés. On suivait les principes du droit romain sur l'exclusion du droit de témoignage, bien différente des reproches.*
279. *Dans le très-ancien droit français, on avait confondu l'exclusion du droit de témoignage avec les reproches. Texte de nos anciens praticiens. On y aperçoit quelques traces de la distinction entre les exclusions et les reproches.*
280. *La très-ancienne Coutume de Bretagne étendit à l'excès les exclusions du droit de témoignage. Elle en exclut les parens collatéraux, mais non les alliés. Comment la nouvelle en modifia les dispositions.*
281. *Dans le reste de la France, la parenté collatérale n'était qu'une cause de reproche non indiquée par la loi, et soumise, comme toutes les autres, au jugement du magistrat, jusqu'à l'ordonnance de 1667.*
282. *Cette loi fit cesser la confusion des exclusions du droit de témoignage avec les reproches, dont elle ne fixa ni le nombre ni la qualité.*
283. *Elle exclut ou priva du droit de témoignage les parens et même alliés en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, suivant le droit canonique; jusqu'au huitième, suivant le droit civil, malgré les sages réclamations des deux grands magistrats, MM. de Lamoignon et Talon.*

- 284. *Innovations introduites par cette ordonnance : 1°. prohibition d'entendre les parens collatéraux, jusqu'au quatrième degré ; 2°. extension de la prohibition aux alliés au même degré.*
- 285. *Système de notre nouvelle législation, sur les exclusions du droit de témoignage. Il est un droit civil dont personne ne peut être privé qu'en vertu d'une loi. L'exclusion est relative ou absolue.*
- 286. *La prohibition absolue est restreinte à la parenté ou à l'alliance en ligne directe, et à la qualité de conjoint. Sagesse de cette disposition.*
- 287. *La parenté et l'alliance en ligne collatérale ne sont plus que des moyens de reproches, que le magistrat ne peut suppléer.*
- 288. *Texte de l'art. 283 du Code de procédure, dans lequel on remarque deux dispositions : 1°. limitation du reproche, pour cause de parenté et d'alliance au sixième degré ; 2°. explication du cas où le conjoint qui formait l'alliance est décédé.*
- 289. *Résolution d'un doute que fait naître la rédaction amphibologique de l'art. 283, sur le second genre d'affinité, imaginé par les canonistes, entre l'un des conjoints et les alliés de l'autre.*
- 290. *Outre la parenté et l'alliance, l'art. 283 indique six autres moyens de reproche. Texte.*
- 291. *Cet article n'est point limitatif, mais seulement indicatif ou énonciatif.*
- 292. *Pourquoi il a énuméré les reproches qu'il indique.*
- 293. *Deux espèces de reproches : les généraux, indiqués par la loi ; les particuliers, qu'elle n'indique pas.*
- 294. *Différence entre ces deux espèces de reproches.*
- 295. *Les juges ne peuvent admettre, sans examen, un moyen particulier de reproche. La loi seule peut créer un moyen général de reproche. Arrêt de la Cour de cassation sur ce point.*
- 296. *Les juges ne sont pas obligés d'admettre les reproches généraux indiqués par la loi. Junge infra, n°. 299.*

378 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

297. Deux manières de répondre aux reproches. Exemple tiré du reproche d'avoir bu et mangé avec la partie.
298. L'indication que fait la loi d'un moyen de reproche n'est point une présomption légale de subornation ou de séduction contre le témoin. Art. 1352 du Code civil.
299. Les reproches généraux ne sont que des qualités que le juge doit examiner, dans la personne des témoins. Les juges peuvent, suivant les circonstances, admettre ou rejeter ces reproches.
300. Réfutation de l'opinion de M. Locré, qui pense que le juge est forcé d'admettre les reproches généraux, si le fait indiqué par la loi est vrai.
301. Les reproches généraux indiqués dans l'art. 283 ne sont pas les seuls que le juge puisse admettre. Opinion contraire de M. Locré réfutée.
302. La disposition de l'art. 283 n'est pas limitative, mais énonciative ou démonstrative. Règle pour connaître quand une disposition est démonstrative ou limitative.
303. Danger de ne pas admettre d'autres reproches que ceux indiqués par l'art. 283.
304. Examen des reproches indiqués par cet article, autres que l'alliance et la parenté.
305. Reproche d'avoir bu et mangé chez la partie. Origine de ce reproche.
306. Certificats donnés par le témoin; déposition écrite.
307. Le certificat doit avoir pour objet de s'assurer de la déposition du témoin; autrement il n'y a pas moyen de reproche. Exemples.
308. Le certificat reçu par un notaire est un moyen de reproche, comme le certificat sous seing privé.
309. Ni le notaire qui reçoit un acte, ni les témoins instrumentaires, ne sont assimilés à ceux qui ont signé des certificats. Ils peuvent être entendus en témoignage.
310. Quelle est la force de leurs dépositions?
311. Quid, si elles se trouvaient en contradiction avec les faits qu'ils ont attestés dans l'acte? Raisons pour et contre, sous l'ancienne jurisprudence.

De la Collision des témoignages. 379

- 312. *Sous la nouvelle, les dépositions du notaire et des témoins instrumentaires peuvent suffire pour faire déclarer un acte faux ou frauduleux.*
- 313. *Ou simulé, comme le contrat pignoratif fait pour masquer l'usure.*
- 314. *Du reproché fondé sur la qualité de serviteur ou de domestique.*
- 315. *Du reproche fondé sur l'état d'accusation, ou sur une condamnation judiciaire.*
- 316. *Examen de la doctrine des témoins nécessaires.*
- 317. *Nombre de témoins requis pour faire une preuve, tant sous l'ancienne que sous la nouvelle législation.*
- 318. *Opinion de M. Duranton sur ce point, examinée et rejetée.*
- 319. *Un commencement de preuve écrite, joint à la déposition d'un témoin, peut former une preuve.*
- 320. *Nos lois criminelles n'exigent point le concours de plusieurs témoins. Comment on peut motiver un jugement, lorsqu'il n'y a qu'un seul témoin.*
- 321. *Des cas où plusieurs faits particuliers sont nécessaires pour établir un fait principal. On ne regarde point comme isolée la déposition d'un seul témoin sur chaque fait particulier.*
- 322. *Les juges ne sont pas liés par le résultat de l'enquête, s'ils ne sont pas persuadés.*
- 323. *De la collision des témoignages.*
- 324. *Vice du Code de procédure, qui veut que les témoins soient entendus par un commissaire, et non à l'audience, en présence des juges et du public. Lois antérieures.*
- 325. *Lumières que peut donner la médiation des textes du droit romain, pour guider le juge dans le cas de collision des témoignages.*
- 326. *Circonstances qui peuvent lui procurer les moyens de discerner la vérité, et la préférence due aux témoins.*
- 327. *Si le nombre des témoins doit être un motif déterminant pour le juge.*
- 328. *Les qualités intérieures et morales sont le motif de préférence le plus sûr.*

580 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

529. *Quand le témoignage d'un magistrat est préférable à celui de l'homme privé.*

530. *Les qualités extérieures, civiles, politiques, etc., ne sont point à considérer, si elles ne sont accompagnées des vertus. Elles ne sont que le masque de l'homme intérieur.*

531. *Erreur de ceux qui pensent que le témoignage des grands et des nobles est préférable.*

532. *De la richesse et de l'extrême pauvreté du témoin.*

533. *Influence des qualités de la partie, sur le jugement qu'on porte des témoins qu'elle appelle.*

534. *Qualités des dépositions. Vraisemblance.*

535. *S'il faut préférer les témoins affirmatifs aux négatifs.*

256. APRÈS avoir examiné la nature de la preuve testimoniale, sa nécessité, ses inconvéniens et ses abus, la défense faite par la loi civile de l'admettre en certains cas, enfin, les exceptions que reçoit cette prohibition, il nous reste à rechercher les précautions dictées par la raison, pour qu'on puisse se fier au témoignage des hommes; les conditions exigées par la loi civile, pour que les dépositions des témoins puissent former une preuve; enfin, si les magistrats sont obligés d'y conformer leurs jugemens.

C'est dans la nature même de la preuve testimoniale et dans les dispositions de la loi civile que nous puiserons la solution de ces importantes questions.

Nous l'avons déjà dit, la preuve testimoniale ne peut jamais avoir le caractère d'une démonstration, parce qu'il n'est pas impossible, parce qu'il arrive même souvent que les témoins se trou-

pent ou qu'ils veulent tromper. Il ne peut donc résulter de leur témoignage tout au plus que cette certitude morale qui naît de l'analogie.

Lorsque, dans le calme des passions, nous n'écoutons que la voix de la raison et l'impulsion de la nature, nous sentons en nous-mêmes une grande répugnance pour trahir la vérité au préjudice d'un tiers, et nous avons observé que des personnes désintéressées, intelligentes et probes, ne s'accordent jamais pour tromper autrui et faire un mensonge.

Nous en concluons par analogie, avec une sorte de certitude morale, qu'un fait attesté par plusieurs témoins dignes de foi est véritable. Tel est le fondement de la preuve testimoniale (1).

237. Cette preuve ne tire donc sa force que d'une double présomption (2).

On présume du bon sens et de l'intelligence des témoins qu'ils ne se sont pas trompés, et qu'ils n'ont pas été trompés; on présume de leur probité qu'ils ne trompent point.

(1) La foi que nous ajoutons au témoignage d'une personne qui nous raconte un fait, est fondée sur le raisonnement suivant, que nous faisons sans y songer :

Les choses que raconte une personne qui connaît la vérité d'un fait, et qui ne veut pas la déguiser, sont vraies.

Or, tel témoin qui atteste le fait en connaît la vérité, et ne veut pas la déguiser : donc le fait est vrai.

Ce raisonnement serait convaincant et sans réplique, si nous avions la certitude, 1°. que le témoin connaît la vérité du fait; 2°. qu'il ne veut pas la déguiser. Pouvons-nous avoir cette double certitude? Non; mais, dans les affaires de la vie civile, *in rebus humanis*, on est dans la nécessité de suivre des probabilités..

(2) Domat, préliminaire du titre des preuves et des présomptions.

Les précautions à prendre pour qu'on puisse, avec prudence, se fier au témoignage des hommes et y ajouter foi, consistent donc à s'assurer,

1°. Que le témoin ne s'est pas trompé, et qu'il n'a pas été trompé ;

2°. Qu'il ne veut pas tromper.

238. Pour s'en assurer autant que possible, il est nécessaire de considérer trois choses dans la preuve testimoniale, la nature et la qualité des faits à prouver; la qualité et la personne des témoins; enfin, le témoignage en lui-même, et comparé à la déposition d'autres témoins ou à d'autres faits déjà constans.

Commençons par les faits :

239. Les faits à prouver peuvent être possibles ou impossibles, ordinaires et vraisemblables, ou extraordinaires et invraisemblables, récents ou anciens; ils peuvent s'être passés loin de nous ou près de nous; ils peuvent être particuliers ou publics, permanens ou transitoires, clairs et simples, ou compliqués; enfin, ils sont presque toujours accompagnés de circonstances qui influent plus ou moins sur le jugement qu'on en doit porter.

Tous ces points doivent être examinés avec beaucoup d'attention, pour bien juger du mérite d'un témoignage et du degré de confiance qu'on doit lui accorder.

240. Si le fait n'est pas possible, les témoins qui l'attesteraient ne sont pas croyables. La raison dit, et tous les auteurs enseignent unanimement, que la possibilité du fait attesté est la première condi-

tion, la condition la plus nécessaire pour qu'on puisse ajouter foi au témoignage des hommes. C'est un point de doctrine élémentaire, même dans les écoles de philosophie scholastique (1).

Rien de mieux attesté, rien en apparence de mieux prouvé que les faits qui servent de fondement aux prétendus miracles du diacre Pâris (2). Les témoins étaient des hommes instruits, des médecins, des notaires, des magistrats.

Cependant, si l'on en excepte quelques fanatiques séduits et trompés par leur enthousiasme, leurs préjugés, leur excessive crédulité, personne n'y a cru. Pourquoi? Parce que ces faits sont impossibles.

Il faut en dire autant de tous ces faits de sortilèges et de magie que des législateurs barbares, ignorans et superstitieux, avaient mis au rang des crimes de lèse-majesté divine, qu'on punissait des supplices les plus atroces (3):

Notre législation nouvelle a banni de nos Codes ces crimes imaginaires, et s'il était encore des hommes assez stupides, assez insensés pour hasarder

(1) *Prima conditio est ut factum quod refertur sit possibile*, porte la Philosophie de Lyon, réimprimée en 1814, à Paris, à l'usage principalement des séminaires, tom. I, pag. 75.

(2) Voy. la Vérité des miracles opérés à l'intercession de M. Pâris, imprimée en 1737, 2 vol. in-4°.

Ce livre est écrit par M. Carre de Montgeron, fils d'un maître des requêtes, intendant du Berry.

(3) Voy. l'Histoire des diables de Londun, etc., et de la condamnation d'Urbain Grandier, par la Menardaye, prêtre, 1750, in-12; Bayle, article *Grandier*; le Livre de Naudé, sur les grands hommes accusés de magie.

une action civile sur les dommages causés à ses moissons ou à ses bestiaux par de prétendus sortilèges, sa demande serait repoussée par la justice, comme fondée sur des faits impossibles.

241. Quoique les faits ne soient point par eux-mêmes impossibles, il peut résulter des tems et des circonstances une impossibilité des faits, telle qu'il serait absurde d'ajouter foi aux témoins qui les racontent.

Nous en donnerons pour exemple un fait tiré de l'affaire du comte de Morangiès, plaidée avec tant de force et d'éloquence par M. Linguet, célèbre avocat de Paris.

Il s'agissait de savoir si M. de Morangiès avait reçu une somme de 300,000^l, pour laquelle il avait donné à la veuve Veron des billets qu'il soutenait escroqués. Dujonquai, petit-fils de cette veuve, prétendait avoir lui-même, seul et à pied, porté cette somme en or à M. de Morangiès, dans son hôtel, au haut de la rue Saint-Jacques, en treize voyages, depuis sept heures et demie jusqu'à près d'une heure, c'est-à-dire environ cinq heures et demie, au plus six heures. Le fait était peu vraisemblable; Linguet prouva qu'il était impossible, et voici comment :

Dujonquai disait qu'il avait divisé la somme en treize sacs, de six cents louis chaque, et en vingt-trois autres sacs de deux cents louis (1). A chaque

(1) Il en restait vingt-cinq, que Dujonquai disait avoir gardés comme gratification accordée par M. de Morangiès.

voyage, il mettait, disait-il, un sac de deux cents louis, c'est-à-dire trois livres quatre onces dans chacune des poches de sa veste, lesquelles, suivant la mode du tems, battaient sur les cuisses d'une manière incommode et gênante, et un sac de six cents louis sous son bras, dont, à ce moyen, les mouvemens se trouvaient gênés par un fardeau de près de dix livres.

La distance mesurée de l'allée de la maison où Dujonquai prenait les sacs, au pied de l'escalier de M. de Morangiès, était de cinq cent seize toises, qui, multipliées par vingt-six, somme des treize voyages doublés par l'allée et la venue, donnent treize mille quatre cent seize toises, c'est-à-dire plus de cinq lieues et demie de deux mille quatre cents toises, qu'on évalue ordinairement, pour un bon marcheur, à une heure de chemin.

Ainsi Dujonquai, débarrassé de tout obstacle, n'eût eu qu'à peine le tems nécessaire pour achever cette course dans cinq à six heures, même sans prendre aucun repos, aucune espèce de rafraîchissement. Cependant, malgré cette invraisemblance frappante, il ne paraît point jusqu'ici d'impossibilité physique.

Mais, 1°. en allant, Dujonquai avait à descendre soixante-trois marches de chez lui, et vingt-sept à monter chez M. le comte de Morangiès, total quatre-vingt-dix. En revenant, la descente et la montée changeaient, mais le même nombre de marches se retrouvait toujours; en sorte que leur nombre, multiplié par vingt-six pour l'aller et le retour, donnaient deux mille trois cent quarante marches.

Or, l'expérience prouve que, pour monter au haut des tours de Notre-Dame, qui n'ont que trois cent quatre-vingt-neuf marches, on emploie huit à neuf minutes. C'était donc environ une heure à ôter des cinq à six heures qu'avaient duré les treize voyages.

2°. Dujonquai avait à monter la rue Saint-Jacques, dont la pente est très-roide, ce qui ralentit nécessairement la marche d'un homme chargé et embarrassé par les sacs qu'il portait dans ses poches et sous son bras ;

3°. Cette rue, très-passante, est habituellement, le matin sur-tout, embarrassée d'allans et de venans, dont le nombre occasionne des déviations infinies ; chacune, prise à part, est peut-être un point imperceptible ; mais, au bout de cinq à six heures, il forme une somme considérable, qu'on peut évaluer à un dixième de la totalité du chemin direct ; ce qui fait environ une-demi-lieue à ajouter aux cinq lieues et demie que donne la distance prise géométriquement et à vol d'oiseau ;

4°. Le matin même où Dujonquai faisait ces courses, les embarras journaliers et ordinaires de la rue Saint-Jacques étaient augmentés par soixante à quatre-vingts ouvriers, occupés à voiturer, à force de bras, une pierre énorme destinée pour l'église de Sainte-Geneviève, aujourd'hui le Panthéon, par leurs cabestans et autres machines nécessaires à la manœuvre, par la foule immense de curieux que ce spectacle attirait ; circonstance remarquable, qui, même en supposant que Dujonquai n'eût pas cédé à la tentation de s'arrêter quelques mo-

mens, pour considérer ce spectacle extraordinaire, devait nécessairement lui occasionner un retardement qu'on ne peut évaluer à moins de sept à huit minutes à chaque voyage ; ce qui donne deux heures et demie pour les vingt-six voyages ;

5°. Dans sa maison, dans celle du comte de Morangiès, il fallait à Dujonquai ouvrir et fermer les portes en entrant et en sortant ; il fallait du tems pour prendre les sacs, pour les arranger dans ses poches, pour les en ôter, pour les poser sur la table du comte de Morangiès, qui, par une supposition contraire à toute vraisemblance, les comptait dans l'intervalle d'un voyage à l'autre, et non en présence de Dujonquai.

Il fallait encore du tems à ce dernier pour prendre et recevoir les reconnaissances que le comte donnait à chaque voyage ; il en fallait pour les lire et s'assurer si elles étaient conformes ; il fallait qu'en arrivant chez lui, Dujonquai les remit à quelqu'un ou les déposât dans un tiroir ou dans un carton ; toutes ces distractions lui faisaient nécessairement perdre quelques minutes.

En sorte qu'en les additionnant avec scrupule, en comptant le tems employé à la prise et à la déposition des sacs, à l'ouverture et la fermeture des portes ; à la réception des reconnaissances, à l'action de les lire, de les serrer ; à ses entretiens avoués avec plusieurs personnes ; tout cela joint aux autres obstacles dont nous avons parlé, rendait évidemment et physiquement impossible que Dujonquai eût, comme il l'affirmait, porté les 300,000^f chez le comte de Morangiès.

242. Il n'est pas même nécessaire que les faits soient d'une impossibilité absolue, pour détruire la confiance due à la preuve testimoniale.

Leur invraisemblance peut être telle qu'il serait contre toute raison d'y ajouter foi; mais les nuances et les degrés de vraisemblance sont si difficiles à saisir et sur-tout à fixer; ils varient de tant de manières et par tant de causes différentes, qu'il est impossible de tracer des règles sur ce point important.

Les exemples mêmes qu'on pourrait donner ne répandraient qu'une lumière incertaine et faible, trompeuse peut-être, parce que les nuances fugitives de la vraisemblance ne peuvent jamais être les mêmes dans des espèces et à l'égard de personnes différentes.

C'est ici sur-tout que la sagacité de l'esprit, développée par l'habitude des affaires, la connaissance du cœur humain en général, et celle du caractère des personnes en particulier; enfin l'expérience, qui forme la maturité du jugement, sont des qualités nécessaires dans le magistrat, et dans tous ceux qui ont à juger de la foi qu'on doit ajouter aux témoignages de telles ou telles personnes.

Ils doivent toujours avoir présent à l'esprit un principe incontestable, dicté par la raison, c'est que les motifs de crédibilité augmentent ou diminuent en raison de la vraisemblance ou de l'invraisemblance des faits.

Le témoignage de quelques personnes instruites et véridiques suffit pour me faire croire des faits

simples et ordinaires ; mais pour être croyables , les faits extraordinaires , c'est-à-dire ceux qui s'écartent de l'ordre physique ou moral , doivent être attestés par des autorités plus nombreuses , par des personnes plus instruites et plus difficiles à tromper.

243. L'époque, le lieu où les faits se sont passés, peuvent beaucoup influencer sur la foi plus ou moins grande due aux témoins qui les rapportent.

Si les faits sont récents, s'ils se sont passés dans le lieu où les témoins sont entendus, ou dans un lieu voisin et peu éloigné, la déposition des témoins mérite plus de confiance.

On doit naturellement penser qu'ils ont plus de répugnance à déguiser la vérité, dans un lieu où leur témoignage est exposé à la critique, où il peut être censuré, et même démenti par des personnes qui, comme eux, ont été témoins des faits, ou qui les ont appris d'autres témoins oculaires.

Cette crainte salutaire diminue par l'éloignement du tems et du lieu où les faits se sont passés.

244. D'ailleurs, la véracité des témoins est d'autant plus douteuse et moins probable, que les faits sont plus anciens, plus éloignés du tems où ils les rapportent.

La mémoire de l'homme est si fragile ; il est si aisé d'oublier quelques circonstances d'un fait qui n'est plus, que les témoins peuvent, de la meilleure foi du monde, sans le vouloir, sans le savoir, altérer la vérité, en rapportant des faits passés depuis long-tems.

Qu'est-ce donc, s'ils ont ou s'ils croient avoir intérêt à la déguiser? J'ai mille fois éprouvé que je ne pouvais pas me fier à ma propre mémoire, sur les circonstances d'un fait, quelquefois sur le fait même entièrement oublié, quoique encore peu éloigné, que je dois naturellement, quand il s'agit des intérêts d'un tiers, me méfier de la mémoire d'autrui, me tenir en garde contre les erreurs, le défaut de mémoire, les oublis involontaires des personnes en qui, d'ailleurs, j'ai le plus de confiance.

245. Les faits, tant simples qu'extraordinaires, peuvent être transitoires ou permanens.

Les faits permanens sont ceux qui continuent d'exister, et dont on peut, par conséquent, s'assurer en tout tems. Ils sont moins difficiles à croire que les transitoires.

La facilité de s'assurer par soi-même de la vérité, ou de la fausseté du témoignage de ceux qui les rapportent, doit rendre les témoins plus circonspects, et disposer les autres à prendre confiance dans leur rapport.

Les faits transitoires, au contraire, ceux qui n'ont existé qu'un instant, offrent moins de motifs de crédibilité; parce que, ne pouvant s'en assurer par soi-même, on en est réduit à suivre la foi d'autrui.

Plus leur durée a été courte, plus la réalité de leur existence peut paraître douteuse, moins le témoin qui les rapporte inspire de confiance, parce qu'il a pu se tromper plus facilement, parce qu'un moins grand nombre de personnes ont pu en être témoins.

246. Remarquons encore une grande différence entre les faits qu'on peut appeler clandestins, parce qu'ils se sont passés dans un lieu désert ou écarté, hors de la présence du public, et les faits qui se sont passés publiquement dans un lieu accessible au public, en présence d'un grand nombre de personnes.

C'est alors sur-tout qu'un témoin, jaloux de sa réputation, devient plus circonspect dans son témoignage, et qu'il fait plus d'attention à rapporter les faits tels qu'il les a vus, avec toutes les circonstances qu'il a remarquées, dans la crainte de voir son témoignage critiqué, censuré par le public.

Il faut avoir des motifs bien forts, l'esprit de parti, par exemple, pour se porter à mentir ou à déguiser la vérité; au lieu que le témoin isolé d'un fait passé dans un lieu écarté, est dégagé de tout respect humain, et peut impunément altérer, déguiser, taire, en un mot, trahir la vérité, sans pudeur et sans crainte de se voir démentir, pour peu qu'il ait ou qu'il croie avoir quelque intérêt secret au mensonge.

Mais aussi, à l'égard des faits qui se sont passés en public, l'esprit de parti, que nous prenons ici dans un sens beaucoup plus étendu que celui qu'on donne ordinairement à ce mot, peut opérer une grande variété, une grande collision dans les témoignages. Nous en parlerons dans la suite.

247. Enfin, il faut examiner avec grand soin toutes les circonstances du fait en question.

Ce sont elles, la plupart du tems, qui nous font juger de la possibilité ou de l'impossibilité du fait,

de sa vraisemblance plus ou moins grande, et de la véracité des témoins qui les rapportent.

Mais ce que nous avons à dire sur ce point important sera mieux placé avec les observations que nous aurons à faire sur le témoignage, considéré tant en lui-même que comparé à la déposition d'autres témoins ou d'autres faits déjà constans.

248. Passons à l'examen des précautions nécessaires pour nous assurer autant que possible que les témoins ne sont ni trompés ni trompeurs; qu'ils connaissent la vérité, et qu'ils ne veulent ni la trahir ni la déguiser.

La première, sans contredit, est de s'assurer qu'ils connaissent les faits. Or, les faits ne sont pas susceptibles de démonstration; nous ne pouvons les connaître que par les sens.

Il est donc impossible de connaître ou de savoir un fait, d'en avoir une connaissance proprement dite, sans avoir été présent quand il s'est passé, et de plus, sans l'avoir vu; car il est possible qu'un témoin ait été présent sans avoir vu.

Il faut encore, pour le rapporter avec exactitude et fidélité, qu'il ait fait attention à toutes ses circonstances, et qu'il les ait gravées dans la mémoire.

C'est ce qu'on présume d'un témoin en présence de qui le fait s'est passé; mais le témoignage de celui qui n'était pas présent ne mérite aucun égard.

Si une autre personne lui raconte le fait, il n'en a pas acquis par là une connaissance personnelle; il ne peut savoir qu'une chose avec certitude, c'est que telle personne lui a raconté un fait dont elle

disait avoir été témoin, qu'elle disait avoir vu ou appris d'un autre qui l'avait vu.

Or, ce n'est point la réalité de ce récit qu'il s'agit de prouver, c'est la vérité du fait raconté; et ce fait, celui qui le rapporte sur la foi d'autrui ne peut le connaître personnellement. Il peut seulement affirmer qu'il croit le fait véritable, parce qu'il a confiance dans la personne qui le lui a raconté.

Mais le témoin est appelé pour dire ce qu'il sait, et non ce qu'il croit; sa déposition ne peut donc servir que de renseignement ou d'indication, pour recourir à ceux qui se sont dits témoins oculaires du fait, dont le récit d'ailleurs peut avoir été mal compris, mal entendu, ou mal rapporté. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

Ainsi, premier principe en cette matière : Pour qu'une déposition mérite quelque confiance, il faut que le témoin ait été présent au fait qu'il raconte (1).

Il faut encore, comme dit notre poëte comique, *qu'il l'ait vu, de ses propres yeux vu, ce qui s'appelle vu* (2).

(1) La foi même due aux actes reçus par des notaires, n'est irréfutable qu'à l'égard des faits qui se sont passés en leur présence, *tempore gesti instrumenti*. Voy. tom. VIII, n°. 148.

(2) *Scio, quia præsens fui et vidi*. Si l'on veut des autorités à l'appui d'un principe dicté par la raison, on peut voir Wolf, *Jus nat.*, part. 5, n°. 1023 et suiv.; S'gravesande, n°. 542.

On peut voir encore, dans le décret de Gratien, caus. 3, quest. 9, caus. 15, un passage de la seconde épître du pape Calixte, aux évêques de France, qui porte : « *Testes per quamcunque scripturam testimonium*

249. Personne n'ignore que le sens de l'ouïe est infiniment plus trompeur que celui de la vue; de là cet axiôme, que le témoignage d'un seul témoin oculaire a plus de force que celui de dix témoins auriculaires; car, quoiqu'il y ait des faits qui tombent sous le sens de l'ouïe, comme les injures verbales, les cris séditieux, ceux d'une personne qu'on frappe, les coups qu'elle reçoit, le bruit des armes, etc., il est si facile au témoin le plus intégrè, qui n'est guidé que par le sens de l'ouïe, de se méprendre dans le jugement qu'il porte sur l'auteur du méfait, que l'expérience de tous les tems nous démontre le peu de confiance que méritent les témoins simplement auriculaires, et combien leur témoignage est peu sûr.

Ce que nous disons des témoins auriculaires, s'entend de ceux qui parlent de ce qu'ils ont eux-mêmes entendu, et non de ceux qui ne déposent que sur la foi d'autrui, sur un simple ouï-dire.

Car on doit distinguer trois sortes de témoins auriculaires :

- 1°. Ceux qui ont eux-mêmes entendu, *testes ex auditu proprio* ;
- 2°. Ceux qui déposent *ex auditu partis* ;
- 3°. Ceux qui déposent *ex auditu alieno*.

» non proferant, sed præsentēs de his quæ noverunt et viderunt, ver
» citer testimonium dicant. Nec de aliis causis vel negotiis dicant tes
» monium, nisi de his quæ sub præsentia eorum acta esse noscuntur.
Fid. Pyrrhing, X de test., n.º 131.

Les docteurs avaient mis en question de savoir si un aveugle peut être témoin. *Voy. Mascardus, de probat., conclus. 278, n.º 7; Pyrrhing, X de test., sect. 1, n.º 6.*

250. Les témoins *ex auditu proprio* peuvent avoir, en même tems, vu et entendu les circonstances du fait.

Si, par exemple, dans le cas proposé d'un fait d'injures, le témoin qui le raconte était présent au lieu même de la scène; s'il a vu l'injuriant, ses gestes, son maintien, etc., et entendu les paroles injurieuses et les menaces sortir de sa bouche; s'il a vu l'injurié et sa contenance, entendu ses réponses et ses plaintes.

Il est évident qu'un tel témoin, qui a acquis la connaissance du fait, et des circonstances du fait, par le moyen de plusieurs sens, a plus d'autorité, et mérite plus de confiance que celui qui n'a connu les faits que par le sens de l'ouïe, si sujet à l'erreur, et qui a pu le tromper, même à son insu, si, sans les voir, il a, d'un lieu voisin, entendu seulement, et cru reconnaître les menaces et la voix de l'injuriant.

La voix et les accens de l'homme sont sujets à tant de variations et d'altérations, suivant les passions qui l'agitent, suivant sa bonne ou mauvaise santé, suivant l'éloignement des lieux, plus ou moins grand, suivant enfin la nature des obstacles qui empêchent de voir celui dont nous croyons entendre la voix et les accens, qu'il est infiniment aisé de s'y méprendre.

La déposition d'un pareil témoin ne mérite donc aucune confiance, à moins qu'elle ne soit fortifiée par d'autres circonstances qui lui donnent la force d'un témoignage *de visu*; par exemple, si le té-

moins s'est de suite transporté sur le lieu de la scène; s'il en a vu les acteurs.

251. Le témoignage *ex auditu partis* mérite plus de confiance, et peut former une preuve, lorsque c'est l'auteur du fait qui l'a lui-même raconté au témoin.

Vous me faites voir, en présence de Caius, un bijou précieux que vous avez, nous dites-vous, acheté de Sempronius. Titius prouve qu'il a perdu ce bijou, qui lui appartenait. Il le revendique vers vous, en vertu de l'art. 2279 du Code civil. Vous prétendez l'avoir acheté 1,200^f, à Paris, d'un bijoutier du Palais-Royal. Vous offrez de le prouver par des témoins qui vous ont vu le rapporter de Paris; vous en concluez que Titius doit vous rendre le prix qu'il vous a coûté. Titius répond que, de votre aveu, vous avez acheté le bijou de Sempronius, qui n'est point marchand bijoutier, et que par conséquent vous devez le rendre, sauf, pour la restitution du prix, votre recours contre Sempronius, qui vous l'a vendu (2279).

Nul doute que mon témoignage et celui de Caius ne puissent vous être opposés avec succès, si vous n'en prouvez pas la fausseté.

Vous objecteriez en vain que l'objet de la demande est d'une valeur supérieure à 150^f, et que l'art. 1355 porte :

« L'allégation d'un aveu extrajudiciaire *purement verbal* est inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. »

On vous répondrait avec succès que s'il s'agit d'une chose excédant la valeur de 150^f, la preuve testimoniale n'en est pas moins admissible dans le cas particulier ; car il s'agit de savoir si celui qui a perdu un meuble peut prouver que ce meuble a été vendu par Sempronius , à vous qui en êtes actuellement possesseur.

Or, l'affirmative ne paraît pas douteuse ; car la vente est un fait dont le propriétaire originaire n'a pu se procurer une preuve littérale (1348).

252. Mais le possesseur d'un meuble perdu peut-il être admis à prouver, contre le propriétaire originaire, qu'il l'a acheté dans une foire, dans un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles ? Oui, sans doute, car il n'est pas d'usage de passer acte des ventes de meubles faites au comptant : la loi ne l'exige pas ; elle en dispense même, en établissant pour règle générale qu'en fait de meubles la possession vaut titre. (Art. 2279).

255. Nous avons déjà dit un mot en passant des témoins qui déposent *ex auditu alieno*, et nous avons fait voir que leur déposition ne mérite aucune confiance par elle-même ; qu'elle ne peut servir que d'indice ou d'indication, pour recourir aux témoins oculaires.

Telle est aussi la doctrine des légistes et des canonistes (1), qui, sur ce point, sont parfaitement

(1) Voy. Pyrrhing, sur les Décrétales de Grégoire IX, liv. 2, tit. 20, de test., n^o. 151.

398 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale,
d'accord avec la raison. Ils divisent les témoins en
deux classes (1).

Ceux qui déposent d'après leur propre connais-
sance, *ex scientiâ*, qui attestent savoir un fait, pour
en avoir acquis la connaissance par leurs propres
sens (2), par la vue, par l'ouïe.

Ce sont les témoignages de cette espèce qui sont
requis pour former une preuve, parce qu'on ne
peut avoir que par les sens la science, ou la con-
naissance des faits qui tombent sous les sens.

L'autre classe de témoins contient ceux qui dé-
posent sur la foi d'autrui, *testes de credulitate*, qui
attestent qu'ils croient que le fait s'est ainsi passé,
parce qu'ils l'ont ouï dire par des personnes dignes
de foi.

Quel que soit le nombre de ces témoins, leur té-
moignage ne forme point une preuve, parce qu'un
témoin doit déposer ce qu'il *sait*, et non pas ce
qu'il *croit*.

Croire et *savoir* sont deux choses très-différentes:
la croyance, *credulitas*, a pour fondement des con-

(1) *Testes alii sunt de scientiâ qui videlicet deponunt se scire rem illam gestam esse, eò quod proprio sensu, verbi gratiâ, visu vel auditu deprehenderunt. Tale testimonium requiritur ad probationem, quia non possunt testes esse certi de facto externo et sensu perceptibili, nisi per aliquem sensum corporeum.*

Alii sunt testes de credulitate qui deponunt se credere ita se rem habere, qui scilicet à fide dignis audiverint, et tales testes nullum à proprietate testium deficiunt....., quia testis de suâ, non de alienâ scientiâ, deponere debet, etc. etc.

(2) *De his quæ noverunt et viderunt, id est quæ aliquo sensu corporeo perciperunt, Pyrrhing, ubi suprâ, n°. 127.*

jectures probables ; la science a pour base la certitude que nous n'acquérons que par les sens ou par la raison.

Celui qui n'a ni vu ni entendu les faits , ne peut donc jamais les *savoir* : il peut seulement les *croire*, sur la foi de ceux qui les ont vus.

Or , si la déposition même d'un témoin oculaire, qui *sait* les faits parce qu'il les a vus , ne produit le plus souvent qu'une présomption de vérité, une vraisemblance , une probabilité plus ou moins forte, suivant le plus ou moins de confiance que nous inspire sa véracité ; cette vraisemblance, cette probabilité diminuent et s'évanouissent quand celui qui nous raconte les faits ne les a pas vus lui-même, quand il ne les tient que de la bouche d'un tiers, qui disait les avoir vus , et en qui il a confiance. Car , en les supposant tous les deux de bonne foi , les objections qui s'élèvent contre la foi due au témoignage des hommes , en général , les difficultés de s'assurer que les témoins ne sont ni trompeurs ni trompés , s'augmentent et se multiplient à un degré toujours croissant , en raison de la succession plus ou moins éloignée des témoignages successifs par où les faits nous parviennent.

Ajoutez qu'il arrive toujours que les faits s'altèrent en passant de bouche en bouche, parce qu'on y ajoute ou qu'on en retranche quelque chose , comme le prouve l'expérience de tous les tems.

En sorte que c'est un axiôme de vérité , fondé sur la raison et sur l'observation, qu'un témoignage est moins digne de foi , à proportion qu'il passe par

la bouche d'un plus grand nombre de personnes avant de parvenir jusqu'à nous.

Ainsi, quel que soit le nombre des témoins qui, n'ayant pas vu les faits, les ont seulement ouï dire à des personnes qu'ils croient dignes de foi, leur témoignage ne peut former une preuve (1), mais seulement un indice ou une indication, pour recourir aux témoins oculaires ou à d'autres preuves.

254. Il y a cependant quelques cas rares où ces sortes de dépositions peuvent être admises et faire foi, non seules et par elles-mêmes, mais lorsqu'elles sont jointes à un fait permanent; par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver l'ancienneté d'un ouvrage non existant; c'est le cas de la loi 28, *ff de probat.*, 22. 3, de la loi 2, § 8, *ff de aquâ*, 39. 3; en un mot, quand les témoignages *ex auditu alieno* viennent au soutien d'une *possession* actuelle et immémoriale.

Nous en avons, tom. III, n°. 627, cité un exemple; qui pourra se présenter sous l'empire du Code.

L'article 691 déclare imprescriptibles les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues. En Bretagne, au contraire, certaines

(1) C'est aussi la doctrine de Pothier, n°. 786. C'est celle de tous nos bons auteurs français. M. Merlin, dans le nouveau Répertoire, v°. *Preuve*, pag. 653 de la 3^e. édition, dit : « La seule raison de science » qui puisse mériter les égards de la justice; dans un témoin, est, ou » qu'il a vu, lorsqu'il s'agit d'un fait qui tombe sous les yeux, ou qu'il » a entendu, lorsque le fait est de nature à tomber sous le sens de » l'ouïe, comme une injure, un discours.... Il ne peut résulter aucune » preuve de la déposition d'un témoin qui parle d'un fait d'après d'au- » tres personnes de qui il l'a entendu dire. »

servitudes discontinues, notamment le droit de passage, s'acquerraient par la prescription de quarante ans.

Ceux qui l'avaient acquis de cette manière devaient donc être maintenus dans leurs droits, en prouvant que leur possession remonte aux quarante ans antérieurs à la promulgation du Code; ainsi le veut l'art. 691 : « Sans cependant, dit-il, » qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes » de cette nature, déjà acquises par possession dans » les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière. »

Quand la promulgation du Code sera devenue tellement éloignée, qu'il ne sera plus possible de trouver des témoins oculaires, qui aient vécu quarante ans avant cette époque, on sera forcé d'admettre des témoins *de auditu alieno*, qui auront entendu dire à des vieillards que ces derniers ont vu exercer le passage en question dans tous les tems, et même qu'ils ont entendu dire à leurs devanciers que ce droit a toujours été exercé sur l'héritage servant, par le propriétaire ou par ceux qui jouissaient de l'héritage dominant.

Ces témoignages, joints à la possession actuelle du droit, formeront la preuve de ce qu'on appelle *une possession immémoriale* (1), pour laquelle on

(1) L'art. 691 dit que la possession, même *immémoriale*, ne suffit pas pour établir les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes. Cette disposition est conforme à l'art. 186 de la Coutume de Paris, qui porte que le droit de servitude ne s'acquiert sans titre par longue jouissance, même de cent ans. Il suit de là que, dans les pays régis par cette Coutume ou autres semblables, on ne pouvait

n'exige pas que les témoins disent l'époque précise du mois, de l'an, *quo die, quo consule* (1), où le droit a été exercé. Il suffit qu'ils disent qu'ils l'ont vu exercer dans tous les tems, et que ces tems remontent ou soient censés remonter avant la promulgation du Code.

255. Si l'on admet le témoignage *de auditu alieno*, à l'égard des faits anciens qui excèdent l'âge et la mémoire des hommes (2), les auteurs exigent néanmoins plusieurs conditions pour donner de la force à ce témoignage : il en faut quatre (3).

1°. Que le témoin qui dépose d'un fait ancien, l'ait appris de personnes présentes et qui l'ont vu par elles-mêmes ;

2°. Que le témoin nomme les personnes qui le lui ont appris ;

demandeur à prouver par témoin que la possession d'une servitude remonte à quarante ans ou plus, avant la promulgation du Code, parce que cette preuve serait inutile, et ne suffirait ni pour établir la servitude, ni pour montrer qu'elle était établie auparavant.

Mais il en est autrement dans les pays où les servitudes s'acquerraient par prescription. La preuve d'une possession remontant à quarante ans, avant la promulgation du Code, n'a pas pour but d'établir la servitude, mais de faire voir qu'elle était établie dès avant le Code, et qu'elle doit être maintenue, conformément au même art. 691, qui ajoute qu'on ne peut attaquer aujourd'hui les servitudes déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

(1) Loi 28, *ff de probat.*, 22. 3 ; loi 3, § 8, *ff de aquâ*, 39. 3.

(2) *De factis antiquis ætatem et memoriam hominum, qui de facto vivunt excedentibus*. Pyrthing, sur les Décrétales de Grégoire 1^{er}, *de test.*, n°. 35, lib. 2.

(3) Voy. le Répertoire de jurisprudence, v°. *Preuve*, pag. 655, 3^e. édition ; Pyrthing, *ubi supra*, n°. 138 ; le chapitre licet 47, *l. de test.*, lib. 2, tit. 20.

5°. Que ces personnes soient dignes de foi, et qu'il y en ait plusieurs, au moins deux;

4°. Il faut qu'il y ait impossibilité de les entendre elles-mêmes en témoignage.

Avec ces conditions, cette preuve ne présente point d'inconvéniens, et elle est nécessaire; mais il faut sur-tout qu'elle soit soutenue par la *possession actuelle*. Ainsi, dans l'exemple proposé, celui qui demande à prouver qu'un droit de passage remonte aux quarante ans antérieurs à la promulgation du Code, doit être actuellement en possession de ce droit, ou en avoir été dépossédé depuis peu de tems.

256. Si la présence du témoin fait présumer qu'il connaît les faits, de manière à les avoir gravés dans la mémoire, et à les raconter avec exactitude et fidélité, cette présomption devient plus forte s'il a des motifs particuliers d'y faire une attention sérieuse.

C'est par cette raison qu'on a toujours accordé plus de confiance à la déposition des personnes spécialement appelées pour être présentes (1), et pour rendre témoignage d'un fait, qu'à la déposition des personnes qui ne l'ont vu qu'en passant et par hasard.

(1) *Rogati ut in testamentis, non fortuiti et transeuntes, etc.*, dit l'Authentique, *Cod. de test.*, l. 20.

Hæc inania, et ex transitu perhibita testimonia, nullâ modis omnibus ratione valere, ut propter aliud quoddam opus adinveniens, audiat aliquos dicentes.....; hæc, namque apertè nobis suspecta sunt, et nullâ dignâ ratione, dit Justinien, *Nov. 90, cap. 2.*

Ce n'est cependant que pour les testamens, pour les actes notariés, et pour en assurer l'authenticité, que nos lois exigent cette vocation spéciale des témoins. Il était impossible de l'exiger pour la preuve des faits ordinaires, qui sont rarement prévus d'avance. On est donc forcé de se contenter en justice des témoins fortuits que le hasard procure : *Ad fidem rei gestæ faciendam, etiam non rogatus testis intelligitur. Loi 11, ff de test., 22. 5.*

Il est néanmoins utile de rappeler le degré de confiance que méritent au-dessus des autres les témoins appelés. Ce principe est sur-tout applicable quand il s'agit d'un fait compliqué, tel que la teneur ou les clauses d'un acte, d'un titre perdu.

Nous avons eu ailleurs l'occasion de remarquer qu'il est toujours prudent, même encore aujourd'hui, d'appeler des témoins pour être présens aux actes sous seing privé, et même de les faire souscrire par ces témoins. En cas de perte de l'acte, en cas de dénégation de l'écriture ou des signatures, la déposition des témoins appelés pour être présens à l'acte, est d'une tout autre confiance que celle des témoins fortuits, qui n'avaient aucune raison particulière pour faire attention aux clauses de l'acte.

Il arrive encore souvent qu'on appelle des témoins pour constater un fait de dommage, ou qu'on arrête un passant en invoquant son témoignage, pour se mettre, par la crainte que sa présence peut inspirer, à l'abri des mauvais traitemens qu'on a lieu de redouter ou dont on est menacé. Il est naturel de penser que les personnes ainsi appe-

lées ont porté plus d'attention aux faits, et qu'elles les connaissent mieux que les personnes qui ne les ont vus qu'en passant. Ces réflexions sont utiles quand il s'agit de peser les témoignages et de les juger.

257. Les développemens que le témoin donne aux faits sont encore de puissans moyens de juger s'il en a une connaissance suffisante, pour ne pas craindre qu'il se soit ou qu'il ait été trompé.

Quelle confiance peut-il mériter, s'il énonce séchement le fait dégagé de ses circonstances au moins principales? Le trop de sécheresse dans sa déposition induit naturellement à penser, ou qu'il n'a point porté une attention suffisante aux faits, ou qu'il manque de mémoire, ou qu'il veut taire quelques circonstances importantes.

Il est donc de la plus grande importance que le témoin s'explique non seulement sur le fait, mais encore sur les circonstances du fait, sur le lieu, sur le tems. Telles circonstances qui paraissent souvent indifférentes en elles-mêmes, servent souvent ou peuvent servir à soulever le voile qui cache la vérité.

Le nom d'un arbre servit au jeune Daniel à démontrer l'innocence de Suzanne.

Elles peuvent servir à démontrer l'impossibilité du fait (1); elles servent presque toujours à juger du degré de confiance que mérite la déposition du té-

(1) Nous en avons vu, *suprà*, un exemple tiré de la cause du comte de Morangiès.

moins, du degré d'attention qu'il a porté aux faits, de la sûreté ou du peu de fidélité de sa mémoire.

258. On peut en juger encore par sa manière de s'exprimer. Pour qu'un témoin inspire de la confiance, pour qu'il fasse foi, il faut qu'il dépose d'une manière certaine, déterminée et sans équivoque.

Quelle confiance peut-il inspirer, s'il vacille (1), si sa déposition ne présente rien de concluant, rien de certain ; si elle n'est pas conçue en termes affirmatifs ; si, par exemple, il disait : *Il se peut faire, il me semble, si je m'en souviens bien, si je ne me trompe ?*

Ces formules dubitatives, et autres manières de parler semblables, qui excluent la certitude, affaiblissent et même peuvent détruire la confiance qu'on pourrait avoir d'ailleurs dans le témoignage de celui qui s'en sert ; car la preuve testimoniale étant de sa nature très-incertaine, et ne produisant, à vrai dire, qu'une présomption, lors même que la déposition est affirmative, si le témoin annonce le moindre doute (2), la moindre incertitude dans son récit et dans sa manière de s'exprimer, il ne peut pas résulter même une présomption de son témoignage.

259. Inutilement ajouterait-il qu'il *croit* ce qu'il raconte.

(1) Voy. Muryart de Vouglans, Institutes au droit criminel, pag. 521 ; le Répertoire de jurisprudence, v^o. *Preuve*, pag. 653, 5^e. édition.

(2) Quelquefois aussi les formules dubitatives décèlent le désir de déguiser la vérité. J'en ai vu des exemples. Ce sont des demi-aveux.

Ce n'est point ce qu'il croit, mais ce qu'il *sait*, et ce qu'il sait de science certaine, qu'on demande au témoin, et qu'on attend de lui : *Testes debent deponere, sic esse, vel non esse; non autem, se credere aut non credere*, disent fort bien les docteurs (1).

260. Il doit même rendre raison de la manière dont il le sait : *Debet reddere rationem scientiæ suæ* (2); autrement sa déposition ne mérite pas de confiance.

Nos anciennes ordonnances (3) voulaient même
« que tous les commissaires qui examineront té-
» moins, soient tenus de les interroger de la rai-
» son de leurs dits et dépositions, et *icelles raisons*
» rédiger par écrit, avec la déposition desdits té-
» moins, sous peine d'amende arbitraire. »

Or, quand il s'agit de faits qui tombent sous les sens, comme on ne peut les connaître avec certitude que par les sens, la seule raison de science qui puisse mériter les égards de la justice dans la bouche d'un témoin, est ou qu'il a vu, lorsqu'il s'agit d'un fait qui tombe sous le sens de la vue, *scio, credo, quia vidi et præsens fui*; ou qu'il a entendu, lorsque le fait est de nature à tomber sous le sens de l'ouïe, comme une injure, un discours.

(1) Mascardus, *de probat., conclus.* 1370, nos. 3 et 8, *conclus.* 1376; Vinnius, *partit. jur., pag.* 759.

(2) Pothier, sur les Pandectes, au titre *de test.*, n^o. 16.

(3) Voy., dans le Recueil de Néron, l'ordonnance de Louis XII, de l'an 1498, art. 15; l'ordonnance de François I^{er}, de 1555, chap. 7, art. 6.

En un mot, disent encore les docteurs, dont la doctrine est ici d'accord avec la raison, *quod aliquo sensu corporeo perceperunt testes* (1).

Encore, le sens de l'ouïe est tellement trompeur qu'il ne procure point une entière certitude sans le secours de la vue. (*Vid. supra*, n°. 249).

261. Ce n'est point assez que le témoin rende raison de ce qu'il dit, il faut que cette raison s'accorde avec la vraisemblance, et sur-tout avec la possibilité des faits.

Une déposition dans laquelle le témoin dit avoir vu, ne peut faire foi que dans le concours de deux circonstances : l'une, que le lieu où le fait se passait fût assez éclairé pour que le témoin pût voir la chose dont il s'agit ; l'autre, que la distance de l'objet ait une proportion convenable avec l'organe de la vue.

Si le témoin doit rendre raison de ce qu'il sait, il faut soigneusement distinguer les faits qu'il a vus, des conséquences qu'il en tire. Car les faits peuvent être vrais, et le jugement que forme le témoin, sur les causes et sur les conséquences de ces faits, peut être faux. Il peut avoir bien vu et mal raisonné : il faut donc distinguer ce que les sens peuvent attester de ce que la saine raison peut conclure.

Cette observation peut être infiniment importante en certains cas ; par exemple, relativement

(1) Prynning, sur les Décrétales de Grégoire IX, de test., n°. 137, tom. II, pag. 289.

aux faits qui tendent à prouver l'adultère ; c'est aux juges à rectifier les conséquences que le témoin tire des faits qu'il atteste. Ces conséquences peuvent même quelquefois annoncer dans la personne du témoin une partialité qui inspire de la défiance.

262. Il ne suffit pas de s'assurer autant qu'il est possible de la science du témoin ; qu'il connaît les faits, qu'il ne s'est point et qu'il n'a pas été trompé ; il reste à s'assurer de sa bonne foi et de sa véracité, c'est-à-dire qu'il ne veut pas tromper, qu'il ne veut ni trahir la vérité, ni la taire, ni la déguiser.

C'est en ceci sur-tout que consiste l'incertitude de la preuve testimoniale, et sur ce point, les précautions que nous indique la raison, les règles que nous trace la loi, sont presque toujours insuffisantes, et peu sûres dans leur application à la pratique : nous en sommes réduits à des probabilités.

On ne peut donc prendre trop de précautions pour s'assurer de la véracité des témoins. De là l'usage d'exiger d'eux, avant de les entendre, la promesse de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. Car, quoique celui qui vient rendre à la justice le témoignage qu'elle exige de lui, sur des faits douteux, promette au moins tacitement de dire la vérité, quoique cette promesse tacite soit pour lui tout aussi obligatoire que s'il la faisait expressément, il n'en est pas moins sage d'exiger qu'il la fasse d'une manière expresse.

Il est toujours bon de rappeler aux hommes leurs devoirs, au moment où ils s'apprêtent à les

remplir, au moment même où il s'agit de recevoir leur déposition.

La loi civile ne se contente pas d'une simple promesse de dire la vérité; elle veut que le témoin imprime à sa promesse le sceau du serment (art. 285 du Code de procédure) : *Testi non creditur nisi juratæ*. C'est un point de jurisprudence fort ancien : *Jurisjurandi religione testes*, dit Constantin, *priusquam perhibeant testimonium, jam dudum arctari præcipimus. Loi 9, Cod. de test.* Cet usage était établi dès le tems du paganisme. *Testis sine jurejurando non valeret*, dit Sénèque, *de irâ, lib. 2, cap. 29.* Il était également établi à Athènes, où les Athéniens, par respect pour la sévère probité de Xénocrates, le dispensèrent du serment (1).

On pourrait dire que le serment est une barrière bien faible contre les faux témoignages, dans un siècle de corruption et d'immoralité, où l'on se plaint si hautement, et peut-être non sans raison, des progrès de l'irréligion et de l'incrédulité; mais quand, sur cent témoins tentés de rendre un faux témoignage, la religion du serment n'en retiendrait qu'un seul, cette institution n'en devrait pas moins être conservée, parce qu'elle serait encore utile.

263. Il arrive rarement que les hommes veuillent tromper sans intérêt : nous devons donc penser, par analogie, que tel témoin appelé pour dire la vérité,

(1) Voy. sa Vie, par Diogène Laërce.

ne la trahira point en présence de la justice, si quelque intérêt ne l'y porte.

Mais la même analogie qui nous induit à penser qu'un témoin ne trahira pas la vérité sans intérêt, nous fait aussi juger qu'il la déguisera, qu'il la taira ou la trahira même, si son intérêt, ses passions ou ses préjugés l'y portent.

Cependant ce jugement, fondé sur une simple analogie, n'a rien de certain. De ce qu'un homme a des motifs connus, qui le portent à trahir la vérité, nous ne pouvons conclure avec certitude qu'il la trahira en présence de la justice; mais dans les cas douteux, il faut bien s'attacher à des probabilités, à des présomptions; ainsi, on ne peut avoir une entière confiance dans la déposition d'un témoin suspect, c'est-à-dire d'un homme contre la véracité duquel des motifs connus élèvent des soupçons.

Ces soupçons s'accroissent ou diminuent en raison des circonstances, du plus ou moins d'intérêt que peut avoir le témoin à déguiser la vérité ou à la trahir.

Or, ce que les hommes envisagent comme leur intérêt, a une plus grande étendue qu'on ne pense.

Ceci tient à la doctrine des probabilités, à la connaissance du cœur humain en général, à celle des mœurs, du caractère, des passions, des préjugés de chaque témoin en particulier.

C'est donc un point abandonné par la nature des choses à la sagacité et à la prudence du magistrat, et sur lequel, par cette raison, les légis-

lateurs les plus sages ont cru devoir donner aux juges des conseils, des règles pour les guider, plutôt que des préceptes impératifs.

264. Les lois romaines, que notre célèbre chancelier d'Aguesseau (1) se plaît; avec les plus grands magistrats, à qualifier de raison écrite, avaient établi sur ce point un système sage qui paraît fondé sur la raison. Elles considéraient la faculté d'être témoin comme un droit civil dont la loi seule pouvait priver le citoyen : celui qu'elle en avait privé n'était plus habile à être témoin.

Il n'était plus, suivant l'expression technique et énergique du mot, témoin idoine, *idoneus testis*.

265. Ainsi, règle générale, tous ceux qui n'étaient pas privés du droit de témoignage pouvaient être témoins : *Testes esse possunt hi quibus non interdicitur testimonium. Loi 1, § 1, ff de test., 22. 5.*

La privation du droit de témoignage était attachée par la loi à certaines condamnations qui rendaient indignes de foi ceux qui les avaient subies, aux incapacités naturelles provenant du défaut de raison, comme dans les insensés, dans les enfans, ou dans ceux qui sont encore proches de l'enfance, *proximi infantia*; à certaines professions infâmes, comme celle de courtisane, *quæ palàm quæstum facit, feceritve. Loi 3, § 5, ibid.*

266. Ces personnes étaient privées du droit de

(1) Tom. III de ses Œuvres, pag. 472.

témoignage dans tous les cas, quels que fussent ceux que la cause pouvait intéresser. La privation du droit était absolue.

D'autres n'en étaient privés ou exclus qu'en considération de la personne que l'affaire intéressait : c'était une exclusion relative.

Ainsi, personne ne pouvait être témoin dans sa propre cause. La raison naturelle l'avait dit avant la loi : *Nullus idoneus testis in re suâ*. Loi 10, ff de test., 22. 5 ; loi 9, Cod., ibid., 4. 20.

Ainsi le père et le fils ne pouvaient être entendus dans des affaires qui intéressaient l'un ou l'autre.

C'est encore une exclusion fondée sur les devoirs et sur les sentimens naturels.

Les ascendans et les descendans ne pouvaient être témoins, même de leur consentement, dans la cause les uns des autres (1).

Ainsi, l'on ne recevait pas en témoignage ceux à qui l'une des parties peut commander d'être témoins (2). La raison naturelle le dit encore assez.

267. Il est inutile de rapporter ici toutes les privations, toutes les exclusions du droit de témoignage absolues ou relatives, établies par le droit romain. Elles sont fondées, en général, sur la fai-

(1) *Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est*. Loi 9, ff de test. *Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes admittendi sunt*. Loi 6, Cod. de test., 4. 20.

(2) *Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest, ut testes sunt*. Loi 6, ff de test.

blesse de la raison, sur les égards ou le respect dus aux personnes, sur l'infamie de la conduite (1).

Du reste, toutes les personnes qui n'étaient pas formellement privées ou exclues par la loi du droit de témoignage, devaient être admises pour témoins (2); elles étaient témoins *idoines*.

268. Mais on pouvait les réprover, *reprobare* (3), c'est-à-dire leur reprocher des faits propres à détruire ou à altérer la confiance due à leur témoignage; c'est une faculté naturelle, c'est un moyen de défense dont la loi ne peut priver personne.

269. Elle ne pouvait, par la même raison, in-

(1) *Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii verò propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem, Loi 3, § 5, ff de test., 25. 5.*

(2) *Idonei sunt omnes qui testimonium dicere non prohibentur*, dit fort bien Vinnius, *Partit. jur., lib. 4, cap. 29*. Voy. aussi Lauterbach, *Compend. jur., lib. 22, tit. 5*.

(3) Huberus, qui joignait la théorie à la pratique du droit, dit fort bien, au titre du Digeste de test., pag. 119 et 120 : *Summa distinctio est ut testes, aut prohiberi penitus, aut reprobari duntaxat. Prohibentur qui plane non audiuntur; reprobantur quibus auditis aliquid objici potest, quominus fidem mereantur.*

Ainsi, sous le rapport du droit de témoignage, les personnes sont divisées en trois classes :

1°. Celles que la loi prive ou exclut du droit de témoignage, et qui, par cette raison, ne sont pas témoins *idoines* ;

2°. Celles qui sont témoins *idoines*, parce que la loi n'a pas défendu de les admettre, mais auxquelles on peut reprocher d'être capables d'altérer ou de détruire la foi qu'on pourrait avoir dans leur témoignage ;

3°. Celles à qui on ne peut faire aucun reproche, et que les auteurs appellent *testes omni exceptione majores, quorum testimonio nihil objici potest, quod fidem eorum diminuunt*. Lauterbach, *Compend. jur., lib. 22, tit. 5, de test.*

le dire au demandeur le droit de répondre aux reproches proposés contre les témoins qu'il avait produits, soit en prouvant que les faits allégués sont faux, soit en démontrant qu'on n'en peut tirer une conséquence raisonnable contre la véracité du témoin reproché, et qu'il est à tous égards digne de foi.

Ainsi, chaque partie pouvait proposer des reproches contre les témoins produits par l'autre partie, et celle-ci pouvait à son tour répondre à ces reproches; c'était un incident du procès, sur lequel il était nécessaire que le juge prononçât, en admettant ou en rejetant les reproches proposés.

Il pouvait même, si les reproches étaient assez graves, au lieu de recevoir la déposition pour l'apprécier ensuite, pour y avoir tel égard que de raison, refuser d'entendre le témoin reproché, quoique la loi n'eût pas prononcé contre lui la privation ou l'exclusion du droit de témoignage. Par exemple, la loi ne privait pas du droit de témoignage ceux qui avaient été condamnés comme calomnieux; cependant les juges pouvaient refuser de les admettre comme témoins : *Neque lege Remmiâ prohibentur; et Julia lex de vi, et repetundarum, et peculatûs, eos homines testimonium dicere non vetuerunt; verumtamen, quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere. Loi 13, ff de test., 22. 5.*

270. Mais le magistrat qui a le pouvoir de ne

point admettre ou d'exclure le témoin reproché, quand il croit cette exclusion juste, n'a pas le pouvoir d'admettre celui que la loi a privé ou exclu du droit de témoignage. C'est la grande différence qui existe entre la prohibition d'admettre certaines personnes, que la loi déclare n'être pas témoins *idoines*, et les reproches proposés contre les témoins d'ailleurs *idoines*.

La prohibition ne vient et ne peut venir que de la loi, à qui le magistrat doit obéir, comme les simples citoyens. Il ne peut donc jamais admettre à déposer ceux qu'elle a déclarés n'être pas témoins *idoines*, ceux qu'elle a privés ou exclus du droit de témoignage.

271. Les reproches, au contraire, ne viennent pas de la loi, puisqu'ils ne sont autre chose que les faits d'où l'on prétend tirer des inductions capables de détruire ou d'altérer la foi due au témoin reproché.

La loi ne saurait prévoir tous les faits, encore moins apprécier les inductions qu'on en peut tirer, puisque la justesse de ces inductions dépend des circonstances de chaque fait particulier.

Les reproches sont donc nécessairement soumis au jugement du magistrat, qui peut, dans sa prudence, et en connaissance de cause, les admettre ou les rejeter, y avoir plus ou moins d'égard. Tout cela est conforme à la raison.

272. La loi ne pouvant prévoir ni apprécier tous ces faits de reproches, n'en peut, par conséquent, fixer le nombre et les qualités. Aussi, après avoir prononcé la privation absolue ou re-

relative du droit de témoignage contre certaines personnes, les lois romaines confient au magistrat, et déclarent qu'on ne peut confier qu'à lui le soin d'apprécier la foi due aux témoins.

Tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus; qui, et cujus dignitatis et existimationis sint, loi 3, § 1, de test. 22. 5, répondit l'empereur Adrien au légat de Cilicie, qui le consultait sur ce point.

C'est à la religion des juges, dit Papinien, qu'il appartient d'apprécier la foi due au témoignage de celui même dont la réputation est intacte, *quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium; ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere.* Loi 13, *ibid.*, 22. 5.

273. Mais en laissant au magistrat le soin d'apprécier la foi due au témoignage, les lois romaines donnent aux juges les conseils les plus sages pour les guider, et pour éclairer leur religion.

Elles leur recommandent d'examiner les témoins avec beaucoup de soin, *testium fides diligenter examinanda est*, loi 3, *ibid.*; de rechercher ou d'explorer la condition de chacun; si c'est un homme public, qui doit craindre de compromettre sa réputation, ou un homme obscur, qui n'est pas tenu à la même circonspection, *utrùm quis decurio an plebeius sit*; s'il est riche, ou pauvre au point d'être facilement corrompu, *si locuples an egens sit ut lueri causâ, quid faciliè admittat*; s'il est l'ami ou l'ennemi de la partie, et sur-tout si sa conduite est

honnête et sans reproche, *an honestæ et inculpata vitæ, an verò notatus quis, et reprehensibilis*; car si le témoin est honnête, il faut admettre son témoignage, *nam si careat suspicione..... admittendus est.*

274. Il est à remarquer que ce sont sur-tout les qualités morales que les lois romaines recommandent aux juges d'examiner dans la personne du témoin, son mérite, et s'il connaît la dignité de l'homme, *dignitas*, la sévérité ou le relâchement de ses mœurs, *mores*, sa sincérité et sa bonne foi, *fides*.

Les lois romaines désirent encore que le caractère et les principes du témoin soient assez fermes pour l'élever au-dessus de la faveur et de l'influence du pouvoir, et pour lui faire préférer à toute autre considération son devoir et sa conscience, *eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ et potentatui fidem religioni judicariæ debitam præponere possint. Loi 5, Cod. de test., l. 20.*

275. C'est à ces maximes générales que les lois romaines bornent les règles de conduite qu'elles prescrivent aux juges, pour les guider dans l'appréciation des reproches, ou des inductions tirées des faits reprochés aux témoins.

Au reste, il est rare que ces lois indiquent la qualité des faits qu'on peut reprocher aux témoins.

Cette indication n'était pas nécessaire comme celle des faits, d'où résulte la prohibition ou l'exclusion du droit de témoignage.

On peut remarquer, par exemple, que le droit romain n'a point indiqué la parenté collatérale, comme un fait sur lequel puisse être particulièrement fondé un reproche qui altère ou détruit la foi due aux témoins.

Ainsi, les parens collatéraux pouvaient être admis comme témoins, pour ou contre les uns et les autres, en vertu de la règle générale en cette matière, qu'il faut admettre tous ceux que la loi n'exclut pas.

Pour les reprocher, il fallait d'autres motifs que celui de la parenté, tels que la domesticité, *si nobiscum habitent*. Les frères même, s'ils étaient émancipés, n'étaient point exceptés (1) de cette règle; et si leur témoignage pouvait être récusé, c'était lorsqu'au lieu du sang qui les unissait, se joignaient d'autres raisons valables; par exemple, cette amitié intime et sainte, qui fait de la personne aimée un autre soi-même, *unus et alter*, et qui malheureusement n'existe pas toujours entre les frères.

Les collatéraux pouvaient être témoins, même en matière criminelle.

La loi *Julia* leur permettait seulement, jusqu'au

(1) *Frater in re fratris nullo jure vetatur testimonium dicere, nec loquatur in re cognati; nam quod reprobatur domesticum testimonium, eo dicto non est existimandum, etiam reprobandum esse cognatorum testimonium....., nisi nobiscum habitent*. Cujas, in leg. 1, Cod. de testib., col. 288, édition Fabrot; Vinnius, *partit. juris*, lib. 4, cap. 31.

Voët, in *test. de judic.*, n°. 4, pense, au contraire, que le frère pourrait être reproché. Nous avons suivi l'opinion du prince des interprètes.

degré des enfans issus de cousin germain , de s'excuser de porter témoignage contre leurs parens accusés de crimes. On ne pouvait les y forcer. La même excuse n'était point admise en matière civile.

La même loi permettait encore aux alliés en ligne directe, mais au premier degré seulement, c'est-à-dire au degré de gendre, beau-père, beau-fils, de s'excuser d'être témoins en matière criminelle.

*« Lege Juliâ judiciorum publicorum cavetur, ne in-
» vito dementietur ut testimonium dicat adversus socce-
» rum, generum, vitricum, privignum, sobrinum,
» sobrinam, sobрино natum, eosve qui priore gradu
» sunt. » Loi 4, ff de test., 22. 5.*

Ce texte confirme bien clairement ce que nous avons dit, qu'en collatérale la parenté n'était point seule et par elle-même un moyen de reproches, et qu'on pouvait forcer les collatéraux d'être témoins en matière civile, puisqu'il fallut une loi expresse pour leur permettre de s'excuser de l'être en matière criminelle.

276. Le droit canonique s'appropriâ les dispositions du droit romain, sur les qualités des témoins. Gratien les copia et les inséra dans son Décret (1), regardé comme le digeste du droit canonique.

Les Décrétales, qui eurent tant d'influence sur la législation de l'Europe, dans ces tems où les pontifes romains dictaient des lois aux rois et aux nations, ne changèrent rien aux dispositions du

(1) Caus. 4, quest. 1, can. 3.

droit romain, relativement aux reproches. On n'y trouve encore aucune disposition qui fasse de la parenté seule, en collatérale, un moyen de reproches contre les témoins, en matière civile.

277. Il en est autrement de la récusation des juges. Suivant le droit romain et canonique, la loi Cornélia, *de injuriis*, défendit d'être juges aux gendre (1), beau-père (2), parastre (3) et filiastre (4), ainsi qu'aux paréns et alliés, en collatérale, jusqu'au degré de cousin germain : *Quâ lege cavetur ut non judicet qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobriniusve est, propiusve eorum quemquam ex cognatione, affinitateve attinget. Loi 5, ff de injuriis, 47. 10.*

On ne doit pas s'étonner que cette loi, qui remonte au tems de la dictature de Sylla, ait fait de la parenté et de l'alliance, jusqu'au quatrième degré, en collatérale, un moyen de récusation des juges. Ils pouvaient être récusés par les motifs les plus frivoles, *hunc nolo timidus est.*

Il fallait que les juges qu'on tirait au sort, comme nos jurés, fussent agréés par les deux parties; sinon, on en tirait d'autres jusqu'à ce qu'elles fussent d'accord (5).

(1) Le mari de la fille, *gener*.

(2) Le père de l'épouse ou du mari, *socer*.

(3) Le second mari de la mère, *vitricus*.

(4) L'enfant issu du premier mariage de la femme ou du mari, *privignus*. Sur ces dénominations, voy. ce que nous avons dit, tom. II, n^o. 612, et les Glossaires.

(5) Voy. Noodt, *de jurisdict. et imp.*, lib. 2, cap. 3. Quelques auteurs prétendent qu'il fallait alléguer et prouver un motif raisonnable

Les juges délégués par l'empereur pouvaient également être récusés; mais alors les parties étaient dans la nécessité de nommer des arbitres pour juger le différent (1).

Les empereurs, d'ailleurs si jaloux de leur autorité devenue sans bornes, loin de la croire lésée par la récusation de leurs délégués, proclamaient hautement qu'ils voulaient que les procès fussent décidés par des juges non suspects, et en qui les parties eussent pleine confiance : *Licet enim imperiali numine judex delegatus est, tamen quia sine suspicionem omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum judicem putat, eum recusare ut ad alium curratur*, dit Justinien. Loi 16, *Cod. de jud.*, 3. 1.

Qu'importe, en effet, à l'autorité par qui soient jugés les procès, pourvu qu'ils le soient par des hommes en qui les parties intéressées ont une pleine confiance?

Les juges sont faits pour les parties et non les parties pour les juges (2); la raison dit que ceux

de récusation. Voy. Voët, *de judic.*, n°. 43. Mais Doneau, qu'il cite, Noodt, Heineccius, etc., sont d'un avis contraire; voy. sur-tout Boehmer, *Jus eccles. protest.*, lib. 2, tit. 2, n°. 69 et seq.

(1) *Vid. leg. 16 et 18, Cod. de judic.*, 3. 1, et Boehmer, *ubi supra*.

(2) Ces maximes raisonnables étaient contraires au droit féodal, suivant lequel les juridictions étaient patrimoniales. Les vassaux étaient obligés de suivre la juridiction de leur seigneur, qui avait sur eux ce qu'on appelait *le retrait de barre*, c'est-à-dire le droit de faire revenir en sa juridiction les procès portés volontairement dans une autre. Voy. l'art. 10 de la Coutume de Bretagne; Basnage, sur l'art. 1 de la Coutume de Normandie.

qui sont suspects ne doivent pas être juges (1). La faculté de les récuser était, avec raison, regardée comme un moyen légitime de défense ; car il est toujours dangereux de plaider devant un juge suspect, dit fort bien Innocent III (2), l'un des plus savans pontifes qui aient occupé le siège de Rome.

La facilité des récusations imprime plus de respect à l'autorité de la chose jugée ; ceux qui ne récusent point quand ils peuvent le faire, sont jugés par des juges de leur choix.

Le droit canonique défendit même aux parens collatéraux d'être juges dans la cause de leurs parens, sans dire jusqu'à quel degré (3).

C'était un point réglé par les lois romaines, toujours en vigueur dans Rome chrétienne, en tout ce que les canons n'y avaient pas dérogé. Ils n'y dérogerent point en ce qui concerne les reproches des témoins, pour cause de parenté, sur-tout en matière civile (4).

La parenté collatérale ne fut point mise dans le droit canonique au rang des reproches indiqués ;

(1) *Ipsa namque ratio dictat, quia suspecti et inimici iudices esse non debent. Cap. 41, X de appellat., 2. 28.*

(2) *Legitima defensio in judicio reservatur, et maxime iudicis recusatio. Cum periculosum sit coram suspecto iudice litigare, ac suspectis iudicibus sedes apostolica causam de certâ scientiâ non committat. Cap. 5, de except., X, 2. 25.*

(3) *Cap. 36, X de appellat., 2. 28.* La Glose et d'autres interprètes étendaient la prohibition jusqu'au septième degré ; Barthole, jusqu'au dixième. Voy. le commentaire sur l'art. 117 de l'ordonnance de Blois, dans le Recueil de Néron, tom. I, pag. 575.

(4) Le canon 1, caus. 3, quest. 5 du décret de Gratien, défend de

ce ne pouvait être qu'un de ces moyens généraux abandonnés à la prudence du juge; à la différence du moyen de récusation pour la même cause de parenté.

Cette différence était sagement établie; celui qui récuse un juge ne cause aucun préjudice à l'autre partie; le juge récusé est facilement remplacé par un autre juge. La loi y a abondamment pourvu.

En reprochant un témoin, qui le plus souvent ne saurait être remplacé par un autre, on peut réduire l'autre partie à l'impossibilité de faire sa preuve.

D'ailleurs; la partialité d'un juge est infiniment plus dangereuse que celle d'un témoin. Le tribunal n'est point tenu d'avoir égard à la déposition des témoins, même non reprochés, lorsqu'ils lui paraissent influencés par la passion ou le préjugé. La voix du juge non récusé est toujours comptée, et peut souvent déterminer l'arrêt.

Ce n'était donc pas sans raison qu'en défendant aux parens et alliés d'être juges, le droit romain ne leur défendait pas d'être témoins, laissant au magistrat la faculté d'apprécier leur témoignage, de le rejeter ou de l'admettre, suivant les circonstances, ainsi que tous les moyens de reproches.

278. Dans le droit français, le chancelier d'A-

recevoir pour témoins, dans la cause de l'accusé, l'accusateur et ses parens. C'est une disposition spéciale qui ne fut jamais étendue aux causes civiles.

guesseau (1) posait ; pour premier principe de la matière, qu'il n'y a point d'ordonnance qui fixe le nombre, la qualité des reproches ; ainsi, ajoute-t-il, dans ces occasions, on emploie l'autorité de la raison écrite.

Le second principe, dit-il, encore fondé sur l'autorité de la raison écrite, « est que la faculté de déposer est une espèce de liberté naturelle, accordée à tous ceux à qui la loi ne la refuse pas expressément. »

Ainsi, dans le droit français, antérieur au Code de procédure, on connaissait et l'on suivait les principes des lois romaines, sur la privation du droit de témoignage, différente des reproches qu'on peut toujours proposer contre les témoins, qui ne sont pas exclus du droit de déposer.

279. Dans le très-ancien droit français, au contraire, dans ces tems où nous commençons à peine à sortir de l'ignorance et des ténèbres du moyen âge, on ne distinguait plus ces deux choses, pourtant si différentes.

Nos anciens praticiens confondirent, sous la dénomination de *reproches*, et la privation du droit de témoignage résultant de la prohibition légale d'entendre certaines personnes, et les reproches proprement dits, que la loi ne peut empêcher chaque partie de proposer pour sa défense, contre les témoins produits par son adversaire, afin de dé-

(1) Tom. III de ses Œuvres, pag. 471.

truire ou d'altérer la foi que les juges pourraient leur accorder.

On trouve cette confusion dans le grand Coutumier de Charles VI, où il existe un chapitre entier sur les *reproches* (1) qui sont reçus selon le style du Parlement.

Cependant, au milieu de la confusion, on aperçoit des traces de la différence réelle qui existe entre l'exclusion ou la privation du droit de témoignage, résultant de la prohibition de la loi, et les reproches proprement dits, que la loi n'a prévus ni pu prévoir. Ainsi, après l'énumération de plusieurs moyens de reproches, l'auteur ajoute *qu'il y en a plusieurs autres qui tous ne peuvent être écrits*.

Les moyens de reproches non écrits ne venant point de la loi, étaient donc nécessairement soumis au jugement du magistrat, et pour en donner un exemple, l'auteur, après avoir dit que les enfans ne peuvent être entendus dans la cause du père, ce qui est non seulement un reproche, mais une exclusion fondée sur les devoirs et les égards naturels que se doivent les ascendans et les descendans, l'auteur, dans le même chapitre, n'a point mis la parenté collatérale, même au degré le plus rapproché, au nombre des moyens de reproches écrits; ce qui nous paraît prouver en même tems deux choses : l'une, que la parenté collatérale n'était alors ni une exclusion d'être témoin, ni un moyen de reproche écrit dans la loi;

(1) Liv. 5, chap. 26, pag. 378, édition de 1598.

l'autre, qu'il y avait des reproches qui, comme le dit l'auteur, n'étaient point écrits dans la loi; car on ne peut guère douter que la parenté collatérale ne pût, suivant les circonstances, fonder un moyen de reproche.

La Somme rurale de Bouteillier contient aussi, dans le chap. 106, un assez long passage sur les reproches.

Le but de l'auteur n'était pas d'y faire l'énumération ni la distinction des reproches et des exclusions du droit de témoignage; mais on peut remarquer qu'il y enseigne que le frère peut être témoin de la cause du frère, lorsqu'il n'est pas son héritier présomptif; il ajoute qu'il l'a vu juger ainsi, après mûre délibération, *par clercs de droit et sages coutumiers* (1).

Ce qui prouve évidemment qu'en France, la parenté collatérale n'était ni une prohibition d'entendre le témoin, ni un moyen de reproche suffisant seul pour le faire écarter.

280. Dans notre Bretagne, qui formait autrefois un état particulier, on avait aussi, dans les tems d'ignorance, confondu les reproches avec les prohibitions d'entendre les personnes privées ou exclues du témoignage.

Notre très-ancienne Coutume, compilée vers l'an 1330, contient plusieurs articles fort longs, sur ceux qui peuvent être appelés en témoignage (2),

(1) Pag. 129, édition de 1521. Paris, Nicolas Buon.

(2) Voy. les art. 155 et suiv.

et l'on y voit que les prohibitions avaient été étendues à l'excès, sur-tout contre les *vilains* (1), ou *gens de basse condition de village*, qui ne pouvaient être appelés en témoignage, parce qu'ils étaient présumés incapables de bien *recorder* ce qu'ils savaient, *cuidassent-ils bien recorder*, et parce que d'ailleurs ils pouvaient être plutôt subornés et corrompus par collusion, que les *gentilshommes*.

Mais la prohibition ne s'étendait pas aux bourgeois d'*ancestrie*, c'est-à-dire à ceux qui avaient des ancêtres *qui ont accoutumés vivre honnêtement, et tenir table franche comme gentilshommes*.

Cette ancienne Coutume, qui avait si excessivement multiplié les prohibitions et les privations ou exclusions du droit de témoignage, n'oublia point d'y comprendre la parenté collatérale. Elle défendit d'appeler comme témoins les parens collatéraux jusqu'au degré de cousin germain, c'est-à-dire jusqu'au second degré de parenté, suivant le droit canonique; jusqu'au quatrième, suivant le droit civil, s'il s'agissait d'une chose ou action mobilière, et jusqu'aux enfans des cousins issus de germains, *en cause d'héritage*, à moins que le témoin ne fût parent des deux parties en égal degré.

Quoique cette disposition porte fort loin le reproche, ou plutôt l'exclusion pour cause de parenté, on peut remarquer qu'elle ne l'étend pas jusqu'aux *alliés*, mais seulement aux personnes qui sont du *lignage*.

(1) Voy. art. 157.

Les coutumes réformées en 1539 et 1580, modifièrent beaucoup cette disposition.

L'art. 161 de la première et l'art. 153 de la seconde portent :

« Cousins germains, ou ceux qui sont au-dessus, ne peuvent être témoins pour cousins germains ou ceux qui sont au-dessus, en quelque action que ce soit ; si non que le témoin atteigne le *lignage*, autant au demandeur qu'au défendeur, ou qu'il fût question d'une chose mobilière de cent sous monnaie, une fois payés, ou au-dessous. »

On remarque encore que cette disposition, particulière à la Bretagne, ne s'applique qu'aux parents du *lignage*, et qu'elle n'étend point l'exclusion aux alliés.

281. Dans le reste de la France, la parenté collatérale n'était point une cause d'exclusion. Elle pouvait, suivant les circonstances, fournir un moyen de reproche abandonné, comme les autres, à l'arbitrage du juge.

L'ordonnance de Blois, art. 118, avait fait de la parenté une cause de récusation contre les juges, mais non pas une cause d'exclusion contre les témoins. Elle ne fixait même pas le degré de parenté jusqu'auquel on pouvait valablement récuser.

282. Enfin, l'ordonnance civile de 1667 vint rétablir l'uniformité dans nos lois françaises, en ce qui concerne la manière de rendre la justice. Cette loi fit cesser la confusion des exclusions de droit de témoignage avec les reproches proprement dits,

c'est-à-dire les faits que chaque partie peut reprocher aux témoins, pour détruire ou affaiblir la foi que les juges pourraient avoir à leurs dépositions. Elle fit un titre particulier (1) pour régler tout ce qui concerne les reproches, la faculté et la manière d'y répondre et de les juger, mais elle se garda bien, comme l'observe le chancelier d'Aguesseau, de fixer le nombre et la qualité des reproches : c'est, disait-il, le premier principe en cette matière.

L'ordonnance n'indiqua donc aucun moyen de reproches (2); elle se borne à dire, art. 1^{er}., que « les reproches contre les témoins seront circon-

» tanciés et pertinens, et non en termes vagues et

» généraux, autrement seront rejetés. »

283. Quant aux prohibitions d'admettre certaines personnes à déposer, d'où résulte la privation absolue ou l'exclusion relative du droit de témoignage, averti par l'excès déraisonnable où l'avaient porté les compilateurs des anciennes coutumes, le législateur les abrogea tacitement presque toutes, ou plutôt il les abandonna par son silence à la pru-

(1) C'est ce que n'a point fait notre Code de procédure. Il en est résulté de l'obscurité dans ses dispositions, et l'obscurité a fait naître des doutes sur plusieurs points.

(2) Pas même les qualités de serviteur et de domestique; car si l'art. 14, tit. 22, porte qu'il sera fait, au commencement de la déposition, mention des nom, surnom.... du témoin; *s'il est serviteur ou domestique*, Jousse, le plus suivi des commentateurs, observe fort bien, sur cet article, que ce n'était pas pour rejeter leur témoignage, mais seulement pour avertir les juges d'y avoir égard, suivant les circonstances.

dence du juge, comme tous les moyens de reproches.

Mais, dans (1) un autre titre que celui des reproches, M. Pussort, rédacteur du projet de l'ordonnance, proposa aux commissaires nommés par Louis XIV, pour examiner ce projet, un article qui prononçait une exclusion absolue du droit de témoignage, contre les parens et contre les alliés des parties, jusqu'aux enfans des cousins issus de germains inclusivement, et qui portait qu'ils ne pourraient être entendus en témoignage, ni pour eux ni contre eux.

Le célèbre président de Lamoignon s'éleva avec force contre cet article; il représenta que si l'une des parties ne les récusant pas, s'en rapportait au témoignage des parens de l'autre, qu'elle croit gens de bien, il ne paraissait pas possible de le lui refuser. Ce grand magistrat ajoutait que l'article subsistant, *il affaiblira les preuves*, en diminuant le nombre des témoins; il en concluait *qu'il serait beaucoup mieux de retrancher l'article, et de laisser les choses à l'arbitrage du juge.*

M. Pussort répliqua qu'il était *messéant* d'entendre les parens en témoignage; qu'on pourrait facilement présumer qu'un parent, qui aurait déposé contre son proche, l'aurait fait par inimitié.

Le savant avocat général Talon, qui partageait l'opinion du président de Lamoignon, répliqua « qu'il ne fallait pas si mal présumer de la cons-

(1) Dans le titre des enquêtes, art. 11.

» cience des hommes , de croire qu'un parent ne
 » pût déposer contre son proche , sans autre motif
 » que celui de l'inimitié ; qu'en droit , un père et un
 » fils , une femme et un mari , ne pouvaient pas
 » être entendus , en matière civile , les uns contre
 » les autres ; que les degrés plus éloignés n'étaient
 » pas prohibés ; qu'il n'y avait pas d'apparence d'é-
 » tendre la prohibition plus loin. »

M. de Lamoignon insista « sur la nécessité d'ôter
 » cet article , et de laisser la chose à l'arbitrage du
 » juge , qui la rejetterait ou l'admettrait , selon les
 » différentes circonstances du fait. Il trouvait la loi
 » contraire à cet article » , qui ne fut défendu par au-
 cun des commissaires chargés d'examiner le projet.

Cependant l'amour-propre de rédacteur l'em-
 porta, dans M. Pussort , sur l'amour de la vérité. Il
 se borna donc à dire *qu'il fallait en parler au Roi*.
 C'est ainsi qu'il avait coutume de se tirer d'em-
 barras , quand , ne pouvant répondre aux raisons
 victorieuses des commissaires , il s'obstinait dans
 son opinion (1). L'article ne fut donc point re-
 tranché ; mais il fut mis dans un autre titre que
 celui des reproches , dans le tit. 22 , art. 11 : « Les
 » parens et alliés des parties , jusqu'aux enfans

(1) On en trouve plusieurs exemples dans le procès-verbal de l'or-
 donnance , et notre savant maître , Duparc-Poullain , nous faisait sou-
 vent remarquer combien MM. de Lamoignon , Talon et autres magis-
 trats-commissaires , l'emportaient en mérite sur M. Pussort , et com-
 bien l'amour-propre de ce dernier nuisait à la perfection de l'ordon-
 nance de 1667.

L'amour-propre du rédacteur de notre Code de procédure a plus nui
 encore à la perfection de cette dernière loi.

de cousins issus de germains inclusivement, ne pourront être témoins en matière civile, pour déposer en faveur ou contre eux, et seront leurs dépositions rejetées. »

284. Ainsi, deux innovations remarquables à l'ancien droit commun suivi en France :

1°. Prohibition absolue d'entendre en témoignage, et non pas seulement faculté de reprocher tous les parens collatéraux, jusqu'au quatrième degré, suivant la manière de compter les degrés du droit canonique, alors suivie en France; jusqu'au huitième, suivant la manière de compter du droit civil, établie en France par nos nouvelles lois : c'était porter la prohibition plus loin même que la très-ancienne Coutume de Bretagne;

2°. Extension de la prohibition aux alliés dans le même degré : c'est la première loi qui ait étendu la prohibition aux alliés.

Du reste, comme nous l'avons déjà observé, l'ordonnance abandonna les moyens de reproches à l'arbitrage des juges.

285. Voyons maintenant le système adopté dans notre nouvelle législation, sur les exclusions du droit de témoignage, et comment le Code de procédure a modifié ou changé les dispositions de l'ordonnance de 1667, sur les reproches.

Dans notre législation, de même qu'à Rome, et sous l'ordonnance de 1667, comme le reconnaît le chancelier d'Aguesseau, le droit de témoignage en justice est un droit civil dont personne ne peut être privé qu'en vertu d'une loi.

Le Code pénal porte, art. 42 : « Les tribunaux

» jugeant correctionnellement, pourront, en certains cas, interdire en tout ou en partie l'exercice des droits civiques, civils, ou de famille, suivans :

» 1°. Etc., etc., etc.

» 2°. De témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations. »

L'art. 43 ajoute : « Les tribunaux ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'article précédent, que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi. »

Voilà l'interdiction pénale et absolue du droit de témoignage, connue à Rome, comme nous l'avons vu, n°. 264 et suiv., dans les cas indiqués par la loi *Julia, de adulteriis*, par la loi *Julia, de vi, etc.*

Le Code de procédure établit encore une privation ou exclusion relative du droit de témoignage également connue dans le droit romain.

L'art. 268 porte : « Nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé. »

286. Ainsi, la prohibition absolue de recevoir le témoignage des parens, pour ou contre lés uns et les autres, est restreinte à la parenté et à l'alliance en ligne directe, et à la qualité de conjoint.

Rien de plus sage que cette disposition, que cette prohibition ; ainsi restreinte dans ses justes bornes, elle est fondée sur la nature même, qui forme, entre les ascendans et leurs descendans, un lien réciproque d'amour et de respect, tellement

fort et tellement sacré , que la morale défend de les entendre en témoignage pour ou contre les uns et les autres , même de leur consentement , suivant le droit romain.

La nature, la religion et la loi réunies , forment un lien encore plus fort entre les époux , qui ne sont plus qu'une seule et même personne, *duo in carne unâ* ; ils sont attachés l'un à l'autre plus étroitement même qu'à leurs père et mère, *relinquēt homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ. Gen., cap. 25, § 24.* L'un des époux ne peut être appelé en témoignage dans une cause qui devient la sienne , dès qu'elle intéresse son conjoint : *Nullus idoneus testis in re suâ intelligitur. Loi 10, ff de test., 22. 5.* C'est encore un axiôme de raison naturelle.

Si , contre le vœu de la nature et de la loi , ils se trouvent désunis par le divorce , ou par la séparation de corps , *divortium à thoro et mensû* , ils ne peuvent pas plus être appelés en témoignage pour ou contre l'un ou l'autre.

D'un côté, l'honnêteté publique et le respect pour leur ancienne union ne le permettent pas ; de l'autre , le scandale de leur séparation n'a que trop prouvé que l'amour qu'ils se devaient mutuellement s'est tourné en une passion contraire : la loi défend de recevoir un témoignage si justement suspect.

L'union conjugale , qui identifie les deux époux pour n'en plus faire qu'une seule et même personne , établit entre l'un d'eux et les parens de l'autre , un lien pareil à celui du sang. En épousant

la fille, en épousant le fils, on devient le fils, on devient la fille des père et mère de l'autre conjoint. Ce n'est plus désormais qu'une seule et même famille, dont les intérêts sont confondus. La loi défend donc d'appeler en témoignage les alliés en ligne directe de l'une des parties.

287. Quant aux parens et alliés collatéraux, le Code de procédure n'a point, comme l'ordonnance de 1667, prononcé la prohibition absolue de recevoir leur témoignage.

Nous avons vu avec quelle force de raison ces deux grands magistrats, MM. de Lamoignon et Talon, combattirent cette prohibition. Ils voulaient, comme dans le droit romain, que la loi s'en reposât sur la prudence des juges. Les rédacteurs du Code de procédure ont entendu leurs raisons, que l'amour-propre du commissaire du roi l'empêcha d'écouter.

Le Code n'a point défendu aux parens et alliés collatéraux d'être témoins; il n'a point ordonné aux juges de rejeter leurs dépositions; il a seulement accordé la faculté de les reprocher, c'est-à-dire de proposer des motifs de soupçon qui peuvent les faire écarter. Ce qui est tout différent d'une prohibition.

Le reproche n'est plus qu'une faculté dont la partie intéressée est libre d'user ou de ne pas user, et que le magistrat ne peut suppléer. Si donc l'une des parties appelle en témoignage ses propres parens et alliés en collatérale, ou ceux de l'autre partie, celle-ci peut reprocher tant les uns que les au-

tres; car, suivant une observation aussi ancienne que les sociétés, les parentés et alliances *sunt apud concordēs excitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum.* ✧

Mais si les deux parties gardent le silence sur le moyen de reproches, c'est qu'elles n'ont point de soupçon sur la véracité des témoins appelés. Le magistrat ne peut donc élever un soupçon qu'elles n'ont pas pour les priver d'un témoignage qu'elles invoquent l'une et l'autre; l'une formellement en appelant le témoin; l'autre tacitement en n'usant pas de la faculté de le reprocher. Le reproche ne peut être suppléé d'office.

Voici le texte de l'art. 283 :

288. « Pourront être reprochés les parens ou aliés de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousins issus de germains inclusivement.

» Les parens et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfans vivans : en cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé de descendans, pourront être reprochés les parens et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs. »

On remarque dans cet article deux dispositions distinctes :

1°. Le Code limite aux cousins issus de germain, c'est-à-dire au sixième degré en collatérale, le reproche contre les témoins pour cause de parenté ou d'alliance ou d'affinité. L'ordonnance étendait jusqu'au huitième degré, c'est-à-dire jusqu'aux

enfans des cousins issus de germain, la prohibition d'admettre pour témoins les parens et alliés.

Nulle difficulté sur ce point, tandis que le conjoint d'où procède l'affinité est vivant : l'affinité subsiste dans toute sa force ;

2°. Mais fallait-il étendre le reproche même au cas où l'affinité est dissoute par sa mort ? C'est une question que l'ordonnance de 1667 passait sous silence, au titre des reproches, et que la seconde disposition de notre article décide, par une distinction empruntée de la même ordonnance, au titre de la récusation des juges, art. 4.

Si le conjoint d'où procédait l'affinité est décédé laissant des enfans vivans, l'affinité entre ses parens et le conjoint survivant paraît détruite par sa mort ; mais le père et les enfans sont souvent en droit considérés comme une seule et même personne.

Le père de mes neveux ne m'est donc point étranger, si leur mère, qui était ma parente, est décédée : je la vois revivre en eux ; ils la représentent.

Le Code permet de reprocher son mari, comme si elle était encore vivante.

Si au contraire le conjoint d'où procédait l'alliance est décédé sans enfans, l'affinité est entièrement dissoute ; son ombre même n'existe plus : *Mors omnia solvit.*

Cependant, il y a des degrés d'une affinité si étroite, comme entre beau-père et gendre, beaux-frères et belles-sœurs, qu'encore que les femmes soient décédées sans enfans, on présume que la

mort, qui a détruit l'alliance de la loi, n'a point détruit l'alliance des cœurs. Il est contre toute convenance que j'appelle en ma faveur, ou qu'on appelle contre moi en témoignage, celui que je nommais, que peut-être, quoique l'affinité légale soit dissoute, je nomme encore des doux noms de père, de fils, de frère.

Le Code permet de les reprocher pour témoins ; l'ordonnance les récusait pour juges, art. 4, tit. 24.

Ainsi le reproche contre un témoin, pour cause d'alliance, est autorisé jusqu'au sixième degré, si le conjoint d'où procède l'alliance est vivant, ou s'il laisse des enfans. S'il est mort sans descendans, le reproche est limité aux ci-devant alliés en ligne directe, et en collatérale, aux beaux-frères et belles-sœurs.

289. Il nous reste à dissiper une obscurité que présente la seconde disposition de notre art. 283.

Il porte qu'on pourra reprocher *les parens et alliés des conjoints* jusqu'au sixième degré, si le conjoint est vivant ou s'il laisse des enfans vivans, et s'il est mort sans enfans, en ligne directe seulement, et jusqu'au second degré en collatérale. Est-ce à dire que les parens, tant du conjoint partie au procès, que ceux du conjoint qui n'y est point partie, ne peuvent être reprochés qu'en ligne directe, et au second degré en collatérale, si l'autre conjoint est mort sans enfans ?

Non certes : ce serait prêter une absurdité à la loi. Il serait en effet véritablement absurde de dire que les parens du conjoint, partie au procès, ne

peuvent être reprochés qu'en ligne directe, ou au second degré en collatérale, si le conjoint, qui n'est pas partie au procès, est mort sans enfans. Il faut donc entendre notre article des parens du conjoint décédé sans enfans, lesquels parens sont alliés du conjoint survivant, qui est partie au procès. Cela est évident.

Et quand l'article ajoute que *les alliés des conjoints* peuvent être reprochés jusqu'au sixième degré, si le conjoint est vivant, etc., il faut entendre les alliés du conjoint, partie au procès, parens de l'autre conjoint, et non pas les alliés du conjoint vivant, qui n'est pas partie au procès. Car les alliés de ce dernier ne sont point alliés de l'autre conjoint, partie au procès, suivant la maxime *affinitas non parit affinitatem*.

Il est vrai qu'outre l'affinité proprement dite, qui existe entre l'un des conjoints et les parens de l'autre, *necessitudo inter unum à conjugibus et alterius conjugis cognatos*, seule affinité reconnue en droit (1), et jusqu'à un certain point fondée sur la nature, les canonistes, afin de multiplier les empêchemens de mariage dont les dispenses, accordées à prix d'argent, alimentaient le trésor de la cour de Rome, avaient imaginé un second genre d'affinité qu'ils supposaient exister entre l'un des conjoints et les alliés, ou *affins* de l'autre conjoint.

Mais ce second genre d'affinité prétendue fut

(1) Foy, Pothier, Traité du contrat de mariage, n°. 150.

abrogé, dès le 13^e. siècle, par le concile de Latran, tenu en 1215 (1).

On ne peut donc prêter à nos législateurs français l'inconcevable absurdité d'avoir, dans le 19^e. siècle, exhumé cette affinité chimérique, pour la mettre au rang des reproches légitimes contre les témoins appelés en justice, tandis que ni le droit romain, ni le droit canonique, ainsi que nous l'avons prouvé *suprà*, n'y mettaient pas même l'affinité proprement dite, la véritable affinité (2).

Disons donc, sans craindre de nous tromper, que si la seconde disposition de l'art. 283 est amphibologique, *les parens et alliés des conjoints* pourront être reprochés, etc., le véritable sens de cette disposition est que les parens du conjoint décédé sans postérité, lesquels sont alliés du conjoint partie au procès, ne pourront être reprochés qu'en ligne directe, et au second degré en collatérale. Si le conjoint, qui n'est point partie au procès, est vivant, ou a laissé des enfans, ses parens, qui

(1) Pothier, *ubi suprà*, n^o. 161.

(2) Ajoutez qu'en étendant, contre toute raison, les reproches jusqu'aux alliés du second genre, on n'affaiblirait pas seulement la preuve, comme le disait le président de Lamoignon, parlant de l'exclusion des parens collatéraux, on la rendrait très-souvent impossible, si on pouvait exclure, 1^o. tous les parens de la partie; 2^o. tous les alliés qu'elle pourrait avoir d'un premier mariage; 3^o. tous les parens de son conjoint; 4^o. tous les alliés d'un conjoint, tant d'un premier que d'un second mariage, le tout jusqu'au sixième degré. Calculez le nombre des personnes reprochables, et vous verrez combien il serait absurde de penser que le Code permet d'exclure un si grand nombre de témoins.

sont alliés de l'autre conjoint, pourront être reprochés jusqu'au sixième degré. Mais dans la cause de l'un des conjoints, on ne peut reprocher les alliés de l'autre conjoint, même pendant sa vie, parce que ces alliés ne sont point les alliés du conjoint partie au procès (1).

Nous avons cru devoir insister sur ce point, et le développer avec détails, parce que des auteurs, d'ailleurs très-judicieux, s'y sont mépris. L'art. 4 du tit. 24 de l'ordonnance de 1667 présentait, relativement aux récusations, la même équivoque que notre art. 285.

290. Outre le moyen de reproche général; fondé sur la parenté ou l'alliance en collatérale; dans les degrés que nous venons d'indiquer, l'art. 285 en

(1) Par un arrêt du 5 prairial an XIII, la Cour de cassation a décidé qu'il n'existe pas d'alliance entre un individu et la femme de son beau-frère, et qu'ainsi la femme du beau-frère de l'accusé peut être entendue comme témoin.

Un arrêt de Dijon avait jugé que la femme du beau-frère de l'accusé était la belle-sœur de celui-ci; puis, se fondant sur l'art. 358 du Code des délits et des peines, du 5 brumaire an IV, il avait refusé de l'entendre comme témoin. Mais la Cour de cassation, par arrêt du 5 prairial an XIII, attendu que l'alliance dont parle l'article cité est celle qui se contracte par le mariage, entre l'un des conjoints et les parens de l'autre; qu'un époux n'a, par conséquent, pour alliés du chef de son conjoint que ceux qui en sont les parens; que cependant l'arrêt attaqué a étendu l'effet de l'alliance même aux alliés du conjoint, puisqu'il a décidé que la femme du beau-frère de l'accusé était, comme son mari, son alliée au même degré, et a, en conséquence, refusé de l'entendre, comme étant, par son mari, belle-sœur de l'accusé: d'où il résulte une fausse application évidente de l'art. 358 ci-dessus cité. Par ces motifs, la Cour casse, etc.

indique six autres dans la seconde disposition, qui porte : « Pourront aussi être reprochés,

1°. » Le témoin, héritier présomptif ou donataire ;

2°. » Celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête ;

3°. » Celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès ;

4°. » Les serviteurs et domestiques ;

5°. » Les témoins en état d'accusation ;

6°. » Celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même une peine correctionnelle, pour cause de vol. »

291. Nous avons déjà remarqué que l'ordonnance de 1667, après avoir prononcé l'exclusion du droit de témoignage, non seulement contre tous les parens et alliés en ligne directe, mais encore contre les parens et alliés collatéraux, jusqu'au huitième degré, avait abandonné tous les moyens de reproches au jugement et à la prudence du magistrat, sans en indiquer aucun. On tenait pour principe, sous l'empire de cette loi, comme l'observe le chancelier d'Aguesseau, *qu'aucune ordonnance n'a fixé le nombre et la qualité des reproches.*

Si le Code de procédure en indique six dans notre art. 283, il ne faut pas conclure, de cette indication ou énumération, qu'il ait voulu limiter à ce nombre les moyens de reproches, dont le nombre est illimité par la nature des choses. Cette conséquence serait une grande erreur. Les repro-

ches, nous l'avons déjà dit, ne sont autre chose que les faits reprochés au témoin, d'où l'on prétend tirer des inductions contre sa véracité, contre la foi due à son témoignage, afin de le faire rejeter ou écarter. On ne peut prévoir, on ne peut énumérer tous ces faits, parce qu'ils peuvent varier presque à l'infini. On peut encore moins apprécier d'avance les inductions qu'ils peuvent présenter, puisque la justesse de ces inductions dépend des circonstances de chaque fait particulier. Il est donc impossible par la nature même des choses que la loi puisse fixer ou limiter le nombre des reproches : il reste nécessairement abandonné au jugement et à la prudence du magistrat. (*Vid. supra*, n^{os}. 271 et 272).

292. Mais, si le législateur ne pouvait limiter le nombre des reproches, il pouvait, il devait même, dans les circonstances où fut rédigé le Code de procédure, en indiquer quelques-uns, et notamment celui qu'on peut fonder sur la parenté ou sur l'alliance.

L'ordonnance de 1667 avait défendu d'entendre en témoignage les parens et alliés jusqu'au degré des enfans de cousins issus de germain, c'est-à-dire jusqu'au huitième degré, suivant la manière actuelle de compter les degrés. Cette prohibition a été, par l'art. 268 du Code de procédure, restreinte aux parens et alliés en ligne directe. Si, après cette restriction, le Code avait gardé le silence sur les parens et alliés en collatérale, on eût pu en conclure qu'ils pouvaient être reprochés jusqu'au huitième degré. Le législateur, voulant

limiter le reproche au sixième degré, c'est-à-dire aux enfans des cousins germains, était donc forcé de s'en expliquer.

Il fallait encore décider si le moyen de reproche, fondé sur l'alliance ou l'affinité, s'étendait au cas où elle est dissoute par la mort du conjoint d'où elle procède. C'est une question dont l'ordonnance de 1667 n'a point parlé, aux titres des enquêtes et des reproches.

Ainsi, de toute manière, le législateur ne pouvait se dispenser d'indiquer et d'expliquer le moyen de reproche, fondé sur la parenté ou sur l'alliance en collatérale. Nous verrons bientôt, en les développant, qu'il y avait des motifs raisonnables d'indiquer et d'expliquer les six autres moyens de reproches, dont il parle à la suite du moyen résultant de la parenté et de l'affinité. On ne peut donc conclure des indications qu'il a faites, que le Code de procédure ait voulu limiter le nombre des reproches à ceux qu'il a indiqués ainsi. La disposition de l'art. 283 est simplement indicative ou énonciative, et non limitative : on ne saurait soutenir le contraire, sans tomber dans l'absurdité.

Qui pourrait soutenir, par exemple, qu'on ne peut reprocher, parce que le Code ne parle point de ce reproche, l'amant déclaré de la femme qui est partie au procès, celui qui s'est reconnu, dans leur acte de naissance, le père de deux enfans naturels dont elle est accouchée? Cette absurdité révoltante ne se trouve ni dans le texte, ni dans l'esprit du Code.

295. On y voit, au contraire, qu'il reconnaît

deux espèces de reproches ; les uns qu'on appelle *généraux* (1), parce qu'ils sont indiqués par la loi, parce que les faits ou les qualités qu'elle indique *peuvent*, dans tous les cas et contre quelque personne que ce soit, motiver un reproche, sauf néanmoins les circonstances particulières qui pourraient en détruire les conséquences, et faire rejeter le reproche par le magistrat chargé de le juger.

Les autres qu'on appelle *particuliers*, parce qu'ils naissent d'un fait particulier, non indiqué par la loi, comme moyen de reproche général, mais qui est imputé ou reproché au témoin, et d'où l'on tire des inductions tendant à détruire ou à altérer la foi due à son témoignage et à le faire rejeter ou écarter.

Ce sont ces reproches particuliers dont parle l'art. 270, qui, ne pouvant les prévoir ni les énumérer tous, se borne, de même que l'ordonnance de 1667, à exiger qu'ils *soient circonstanciés et pertinens*.

Ce n'est qu'après avoir parlé de ces reproches particuliers, dont le nombre est indéfini, que le Code parle des reproches généraux, qu'il énumère dans l'art. 283, et dont le nombre est limité à six, outre la parenté et l'alliance au sixième degré.

294. Il y a cette différence entre les moyens de reproches généraux et particuliers, que les premiers peuvent être admis par les juges, sur la seule

(1) C'est ainsi que les appelait d'Aguesseau, tom. III, pag. 471.

existence du fait indiqué par la loi, et uniquement parce qu'elle l'indique comme *pouvant* motiver un reproche, indépendamment des circonstances, et sans examiner si elles concourent ou non à fortifier le soupçon qui en résulte, contre la sincérité du témoin.

Par exemple, si je reproche un témoin comme allié de ma partie adverse au sixième degré, les juges peuvent admettre ce reproche, sur le seul fait de l'alliance avouée ou prouvée, sans rechercher s'il existe des circonstances qui fortifient le faible soupçon que cette qualité peut faire naître, ou s'il n'en existe pas, au contraire, qui le dissipent ou le détruisent; la loi les y autorise, en mettant l'alliance au nombre des faits ou des qualités qui peuvent fonder un reproche.

295. Au contraire, si je propose un reproche particulier, uniquement motivé sur un fait ou sur une qualité du témoin, non indiqué dans le Code comme moyen général de reproche; par exemple, si je reproche un témoin comme parent de ma partie adverse au septième degré, les juges ne peuvent admettre ce reproche sur le seul motif de la parenté reconnue ou prouvée, parce que la parenté au septième degré n'est point un moyen de reproche général établi par le Code, et que les juges ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs et sans violer la loi, *admettre un motif de reproche général que la loi n'a pas créé.*

C'est un principe reconnu et proclamé par la Cour de cassation, à l'occasion de l'affaire du juif

Aaron Fiest-Salomon, qui demandait le paiement d'un billet notarié.

Un décret du 17 mars 1808 ordonnait qu'aucune obligation ou promesse, souscrite par un commerçant au profit d'un juif, ne pourrait être exigée, sans que le porteur prouvât que la valeur a été fournie en entier et sans fraude.

Salomon présenta pour témoins le notaire et les témoins instrumentaires qui avaient signé l'acte, lequel portait que ledit Salomon avait tout présentement compté et numéré la somme aux débiteurs, qui l'avaient retirée et promis de la rendre.

Ces témoins furent reprochés comme ayant donné des certificats sur les faits du procès, et parce qu'ils ne pouvaient faire une déposition contraire à ce qu'ils avaient attesté par leurs signatures, sans avouer leur propre turpitude.

Le tribunal de Schelestadt déclara ces moyens de reproches pertinens et admissibles, et ordonna que les dépositions seraient rejetées. Mais le jugement fut cassé par arrêt du 22 novembre 1812 (1),
« attendu que le notaire qui a reçu l'acte, et les
» deux témoins instrumentaires qui l'ont signé,
» ayant un caractère légal, et n'ayant rempli qu'un
» ministère avoué par la loi, ne peuvent, par l'effet de cette rédaction et de ces signatures, être
» assimilés à ceux qui auraient donné des certificats sur des faits relatifs à des procès. »

(1) Rapporté par Sirey, tom. XIII, pag. 174.

» Et qu'en déclarant fondés , contre les trois té-
» moins présentés par le demandeur , *les reproches*
» *pris de leur qualité* , et en rejetant leurs déposi-
» tions , par application de l'art. 283 , le tribunal
» civil de Schelestadt a fait une fausse application de
» cette loi , et l'a en outre violée , *en admettant un*
» *motif de reproche de témoins que la loi n'a pas créé.* »

Ainsi donc , les qualités de notaire ou de témoin instrumentaire d'un acte , ne sont point par elles-mêmes un motif suffisant de reproche , et il en est de même de la parenté au septième degré. Pourquoi cela ? Parce que la loi n'a point mis ces qualités au nombre des reproches généraux , et que la loi seule peut établir ces reproches généraux.

Mais , si une liaison intime rapprochait les parens au septième degré , si la partie était l'héritière présomptive du témoin , si ses enfans étaient élevés chez lui comme enfans de la maison , nul doute que le reproche pourrait être admis , et la déposition rejetée , attendu que si la parenté au septième degré n'est point un motif de reproche autorisé par la loi , et que s'il en est de même de la qualité d'héritière présomptive du témoin , ces deux qualités réunies , et jointes à la circonstance que les enfans de la partie sont élevés chez le témoin comme ses propres enfans , forment un moyen de reproche *circonstancié et pertinent*.

296. Si , à la différence des reproches particuliers , les tribunaux peuvent , indépendamment des circonstances , et sur la seule existence du fait , admettre les reproches généraux indiqués par la loi , il n'en faut pas conclure qu'ils soient obligés

de les admettre, et qu'ils n'aient pas le pouvoir de les rejeter : ce serait une erreur.

Le Code de procédure, au contraire, leur recommande de statuer sur les reproches ; ce qu'ils ne peuvent faire sans les examiner, ainsi que les réponses que l'autre partie est toujours libre d'y faire : c'est un incident du procès.

En attendant que le tribunal statue, le témoin reproché doit être entendu dans sa déposition (284), que reçoit le commissaire du tribunal, chargé de faire l'enquête. Il est ensuite statué sommairement, par le tribunal, sur les reproches (287), ainsi que sur les réponses aux reproches, que l'autre partie a toujours la faculté de faire, si bon lui semble (1); enfin, *si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne sera point lue*, dit l'art. 291.

Cet article et les précédens, qui se trouvent immédiatement à la suite de l'art. 285, dans lequel sont énumérés les reproches généraux établis par la loi, ne permettent pas de douter que leurs dispositions s'appliquent à ces derniers, de même qu'aux reproches particuliers dont parle l'art. 270 : les uns et les autres peuvent donc être admis ou rejetés par le tribunal, après l'examen des reproches et des réponses.

(1) L'ordonnance de 1667 le permettait par une disposition expresse. Le Code de procédure se borne à le supposer dans l'art. 290. Le législateur n'a pas jugé qu'une disposition formelle fût nécessaire pour autoriser une faculté de droit commun et naturel.

297. Ces réponses peuvent avoir pour objet de détruire, soit la réalité du fait, en prouvant qu'il est faux ou qu'il n'est pas justifié, soit les inductions qu'on en veut tirer, en démontrant qu'elles sont mal fondées.

Par exemple, ma partie adverse peut reprocher un témoin que j'ai appelé, en alléguant qu'il a bu et mangé chez moi depuis le jugement qui ordonne l'enquête : c'est un reproche autorisé par l'art. 283.

J'y puis répondre de deux manières :

1°. En niant le fait, qui n'est pas justifié, ou en prouvant qu'il est faux;

2°. En avouant le fait; mais en soutenant qu'on n'en peut tirer aucune induction raisonnable contre la véracité du témoin; aucun soupçon de séduction ou de subornation, parce que je ne connaissais pas le témoin, attendu qu'il habite une ville éloignée;

Parce qu'il n'est venu chez moi que par occasion, à une fête que je donnais, et où il fut présenté par un ami, chez lequel il était descendu en passant à Rennes, d'où il repartit le lendemain sans me voir;

Parce qu'il est impossible qu'il eût connaissance du jugement qui ordonnait l'enquête, ce jugement n'ayant été prononcé que la veille, à Brest, où le procès est pendant;

Parce qu'il ignorait qu'il serait appelé en témoignage, et que je l'ignorais moi-même, attendu que le procès est dirigé par un homme d'affaires,

qui demeure sur les lieux, et qui seul pouvait connaître et indiquer les personnes qu'on pourrait appeler en témoignage.

Le reproche et les réponses que j'y ai faites sont soumises à la décision du tribunal, et si le reproche est admis, la déposition ne doit pas être lue. (Art. 291).

Donc les juges peuvent ne pas admettre les reproches; donc, s'ils ne les admettent pas, la déposition du témoin reproché sera lue, de même que celles des témoins non reprochés. La conséquence est directe et nécessaire.

298. Vainement objecterait-on que la faculté de reprocher un témoin, pour l'une des causes indiquées dans l'art. 263, étant accordée par le Code de procédure, les juges ne peuvent rendre cette faculté illusoire, en rejetant le reproche, lorsque le fait est prouvé; que l'autre partie ne peut proposer aucun moyen de détruire l'induction qu'on en tire, parce que cette induction est tirée par la loi même, qui attache au fait indiqué une présomption légale de séduction, présomption contre laquelle nulle preuve n'est admise. (Art. 1352 du Code civil).

Non, il n'est pas vrai que la loi ait attaché une présomption de séduction et de subornation aux faits de reproches indiqués dans l'art. 283. Cette présomption légale n'est attachée qu'aux faits à raison desquels la loi a privé certaines personnes du droit de témoignage.

Ainsi, l'art. 268 défend d'entendre en témoignage les parens et alliés en ligne directe, ainsi que

le conjoint , parce que la loi présume que des liaisons aussi intimes que celles que la nature a formées entre ces personnes , ne leur permettent pas de voir les choses avec impartialité. Voilà une présomption légale contre laquelle nulle preuve ne peut être admise.

Quant aux reproches fondés sur la parenté collatérale , et autres reproches indiqués dans l'article 283 , en permettant aux parties intéressées de les proposer, le Code ne commande point aux juges de les admettre. Il ne pouvait le leur commander sans contradiction , puisqu'il leur ordonne de les juger ; ce qui suppose nécessairement la faculté de les rejeter ou de les admettre.

S'ils étaient forcés , par exemple , d'admettre le reproche fondé sur la parenté collatérale , où serait , relativement au droit de témoignage , la différence entre les parens en ligne directe , que l'article 268 défend d'admettre et commande de rejeter , et les collatéraux , que l'art. 283 permet seulement de reprocher ?

299. Qu'est-ce donc que les reproches généraux indiqués par la loi ? Ce sont , suivant d'Aguesseau , tom. III, pag. 474, *des qualités que le juge doit examiner dans la personne des témoins* , parce qu'elles peuvent faire naître des soupçons contre leur sincérité.

Mais la raison et les lois leur donnent pour contre-poids le caractère du témoin , la fermeté de ses principes , ses mœurs , sa conduite ; ajoutez-y les circonstances extérieures qui peuvent assurer sa bonne foi.

Si ces considérations, mûrement pesées, dissipent tout soupçon, il faut admettre son témoignage : *Nam si careat suspicione testimonium, vel propter personam à quâ fertur, quòd honesta sit, vel propter causam, quòd neque lucri, neque gratiæ, neque inimicitiae causa sit, admittendus est.* Voilà ce que dit le droit romain, que d'Aguesseau se plaît à qualifier de *raison écrite*. (Voy. Loi 3, ff de test., 22. 5).

Dans les exclusions, au contraire, le juge n'a rien à examiner que le simple fait toujours facile à connaître. Le témoin est-il parent de l'une des parties en ligne directe, ou son conjoint? Oui; cela suffit : il doit être écarté, *prohibetur*.

Les principes les plus sévères, les mœurs les plus austères, la probité la mieux éprouvée, la conduite la plus pure et la plus irrépréhensible, rien ne peut entrer en balance avec la prohibition de la loi, *prohibetur*.

Posons donc en principe que les juges ont le pouvoir de rejeter aussi bien que d'admettre les moyens de reproches généraux indiqués par l'article 283, s'il résulte des circonstances et des réponses aux reproches qu'ils ne sont pas fondés.

300. Cependant M. Locré, Esprit du Code de commerce, tom. IX, pag. 307 et 308, soutient que, dans cette occasion, le ministère du juge se réduit à vérifier les faits sur lesquels on fonde le reproche, et, quand les causes de reproche sont justifiées, qu'il n'a pas plus le droit de repousser une cause admise par la loi, qu'il n'a celui d'admettre une cause qu'elle ne reconnaît point.

Il prétend que cela résulte *de la nature des choses* ;

De l'art. 289 , qui suppose que , dans les cas où le reproche se trouve justifié par écrit , le tribunal n'a plus rien à voir ;

Enfin , du changement fait dans la rédaction de l'art. 283 pour se conformer à ce système.

L'opinion d'un auteur tel que M. Locré mérite d'être examinée avant de la rejeter.

Il ne dit point ce qu'il entend par *la nature des choses* , qui force le magistrat d'écarter le témoin , si le fait est vérifié , sans examiner si l'induction qu'on en tire est fondée.

Il nous semble , au contraire , que le magistrat étant chargé par la loi de juger les reproches ; que le magistrat à qui la loi recommande si fortement , comme son premier devoir , d'examiner la foi due au témoin , et d'admettre son témoignage , s'il ne s'élève pas de soupçon contre lui , *nam si suspicione caret , admittendus est* ; que le magistrat , enfin , a , par *la nature des choses* , c'est-à-dire par cela même qu'il est chargé d'examiner le témoin et de juger le reproche , le pouvoir de juger le fait et le droit ; si le fait reproché est vrai ou faux , si l'induction qu'on en tire est ou non fondée.

Autrement , pourquoi écrire la déposition du témoin , quand le fait reproché est reconnu ou prouvé par écrit ? En chargeant le magistrat de juger les reproches , la loi n'a point distingué entre le fait et le droit. Nous ne devons pas admettre une distinction qui n'est pas dans la loi.

Quant à l'art. 289, il n'est nullement vrai qu'il suppose que, dans le cas où le reproche est justifié par écrit, le tribunal *n'a plus rien à voir*.

Cet article dit seulement que si le reproche proposé avant la déposition n'est pas justifié par écrit, la partie doit en offrir la preuve, et désigner les témoins ; autrement elle n'y sera par reçue. Conclure de là que, si le reproche est justifié par écrit, le tribunal *n'a plus rien à voir*, c'est manquer aux premières règles du raisonnement.

La seule conséquence qu'on puisse tirer de cet article, c'est que la partie ne peut, après avoir entendu la déposition, proposer des moyens de reproches, à moins qu'ils ne soient justifiés par écrit ; mais ces reproches justifiés par écrit sont, comme les autres, soumis au jugement du magistrat ; *et s'ils sont admis*, dit l'art. 291, la déposition ne sera pas lue : ce qui suppose clairement et sans équivoque que, s'ils ne sont pas admis, elle sera lue.

Enfin, M. Locré appuie son opinion sur le changement fait dans l'art. 283, *pour se conformer*, dit-il, *à ce système*.

Dans le projet de l'article, le premier membre de phrase était ainsi conçu :

« *Pourront être présentés comme reproches, l'alliance, la parenté, etc.* »

Le second membre de l'article portait :

« *Pourront être reprochés, l'héritier présomptif ou donataire, etc.* »

La Cour d'Orléans crut apercevoir de la diffé-

rence dans le sens de ces expressions, *pourront être présentés comme reprochés, etc.*, employées dans le premier membre de la phrase, et celles-ci, *pourront être reprochés*, employées dans le second membre. Elle disait que l'on *pourrait* conclure des premières que le reproche n'est *pas absolu*, et que les secondes présentaient l'idée d'un reproche absolu.

Avec quelque attention que nous examinions ces expressions, il nous est impossible d'y apercevoir un sens différent.

C'est toujours la même idée présentée sous deux formules diverses, l'une plus longue, l'autre plus brève; et nous osons demander au lecteur attentif si la faculté de présenter la parenté ou la qualité d'héritier comme *reproche*, et la faculté de *reprocher* les parens ou l'héritier présomptif, ne sont pas absolument la même chose? s'il y a de la différence entre présenter un fait *comme reproche* ou *reprocher* un fait? et si le scoliste le plus subtil y pourrait trouver à distinguer?

L'observation de la Cour d'Orléans n'avait donc aucune espèce de fondement raisonnable; cependant elle fit apercevoir qu'il y avait de l'inconvénient à se servir d'expressions différentes pour rendre la même idée, dans le premier et dans le second paragraphe de l'article.

En conséquence, la section de législation du Tribunal proposa d'y suivre *la même coupure de phrase*.

Cette section présenta donc la rédaction qu'on trouve dans le Code, *pourront être reprochés* les parens et alliés, etc.; *pourront aussi être reprochés* l'héritier présomptif, etc.

M. Locré en conclut que cette rédaction rend absolu l'effet du reproche. Nous nions cette conséquence, qui, bien analysée, se réduit à ce raisonnement-ci : la Cour d'Orléans pensait que ces mots, *pourront être reprochés*, constituent un reproche absolu.

Le Tribunat, en examinant le projet de l'art. 283, pensa qu'il fallait suivre la même coupure de phrase dans les deux paragraphes de cet article, et dire, dans l'un comme dans l'autre, *pourront être reprochés* les parens, etc., *pourront être reprochés* l'héritier légitime, etc. Cette rédaction a passé dans le Code : donc elle constitue un reproche absolu.

Nous croyons avoir prouvé le contraire, et, les raisons de M. Locré ne nous paraissant pas suffisantes, nous persistons à penser que le magistrat, en jugeant le reproche, doit examiner, 1°. si le fait reproché est vérifié ; 2°. si les inductions qu'on en tire sont fondées, et qu'il peut, en cas qu'elles ne le soient pas, rejeter le reproche et faire lire la déposition.

301. Nous ne saurions encore partager une autre opinion de M. Locré, qui prétend, au même endroit, que les motifs de reproches indiqués dans l'art. 283 sont les seuls qu'il soit permis aux juges d'admettre.

Nous avons déjà examiné cette question, nos. 271, 278 ; il nous reste à répondre aux raisons de M. Locré. Il dit qu'après avoir exclu d'une manière absolue les parens et alliés jusqu'au quatrième degré, l'ordonnance de 1667 n'avait pas cru devoir

indiquer les moyens de reproche ; qu'elle se contentait d'exiger que les reproches fussent pertinens et circonstanciés ; et qu'elle permettait à la partie de faire valoir tous les motifs possibles de suspicion , et laissait le juge en apprécier la force.

Nous sommes d'accord , sur ce point , avec M. Locré , et nous avons exposé , n°. 278 , les motifs de cette sage disposition de l'ordonnance.

Mais M. Locré prétend que « les commissaires-rédacteurs du projet du Code de procédure proposèrent , au contraire , de spécifier les causes de reproches. »

Si , par *spécifier* les causes de reproches , l'auteur entend les *limiter* , de manière qu'il ne soit pas permis aux juges d'en admettre d'autres , il n'est pas vrai que les commissaires-rédacteurs aient jamais proposé de *spécifier* ou de limiter les causes de reproches.

Ce qu'il y a de vrai ; c'est seulement qu'ils proposèrent un article , l'art. 286 , devenu l'art. 285 du Code , dans lequel plusieurs causes de reproches étaient indiquées ou énumérées ; mais ils ne proposèrent point de rendre cette indication exclusive ou limitative , de manière qu'il ne fût pas permis aux juges d'admettre d'autres causes de reproches.

Une pareille proposition eût infailliblement été rejetée ; car il est contre la raison de limiter les causes de reproche , parce qu'il est impossible de les prévoir toutes.

On ne saurait même , sans les accuser d'injustice et d'imprévoyance , pour ne rien dire de plus ,

supposer aux commissaires-rédacteurs l'intention de rendre limitative l'indication contenue dans l'art. 283; car elle contient des causes de reproche très-insignifiantes, et en omet de beaucoup plus fortes, et de tellement fortes, qu'on ne pourrait les écarter sans une injustice révoltante. Par exemple, l'art. 283 permet de reprocher, sans distinction, celui qui a bu ou mangé avec la partie, depuis le jugement qui ordonne l'enquête, quoique, peut-être, elle ignorât l'existence du jugement, et celle même du procès; et le même article ne met pas le concubinage public au nombre des causes de reproche. Il ne permet pas de reprocher l'amant déclaré de la partie adverse, celui qui s'est authentiquement reconnu père d'un enfant naturel dont elle est accouchée.

302. Ainsi, les commissaires-rédacteurs n'ont pas proposé de rendre limitative l'indication des causes de reproche, et l'on ne peut raisonnablement leur supposer cette intention.

Voyons si, dans le fait, comme le soutient M. Locré, l'art. 283 présente l'idée ou l'apparence d'une disposition limitative.

La Cour de Caen, dît-il, crut nécessaire de prévoir d'autres cas que ceux qu'indique cet article. Il semblait à cette Cour que les autres causes de reproche étaient écartées. Il faudrait, disoit-elle, permettre aux parties de proposer tels autres reproches, et laisser à la prudence des juges d'y avoir tel égard que de raison. C'est ce que M. Locré appelle un système mixte.

La Cour de Turin observait aussi que, dans

l'énumération des reproches, on avait omis des cas qui devaient y être compris. Elle pensait qu'il fallait modifier la rédaction, en disant : « Pour-
ront être présentés *particulièrement* comme re-
proches, pour ne pas exclure tous les autres. »

Ainsi, sur le grand nombre de Cours qui existaient alors dans l'empire français, deux seules désiraient qu'on modifiât la rédaction de l'art. 285, ou qu'on y ajoutât, dans la crainte qu'il ne semblât exclure les causes de reproches non indiquées.

Toutes les autres Cours ne désiraient ni addition ni modification, sans doute parce qu'elles les croyaient inutiles.

Il en arriva qu'il ne fut fait ni addition ni modification. M. Locré en conclut avec assurance que
« le système de la commission a été préféré, comme
le seul conforme à la théorie générale de notre
législation, qui n'abandonne à l'arbitrage du
juge que ce qu'elle ne peut régler. »

De quel système veut ici parler M. Locré? Du système de faire une énumération limitative des reproches? Nous avons vu que cette énumération n'est pas raisonnable, parce qu'elle n'est pas possible; que les commissaires n'ont point proposé un pareil système, et qu'on ne peut leur en supposer l'intention.

Cependant M. Locré affirme que c'est le seul conforme à l'esprit général de notre législation, qui *n'abandonne à l'arbitrage du juge que ce qu'elle ne peut régler.*

C'est encore un erreur. Il fut un tems où la terreur panique de l'arbitraire avait introduit l'ar-

sage de ne pas permettre aux juges de prononcer sur les cas que la loi n'avait pas réglés; mais ce système, très-salutaire en matière de crime, a été proscrit dans les autres matières, par le Code civil des Français.

Le juge est aujourd'hui un ministre d'équité, qui peut et qui doit suppléer au silence de la loi.

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte » du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de » la loi, pourra être poursuivi comme coupable de » déni de justice. » (Art. 4).

C'est aussi la maxime du droit romain, notamment en matière de reproches, comme nous le verrons tout à l'heure.

Mais M. Loqué prétend que l'énonciation des causes de reproche indiquées dans l'art. 283, est limitative par elle-même; car, dit-il, une énumération précise exclut tout ce qu'elle ne comprend pas. La preuve qu'il en donne, c'est que, suivant le *style des lois*, toutes les fois que le législateur indique lui-même les faits d'où dépendront certains résultats, il défend implicitement d'attacher ces résultats à aucun autre, à moins que les faits qu'il indique ne soient énoncés par forme d'exemple; et alors, ou la disposition le dit *formellement*, ou elle est terminée par une clause générale, qui admet les autres cas semblables.

Ainsi, selon M. Loqué, une disposition est limitative, toutes les fois que la loi ne dit pas formellement qu'elle est démonstrative.

Nous répondons que cette doctrine est en oppo-

gation avec celle du droit romain, avec celle des jurisconsultes français, avec la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Papinien, loi 13, *ff de test.*, 22, 5, enseigne que le juge doit suppléer au silence des lois, et au cas qu'elles ont omis ; et ce qu'il y a de remarquable, c'est en matière de reproches qu'il le dit : *Julia lex de vi, et repetundarum, et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verumtamen, quod legibus omissum est, non omititur, religione judicantium.*

Il est donc vrai que, dans le droit romain, l'énumération des reproches n'empêchait pas les juges d'en admettre d'autres ; elle n'était pas limitative.

Quant à nos auteurs français, nous n'en citerons qu'un pour abréger, notre savant maître Dupare-Poullain : « Dans toutes les lois, dit-il (1), il y a » des dispositions démonstratives ou limitatives. » La disposition démonstrative est celle qui pro- » nonce sur une espèce particulière, *sans exclure* » la même décision sur d'autres espèces qui peu- » vent y avoir rapport.

» La disposition *limitative* est celle qui, en éta- » blissant une maxime, la limite à certains cas au- » delà desquels on ne peut jamais l'étendre. »

Ainsi, les auteurs français enseignent, contre la doctrine de M. Locré, que la disposition d'une loi

(1) Principes du droit, tom. III, pag. 364 et 365.

est démonstrative, lorsque la loi ne la *limite* pas, lorsque la loi n'exclut pas la même décision sur d'autres espèces qui peuvent y avoir rapport.

Enfin, la jurisprudence constante de la Cour de cassation est conforme à cette maxime ; en voici la preuve : l'art. 46 du Code civil permet de prouver par témoins les naissances, mariages et décès, mais en deux cas seulement : 1°. lorsqu'il n'a point existé de registres de l'état civil ; 2°. lorsqu'ils sont perdus.

Selon la doctrine de M. Locré, il faudrait dire que cette disposition est *limitative* ; car la loi n'a point dit formellement que ces deux cas sont donnés pour exemple ; mais la Cour de cassation a décidé, au contraire, qu'elle ne l'est pas, parce que le Code ne la limite point aux deux cas énumérés, parce qu'il ne défend pas de l'appliquer à d'autres cas ; et elle a répété cette décision dans trois arrêts, l'un du 12 mars 1807, le second du 5 février 1809. le troisième du 22 décembre (1) 1819. Il suffit de rapporter le considérant de ce dernier arrêt, parce qu'il est conforme aux autres : « Attendu que ni » l'art. 14 de l'ordonnance de 1667, ni l'art. 46 du » Code civil, qui a reproduit la disposition de cette » ordonnance, en *spécifiant deux cas*, dans les- » quels la preuve testimoniale des actes de l'état » civil doit être ordonnée, savoir, celui où il n'a

(1) Voy. Sirey, tom. VII, pag. 261—266 ; tom. IX, pag. 221 et 222 ; tom. XX, pag. 281—285.

» pas existé de registres, et celui où ces registres
» auraient été perdus, ne sont ni *limitatifs*, ni ex-
» clusifs d'autres cas où cette même preuve pour-
» rait être admise, etc. etc. »

303. De cette doctrine, conforme à la raison, nous concluons avec assurance que la disposition de l'art. 283, qui spécifie certaines causes de reproches, n'est point *limitative*, et n'exclut point d'autres cas, et que la religion des juges peut, comme le dit Papinien, suppléer celles qui sont omises.

Cette conséquence nous paraît d'autant plus sûre, 1°. que l'indication contenue dans l'art. 283 était, comme nous l'avons fait voir, nécessaire pour dissiper les doutes qui pouvaient s'élever sur certaines causes de reproches, et qui ne peuvent pas raisonnablement s'élever sur des causes plus fortes.

On doit donc appliquer ici la règle *quæ dubitationis tollendæ causâ inseruntur, jus commune non lædunt. Loi 81, ff de R. J.*; 2°. que si cette indication était regardée comme limitative, il en résulterait une véritable injustice, en ce qu'on y a omis des causes de reproches qu'il est impossible de ne pas admettre, tandis qu'on y trouve des causes très-insignifiantes en elles-mêmes.

Et qu'on ne dise pas avec M. Locré, Esprit du Code de procédure, tom. I, pag. 500, qu'il est sans danger de ne pas admettre un motif de reproche qui n'est pas indiqué dans l'article cité, quoique plus fort que ceux qui le sont, par la raison que « maintenant les dépositions ne sont pas comp-
» lées, mais pesées; que la conviction du juge n'est

» pas liée par la déposition de plusieurs témoins,
» etc. »

Nous lui répondrons que la loi a jugé très-dangereux de lire la déposition d'un témoin reprochable, et que c'est pour cela que l'art. 291 défend de la lire, *si le reproche est admis*; et M. Locré lui-même en donne une excellente raison (1), c'est que « lire la déposition, sous tel prétexte que ce soit, c'est s'exposer à faire, sur l'esprit des juges, une impression qui reviendrait malgré eux, et qui rendrait à peu près inutile la faculté de reprocher ».

304. Passons à l'examen des moyens de reproches généraux, autres que la parenté et l'alliance en collatérale, qu'on trouve spécifiés dans la seconde disposition de l'art. 283. Nous avons vu ci-dessus qu'il y en a six.

Le premier est fondé sur la connaissance du cœur humain. L'observation et l'expérience de tous les siècles nous démontrent qu'on doit tenir pour suspect le témoignage de celui que domine une passion quelconque. L'intérêt, la crainte et l'espérance agitent naturellement celui qu'on appelle à déposer pour ou contre la personne dont il est héritier présomptif.

Une passion plus douce, mais très-impérieuse dans un cœur honnête, agite celui du donataire.

La reconnaissance, la crainte de passer pour ingrat, lui permettent-elles de voir les faits qui in-

(1) Esprit du Code de commerce, tom. IX, pag. 312.

téressent l'honneur ou la fortune de son bienfaiteur, tels qu'ils sont et tels qu'il les verrait dans l'état calme et tranquille de la raison? La loi a redouté la séduction de la reconnaissance, et permis de l'opposer contre le témoignage du donataire, comme un moyen de reproche. La qualité de donataire est donc une des qualités que le juge, comme le dit d'Aguesseau, doit examiner dans la personne du témoin.

Remarquons que le Code n'étend point ce reproche au témoin donateur, ni au témoin dont l'une ou l'autre des parties doit hériter. Celui-ci n'a rien à espérer ni à craindre de son héritier présumptif. Il est, à son égard, dans une parfaite indépendance.

Il en est de même du témoin donateur. Le donataire seul est engagé dans les liens de la reconnaissance; il devient, en acceptant le bienfait, l'obligé du donateur, qui, de son côté, demeure indépendant et se place au-dessus du donataire.

L'affection que le donateur semble témoigner au donataire, en le préférant à ses propres héritiers, n'a point paru de nature à la ranger au nombre des moyens généraux de reproche contre un témoin.

Les libéralités n'ont pas toujours l'affection pour principe; la vanité, et d'autres passions encore, qui n'ont pas personnellement le donataire pour objet, peuvent en être le motif secret.

305. Le second moyen de reproche indiqué dans la disposition de l'art. 283, n'était mis, par l'ordonnance de 1667, ni au nombre des reproches

généraux, ni même au nombre des moyens de récusation.

Nos anciennes ordonnances (1) défendaient à ceux qui tenaient le Parlement de boire et de manger avec les parties plaidantes devant eux. Il paraît que cette défense, particulière aux membres des Parlements, était fondé sur des raisons de décence et d'honnêteté publique.

Le magistrat est la femme de César, qui ne doit pas même être soupçonnée.

L'ordonnance de 1667 n'avait donc point fait de la contravention à cette défense un moyen spécial de récusation (2) ; mais elle déclarait, art. 12, tit. 24, qu'elle n'entendait pas exclure les autres moyens de fait et de droit, pour lesquels un juge peut être valablement récusé.

(1) Il est bon d'en connaître le texte. Celle du 28 octobre 1446, rapportée dans le Recueil de Néron, tom. I, pag. 20, porte :

« Certaines ordonnances faisant mention que ceux qui tiendront notre
» Parlement, ne mangeussent ni boyvent avec les parties qui ont affaire
» devant eulx, ajoutons et ordonnons que d'oresnavant et dès mainte-
» nant, defendons *aux présidens et conseillers*, sur leurs sermens, que,
» le moins qu'ils pourront, ils fréquentent et communiquent avec les
» parties plaidant en notre dite Cour, et que ils ne mangeussent ne boy-
» vent avec elles, à leur convey, ne avecques leurs procureurs et avo-
» cats, quand ils sauront que lesdits procureurs et avocats les convoye-
» ront, à la requête et aux dépens desdites parties, et aussi que lesdits
» présidens et conseillers se gardent le plus qu'ils pourront de prendre
» et de recevoir par eux, leurs gens et familiers, aucuns dons ou pré-
» sens desdites parties, autrement, que il n'est permis de droit, sous
» quelque prétexte que ce soit, et soit de viande, vins ou autre chose. »

Voy. aussi l'ordonnance de Saint-Louis, de décembre 1250, art. 1, la 16, § 3, *ff de offic. procons.*, 1. 16.

(2) Cependant l'art. 15 défend aux juges-commissaires qui descendent sur les lieux, et aux experts, « de recevoir par eux ou par leurs

Dans un siècle où la corruption des mœurs est parvenue au dernier degré, *corrumpere et corrumpi sæculum*, on soupçonne facilement la subornation des témoins et la corruption des juges.

Le Code de procédure permet de reprocher le témoin « qui aura bu ou mangé avec la partie, et » à ses frais, depuis la *prononciation du jugement* » qui a ordonné l'enquête. » (283).

Il permet également de récuser le juge qui, « *depuis le commencement du procès*, a bu ou mangé » avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison » (378, 4, 8).

On ne peut se dissimuler que la rédaction de ces deux dispositions laisse beaucoup à désirer.

Les auteurs enseignent (1) qu'on peut présumer séduit ou corrompu le témoin qui a bu ou mangé chez l'une des parties; mais ils exigent que ce soit *depuis l'assignation qui lui a été donnée pour déposer*; encore, ajoutent-ils, avec raison, que la présomption *dépend des circonstances et de la qualité des personnes*.

Notre art. 283 étend le reproche au cas même

» domestiques, aucuns présens des parties, ni de souffrir qu'ils les défrayent et paient leur dépense directement ou indirectement, à peine » de concussion ou d'amende. »

Mais cette disposition spéciale n'est point étendue aux autres juges qui ont bu ou mangé chez l'une ou l'autre des parties, depuis le procès commencé. Ce moyen de récusation restait donc abandonné à la prudence des magistrats.

(1) Voy. Joussé, sur l'art. 1, tit. 25 de l'ordonnance.

où le témoin aura bu ou mangé avec la partie , depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête , sans distinguer s'il avait ou non connaissance du jugement qui a ordonné cette enquête ; s'il connaissait l'existence du procès ; s'il savait ou non qu'on devait l'appeler en témoignage.

Cette disposition trop générale , paraît ainsi trop rigoureuse.

Celui qui , depuis qu'il est appelé en témoignage , va néanmoins s'asseoir fréquemment à la table de la partie qui l'appelle , peut , avec quelque raison , être , suivant les circonstances , soupçonné de prévention ou de séduction.

Mais qu'un témoin honnête , *honestæ et inculpatae vitæ* , qui s'est trouvé , même par occasion , à l'un de ces repas d'usage dans la société , à une fête , où sont ordinairement invités moins d'amis que d'indifférens , puisse être reproché uniquement parce qu'il a été , à vingt ou trente lieues de là , prononcé un jugement qui ordonne une enquête dans un procès , dont peut-être il ignorait l'existence , et où il n'était point encore appelé en témoignage , c'est évidemment porter la défiance et le soupçon au-delà de toute raison ; c'est s'exposer à priver la partie d'un témoignage nécessaire à la découverte de la vérité , et à rendre la preuve impossible.

Si donc les juges étaient forcés d'admettre , en tous ces cas , le reproche fondé sur ce qu'un témoin a bu et mangé avec la partie , depuis la prononciation du jugement , et de rejeter son témoignage sans qu'il leur fût permis d'avoir égard aux

circonstances et à la qualité des personnes, on ne pourrait s'empêcher de convenir qu'il y a dans notre art. 283 imprévoyance ou injustice.

Mais nous avons vu que les juges ont, suivant les circonstances, le pouvoir de rejeter même les reproches indiqués par la loi.

306. Le troisième moyen de reproche, indiqué dans la seconde partie de l'art. 283, est le cas où le témoin appelé a donné un certificat sur les faits relatifs au procès.

On peut trouver la première source de cette disposition dans un rescrit de l'empereur Adrien (1), qui répondait qu'il en croirait les témoins et non les témoignages écrits, c'est-à-dire les certificats : *Testibus se non testimoniis crediturum*. L'autorité des témoins présents, dit-il encore, est tout autre que celle des certificats qu'on a coutume de lire aux juges. Au lieu qu'on interroge les témoins, qui doivent rendre raison de leur déposition (2), au contraire, les certificats ou témoignages écrits, sont des témoins sourds et muets qui n'entendent aucune observation et qui n'y peuvent répondre : *Testimonia surda et muta*, dit le proverbe (3).

En général, on nomme certificats les écrits par lesquels on rend témoignage d'un fait, en attestant qu'il est ou qu'il n'est pas.

Nous en connaissons de deux espèces : les uns

(1) Loi 3, § 3 ; loi 4, ff de testib., 25. 2.

(2) Vid. *suprà*, n°. 260.

(3) *Erasmii Adagia*, lib. 3, cent. 5, n°. 75.

nécessaires et qualifiés, exigés même en certains cas par la loi, comme les certificats de vie ou d'existence, les certificats d'études, de service, etc.; ceux-là font foi, lorsqu'ils sont donnés par les personnes que la loi charge de les donner.

Il en est autrement des simples certificats sur les faits relatifs à un procès, et donnés par une personne à une autre sur la seule réquisition de la première.

On a toujours pensé, en France, que ces témoignages muets, arrachés souvent à la complaisance et à la faiblesse, méritaient peu d'égards aux yeux de la justice (1), parce qu'ils s'écartent des voies

(1) Il y a cependant des cas où ils sont reçus, même en matière criminelle, lorsqu'ils tendent à établir des faits qui n'ont eu d'autres témoins que les signataires du certificat, et que ces personnes sont d'ailleurs dignes de foi. Les juges peuvent alors s'en contenter pour asseoir un jugement à la décharge de l'accusé.

En voici un exemple tiré de la Collection de jurisprudence de MM. Camus et Bayard :

Un avocat d'Aurillac avait été accusé, par un conseiller du siège, de s'être livré à des propos injurieux contre ce dernier, dans la chambre du conseil, en présence des juges, qui avaient été obligés de le faire sortir.

Sur ce simple énoncé de la plainte, l'avocat avait été décrété d'ajournement personnel, par le lieutenant criminel d'Aurillac. Sur l'appel de ce décret, l'avocat rapporta un certificat qui lui fut donné par tous les juges présents à la chambre du conseil. Ce certificat attestait que l'avocat s'était comporté avec décence, et qu'ils n'avaient aucun reproche à lui faire.

L'avocat produisit encore d'autres certificats, qui prouvaient que, depuis neuf ans qu'il exerçait la profession d'avocat, il s'était toujours comporté d'une manière digne de son état. Ses confrères écrivirent à M. le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, et le prièrent de s'intéresser pour lui; ce qu'il ne manqua pas de faire.

M. l'avocat général Barentin, portant la parole en cette affaire, dit qu'il avait la satisfaction de pouvoir se réunir à l'ordre des avocats, pour

que la loi autorise pour parvenir à la preuve, parce qu'ils ne sont point munis du sceau du serment requis pour assurer la foi des témoins.

On alla plus loin : on en vint au point de penser que le témoin qui a consenti de donner un certificat sur les faits relatifs au procès, s'était rendu suspect et ne pouvait plus être un témoin, *omni exceptione major*, parce que sa foi engagée peut le gêner dans sa déposition orale, et l'empêcher, par mauvaise honte, de dire toute la vérité, au risque de se trouver en contradiction avec l'écrit qu'il a imprudemment signé.

Dans les conclusions qu'il donna lors d'un arrêt

solliciter en faveur de l'accusé la décharge d'un décret dont l'innocence avait droit de s'alarmer.

Par arrêt du 17 août 1765, conforme aux conclusions de ce magistrat, la Cour déchargea l'avocat d'Aurillac des accusations contre lui intentées à la requête du conseiller.

La magistrature était alors l'amie et la protectrice de l'ordre des avocats, qui, de leur côté, l'avaient portée au plus haut degré de confiance et de respect dans l'esprit des peuples, et qui, dans toutes les occasions difficiles, faisaient cause commune avec elle, et la soutenaient dans l'opinion publique avec une force presque invincible, contre le despotisme et les attaques des ministres, aux injustices desquels elle avait alors le courage de résister.

Que les tems sont changés ! L'usurpateur de la toute-puissance et de toutes nos libertés voulut aussi détruire la noble indépendance des avocats, si justement et si éloquemment célébrée par le grand chancelier d'Aguesscau. Un décret injuste et humiliant la leur ravit, et les plongea dans cet état de dépression que, depuis quelques années, on saisit toutes les occasions d'aggraver, et de leur faire sentir. Il n'est aujourd'hui mince conseiller, ou membre d'un parquet à peine sorti des bancs de l'école, qui ne croie s'honorer en les harcelant à la seule apparence du tort le plus léger, sans égard, sans respect pour des réputations acquises par de longs services et par une vie sans reproche.

Qu'en est-il arrivé ? La magistrature a-t-elle recouvré l'estime et la confiance publiques ?

rendu par le Parlement de Paris, le 11 août 1696, rapporté à sa date, dans le Journal des audiences, l'avocat général de Lamoignon posait en principe que ce serait *un bon moyen de reproche* contre les témoins, que de s'être assuré de leur déposition *par écrit*.

Le plus suivi des commentateurs de l'ordonnance de 1667, Jousse, mit cette circonstance au rang des reproches qu'il indique comme valables.

Il paraît que c'est là que les rédacteurs du Code ont puisé le moyen de reproche indiqué dans notre art. 283, contre le témoin qui a donné *des certificats sur les faits relatifs au procès*.

Restreinte dans ses justes limites, cette disposition est sage. Un certificat concerté entre la partie et le témoin, est un des moyens les plus sûrs de faire réussir la séduction, et d'empêcher le témoin séduit ou suborné de varier ensuite pour en revenir à la vérité. Il est plus facile d'arranger dans un écrit que dans sa mémoire un récit artificieux de faits faux ou altérés, à dessein de déguiser la vérité.

C'est par ce motif que l'art. 271 du Code exige que le témoin dépose de vive voix, *sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit*. Une déposition rédigée d'avance et avec art, peut avoir été suggérée et concertée; elle est au moins suspecte, car elle annonce de deux choses l'une: ou que le témoin s'est défié de sa mémoire, ou qu'il craint de s'exposer à des contradictions.

Les dispositions des art. 271 et 283 ont, entre elles, beaucoup d'analogie ou de connexité.

Une déposition écrite est un véritable certificat sur les faits du procès. Elle ne diffère du certificat proprement dit qu'en ce que l'écrit qui la contient n'a pas été remis à la partie pour être présentée au juge.

Mais ne peut-on pas soupçonner qu'il en a été remis un double à la partie? Aussi, les auteurs qui ont écrit sous l'empire de l'ordonnance de 1667, laquelle n'avait pas mis les certificats au rang des reproches qu'on peut proposer contre les témoins qui les ont donnés, enseignent néanmoins que « si le juge-commissaire, se faisant un devoir de rapporter exactement la vérité, déclarait que la déposition a été apportée écrite par le témoin, il est indubitable qu'elle serait rejetée (1). »

Cette remarque est importante. Quelque bien préparé que soit un témoin séduit, il se trouve déconcerté quand il n'est pas reçu à lire la déposition qu'il apportait écrite.

Il se contredit facilement sur les faits qu'il ignore ou qu'il cherche à déguiser, quand il se trouve forcé de les détailler oralement et de mémoire; ses contradictions, lorsqu'il est d'ailleurs appris qu'il avait apporté une déposition écrite, sont un moyen infailible pour faire rejeter son témoignage.

307. Il résulte de ce que nous avons dit que, pour qu'il puisse fonder un moyen de reproche, l'écrit qu'on présente comme certificat doit avoir

(1) Voy. Duparc-Poullain, tom. IX, pag. 581.

pour objet de s'assurer de la déposition du témoin ; qu'il doit être volontairement délivré à la partie qui en fait usage.

On ne devrait donc pas regarder comme un certificat, ou moyen de reproche, la signature de celui qui, ayant, en qualité de membre d'un conseil de famille, concouru à l'autorisation de suivre un procès dans l'intérêt du mineur, serait, dans la suite, appelé en témoignage sur un fait relatif à ce procès, à moins qu'il ne se trouvât parent au sixième degré du même mineur.

On ne devrait pas encore considérer comme certificat ou moyen de reproche suffisant, la réponse faite par un témoin à une lettre où on lui demandait s'il avait connaissance des faits.

On a toujours regardé comme permis, et il est même prudent, avant d'appeler un témoin, de s'enquérir de lui s'il a connaissance des faits et ce qu'il en sait.

Cette information, nécessaire pour ne pas appeler des témoins inutiles, n'a rien par elle-même qui puisse faire naître un soupçon raisonnable contre sa véracité.

On ne peut encore considérer, comme un certificat, la signature des témoins qui, ayant assisté à un acte sous seing privé qu'ils ont souscrit, auquel ils n'ont point intérêt, et qui sont ensuite appelés comme témoins dans l'instance en vérification d'écriture.

Les juges, au reste, ont la plus grande latitude de pouvoir pour décider ce qu'on doit ou non considérer comme un certificat, puisqu'ainsi

que nous l'avons vu , n^{os}. 296 et suivans, ils ne sont pas obligés d'admettre, et qu'ils peuvent, au contraire, rejeter, suivant les circonstances, les moyens de reproches indiqués dans l'art. 283 du Code.

308. Un certificat donné devant notaire, à la réquisition de celui qui est, dans la suite, appelé en témoignage sur les mêmes faits, n'a pas moins de force pour fonder un reproche qu'un certificat sous seing privé, quoique, par un arrêt rendu le 10 messidor an X, et, par conséquent, antérieur à la promulgation du Code de procédure, la Cour de Rennes ait jugé que le reproche résultant d'une déclaration des faits devant notaires, n'étant pas au nombre des reproches établis par l'ordonnance de 1667, ne pouvait être présumée l'effet de la suggestion, mais d'une erreur dans le mode de constater les faits.

309. Mais il est évident qu'on ne peut assimiler à ceux qui auraient donné des certificats sur des faits relatifs au procès, dans l'objet et dans le sens de l'art. 283, ni le notaire qui a reçu un contrat, ni les témoins instrumentaires.

Ils accomplissent un ministère non seulement avoué par la loi, mais, de plus, nécessaire pour donner l'authenticité aux actes.

C'est pour cela qu'ils sont appelés, et non pour donner un certificat sur les faits d'un procès, qu'on était loin de prévoir au moment où le contrat a été passé.

On ne peut donc assimiler cet acte à un certificat donné sur un procès.

Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, par un ar-

rêt du 23 novembre 1812, rendu dans l'affaire du juif Aaron Feist Salomon, dont nous avons déjà parlé *suprà*, n°. 295.

Cet arrêt décida :

1°. Que les signatures des notaires et des témoins instrumentaires, qui souscrivent des actes, ne peuvent être assimilées aux certificats donnés sur les faits d'un procès; certificats que l'art. 285 du Code de procédure met au nombre des reproches généraux qu'il indique;

2°. Que les qualités des notaires et des témoins instrumentaires n'étant point au nombre des motifs généraux de reproches indiqués par le même article, on ne peut, uniquement sur ces qualités, rejeter leurs témoignages sans violer la loi, en admettant un motif de reproche général qu'elle n'a pas créé.

Prenons donc pour constant que, lorsqu'il s'agit de prouver par témoins des faits relatifs à des actes notariés, dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les notaires et les témoins instrumentaires peuvent et doivent être admis en témoignage, ainsi que toute autre personne, à moins qu'il n'existe, indépendamment de leurs qualités, quelque motif de reproche particulier capable de les faire écarter.

310. Mais, quel doit être l'effet ou la force de leurs dispositions? C'est une autre question fort importante. Nulle difficulté, lorsque les faits qu'il s'agit de prouver n'ont rien de contraire à ceux qui sont attestés dans l'acte, et qu'ils peuvent se concilier avec ceux-ci.

La déposition des notaires et des témoins instrumentaires doit avoir, en ce cas, la même force que celle de toute autre personne, contre laquelle il n'existe aucun moyen de reproche légitime, et cela, quand même leur déposition tendrait à détruire ce même acte qu'ils ont concouru à rendre authentique.

Par exemple, si le contrat était attaqué pour cause de dol ou de fraude, de violence ou de crainte, et que les faits qui caractérisent le dol ou la crainte ne soient venus à la connaissance du notaire et des témoins instrumentaires, que postérieurement à l'acte, nul doute qu'en ce cas leur témoignage ne puisse suffire pour faire rescinder le contrat ; car alors, ce n'est pas l'acte qui est attaqué, c'est la convention qu'il contient.

Leur témoignage suffirait encore, s'il s'agissait de prouver que la somme qui, dans l'acte, est dite comptée et numérée en présence du notaire et des témoins, ne l'a été que fictivement, et qu'elle a été ensuite rendue à celui qui l'avait comptée.

La déposition du notaire et des témoins instrumentaires, qui auraient connaissance de ce fait, mériterait une confiance égale à celle de toute autre personne ; car leur foi n'est point compromise, leur témoignage peut également contenir la vérité ; et quand ils ont attesté que la somme avait été comptée en leur présence, et quand ils attestent que, depuis, elle a été remise à celui qui l'a comptée.

311. Mais, si la déposition du notaire et des témoins instrumentaires se trouvait en contradic-

tion avec les faits dont ils ont attesté la vérité dans l'acte, si l'acte était attaqué par la voie du faux principal ou incident, il nous paraît qu'il faut distinguer.

Si le faux reproché à l'acte public n'implique dans l'accusation ni le notaire, ni les témoins instrumentaires, leur témoignage ne peut être suspect. Par exemple, un notaire trop confiant reçoit un acte dans lequel un débiteur fait intervenir sous le faux nom de son créancier (1), une personne qui reconnaît avoir reçu la somme due, et qui en consent quittance. Le notaire et les témoins instrumentaires découvrent ensuite qu'ils ont été trompés, et s'en plaignent; le véritable créancier s'inscrit en faux contre la quittance, et fait appeler en témoignage le notaire et les témoins instrumentaires de l'acte, qui, comme nous l'avons vu, ne peuvent être récusés à raison de cette seule qualité. Leur déposition, lorsque d'ailleurs elle ne présente rien de suspect, peut former une preuve complète (2) contre le débiteur de mauvaise foi, et contre le

(1) Cet exemple est emprunté du président Favre. Voy. aussi Merlin, Questions de droit, v^o. Faux, § 2.

(2) Le président Favre ne le pensait pas; nous verrons bientôt si son opinion doit être aujourd'hui suivie.

Voici comme il s'exprime dans son Code, lib. 2, tit. 16, defin. 11:

« *Confessio notarii falsum esse instrumentum confitentis, non nocet contractantibus, nisi aliæ sint probationes, et quales esse debeant.*

» *Notario dicenti falsum à se confectum instrumentum, propter suppositam à debitore dolo personam falsi creditoris, qui pecuniam sibi solutam profiteretur, non usque adeò creditur, ut statim falsum dici debeat instrumentum, quamvis id ex fide et personâ notarii præcipuas vires accipiat, sive notarius turpitudinem suam alleget, quod*

faux créancier, son complice. Le notaire et les témoins instrumentaires sont même, le plus souvent, les seuls témoins qui aient, en pareil cas, une connaissance personnelle des faits, et qui puissent en déposer *de visu*.

Si, au contraire, les moyens de faux impliquaient également les notaires et les témoins instrumentaires; s'ils étaient tels qu'on pût leur dire, vous mentiez alors, ou vous mentez aujourd'hui; par exemple, si le plaignant soutenait que les témoins instrumentaires n'ont pas assisté à la confection entière de l'acte, ou n'y ont pas assisté du tout, quoi-

evenit, si dolum à se participatum fateatur, sive causetur facilitatem suam debitoris dolo circumventam esse.

» *Fides enim illa publica, quam instrumentum semel habere cepit, non ita facile labefactari potest, in præjudicium ejus qui instrumento nittitur, præsertim cum ex eo crimen falsi contra producentem inducatur; nam, si non auditur perire volentem, multò minus audietur qui id agit, ut ipse et alius pereat.*

» *Ergò alias probationes ad falsum probandum conquiri oportebit, inter quas præcipua erit, si is qui suppositus fuisse dicitur id ipsum quoque fateatur quod, si testes instrumentarii consentiant, tum verò nullus ambi-gendi locus relinquitur, etc.* »

Mais ce que dit ici le docte président n'est relatif qu'au civil; il fait, au titre *ad leg. cornel., de fal.*, une distinction importante : « *Debet plus credi notario et publico instrumento quàm testibus instrumentariis, adversus notarii et instrumenti fidem testificantibus, quamdiù instrumenti fides solemnè falsi accusatione non labefactatur; sed, post institutam accusationem, solemnemque inscriptionem, cum vix nisi per testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instrumentariis quàm notario, vel instrumento credatur, si vel omnes, vel majori ex parte ab instrumenti scripturâ dissentiant.* »

Voy. aussi Mathieu, sur la 504^e. quest. de Guypape; Vedel sur Castellan, liv. 2, chap. 10; Marc, *Décisions Parlamenti Delphinalis*, quæst. 300, fol. 65, v^o. Per testes instrumentarios potest probari falsitas verè et directè.

qu'ils l'aient signé de confiance : la question de savoir si ce fait peut être prouvé par la seule déposition du notaire et des témoins, a été souvent agitée tant dans l'ancienne que dans la nouvelle législation, et les opinions ne paraissent pas encore entièrement fixées.

On dit, d'un côté (1), que l'acte authentique une fois parfait par la signature des notaires et des témoins, fait pleine foi en justice; que ce principe a été établi pour le bien de la société en général, pour donner de la stabilité aux transactions passées entre les hommes. Il est donc de l'intérêt public que le sort des actes soit invariable; qu'il ne puisse dépendre de la séduction de ceux-là mêmes qui, après leur avoir donné la forme authentique, en qualité de personnes publiques, seraient les maîtres de les anéantir par des déclarations ou dépositions contraires, données comme personnes privées.

Quelle confiance pourrait-on accorder à ces nouveaux témoignages? Le ministère des notaires et l'assistance des témoins sont requis dans un acte authentique, afin qu'ils puissent certifier que chaque disposition, chaque clause qu'il renferme, quoique non écrite de la main des contractans, n'a cependant été que la pure et simple expression

(1) Voy. les conclusions données par M. l'avocat général Seguiet, lesquelles déterminèrent l'arrêt rendu par le Parlement de Paris, le.... février 1786, rapporté dans la nouvelle Collection de jurisprudence, connue sous le nom de nouveau Denisart, v^o. *Faux principal*, § 12, n^o. 4.

de leur volonté ; que chacune des formalités prescrites et référées a réellement été observée ; enfin , que l'acte a été signé par toutes les parties , ou du moins par celles qui savent signer , et par les notaires et les témoins en présence les uns des autres.

Telle est l'étendue du témoignage qu'ils rendent solennellement par leur signature ; tels sont les faits qu'ils attestent au public et à la justice , et dont ils garantissent la vérité par leur signature.

S'ils déclarent ensuite que la teneur de l'acte n'est pas conforme à la convention , que les faits qui y sont attestés ne sont pas véritables , qu'ils n'étaient pas présens , etc. , etc. , on ne saurait les croire , parce que leur foi est engagée d'avance par leurs signatures , qui démentent perpétuellement leurs déclarations.

Ainsi , lorsqu'un acte est argué de faux , on ne peut avoir égard aux seules dépositions des notaires et des témoins.

Si elles sont conformes à leur premier témoignage , elles n'y ajoutent aucune force ; elles ne l'ébranlent point si elles sont contraires : la justice indignée voit évidemment en eux des imposteurs ; il ne reste à cet égard d'autre incertitude que celle de savoir si c'est dans le moment actuel , ou dans l'époque précédente , qu'ils ont menti.

Cette incertitude même fait que la justice ne peut prononcer la fausseté de l'acte , sur la foi de ces hommes vils , parce que c'est peut-être en disant que l'acte est faux qu'ils commettent le mensonge.

Ainsi leurs témoignages se trouvent insuffisans pour détruire l'acte : il reste dans toute sa force.

Et s'il fallait choisir entre leurs témoignages , il y a une grande différence entre la foi due au notaire et aux témoins qui signent un acte comme revêtus d'un caractère légal , comme exerçant une fonction publique , et celle qu'on peut ajouter à ce qu'ils déposent même en justice , après qu'ils sont redevenus personnes privées.

La loi ne permet pas de douter de ce qu'ils attestent dans la première qualité ; elle ordonne d'y avoir confiance jusqu'à ce que l'acte soit déclaré faux , au lieu qu'elle recommande au magistrat de mesurer la confiance qu'il donnera au témoin qui dépose , sur ses mœurs , sur ses qualités personnelles , etc.

Or , quelle idée présente de lui-même le notaire ou le témoin qui vient démentir le contenu de l'acte qu'il a signé ? Quelle confiance peut-il mériter ?

On dit , d'un autre côté , qu'il ne faut pas abuser de la maxime que la foi est due aux actes , et qu'il ne faut pas recevoir les déclarations des officiers publics , lorsqu'elles sont contraires à leurs actes. Cette maxime est véritable , pourvu qu'elle soit renfermée dans ses bornes légitimes.

Il est d'abord très-difficile , souvent impossible , de prouver ce qui se passe lors de la rédaction d'un acte autrement que par les déclarations et confessions des notaires et des témoins : la nécessité force donc d'y ajouter foi , à moins qu'on ne veuille rendre comme impossible la preuve des prévarications trop fréquentes des notaires.

L'intérêt public, la faveur des actes, sont des considérations puissantes. Il est vrai qu'il importe à la société que les actes ne soient pas légèrement détruits. Mais plus leur autorité est grande, plus il est intéressant que le faux dont il peuvent être infectés, soit découvert et puni. Refuser d'entendre les témoins instrumentaires, ce serait rendre la preuve du crime impossible.

Lorsqu'un notaire, lorsque des témoins ne peuvent ignorer que leur témoignage les compromet, peut-on craindre qu'ils soient séduits ou corrompus? Ils voient le danger de leurs déclarations; ils savent que leurs confessions, en décidant du droit d'un tiers, les jugent eux-mêmes.

Il n'est donc point à craindre qu'ils mettent à prix leur état, leur fortune, leur honneur et leur liberté.

Lorsqu'un notaire, ou autre personne publique accusée de faux, comparait devant le juge, et que pressée par la force de la vérité, elle avoue son crime, qui peut douter que sa confession soit d'un grand poids? Elle ne peut faire un pareil aveu sans se déclarer faussaire, sans s'exposer à la peine des fers.

Or, qui peut se persuader qu'un homme soit capable de s'accuser faussement d'un crime qui mérite les fers?

La force de la vérité, les remords de la conscience, l'espérance de prévenir ou d'adoucir une condamnation rigoureuse par un aveu sincère de sa faute, toutes ces considérations peuvent déterminer un coupable à se déferer lui-même au tri-

bunal de la justice : on en a vu des exemples , et quoiqu'ils soient fort rares ; il n'est pas impossible d'en trouver encore.

Mais peut-on concevoir qu'un innocent renonce tout d'un coup aux avantages de la gloire de l'innocence , qu'il se détermine à passer pour coupable , qu'il emprunte les apparences du crime , et qu'il aille au-devant d'une peine qu'il n'a pas méritée ?

L'imposture peut bien aller jusqu'à imiter la vertu ; mais que l'innocence puisse affecter de paraître coupable d'un crime que l'on n'a point commis , c'est ce qui n'a pas encore eu d'exemple : le crime n'a pu jusqu'à présent acquérir , comme la vertu , le privilège de faire au moins des hypocrites.

Pour pouvoir donc détruire une présomption si fortement gravée dans l'esprit de tous les hommes , il faudrait prouver que celui qui a fait de pareilles déclarations est dans une démence , dans une extravagance complète.

Quelque fortes que soient ces considérations , exposées par le chancelier d'Aguesseau (1) , il n'en pose pas moins en principe que la confession du coupable , de la personne publique accusée de faux , ne suffit point seule et par elle-même pour prouver l'existence du crime , *non auditur perire volens* ; et , si cela est vrai , lorsque l'accusé qui s'avoue coupable est seul intéressé dans le jugement qu'il

(1) Tom. IV de ses Œuvres , pag. 185.

doit subir, combien cette maxime ne doit-elle pas avoir plus de force, lorsqu'à la condamnation des prétendus coupables est lié le sort d'un acte qui intéresse d'autres parties !

Mais ces confessions, mais ces témoignages, joints à d'autres argumens, appuyés par les *présomptions générales* ou particulières que font naître les circonstances, les faits déjà prouvés avec lesquels ils s'accordent, soutenus sur-tout par d'autres témoignages, forment, dans l'esprit des juges, la plus forte, la plus parfaite conviction.

Ce serait fermer les yeux à la vérité, que de refuser son acquiescement à des preuves qui font une si forte impression sur l'esprit des hommes.

Voici donc le principe général suivi sous l'ancienne jurisprudence :

Toutes les fois qu'un acte est attaqué par la voie du faux incident, ou du faux principal, il est nécessaire d'entendre les dépositions ou les interrogatoires des témoins instrumentaires et du notaire, pour tirer de leur témoignage des lumières sur l'existence ou la non existence du délit (1).

Mais leur témoignage ne suffit pas seul pour faire déclarer l'acte faux. Il ne suffit pas que les témoins, et même le notaire, se reconnaissent faussaires ;

(1) D'Aguesseau, tom. IX, pag. 116 et 120 ; les arrêts rapportés par Serpillon, Code du faux, pag. 428 et suiv., et les autorités qu'il cite ; les Questions de droit de Merlin, v^o. *Témoin*, § 3 ; le nouveau Répertoire, v^o. *Témoin instrumentaire*, § 2, n^o. 7, et les autorités qu'il cite, sur-tout l'arrêt de la Cour de cassation, du 1^{er}, avril 1808.

il faut qu'ils en soient convaincus, c'est-à-dire que les preuves distinctes de leur propre témoignage se réunissent à leur aveu, et que leur confession complète une preuve qu'elle ne peut jamais faire seule, même lorsque leurs témoignages sont unanimes.

A plus forte raison lorsqu'ils ne le sont pas ; quand, par exemple, ce qui est le cas le plus ordinaire, le notaire persiste à soutenir la véracité de l'acte contre les témoins instrumentaires, qui le déclarent faux.

Une suite d'arrêts conformes, rendus par les Parlemens de Paris, de Dijon, etc., ont constamment jugé que les dépositions des témoins instrumentaires, quoiqu'appuyées des bruits qu'ils avaient semés dans le public, ne suffisaient pas, sans autres preuves, sans autres témoignages, pour faire déclarer l'acte faux ; et lorsqu'il n'existait pas d'autres preuves, les notaires accusés ont toujours été renvoyés absous, avec dommages et intérêts (1).

312. Mais cette ancienne jurisprudence, qui, même autrefois, éprouvait des contradictions, ne peut plus être une règle sous l'empire de nos lois

(1) Voy. Serpillon; les Questions de droit et le Répertoire, *ubi supra*. Les arrêts les plus récents sont celui du Parlement de Paris, du 16 juin 1745, rapporté dans le Journal de jurisprudence de Bouillon, juin 1764 ; et dans le nouveau Répertoire, celui du 31 août 1779, rapporté dans le nouveau Denisart, v^o. *Faux principal*, § 12, n^o. 3, et celui du mois de février 1786, rapporté *ibid.*, n^o. 4, avec les conclusions de l'avocat général Segnier.

nouvelles. Il paraît certain qu'aujourd'hui les dépositions, ou les confessions des notaires et des témoins instrumentaires, peuvent, suivant les circonstances, être suffisantes pour faire déclarer un acte faux, comme aussi les dépositions ou déclarations des témoins instrumentaires, pourraient suffire pour faire condamner comme faussaire le notaire qui les aurait surpris et fait un faux dans un testament ou dans un autre acte.

Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer notre manière actuelle de procéder dans le jugement du faux, et nos principes sur la preuve testimoniale et sur les présomptions.

Le faux en écriture publique est un crime que la loi punit d'une peine afflictive (1).

On le distingue, quant à la nature des poursuites qu'il détermine, en faux principal et en faux incident.

Le faux principal est celui qui se poursuit à la requête du ministère public, par action principale, et non à l'occasion d'un procès déjà existant. S'il se trouve des indices suffisants contre le prévenu, il est mis en accusation, suivant les règles prescrites par le Code d'instruction criminelle, et le jugement est renvoyé à la Cour d'assises.

Le faux incident est celui qui se découvre à l'occasion d'une procédure civile ou criminelle, dans le cours de laquelle a été signifiée, communiquée ou produite une pièce fausse ou falsifiée.

(1) Code pénal, art. 145 et suiv.

S'il se trouve des indices suffisans sur la personne prévenue d'avoir commis le faux, d'en être complice, ou d'en avoir sciemment fait usage, et que cette personne soit vivante, et la poursuite du crime non éteinte par la prescription, l'accusation est suivie criminellement dans les formes prescrites, et le jugement renvoyé à la Cour d'assises (1), et soumis au jury.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'auteur du faux est inconnu, décédé, ou la poursuite du crime éteinte par la prescription, l'incident est suivi devant le tribunal civil saisi de l'affaire, conformément aux règles prescrites par le Code de procédure civile, art. 214 et suivans.

Ainsi, toutes les fois que le complice du faux est connu, et dans le cas d'être poursuivi, le jugement est déféré à la Cour d'assises, et soumis à la déclaration du jury.

Or, c'est une maxime élémentaire et fondamentale en cette matière, que les jurés ne sont astreints à aucunes règles, d'où ils doivent faire dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. L'instruction que leur donne l'art. 342 du Code d'instruction criminelle est précise sur ce point.

« La loi ne demande pas compte aux jurés des
» moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle
» ne leur prescrit point de règles desquelles ils doi-
» vent faire particulièrement dépendre la pléni-

(1) Art. 460, 462 du Code d'instruction criminelle, et 239 du Code de procédure civile.

» tude et la suffisance d'une preuve; elle leur pres-
» crit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et
» le recueillement, et de chercher dans la sincérité
» de leur conscience quelle impression ont faite sur
» leur raison les preuves rapportées contre l'accusé,
» et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit
» point, *vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par*
» *tel ou tel nombre de témoins*; elle ne leur dit pas
» non plus, *vous ne regarderez pas comme suffisam-*
» *ment établie toute preuve qui ne sera pas formée de*
» *tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins,*
» *ou de tant d'indices*; elle ne leur fait que cette
» seule question, qui renferme toute la mesure de
» leurs devoirs, *avez-vous une intime conviction?* »

Ainsi, toutes les fois que le faux est poursuivi criminellement, et jugé par les Cours d'assises, sur la déclaration du jury, il n'est pas douteux que les confessions ou les dépositions des témoins instrumentaires et du notaire, ne puissent, suivant les circonstances, suffire pour faire déclarer l'acte faux, et condamner le faussaire.

D'un autre côté, il n'est pas moins certain que dans les principes du Code, ces mêmes confessions ou dépositions peuvent, suivant les circonstances, suffire pour faire déclarer un acte faux, lorsque l'auteur du faux ni ses complices n'étant pas connus, l'affaire est jugée par les tribunaux civils, dans la forme prescrite par le Code de procédure; puisque l'art. 1353 du Code civil permet aux magistrats de fonder leur jugement sur des présomptions. Dans tous les cas où la loi admet la preuve testimoniale, ainsi que dans les cas où l'acte est

attaqué, pour cause de fraude ou de dol, il leur recommande seulement de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.

Or, on n'en peut trouver de plus graves, de plus précises, que la déclaration du notaire ou des témoins instrumentaires. Quand de semblables déclarations sont appuyées par d'autres circonstances, disait d'Aguesseau, tom. IV, pag. 187 et 188. ce serait fermer les yeux à la vérité, que de refuser son acquiescement à un témoignage que les présomptions générales et particulières fortifient également.

Tant que l'acte n'est point attaqué comme faux, dit le président Favre, la foi qui lui est due l'emporte sur la déclaration des témoins instrumentaires; mais après l'inscription de faux, la déclaration des témoins instrumentaires l'emporte sur la foi due à l'acte et au notaire; car il est presque impossible de prouver autrement le faux. (*Vid. supra*, n°. 310).

Il en est de même de la fraude et du dol, que l'art. 1353 permet de prouver par des présomptions.

Les jurisconsultes allemands, le savant Boehmer entre autres (1), enseignent que dans ces cas, les témoins instrumentaires doivent être entendus, lorsque la teneur de l'acte est révoquée en doute.

(1) *Exercitationes ad Pandectas*; exercit. 65, ad lib. 22, tit. 2, de collis, test. et document. inter se, cap. 2, n°. 16.

Par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver que le testateur, au moment où le testament a été fait, était déjà dans un état d'agonie qui ne lui laissait pas l'entier et libre usage de sa raison, ou comme dit notre art. 901, qu'il n'était pas sain d'esprit.

Cet auteur ajoute qu'il n'est pas douteux qu'il faille en croire ces témoins, si leur déposition est circonstanciée, *si certam suæ scientiæ rationem reddant* (1).

Supposons encore qu'après avoir frauduleusement écrit, d'une manière contraire à ce qui a été convenu ou dicté, le notaire, en donnant lecture de l'acte, rétablisse la disposition, ou la stipulation telle qu'elle a été dictée ou convenue : le prix d'une vente était convenu à 30,000^f ; il écrit 20,000^f, et lit 30,000^f ; Paul était nommé légataire universel ; le notaire écrit le nom de Pierre, et lit celui de Paul. Comment prouver de pareilles fraudes, autrement que par la déclaration des témoins instrumentaires, qui affirment qu'ils ont distinctement entendu dicter le nom de Paul par le testateur, et lire le même nom par le notaire, quoique celui de Pierre soit écrit dans l'acte, ou qu'ils ont une parfaite connaissance, et qu'ils se

(1) Il pense que c'est à ces cas et autres semblables qu'il faut appliquer la Nov. 73, cap. 5, où Justinien dit : « *Existimavimus ea quæ vivā dicuntur voce, et cum jurejurando; hæc digniora fide quàm scripturam ipsam secundum se subsistere. Veruntamen sit hoc judicantis prudentiæ, simul atque religionis, ut veracibus potius pro talibus credat.* »

souviennent que les parties sont convenues de la somme de 30,000^f, pour prix de la vente, et non de 20,000, comme il est écrit dans l'acte ?

313. Boehmer pense encore que le notaire et les témoins instrumentaires doivent être entendus, et que leur témoignage fait foi, lorsqu'un contrat est attaqué pour vice d'impignoration, c'est-à-dire lorsqu'un prêt usuraire a été déguisé sous la forme d'une vente, avec la faculté de rachat.

Notre ancienne législation proscrivait absolument le prêt à intérêt, même au taux légal. C'était, dans les principes du tems, une véritable usure, considérée comme un délit. Pour éluder la loi, et pour donner en même tems un gage au prêteur, on déguisait le prêt usuraire sous la forme d'une vente à réméré.

Le contrat portait, par exemple, que Pierre avait vendu à Paul, avec faculté de rachat, le fonds Cornélien, pour une somme de 3,000^f payée comptant. Il est évident qu'un tel acte n'était qu'une antichrèse, sous la forme d'un contrat de vente : on l'appelait autrefois *contrat pignoratif* ; ce contrat donnait lieu à une foule de questions. Depuis que le prêt à intérêt a été permis, et sur-tout pendant que le taux de l'intérêt a été illimité, ce contrat a cessé d'être en usage.

Mais il est vraisemblable que sous l'empire de la loi du 7 septembre 1807, qui fixe le taux de l'intérêt conventionnel à cinq pour cent en matière civile, on verra renaître l'usage du contrat pignoratif, en faveur des usuriers honteux, qui désirent

ménager leur réputation, et se mettre à l'abri de la restitution de ce qui excède le taux licite de l'intérêt.

Alors la preuve testimoniale du vice d'impignoration pourra, sans contredit, être reçue comme autrefois, puisque l'usure peut encore aujourd'hui être prouvée par témoins, et, par conséquent, par des présomptions graves, précises et concordantes (1353).

Le notaire et les témoins instrumentaires pourront donc être entendus sur le vice d'impignoration, puisque, comme nous l'avons vu, leur qualité n'est point un moyen suffisant de reproche. Leur témoignage devra d'autant moins être écarté, il sera d'autant plus croyable, qu'ils ne courent aucun risque d'être compromis.

Dans la rédaction de la minute d'un acte, le notaire n'est que le secrétaire des parties. Il doit se borner à rendre leur volonté fidèlement et avec clarté; en un mot, à rédiger la convention de la manière qu'elles l'ont voulu : en cela il ne commet aucun faux. Il ne lui est pas défendu de recevoir ou de rédiger un acte dans lequel les parties ont voulu déguiser un contrat sous la forme d'un autre; il suffit que les parties l'aient ainsi voulu, et qu'il n'ait pas connaissance que ce soit au préjudice d'un tiers; car alors il deviendrait complice de la fraude.

Si, dans la suite, il est interrogé par la justice sur la véritable intention des parties, sur le fait de savoir s'il n'y a pas, dans l'acte qu'il a reçu, déguisement d'un contrat sous la forme d'un autre,

il doit dire la vérité lorsqu'il la sait. Il n'est point en contradiction avec l'acte qu'il a rédigé et souscrit, car il n'y atteste point que la vente n'est pas un contrat déguisé, mais seulement que l'une des parties lui a déclaré vendre, l'autre acheter telle chose à tel prix, à telles conditions.

314. Le quatrième motif de reproche général, indiqué dans la seconde partie de l'art. 283, est la qualité de serviteur et *domestique*.

Ces deux expressions ne sont point synonymes. Les serviteurs sont les personnes à gages, chargées de quelques services dans la maison du père de famille. Mais on peut être domestique, sans être serviteur, lorsqu'on demeure dans la maison du père de famille, et qu'on mange avec lui.

Il y a des auteurs qui n'appliquent le mot *domestique* qu'à ceux qui, sans être réduits à l'état de serviteurs ordinaires, sont néanmoins aux gages de la partie chez laquelle il demeurent, un secrétaire, par exemple.

D'autres, en appliquant ce mot à ceux qui demeurent et mangent ensemble, exigent qu'il y ait de la supériorité et de la dépendance de l'un à l'autre.

Cette dernière acception du mot *domestique*, paraît la plus convenable en matière de reproches. Elle se rapporte aux principes du droit romain, qui excluait du droit de témoignage tous ceux à qui on pouvait commander d'être témoins : *Quibus imperari potest ut testes fiant*. Loi 6, ff de test., 22. 5. *Domestici testimonii fides improbatur*. Loi 3, Cod., 4. 20.

Au reste, il est inutile de s'arrêter plus longtemps sur ce point ; car les tribunaux ayant, comme nous l'avons vu, le pouvoir d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les motifs généraux de reproches, indiqués dans l'art. 283 du Code de procédure, on ne peut leur refuser la faculté d'étendre ou de resserrer, aussi suivant les circonstances, l'acception du mot domestique.

La Cour royale de Rennes, par un arrêt rendu dans la première chambre, le 1^{er}. août 1816, a jugé que si la loi permet de reprocher les serviteurs et domestiques, elle laisse aux juges la faculté d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les reproches proposés.

315. Le cinquième et dernier motif de reproche, indiqué dans l'art. 283, concerne le témoin *en état d'accusation, et celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même une peine correctionnelle pour cause de vol.*

Ces deux points ne méritent pas d'explication ; le Code de procédure ne fait ici que fixer le sens des dispositions du droit romain et de l'ancien droit français, sur les témoins repris de justice.

316. Les prohibitions absolues d'admettre certaines personnes à déposer, telles que tous les parens et alliés au huitième degré en collatérale, etc., mettaient les parties dans l'impossibilité de se procurer des preuves dans les cas où il n'existait d'autres témoins du fait en question, que les personnes exclues du droit de témoignage par une disposition formelle de la loi. Il en était arrivé que la pra-

tique (1) avait introduit des exceptions à ces prohibitions, dans les cas de nécessité : on admettait alors, comme témoins nécessaires, même les personnes exclues du droit de témoignage.

On trouve la source de ces exceptions dans le droit romain, qui excluait du droit de témoignage les serviteurs à gages, et à plus forte raison les esclaves ; néanmoins, la loi 8, § 6, *Cod. de repudiis*, 5. 17, permettait de les entendre à défaut d'autres preuves, *si alia documenta defecerint*, lorsqu'il s'agissait de prouver des faits domestiques, tels que les faits d'adultère, les voies de fait, les mauvais traitemens de l'un des époux, *super plagis ab alterutro illatis*. (Voy. Godefroy et Mornac, sur cette loi).

La raison en est qu'il est difficile de prouver autrement ce qui se passe dans l'intérieur d'une maison, *quoniam non facile quæ domi geruntur per alienos poterunt confiteri*.

Les docteurs et les praticiens adoptèrent cette décision, et l'appliquèrent à différens cas.

Le Code Léopold (2), qui tenait lieu en Lorraine des ordonnances de 1667 et 1670, autorisait formellement ces exceptions en matière criminelle.

(1) Voy. Duparc-Poullain, *ubi supra* ; Jousse, sur l'art. 11 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667 ; Huberus, *in tit. de test.*, n°. 13 ; Ferrière, Dictionnaire de droit, v°. *Témoin*.

(2) Ainsi nommé du nom de ce prince, qui fut à la fois le législateur et le restaurateur de sa patrie. Voy. le Répertoire de jurisprudence, v°. *Code*, § 55. On a aussi nommé Code Léopold le Recueil de toutes les lois données par ce prince, en plusieurs volumes in-4°.

L'art. 5, tit. 4, porte :

« Les parens ou alliés de l'accusateur ou de l'accusé, en ligne directe, en quelque degré que ce soit, ne seront reçus pour témoins, non plus qu'en ligne collatérale, jusqu'aux enfans des cousins issus de germains inclusivement, sauf aux juges, dans des occasions importantes, d'entendre les parens et alliés au degré ci-dessus, de ligne collatérale, ensemble les domestiques de l'accusateur ou de l'accusé, *comme témoins nécessaires*, dans les crimes occultes, lorsqu'il y aura défaut d'autres preuves, ce que nous laissons à leur honneur et conscience, et sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. »

Cette doctrine des témoins nécessaires ne manquait pas de raison sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qui avait à l'excès étendu les exclusions absolues du droit de témoignage, pour cause de parenté ou d'alliance. Elle est peu importante sous l'empire du Code, qui a converti presque toutes les exclusions en de simples motifs de reproches, que le juge peut, suivant les circonstances, rejeter ou admettre.

L'impossibilité où peut se trouver l'une des parties de se procurer d'autres témoins, rendra sans doute les juges plus réservés à admettre les reproches qui n'auront point d'autre fondement que l'indication générale de la loi.

Mais la nécessité ne les autoriserait pas à faire entendre les parens ou alliés en ligne directe, ni les conjoints, contre la prohibition de l'art. 268 du Code de procédure.

317. Cette loi, non plus que le Code civil, ne détermine point le nombre des témoins nécessaire pour former une preuve. On sait qu'autrefois il en fallait au moins deux : *Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt. Loi 12, ff de test., 22. 5.* Un seul ne suffisait pas, quelque élevé qu'il fût en dignité : *Etiam si præclaræ curiæ honore præfulgeat. Loi 9, § 1, Cod. de test., 4. 20.*

Ces dispositions sont très-anciennes. On les retrouve dans le Deuteronome, dans l'Exode et dans l'Evangile (1). Les philosophes (2) et les publicistes souscrivent à ces décisions. Montesquieu (3) dit que la raison exige deux témoins, *parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie sont partage : il faut un tiers pour le vider.*

Ce raisonnement n'est qu'un sophisme brillant, comme on en trouve beaucoup d'autres dans cet auteur. Le partage existe entre l'accusateur qui affirme et l'accusé qui nie, entre le demandeur et le défendeur : s'il ne faut qu'un tiers pour le vider, un seul témoin suffit.

La véritable raison pour en exiger plusieurs est que le témoignage de l'homme étant sujet à l'er-

(1) *In ore duorum vel trium peribit qui interficietur, cap. 7, v 6, et cap. 19, v 15. Exod., cap. 25, v 30.*

In lege vestit scriptum est, quia duorum testimonium verum est. Saint-Jean, chap. 8, v 17.

In ore duorum vel trium stabit omne verbum. Saint-Paul, 2, Corinth., chap. 13, n°. 1.

(2) Wolf, *Jus nat.*, part. 5, § 1037.

(3) *Espirit des lois*, liv. 12, chap. .

reur, il a besoin d'être fortifié par la comparaison d'un autre témoignage au moins. La force de la preuve testimoniale vient, comme on ne peut trop le répéter, de ce qu'on présume du bon sens du témoin, qu'il ne s'est pas trompé, qu'il n'a pas été trompé, et de sa probité, qu'il ne trompe point.

Or, il est bien plus difficile que deux ou plusieurs personnes se trompent qu'une seule, et il est moralement presque impossible qu'en voulant tromper, elles s'accordent sur toutes les circonstances du fait, sur le tems, sur le lieu, etc.

Un juge adroit et prudent peut donc assez facilement confondre les faux témoins, en les mettant en contradiction les uns avec les autres sur les circonstances du fait.

Le nom d'un arbre suffit au jeune Daniel pour manifester l'innocence de la chaste Suzanne, et pour confondre les deux vieillards impudiques. Ce n'est que lorsqu'il y a plusieurs témoins uniformes que la preuve testimoniale peut acquérir la force d'une certitude morale.

Cette certitude s'accroît par le nombre des témoins, lorsqu'on voit qu'ils n'ont pu se concerter, et que leurs dépositions ne sont point une leçon préparée qu'ils répètent comme des perroquets.

« Il est certain, dans les véritables règles, dit le » chancelier d'Aguesseau (1), que le concours de

(1) Tom. VIII de ses Œuvres, pag. 150, édition en treize volumes in-4°.

» deux témoins uniformes dans les circonstances
 » essentielles est absolument nécessaire pour l'in-
 » tégrité de la preuve testimoniale ; c'est une ma-
 » xime établie par le consentement général de tou-
 » tes les nations policées et de toutes les lois an-
 » ciennes et nouvelles ; ainsi , un fait qui n'est at-
 » testé que par un seul témoin , ne peut être consi-
 » déré par les juges comme véritablement prouvé. »

Malgré la force de ces raisons , qui semblent sans réplique dans la théorie , l'observation fondée sur une longue expérience , apprend aux hommes que deux témoins ne sont pas toujours nécessaires pour découvrir la vérité et pour établir une preuve ; que le témoignage d'un seul homme peut suffire , lorsqu'il est fortifié par des indices , par des présomptions capables de dissiper le doute que laisse subsister la déposition d'un témoin isolé , qui , étant seul , a pu se tromper et être trompé plus facilement , et a aussi moins à craindre en déguisant la vérité.

La loi 9 , § 1 , au *Cod. de test.* , l. 20 , fait entendre qu'au moins *auparavant* on pouvait , avec précaution , s'en tenir à la déposition d'un seul témoin : *Sancimus ut unius testimonium nemo iudicium in quâcumquè causâ faciliè patiatur admitti.*

On pouvait donc s'y tenir en certaines circonstances , quoique difficilement , et avec des précautions capables de suppléer ce qu'un seul témoignage peut laisser à désirer. C'est la conséquence qu'ont tirée de cette loi des interprètes très-esti-

més (1), qui enseignent qu'en matière civile on peut quelquefois se contenter de la déposition d'un seul témoin.

Les docteurs, tels que Brunnemann et Mascardus (2), indiquent plusieurs cas où elle peut suffire à leur avis.

D'Aguesseau lui-même, dont l'autorité est tout autrement imposante, d'Aguesseau, qui établit si nettement la nécessité du concours de deux témoins, pour former une preuve, qui ajoute que le juge ne peut considérer le fait attesté par un seul témoin, comme véritablement prouvé, enseigne qu'il n'en résulte que ce qu'on appelle une demi-preuve, qui ne peut opérer la condamnation du coupable que lorsqu'elle est accompagnée de son aveu, ou *lorsqu'elle est fortifiée par des indices équivalens à la déposition de ces témoins.*

Ainsi, suivant ce grand magistrat, qui connaissait si bien la nature des preuves judiciaires, la déposition d'un seul témoin peut former une preuve suffisante pour asseoir un jugement même en matière criminelle, lorsqu'elle est fortifiée par des présomptions assez fortes pour équivaloir à la déposition d'un autre témoin.

Cette doctrine est conforme aux principes en-

(1) Wissembach, *ad tit., ff de test.*, n°. 32. Voy. aussi Huberus, *ad tit., ff de probat.*, n°. 2, avec les Additions de Thomasius.

(2) Brunnemann, *in leg. 9, Cod. de test.*; Mascardus, *de probat. præf.*, quæst. 11, et conclus. 118. Voy. aussi la note de Carondas, sur le grand Coutumier de Charles vi, pag. 382.

seignés par les meilleurs auteurs, long-tems avant les lois nouvelles. Domat (1), dont la doctrine est si pure et le jugement si sûr, dit « qu'il arrive sou-
 » vent; non seulement dans les matières civiles,
 » mais aussi dans les matières criminelles, qu'on
 » peut avoir des preuves certaines, sans écrit et sans
 » témoins, par la force des présomptions, quand
 » elles sont telles que, sur des faits certains et con-
 » nus, on peut fonder des conséquences nécessaires
 » de la vérité de ceux qu'on peut prouver, soit
 » qu'on juge des causes par leurs effets, ou des ef-
 » fets par leurs causes, ou qu'on découvre la vé-
 » rité par d'autres principes. »

La doctrine de Domat et de d'Aguesseau est conforme à l'ordonnance de 1670, qui portait, tit. 25, art. 5 :

« Pourront être instruits et jugés, *encore qu'il*
 » *n'y ait point d'information*, si d'ailleurs il y a
 » preuve suffisante par les interrogatoires, et par
 » pièces authentiques ou reconnues par l'accusé,
 » *et par les autres présomptions et circonstances du*
 » *procès.* »

Si l'on peut juger sur des présomptions seules, on peut, à plus forte raison, juger sur des présomptions réunies à la déposition d'un seul témoin. La

(1) Titre des présomptions, n°. 4.

Domat était l'ami de Pascal. Boileau l'appelait *le Restaurateur* de la raison dans la jurisprudence. Voy. Labarpe, Cours de littérature, tom. XV, pag. 5 et 6 de la première édition.

preuve testimoniale elle-même n'est fondée que sur des présomptions (1).

Ce sont ces principes qu'a suivis notre législation nouvelle, tant en matière civile qu'en matière criminelle.

Cela résulte, pour les matières criminelles, dit fort bien le savant jurisconsulte qui connaît le mieux nos lois nouvelles (2), cela résulte du silence absolu que garde le Code de procédure sur le nombre de témoins nécessaires pour compléter une preuve, et de la disposition par laquelle il abroge, art. 1041, *toutes lois, coutumes, usages et réglemens relatifs à la procédure civile* (3).

Cela résulte encore du texte de l'art. 1353 du Code civil, qui permet au magistrat d'asseoir son jugement sur des présomptions graves, précises et concordantes, *dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales*.

318. Cependant M. Duranton (4) pense que, si ni l'un ni l'autre Code ne déterminent le nombre de

(1) Domat, préface du titre des preuves, des présomptions et du serment.

(2) M. Merlin, nouveau Répertoire, v^o. *Preuve*, pag. 655, 5^e. édition. Voy. aussi M. Loaré, *Esprit du Code de procédure*, tom. I, pag. 452 et 453.

(3) Il en résulte que l'admission de la preuve testimoniale est, de la part des juges, purement facultative, aux termes de l'art. 253 du Code de procédure, qui leur permet, mais qui ne leur ordonne pas de l'admettre : ils peuvent donc s'en dispenser, lorsqu'ils trouvent d'ailleurs, dans l'instruction du procès, des documens suffisans pour fixer leur opinion sur les faits en litige. Arrêt de la Cour de cassation, du 9 novembre 1814, Sirey, tom. XV, pag. 1.

(4) *Traité des contrats et des obligations*, tom. IV, n^o. 1425.

témoins qu'il faut pour établir un fait, *il n'est pas moins certain que deux dépositions concordantes, au moins sur un même fait, sont nécessaires pour que les juges puissent le tenir pour constant.*

Il cite, au soutien de son opinion, la loi 9 au Code *de testibus*, que nous avons expliquée, Domat et Pothier, qui ont écrit sous l'empire des lois anciennes; il ne paraît pas même soupçonner, ni qu'elles soient abrogées par les nouvelles, ni que les dispositions de notre nouveau Code permettent au magistrat d'asseoir son jugement sur des présomptions graves, précises et concordantes, conformément à la doctrine de Domat, et, à plus forte raison, lorsqu'elles concourent à fortifier la déposition d'un témoin unique non reproché.

L'opinion de M. Duranton nous paraît donc sans fondement. Elle est même d'autant plus étrange qu'il reconnaît avec Pothier que la déposition d'un témoin unique autorise les juges à déférer le serment, genre de preuve qui n'est lui-même qu'une présomption assez peu grave, et certainement plus faible que la preuve testimoniale.

319. De ce que nous venons de dire, il s'ensuit qu'un commencement de preuve par écrit, joint à la déposition d'un seul témoin, peut former une preuve complète.

320. Quant aux matières criminelles, nos lois nouvelles disent formellement que plusieurs témoins ne sont pas nécessaires pour former une preuve, et pour déterminer l'opinion des jurés qui ne doivent juger que d'après *leur intime conviction*.

En établissant la procédure des jurés, les lois nouvelles ont nécessairement aboli toutes les anciennes règles sur la légalité ou l'illégalité des preuves.

L'art. 342 du Code d'instruction criminelle ordonne de lire aux jurés l'instruction suivante tirée de la loi du 16 septembre 1791.

« La loi ne demande pas compte aux jurés des
» moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle
» ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent particulièrement faire dépendre la plénitude
» et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit
» de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de
» leur conscience quelle impression ont faite sur
» leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit
» point, *vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins*; elle ne leur dit pas non
» plus, *vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins et de tant d'indices*; elle ne leur fait que cette seule
» question, *qui renferme toute la mesure de leurs devoirs, avez-vous une intime conviction?* »

M. Merlin (1) pense, avec raison, ce nous semble, que la même latitude de pouvoirs est accordée aux Cours de justice criminelle, dans les cas où elles jugent sans jurés. Dans les anciens tribu-

(1) *Ubi supra.*

naux, tout était écrit : les informations, les recensemens, les confrontations, les interrogatoires, tout se rédigeait dans une forme authentique et de rigueur.

Rien de ce qui manquait à cette forme ne pouvait être lu ; et les pièces qui, par leur parfait assujettissement à cette forme, méritaient de passer sous les yeux des juges, pouvaient seules former les élémens de leur conviction.

Alors, du moins, on avait une raison pour exiger que chaque preuve fût appréciée et jugée suivant les règles qui existaient dans cet ordre de choses.

Mais, aujourd'hui, dans les Cours de justice criminelle, la forme d'instruction est la même, soit qu'elles jugent sans jurés, soit qu'elles jugent avec des jurés. Dans un cas comme dans l'autre, c'est à l'audience que les témoins sont entendus ; c'est à l'audience que les accusés subissent leurs premiers interrogatoires ; c'est à l'audience que le ministère public expose et fait valoir, au nom de la société, les moyens qui s'élèvent en faveur de son accusation ; c'est à l'audience que son accusation est combattue par les accusés et leurs défenseurs. Rien de tout cela ne s'écrit ni ne peut s'écrire. Comment donc les juges, quand ils prononcent sans jurés, pourraient-ils asseoir leur conviction sur les règles de l'ancienne jurisprudence ? Comment pourraient-ils ne pas réputer preuve, ce que des jurés regarderaient comme tel ? Comment pourraient-ils se considérer autrement que comme remplaçant les

jurés, comme exerçant les mêmes fonctions, comme investis de la même latitude de pouvoir, par conséquent, comme affranchis par la loi de rendre *compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus*; comme dégagés de toute règle de laquelle pût particulièrement *dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve*; comme chargés seulement *de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement*, et de chercher dans la sincérité *de leur conscience quelle impression ont faites sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense?*

Tel doit être, et tel est nécessairement le résultat de la forme de l'instruction qui se fait devant les Cours de justice criminelle, jugeant sans jurés, où toute cette instruction est inutile. Les juges doivent fermer l'oreille aux débats, et les débats ne sont plus qu'une vaine et pénible cérémonie.

Ces raisons nous paraissent sans réplique, et l'auteur les appuie de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment d'un arrêt du 3 octobre 1807, dont il rapporte au même endroit l'espèce et le dispositif.

Les mêmes raisons s'appliquent aux jugemens des tribunaux correctionnels et aux tribunaux de police.

Mais comment les juges rendront-ils raison des motifs de leurs jugemens? Comment? Tout aussi facilement que s'ils prononçaient d'après des pièces de conviction, ou d'après la déposition de dix té-

moins ; « considérant que la loi ne détermine point le nombre des témoins nécessaires pour établir la preuve d'un délit, et pour opérer la conviction des juges ; qu'il résulte des débats, ou de tels autres faits constans, les présomptions les plus fortes, qui, jointes à la déposition du seul témoin qui ait vu les faits en question, établissent une preuve suffisante pour entraîner la conviction, etc. »

Il est certain qu'un jugement ainsi motivé, ne pourrait être avec succès déféré à la censure de la Cour de cassation, puisqu'aucune loi ne serait violée.

321. La règle qui exige deux témoins pour compléter la preuve d'un fait, fléchissait, sous l'ancienne jurisprudence, dans les cas où plusieurs faits particuliers, plusieurs circonstances sont nécessaires pour établir un fait principal ; par exemple, la démence est un fait principal, une habitude qu'on ne peut prouver que par différentes actions, différens faits successifs, arrivés en différens lieux, en différens tems, en présence de différentes personnes.

L'une a vu un fait, la seconde un autre, la troisième un autre encore.

On ne considère pas ces témoignages comme isolés, parce qu'ils tendent tous au même but, celui de prouver la démence, qui ne peut être prouvée que par l'habitude des actions insensées qui la décèlent.

Plusieurs dépositions, quoiqu'attestant chacune

des faits différens , peuvent aussi concourir à prouver un fait particulier ; par exemple, un témoin atteste qu'il m'a vu prêter une somme de 150^f à Paul, qui promet de me les rendre dans un an ; un autre atteste que Paul lui a avoué qu'il me devait 150^f que je lui avais prêtés il y a plus d'un an , et qu'il n'avait encore pu me rendre.

On ne peut regarder ces dépositions comme isolées , parce que les deux faits qu'elles attestent concourent à prouver le fait du prêt.

Il serait inutile d'entrer en de plus grands détails sur ce point ; mais nous devons approfondir ici , sur la nature et la force de la preuve testimoniale , une question importante que nous avons touchée , en passant, dans le tom. VIII de cet ouvrage , n^o. 5.

322. Nous y avons dit qu'on divise les preuves en deux espèces ou classes ; la première contient celles que la loi veut qu'on tienne pour sûres , et auxquelles le magistrat ne peut , sans s'exposer à la censure , se dispenser de conformer son jugement , quand même il ne serait pas personnellement persuadé ou convaincu.

La seconde contient celles dont la loi abandonne l'effet à la prudence du magistrat , qui doit en apprécier la force , sans être obligé d'y conformer son jugement , lorsqu'il n'est pas persuadé.

Telles sont toutes les présomptions , à l'exception de celles que la loi même , par des motifs supérieurs d'utilité publique , ou d'intérêt général , a élevées au rang des présomptions légales , qui dis-

pensent de tout autre preuve. Cette division des preuves est établie par Domat (1).

On rangeait autrefois la preuve testimoniale dans la première classe, et l'on pensait que les dépositions conformes de plusieurs témoins non reprochés formaient une preuve telle, que les juges ne pouvaient, ni tenir pour prouvé un fait qui n'était attesté que par un seul témoin, ni se dispenser de tenir pour prouvé un fait que deux témoins non reprochés leur certifiaient s'être passé sous leurs yeux.

Domat lui-même, Domat enseignait « que les » lois veulent qu'on prenne pour une preuve sûre, » d'un crime ou d'un autre fait, les dépositions » conformes des témoins non reprochés, et qui » soient au nombre qu'elles ont réglé. »

Mais il faut remarquer que cette opinion était fondée sur l'usage et non sur la loi.

Nous n'en connaissons aucune qui prescrive aux juges de conformer leur jugement aux dépositions uniformes de plusieurs témoins, et nous remarquons que, contre son ordinaire, cet admirable auteur n'en cite aucune à l'appui de sa doctrine.

On ne trouve sur ce point aucune disposition, ni dans l'ordonnance de 1667, ni dans l'ordonnance de 1670. On n'en trouve également aucune dans le droit romain (2) : on y trouve seulement des textes, qui disent que deux témoins sont néces-

(1) Section des preuves en général.

(2) *Vid.* Thomasius, *dissert.* 46, *de fide juridicâ*, cap. 2, §§ 57 et 58.

saïres pour former une preuve (1). Mais, dire que deux témoins, et non pas un seul, peuvent former une preuve, ce n'est pas dire que leurs dépositions réunies forment nécessairement une preuve.

Il reste à juger quand la preuve est acquise : aussi ne trouve-t-on, dans tout le corps du droit romain, aucune loi qui prescrive aux juges d'ajouter foi à la déposition des témoins ; au contraire, on en trouve plusieurs qui leur recommandent de s'en défier, et qui leur permettent de rejeter des témoins, même non reprochés.

Il faut, dit Callistrate, examiner avec beaucoup de soin la foi qu'on peut ajouter aux témoins : *Testium fides diligenter examinanda est* (2).

Mais à quoi bon cela, si les juges étaient forcés d'ajouter foi aux témoins non reprochés, dont cet examen leur a rendu la foi suspecte ?

L'empereur Adrien dit formellement que les juges peuvent mieux savoir que le législateur la foi qu'il faut ajouter aux témoins : *Tu magis scire potes quanta fides adhibenda sit testibus* (3).

Il va plus loin : il leur recommande de ne point se croire liés par une espèce de preuve, mais d'interroger leur conscience, et de se demander ce qu'ils croient, ce qu'ils ne croient pas prouvé. C'est l'instruction que nos lois donnent aux jurés : *hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non*

(1) Loi 12, ff de testib., 22. 5 ; loi 9, § 1, ff de testib., 4. 20.

(2) Loi 3, ibid.

(3) Ibid., § 1.

utiquè ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententiâ animi tui te æstimare oportere quid aut credas aut parùm probatum tibi opinaris (1).

Enfin Papinien, le prince des jurisconsultes romains, dit positivement que le juge peut rejeter les dépositions des témoins non reprochables légalement.

La religion des juges, dit-il, doit suppléer au silence de la loi, puisqu'il est de leur devoir de peser la déposition même du témoin dont la réputation est intacte aux yeux de la loi : *Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem quod integræ frontis homo dixerit perpendere* (2).

Ainsi, suivant le droit romain, les juges n'étaient pas astreints à conformer leur jugement aux dépositions des témoins, lorsqu'ils ne les trouvaient pas concluantes, lorsqu'ils n'étaient point persuadés, en un mot, lorsqu'ils ne croyaient pas le fait prouvé; loin d'être liés par l'enquête dont ils devaient peser les témoignages, pour les admettre, lorsqu'ils croyaient le fait prouvé, et les rejeter, lorsqu'ils ne le croyaient pas prouvé.

Nous ne connaissons dans notre législation ancienne aucune disposition qui ait dérogé, sur ce point, aux sages dispositions du droit romain, malgré l'usage dont parlent les auteurs.

(1) *Ibid.*, § 2.

(2) Loi 13, ff *ibid.*

Mais en existât-il quelque-une, on ne pourrait l'invoquer aujourd'hui, puisque nos lois nouvelles abrogent expressément les ordonnances, coutumes, usages, réglemens relatifs aux matières contenues dans nos Codes nouveaux.

Reste donc à rechercher si ces Codes ordonnent aux juges d'ajouter foi aux dépositions des témoins non reprochés, quelques fortes présomptions qu'ils aient contre leur sincérité; en un mot, s'ils sont liés par le résultat de l'enquête, et forcés d'y conformer leur jugement.

Or, la négative est certaine. Le Code de procédure (art. 253) permet aux juges d'admettre la preuve testimoniale, dans les cas où elle n'est pas défendue; mais il s'est bien gardé de leur commander d'ajouter une foi aveugle à un genre de preuve contre lequel les lois ont manifesté une si grande défiance. Si elles la qualifient de preuve, c'est qu'en effet les dépositions des témoins peuvent former une preuve suffisante et complète. Mais quand la forment-elles? C'est ce qui reste, par la nature des choses, abandonné à l'examen du magistrat chargé de juger si la preuve existe, et dont le jugement demeure libre, sans autre règle que sa conscience et sa persuasion, puisque la loi ne lui en prescrit pas d'autre.

Quant au Code civil, la comparaison de ses dispositions sur la preuve littérale, à ses dispositions sur la preuve testimoniale, démontre qu'il a mis une différence essentielle entre ces deux genres de preuves, et que si le magistrat ne peut, sans violer la loi, s'écarter de la preuve littérale, il reste libre

dans le jugement qu'il porte sur la preuve testimoniale, parce qu'à lui seul appartient, et peut appartenir, d'apprécier les témoignages et de décider quand ils forment ou ne forment pas une preuve suffisante.

L'art. 1319 dit que l'acte authentique fait *pleine foi*. Ainsi, lorsqu'on présente au magistrat un acte authentique, contenant, par exemple, une convention, le magistrat n'a point à juger si la preuve de la convention est acquise. La loi l'a jugé d'avance; elle va plus loin : elle ordonne que cette convention, *légalement formée*, soit la loi particulière des parties (1134).

Le magistrat ne peut donc s'en écarter sans contrevenir à la loi.

Que lui reste-t-il à examiner? Uniquement si la loi existe, si l'acte est extérieurement revêtu des formes légales. S'il les trouve observées, il ne peut se dispenser d'obéir à la loi, en ordonnant l'exécution de l'acte ou de la convention.

Mais, supposons que le magistrat ait des soupçons contre la sincérité de l'acte; qu'il sache que la convention a été surprise, que le notaire qui a reçu l'acte est dans l'habitude criminelle de faire des faux, en attestant que les actes ont été passés en présence des témoins ou d'un second notaire, qui dans la réalité n'étaient pas présents; supposons, en un mot, qu'il soit persuadé que l'acte est faux et la convention nulle; il n'en est pas moins obligé d'ordonner l'exécution de l'acte, s'il n'est point attaqué par la voie du faux; et en l'ordonnant ainsi, il ne juge point contre sa conscience,

car il ne juge rien, il suit la foi et la conscience de la loi; il la fait exécuter, comme il doit faire exécuter et appliquer toute autre loi, quand même il la trouverait injuste, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée.

Cette disposition, qui accorde aux actes une foi pleine et entière, est de droit public; elle est fondée sur l'intérêt de la société. La société ne peut exister sans le secours des engagements, et les engagements ont besoin du secours des actes pour conserver le souvenir et former la preuve de ce qui s'est passé.

La loi a établi des formes pour la validité des actes, et créé des officiers publics chargés de les recevoir, suivant les formes prescrites, de certifier l'observation de ces formes et la réalité de la convention, chargés même d'en ordonner l'exécution au nom du roi, comme délégués spéciaux de la puissance exécutive.

L'ordre public serait troublé, les fondemens des transactions civiles, du crédit et du commerce, ébranlés ou anéantis, si les tribunaux s'arrogeaient le droit de critiquer arbitrairement de pareils actes, qui sont la loi des parties; s'ils refusaient de les faire exécuter par le motif qu'ils n'y ont point de confiance, et qu'ils ont les présomptions les plus fortes contre leur sincérité.

Ces actes font pleine foi, leur dit le législateur. Ils sont la loi des parties.

Il en est autrement de la preuve testimoniale; la loi la permet, parce qu'elle est nécessaire; mais elle s'en défie, et loin de commander aux juges de suivre aveuglément la foi des témoins, elle ne cesse de leur recommander de les examiner avec le plus

grand soin : *Testium fides diligenter examinanda est.* Elle les avertit qu'ils ne sont point liés par les dépositions des témoins ; qu'ils peuvent rejeter celle même d'un homme non légalement reprochable, et dont la réputation est légalement intacte, *integre frontis homo* ; enfin, qu'ils doivent rentrer en eux-mêmes pour juger ce qu'ils croient prouvé ou non prouvé. Ces maximes, écrites dans le droit romain, sous la dictée de la raison, loin d'être abrogées dans notre nouvelle législation, sont expressément répétées dans nos lois criminelles.

Prenons donc pour constant que la religion du juge n'est point liée par les dépositions des témoins (1), lorsqu'il n'est pas persuadé, lorsqu'il a de fortes raisons de croire qu'elles ne sont pas conformes à la vérité.

Nous regardons comme certain qu'un arrêt fondé sur ces principes ne pourrait être cassé, parce qu'il n'y aurait aucune loi violée.

Mais nous ajoutons qu'un magistrat prudent, qui connaît ses devoirs, qui sait que le meilleur juge est celui qui s'abandonne le moins à l'arbitraire, se portera difficilement, et sur de simples soupçons, sur de simples présomptions, à rendre un jugement contraire aux dépositions uniformes de plusieurs témoins, contre lesquels il n'existe pas en apparence de motifs de reproche ; il craindra avec raison de prendre sur lui-même une responsabilité morale aussi effrayante.

(1) C'est aussi l'avis de M. Loqué, *Esprit du Code de procédure*, tom. I, pag. 453.

323. Il nous reste à examiner les questions que peut faire naître la collision des témoignages (1); c'est-à-dire les contradictions, les oppositions, en un mot, les différences de toute espèce qui peuvent se rencontrer dans les dépositions des témoins respectivement appelés.

Comment le magistrat pourra-t-il démêler la vérité au milieu de ces contrariétés? A quels traits la reconnaître? A quelles dépositions ajoutera-t-il foi, lorsqu'elles sont inconciliables, lorsqu'un témoin affirme un fait, et que l'autre le nie, ou atteste un fait contraire?

324. Malheureusement, notre Code de procédure enlève aux juges le moyen le plus puissant, le plus efficace, et presque le seul de lever ou de déchirer le voile dont l'art d'un témoin de mauvaise foi cherche à couvrir la vérité, et de percer les ténèbres dont il cherche à l'envelopper.

Dans les matières criminelles, aux assises, au tribunal de police correctionnelle, ou même de simple police, enfin, dans les matières sommaires portées aux tribunaux civils, les témoins sont entendus à l'audience en présence des juges et du public. Tout concourt alors à imposer au témoin qui serait tenté de mentir à sa conscience, et qui aperçoit ou qui croit apercevoir, dans le nombreux auditoire dont il est environné, des juges sévères.

(1) Nos auteurs français s'en sont peu occupés. On peut voir une dissertation sur ce sujet, dans Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, tom. IV, exercit. 65, de collisione probationum, cap. 1, pag. 176 et sequent.

et redoutables , à qui leurs connaissances personnelles et la notoriété des faits ne permettront pas de douter qu'il a menti à la justice, et qu'il s'est parjuré, qu'il a violé tout à la fois ses devoirs envers Dieu et envers la société.

Tout peut concourir à déceler son imposture : l'embarras involontaire qu'il éprouve, la crainte de se trahir ou de se laisser pénétrer ; son air, sa contenance, son attitude, les mouvemens de son corps ; sa voix, ses yeux, son visage, les altérations et les changemens qu'on y lit, et qu'y apportent son trouble et son agitation intérieurs, un geste, un mot, peuvent le trahir. Ajoutez la faculté de l'interroger, l'embarras de répondre à une question inattendue, ses hésitations, son silence même peuvent démentir la déposition étudiée que sa bouche a récitée ; enfin, comment soutiendra-t-il, en présence du public qui l'observe, qui l'entend et le juge, la confrontation avec un témoin contraire, plein de respect pour la vérité, et à qui son honneur et la solennité de l'audience donnent encore plus de force et de courage pour la défendre et la soutenir, dans la crainte de passer lui-même pour un imposteur et un parjure ?

Tels sont les grands moyens que la raison fournit au magistrat pour dissiper le doute que peut faire naître la collision des témoignages ; il n'est pas nécessaire qu'il soit un Salomon pour découvrir et discerner la vérité dans de pareils débats.

Mais, dans les matières civiles ordinaires, les témoins ne sont point entendus à l'audience ; leur déposition est reçue par un commissaire accom-

pagné de son greffier; les parties et leurs avoués peuvent, à la vérité, y assister; ils peuvent proposer des reproches sur lesquels le témoin est tenu de s'expliquer.

L'art. 273 permet au commissaire de faire au témoin, soit d'office, soit sur la réquisition des parties, *les interpellations qu'il jugera convenables pour éclaircir sa déposition.*

Les reproches, les explications, les interpellations et les réponses, sont consignées dans le procès-verbal du commissaire, qui rédige les dépositions et les fait écrire par son greffier; elles sont ensuite lues à l'audience du tribunal, mais sans appeler les témoins pour expliquer ce qui peut s'y trouver d'obscur, d'équivoque ou de contradictoire.

Combien ces dépositions écrites presque dans le secret, et dérobées à l'imposante publicité de l'audience, sont froides et peu satisfaisantes, auprès de ces dépositions orales et animées faites en présence du public et des magistrats assemblés! C'est bien le cas de s'écrier avec l'empereur Adrien: *J'en crois les témoins, et non les témoignages écrits: Rescripsit se testibus, non testimoniis crediturum.* J'en crois les témoins, parce que je les interroge pour découvrir la vérité: *Namque ipsos interrogare soleo.* L'autorité des témoins présents, la foi qu'ils méritent est donc toute autre que celle des témoignages écrits que l'on récite aux juges: *Alia est auctoritas testium præsentium, alia testimoniorum quæ recitari solent.*

Les témoignages qu'on présente écrits aux juges

sont véritablement, comme dit le proverbe, des témoins sourds et muets; des témoins sourds qui n'entendent point; des témoins muets qui ne répondent point : *Surda et muta testimonia*.

Lorsque l'Assemblée constituante entreprit de réformer notre législation, la vérité de ces maximes dictées par la raison avait frappé tous les esprits. Elles devinrent un des principes fondamentaux de nos lois criminelles, mais on ne s'occupa point alors du Code de procédure. On ne s'en est occupé que fort tard et long-tems après.

La loi du 6 mars 1791, qui fixe le traitement des greffiers, avoués et huissiers, ordonna que, par provision, les avoués suivraient exactement la procédure établie par l'ordonnance de 1667.

Or, suivant cette ordonnance, les témoins, dans les matières ordinaires, étaient entendus secrètement, sans qu'il y eût d'autres personnes que le commissaire et le greffier, qui écrivait les dépositions, les parties même n'avaient pas le droit d'être présentes à l'audition des témoins. C'était un grand vice dans la législation; car il était généralement reconnu que cette forme d'enquête, outre qu'elle était plus dispendieuse, retardait et embarrassait le cours de la justice, et enfin qu'elle était moins propre à découvrir la vérité.

La loi du 5 brumaire an II ayant supprimé les fonctions des avoués, et ordonné, art. 9, qu'il serait statué dans tous les tribunaux, dans toutes les affaires, sans aucuns frais, sur défenses verbales, etc., on douta si désormais les enquêtes devaient être faites à l'audience, ou si l'on devait continuer

de les faire dans les formes déterminées par l'ordonnance de 1667.

Ce doute fut résolu par la loi du 7 fructidor an III (24 août 1795), qui ordonna, art. 1^{er} :

« A l'avenir, en toutes matières civiles, dont la
» connaissance appartient aux tribunaux de dis-
» trict, et sans aucune distinction, les témoins se-
» ront entendus à l'audience publique, en présence
» des parties intéressées, ou elles dûment appe-
» lées. »

Mais la loi du 27 ventôse an VIII ayant rétabli les avoués, dont la suppression avait été prononcée par le décret du 3 brumaire an II, fit revivre, pour les enquêtes, les formalités prescrites par l'ordonnance de 1667.

Ce fut ainsi du moins que, par un arrêté du 18 brumaire an VIII, le Gouvernement interpréta cette loi, où cependant on ne trouve aucune disposition sur ce point. Cet arrêté laissa donc subsister beaucoup de doutes, et donna lieu à de grandes et de fréquentes difficultés.

Le Gouvernement les fit cesser par un arrêté du 4 pluviôse an XI, dont la disposition finale porte que, « jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné,
» les avoués suivront exactement, en ce qui con-
» cerne les enquêtes, les dispositions de l'ordon-
» nance de 1667. »

Cette forme a été suivie jusqu'à la promulgation du Code de procédure. Les commissaires chargés de rédiger le Code ne proposèrent pas de la changer. Leur projet laissait même subsister le plus grand vice de l'ordonnance de 1667, qui isolait le

juge-commissaire et le témoin. C'était dans le secret le plus impénétrable que le premier recevait la déposition du second, et la dictait à son greffier.

Ainsi, le commissaire, maître de la rédaction, pouvait en changer adroitement la substance et traduire à sa manière le langage quelquefois grossier du témoin, souvent trop ignorant pour relever les erreurs du commissaire.

D'un autre côté, sous le régime de la loi du 7 fructidor an III, les témoins, qui étaient entendus à l'audience, l'étaient en présence les uns des autres. Il pouvait en arriver un choc ou de l'aigreur entre les témoins; il pouvait aussi arriver que les derniers entendus manquassent, par timidité ou par d'autres égards, du courage nécessaire pour contredire les premiers entendus, et pour soutenir la vérité; enfin, il arrivait souvent que les derniers entendus ne faisaient qu'approuver et répéter ce qu'avaient dit les premiers, au lieu de raconter les faits à leur manière, et tels qu'ils les avaient vus.

C'est pour prévenir ces inconvéniens que, sur l'observation du Tribunat, l'art. 262 décida que les témoins seront entendus *séparément*; mais ils continuent d'être entendus par un commissaire assisté de son greffier, toutefois en présence des parties ou elles dûment appelées (261).

Sur l'observation de ceux qui réclamaient que les témoins fussent entendus à l'audience, le président du conseil dit « que la conséquence naturelle de ce système de la publicité de l'enquête » serait de ne rien écrire, et de faire venir les témoins à l'audience. » (Locré, sur l'art. 261).

Sur quoi M..... dit « qu'il serait à désirer qu'on » pût appeler les témoins à l'audience, et pronon- » cer aussitôt après les dépositions, sur chaque » fait articulé. *Ces formes diminueraient beaucoup » les frais,* » ajoutait-il.

Répondant à ce désir, M. le rapporteur, qui soutenait le projet, dit : « que la section a cru ren- » placer suffisamment la publicité de l'audience, » qui n'est pas sans difficulté par la présence de la » partie à l'enquête. »

Ainsi, ce fut sans discussion qu'on laissa passer dans le Code de procédure la disposition importante qui veut que, dans les affaires ordinaires, les témoins soient entendus devant un commissaire, hors la présence des juges ; ce fut sur l'allégation vague que leur audition à l'audience n'était pas sans difficultés ; difficultés que le rapporteur n'indiquait même pas.

Cependant, on ne contestait pas au Conseil d'état que l'audition à l'audience a l'avantage de diminuer de beaucoup les frais.

D'un autre côté, elle accélère le cours de la justice ; ce fut ce qui la fit préférer dans les affaires sommaires. Enfin, il est reconnu que l'audition des témoins, en présence des juges, est la voie la plus sûre, la seule peut-être de découvrir la vérité.

Quelles sont donc ces *difficultés*, ou ces raisons que le rapporteur de la section semblait craindre d'indiquer ? Seraient-ce celles que donne l'orateur du Tribunat dans son discours ? Elles sont si faibles et tellement détruites d'avance par les faits,

qu'elles ne peuvent soutenir la discussion. Aussi parlait-il devant des muets.

Il se demandait si les témoins seront entendus à l'audience. « Non, répond-il ; une courte expérience n'a que trop fait sentir les abus qui en résultaient. »

Nous répondons qu'une expérience de plus d'un siècle et demi dément cette assertion. Ce fut par l'ordonnance de 1667 que fut introduite, *contre la prévention de l'usage*, dit M. Pussort, la méthode d'entendre les témoins à l'audience, dans les matières sommaires.

Loin d'exciter aucunes plaintes, *cette longue expérience* a fait sentir les avantages de cette méthode qui a été de nouveau consacrée par le Code de procédure.

« Je ne parle pas, continue l'orateur du Tribunal, des inconvénients, ni des entraves que ce mode apportait à l'administration de la justice. »

Est-ce de bonne foi que l'orateur allègue ces prétendues entraves ? Ce fut précisément pour accélérer l'administration de la justice que ce mode fut introduit.

« Ce sera, disait fort bien M. Pussort, *une grande abréviation de la justice.* » L'expérience de plus de cent cinquante années a prouvé qu'il avait raison. Les rédacteurs du Code l'ont reconnu.

Quant aux *inconvenances* d'entendre les témoins à l'audience, ce langage est vraiment étonnant.

L'empereur Adrien, loin de croire la majesté du

trône blessée par l'audition des témoins, pensait qu'il était de son devoir de les interroger : *Namque ipsos interrogare soleo*. Les convenances sont-elles donc blessées par l'audition des témoins devant les Cours d'assises ?

« Mais, dit encore l'orateur, le désordre que
» cause nécessairement dans l'esprit du témoin
» l'appareil dont il est environné, est peu propre
» au recueillement qui lui est nécessaire pour ren-
» dre compte des faits ; la crainte de se tromper
» peut lui imposer silence sur les circonstances
» peut-être les plus intéressantes ; s'il commet une
» légère erreur, le murmure qui s'élève autour de
» lui le déconcerte, l'amour-propre s'irrite, et alors
» il se croit intéressé à soutenir ce qui, dans son
» principe, n'a été qu'une erreur involontaire. »

Toute cette déclamation, car c'en est une, est réfutée d'avance et démentie par ce qui se passe journellement aux audiences des Cours d'assises.

L'appareil dont il est environné, loin de nuire au recueillement du témoin, lui rappelle qu'il est dans le temple et sous l'égide de la justice.

La présence du public, qui l'observe et le juge, lui impose et lui fait sentir la nécessité de dire la vérité toute entière ; celle des magistrats lui donne la force de la confesser et le courage de la soutenir. Ils sont là pour le défendre.

Enfin, le droit de lui faire des interpellations et de le confronter aux témoins contraires, donne au magistrat exercé des moyens presque infailibles pour découvrir la vérité.

On n'aperçoit donc, pour soutenir la méthode vicieuse d'entendre les témoins hors de la présence des juges, que l'aveugle *prévention de l'usage*. Peut-être encore, une autre raison que l'on n'oserait avouer, a secrètement influé sur ce point de notre législation : l'ennui que fait éprouver aux juges l'audition des témoins, qui, en accélérant le cours de la justice, allonge néanmoins les audiences ; la perte de tems dont se plaignent les avocats, quoique bien hors de propos, puisqu'ils peuvent trouver dans les interpellations qu'ils ont la faculté de faire aux témoins, par l'intermédiaire du président, les moyens les plus sûrs de faire triompher la justice de leur cause.

En attendant cette réforme salutaire (1), le magistrat demeure privé du moyen le plus puissant pour juger, dans le cas de collision des témoignages, quels sont ceux auxquels il doit accorder sa confiance.

325. Où donc cherchera-t-il des motifs de dé-

(1) Elle a été faite dans la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, sanctionnée le 29 septembre 1819. Voy. l'excellent Exposé des motifs de cette loi, par M. Bellot, imprimé en 1821. Les témoins déposent en présence du tribunal entier, des parties, de leurs conseils, du public. Le président les interroge ; mais chaque juge, chaque partie et le ministère public peuvent leur adresser toutes les interpellations qu'ils jugent propres à éclairer la contestation, et à découvrir la vérité. Les témoins répondent sans avoir reçu d'avance la copie des faits, et sans pouvoir se servir d'aucun projet écrit. Ils sont entendus séparément dans l'ordre réglé par celui qui les produit ; ils peuvent être interrogés de nouveau, toutes les fois que des dépositions ultérieures le rendent nécessaire. Ceux dont les dépositions paraissent contraires sont confrontés. Voy. l'Exposé des motifs de M. Bellot, pag. 130.

termination? Le droit romain ou plutôt la raison lui indique les sources où il doit les puiser. Il les trouvera en méditant et en appliquant aux faits de la cause, avec discernement et sagacité, les sages conseils que lui donne l'empereur Adrien : « *Tu*
» *magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus;*
» *cui et cujus dignitatis, et cujus æstimationis sint;*
» *et qui simpliciter visi sunt dicere, utrùm unum eum-*
» *demque sermonem meditatum attulerint; an ad ea*
» *quæ interrogaveras, ex tempore verisimilia respon-*
» *derunt.* » Loi 3, § 1, ff de test.

« *Aliàs numerus testium, aliàs dignitas et auctori-*
» *tas; aliàs veluti consentiens fama confirmat rei de*
» *quâ quæritur fidem.* » Ibid., § 2.

Ces textes bien médités suggéreront au magistrat, dont la raison exercée est mûrie par l'expérience, par l'habitude des affaires, par la connaissance des hommes et du cœur humain, des motifs de détermination raisonnables, et des moyens, assez rarement trompeurs, de connaître et les qualités que doivent avoir les témoins pour mériter sa confiance, et les choses sur lesquelles on peut ajouter foi à leur témoignage.

326. Il les cherchera, et il les trouvera, dans ces circonstances :

- 1°. Le nombre des témoins;
- 2°. La qualité des témoins;
- 3°. La teneur et les qualités de chaque déposition;
- 4°. Quelquefois même les qualités des parties; car le caractère et les mœurs des parties peuvent

influer sur la confiance que méritent les témoins qu'elles appellent et qu'elles ont choisis.

327. Le nombre semblerait d'abord être toujours un motif déterminant pour le juge.

La foi due à la preuve testimoniale est fondée sur ce qu'on présume du bon sens du témoin, qu'il ne s'est point trompé, et de sa bonne foi, qu'il ne veut pas tromper.

Or, en général, il est plus difficile qu'un grand nombre de personnes se trompent, et qu'elles se concertent pour tromper.

Mais ce principe, vrai en lui-même, est balancé par un autre principe qui ne l'est pas moins; c'est que le nombre des hommes sensés et réfléchis, capables de bien observer les faits, de ne pas se laisser imposer par les apparences, ou égarer par quelques passions, de voir, en un mot, les choses froidement et telles qu'elles sont, et de bien rendre ce qu'ils ont vu, sans rien ajouter, comme sans rien retrancher, est beaucoup moindre que celui de ces hommes légers, superficiels et passionnés, qui ne voient les choses qu'à demi, ou au travers du prisme de leurs préjugés et de leurs affections.

Le plus grand nombre des témoins n'est donc point seul et indépendamment de leurs qualités, un motif suffisant de préférence entre des témoignages contraires : *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lex veritatis adsistit. Loi 21, § 3, ff de test.*

Cette maxime de jurisprudence est aussi pro-

clamée par les plus profonds moralistes. « Souvent, » dit Nicole (1), on ne regarde que le nombre des » témoins, sans considérer si ce nombre fait qu'il » soit plus probable qu'on ait rencontré la vérité ; » ce qui n'est pas raisonnable. »

Il faut donc peser les témoignages, et non les compter. Ce n'est que dans le cas où l'honnêteté des témoins et leur bonne réputation sont égales, ou du moins paraissent telles, que le juge, privé de motifs de préférence plus décisifs et plus sûrs, est réduit à compter les témoignages au lieu de les peser : *Si testes omnes ejusdem honestatis et æstimationis sint....., sequenda sunt omnia testimonia*, dit encore la loi.

Elle exige de plus que la qualité de l'affaire et la persuasion du juge soient d'accord avec les témoignages : *Et negotii qualitas, ac judicis motus cum his concurrant*. Car il y a telle affaire, tels faits, sur lesquels il est difficile d'en croire les témoins : l'esprit du juge résiste à la persuasion, *judicis motus*.

328. C'est donc principalement sur les qualités des témoins, que le juge peut raisonnablement mesurer le degré de confiance qu'il doit accorder aux uns de préférence aux autres, *qui sint*; c'est le conseil de la loi, c'est celui de la raison; mais n'oublions jamais que ce sont ses qualités inté-

(1) Dans son excellente Dissertation sur les mauvais raisonnemens que l'on commet dans la vie civile, chap. 19 de la Logique de Port-Royal.

rieures et morales dont la loi entend parler, de sa sincérité connue et de sa bonne foi, *fides*; de la pureté de ses mœurs et de l'honnêteté de sa vie, *an sit honestæ et inculpatae vitæ*; de la dignité de son caractère, *cujus dignitatis*: celui qui connaît la dignité de l'homme ne l'avilit pas jusqu'au mensonge; de la fermeté de ses principes, qui l'élève au-dessus de la séduction, de la faveur et de l'influence du pouvoir: *Eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet qui omni gratiæ et potentæ fidei religioni judicariæ debitam præponere possint.* Loi 5, Cod. de test., 4. 20.

Telles sont les qualités auxquelles on reconnaîtra les témoins vraiment dignes de foi; ceux qui méritent d'en être crus de préférence aux autres. Le magistrat seul peut les distinguer, parce que lui seul peut connaître les hommes, et non la loi, qui ne les connaît pas: *Tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus, cui et cujus dignitatis, et cujus æstimationis sint.*

329. Telles sont les qualités qui concilient à l'homme honnête et sans reproche, dans quelque rang qu'il soit placé, l'estime de ses concitoyens, et cette autorité, *auctoritas*, ce pouvoir sur les esprits, qui commande la confiance; autorité telle qu'elle s'élève dans l'opinion publique au-dessus même de celle du magistrat.

C'est seulement lorsqu'il a su la mériter par ses vertus, que son témoignage peut l'emporter sur le témoignage d'un particulier obscur, qui n'a point à craindre de compromettre la double réputation d'homme public et celle d'individu ou d'homme

privé, *utrùm quis decurio an plebeius*. Les vertus de l'homme public deviennent alors une garantie de plus pour la véracité de l'homme privé.

330. Quant aux qualités extérieures, politiques ou civiles, celles même de l'esprit, elles ne sont d'aucun poids aux yeux de la raison, lorsqu'elles ne sont pas accompagnées de ces qualités intérieures et morales, de ces qualités du cœur, qui contribuent seules à la dignité de l'homme, laquelle est indépendante du rang où le hasard de la naissance a mis l'individu, des places qu'il occupe, et que donnent le plus souvent la protection, la faveur et l'intrigue, plutôt que le vrai mérite et les vertus.

L'élévation du rang, des places, de la naissance, les richesses, ne sont que le masque de l'homme intérieur, et ce masque peut couvrir également la tête d'un fripon, celle d'un homme vicieux et corrompu, et celle d'un honnête homme. Les vertus seules placent un homme au-dessus d'un autre, aux yeux de la justice et de la raison.

331. Cependant d'anciens auteurs, qui vivaient dans un tems où l'espèce humaine était dégradée par l'esclavage, ou avilie par la vassalité, ont enseigné que le juge devait avoir plus de foi à la déposition d'un homme noble, riche ou puissant, qu'à celle d'un obscur plébéien.

Le progrès des lumières et l'esprit du siècle ont proscrit sans retour cette absurde et dangereuse doctrine, propagée d'âge en âge par la tourbe des compilateurs, *servum pecus*, et des praticiens, qui

ne manquent jamais de répéter dans leurs écrits, servilement et sans examen, comme sans choix, ce qui a été dit avant eux de bien ou de mal.

Le plus profond des moralistes, le pieux Nicole, dans son excellente Dissertation sur les mauvais raisonnemens que l'on commet dans la vie civile, emploie les armes de la raison pour terrasser l'erreur de ceux qui, accordant une confiance privilégiée aux opinions et au témoignage des grands et des nobles, se laissent servilement imposer par le prestige de la grandeur et de la puissance.

« S'il y a, dit-il, des erreurs pardonnables, ce » sont celles où l'on s'engage, en déférant plus qu'il » ne faut au sentiment de ceux qu'on estime gens » de bien. Mais il y a une illusion *beaucoup plus ab-* » *surde en soi*, et qui est néanmoins trop ordinaire, » qui est de croire qu'un homme dit vrai, parce » qu'il est de condition, qu'il est riche ou élevé en » dignité. »

Notre grand moraliste attribue cette autorité, qu'on leur accorde mal à propos, à la complaisance, à la flatterie, ainsi qu'à l'abaissement intérieur de l'esprit de ceux qui n'ont pas la vue assez ferme pour soutenir l'éclat et la pompe qui environnent les grands et les nobles.

Il indique ensuite les causes qui doivent rendre leurs opinions et leurs témoignages suspects. C'est l'illusion qu'ils se font à eux-mêmes. « Il n'y en a » pas, dit-il, qui ne prétendent que leurs senti- » mens doivent prévaloir sur celui de ceux qui sont » au-dessous d'eux; ils ne peuvent souffrir que des

» gens qu'ils regardent avec mépris, prétendent avoir
» autant de jugement et de raison qu'eux.....

» Ils s'accoutument à se regarder, dès leur enfance, comme une espèce séparée des autres hommes : leur imagination ne les mêle jamais dans la foule du genre humain ; ils sont toujours comtes ou ducs à leurs yeux, et jamais simplement hommes. Ainsi, ils se taillent un âme et un jugement selon la mesure de leur fortune, et ne se croient pas moins au-dessus des autres par leur esprit, qu'ils le sont par leur condition et par leur fortune. »

552. Les richesses, dénuées des vertus, ne sont pas plus que la noblesse un motif de préférence, en matière de témoignages ; elles ne sont que trop souvent une source de corruption pour ceux qui les possèdent.

Pauvreté n'est pas vice, dit le proverbe (1). Cependant la pauvreté extrême est exposée à trop de séductions pour ne pas exciter le soupçon. *En grande pauvreté, n'y a grande loyauté*. Cette grande pauvreté est donc une des qualités que la loi conseille d'examiner dans le témoin, *an locuples, vel egens sit*.

Mais le témoignage du pauvre ne doit être rejeté que quand ses mœurs le rendent facile à suborner : *Ut lucri causâ quid facile admittat*. Loi 5, *ff de test.* ; car il y a des pauvres respectables, même

(1) Voy. Loisel, Règles du droit français, liv. 5, tit. 5, reg. 16.

entre ceux qui sont réduits à la mendicité. Qui oserait récuser le témoignage de ce pauvre mendiant qui, persuadé qu'on s'était trompé, courait à perte d'halcine après la voiture de Molière, pour lui faire reprendre la pièce d'or qu'il en avait reçue pour aumône?

333. C'est sur-tout lorsque les témoins sont dans la pauvreté que les qualités de celui qui les appelle peuvent influencer sur la confiance que mérite leur déposition.

Quand un homme honnête appelle les témoins que le hasard lui a présentés, sa probité et son caractère dissipent le soupçon de subornation que peut faire naître la pauvreté du témoin.

Mais quand un homme d'une probité douteuse, connu pour employer sans choix tous les moyens qu'offre la chicane pour faire triompher une mauvaise cause, semble avoir choisi ses témoins dans une classe d'hommes faciles à corrompre, les soupçons contre la partie viennent fortifier les soupçons qu'élèvent les qualités des témoins; et ces présomptions réunies peuvent leur ôter entièrement la confiance du magistrat.

334. Les qualités des dépositions peuvent encore donner des lumières sur la préférence qu'elles méritent.

Les témoins qui racontent les faits avec précision, en rendant avec simplicité raison de ce qu'ils ont vu, *qui simpliciter visi sunt dicere*, inspirent plus de confiance que ceux qui surchargent leur récit de choses inutiles, et semblent s'efforcer de persuader la vérité d'une déposition apprêtée.

Les témoins dont les dépositions sont calquées les unes sur les autres, détruisent la confiance au lieu de l'inspirer : *Qui unum eundemque meditatum sermonem attulerunt.*

La manière de répondre sans embarras et sans hésiter, sans chercher leurs réponses aux interpellations qui leur sont faites, et sur-tout la vraisemblance de ces réponses, sont encore pour le juge un grand caractère de vérité : *An ad ea quæ interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint. Loi 3, ff de test.* Car, dans les points obscurs, c'est à la vraisemblance qu'il faut s'attacher : *In obscuris inspiciei solet quod verisimilius est. Loi 114, ff de R. J.*

C'est une règle dont l'application est plus étendue qu'on ne pense, et qui s'étend aux circonstances, comme au fait principal de la déposition.

Un premier témoin n'osant nier l'existence du délit, auquel il était présent, l'avoue, mais en ajoutant qu'il n'a pas reconnu ceux qui l'ont commis.

Un second témoin a vu le délit, et il en a reconnu les auteurs, qui sont des personnes de la société intime du premier témoin. Soyez sûr que celui-ci en impose. Il est contre toute vraisemblance qu'il n'ait pas reconnu les personnes. Ne craignez donc point de vous tromper, en comptant son témoignage avec celui du second pour former un corps de preuve.

355. Enfin, quelques auteurs (1) ont enseigné

(1) Boehmer les a réfutés avec beaucoup de solidité, dans ses *Exercit. ad Pandect.*, tom. IV, pag. 206.

que, dans la collision des témoignages, on doit préférer les affirmatifs aux négatifs : *Testibus affirmantibus magis credendum est quàm negantibus.*

C'est une erreur dont la source paraît venir d'une autre erreur, savoir : que, suivant la nature des choses, on ne peut prouver une négative ; proposition dont nous avons démontré la fausseté, tom. VIII, n°. 17 et 18. Sans doute des témoins qui nient sans rendre raison de leur négative, ne méritent aucun égard ; mais ils ont cela de commun avec les témoins qui affirment, sans aussi en donner la raison. Tout témoin doit rendre raison de la manière dont il sait les faits qu'il affirme ou qu'il nie.

Mais le témoin qui rend raison de sa déposition négative, n'est pas moins croyable qu'un témoin affirmatif. En voici des exemples :

Un testament olographe a péri dans un incendie. Nous avons vu que la perte et la teneur de l'acte peuvent être prouvées par témoins. Titius prétend que ce testament contenait un legs de 3,000^l en sa faveur ; il produit deux témoins qui ont vu, tenu et lu le testament, et qui affirment qu'il contenait en effet le legs de 3,000^l.

L'héritier en produit deux autres qui ont également vu, tenu et lu le testament, et qui nient formellement qu'il contînt aucun legs en faveur de Titius, quoiqu'il en contînt d'autres dont ils rapportent les dispositions.

On ne voit pas pourquoi l'on en croirait plutôt ceux qui affirment que ceux qui nient.

Les premiers comme les seconds rendent une

raison également satisfaisante , les uns de leur affirmation , les autres de leur négation.

Titius est accusé d'avoir , avec tumulte , injurié Caïa , en chantant sous ses fenêtres une chanson déshonnête , *carmen famosum* , qu'il faisait accompagner de plusieurs instrumens bruyans , tel jour , à telle heure. Caïa produit plusieurs témoins qui affirment le fait , et attestent qu'ils ont vu le tumulte , entendu le bruit et la chanson en passant dans la rue.

Titius en produit d'autres demeurant au rez-de-chaussée de la maison de Caïa , et à celui de la maison placée vis-à-vis. Ils nient formellement le fait , en attestant qu'au jour et à l'heure indiqués , ils étaient dans leurs boutiques ouvertes , avec leurs enfans et leurs domestiques ; qu'ils ne l'ont quittée que long-tems après l'heure indiquée , et qu'ils n'ont ni vu ni entendu aucun tumulte , ni vu Titius , ni entendu sa chanson et le bruit des instrumens.

Il est évidemment impossible que le tumulte ait eu lieu sans avoir été vu ; que la chanson ait été chantée avec accompagnement , sans que le son de la voix et le bruit des instrumens aient été entendus par les personnes qui étaient dans les boutiques ouvertes , sur le lieu de la scène.

Les témoins affirmatifs ou négatifs en imposent donc à la justice ? Mais lesquels ? Si l'on ne peut convaincre d'imposture les uns plutôt que les autres , il faut bien en revenir à la maxime raisonnable que , dans le doute et faute de preuves , on doit prononcer en faveur de l'accusé.

540 Chap. VI. Sect. II. De la Preuve testimoniale.

Le lecteur intelligent trouvera facilement une foule d'exemples semblables.

Bannissons donc pour toujours cette fausse doctrine qui prétend donner la préférence aux témoins affirmatifs sur les négatifs.

FIN DE LA SECTION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

ADDITION IMPORTANTE

AUX TOMES IV ET VII,

OU

RÉPONSE A LA DISSERTATION

DE M. MERLIN (1),

Sur la Revendication des biens de l'hérédité, formée par le véritable héritier, contre les tiers qui ont acquis de bonne foi de l'héritier apparent.

QUESTIONS.

- 1°. *La bonne foi des tiers qui ont acquis de l'héritier putatif ou apparent, des biens dépendans de l'hérédité, suffit-elle pour faire maintenir les ventes, et pour repousser l'action du véritable héritier qui revendique les biens vendus avant que la prescription soit acquise?*
- 2°. *En cas de négative, le recours en garantie qu'ont*

(1) Imprimée dans la 3^e. édition de ses Questions de droit, v^o. Héritier, § 5.

les acquéreurs évincés contre le vendeur, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, est-il un motif suffisant pour repousser par exception, ex personâ venditoris, la revendication du véritable héritier?

5°. *L'héritier apparent, à qui la succession était dévolue en entier, dans l'absence de l'héritier plus proche, ou de celui avec qui il devait concourir, est-il, quand il lui faut la rendre, en vertu de la pétition d'hérédité, tenu de restituer les capitaux et le prix des ventes qu'il a consommés de bonne foi, croyant n'abuser que de son bien? (Art. 136, 137, 138).*

TELLES sont les questions que je me propose d'examiner ici.

J'ai déjà examiné deux fois la première (1) ; voici à quelle occasion : Un arrêt de la Cour de Caen, du 21 février 1814, confirmé par la Cour de cassation le 5 août 1815 (2), avait jugé que « celui qui » a acquis d'un héritier apparent doit être main- » tenu, *toutes les fois* qu'il est reconnu qu'il a fait » son acquisition *de bonne foi.* »

Il me parut que ces arrêts portaient atteinte au principe sacré de la propriété, et qu'ils étaient contraires au droit romain, au droit français, aux art. 2125 et 2182 du Code civil. Je pensai donc

(1) Tom. VII, nos. 31 et suiv., tom. IV, n°. 289.

(2) Rapporté par Sirey, tom. XV, pag. 86.

qu'il était de mon devoir de les signaler , pour empêcher les tribunaux de première instance et les Cours d'appel de les prendre pour règles de leurs jugemens , et d'introduire dans la jurisprudence une maxime dangereuse et contraire aux vrais principes. Plus est imposante l'autorité de la Cour de cassation , plus il me sembla que je devais mettre de force dans la discussion , espérant , et ne doutant même point , si mes raisons sont aussi solides qu'elles me le paraissent , que cette Cour , qui a rendu tant et de si éminens services à la jurisprudence française , ne donnât à la première occasion qui s'en présenterait un nouvel exemple de sa supériorité , en rétractant une première erreur dont les plus grands génies ne sont point à l'abri.

Un jurisconsulte du premier mérite vient d'entreprendre la défense de ces arrêts , et certes , s'il se trouvait qu'il n'eût pas réussi dans cette entreprise , il faudrait en désespérer (1). Il a trouvé ma critique sévère et notamment *mal fondée* , quant à l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt dont il s'agit. Enfin , il croit pouvoir assurer que j'ai mêlé bien des erreurs à quelques vérités.

Telles sont en effet la faiblesse et l'imperfection de l'esprit humain , que les écrits , même des plus grands hommes , contiennent presque toujours plus d'erreurs que de vérités. C'est pour chacun de nous un devoir de travailler à séparer l'ivraie

(1) *Si Pergama dextrâ deffendi possent , etiam hac deffensa fuissent.*

du bon grain. J'espère que, dans cette recherche, comme en toute autre occasion, l'amour de la vérité l'emportera chez moi sur l'amour - propre d'auteur : j'ai toujours cru m'honorer en rétractant les erreurs qui m'échappent, quand je puis les découvrir; mais si je dois rétracter mes erreurs, je dois aussi soutenir et développer les vérités que j'y ai mêlées.

Pour fixer le point de la discussion, et ne pas courir le risque de m'égarer, je commencerai par rappeler l'espèce des arrêts dont il s'agit; car, c'est notamment quant à l'espèce que M. Merlin trouve *ma critique mal fondée*.

Le sieur Famesson mourut le 8 germinal an VIII. Le sieur Dormont, parent paternel, se présenta pour recueillir la succession, qu'il partagea avec la veuve Barberie, seule héritière dans la ligne paternelle. Quelque tems après, il vendit aux sieurs Ribart et Louvet une pièce de terre dépendante de l'hérédité; mais trente mois seulement après l'ouverture de la succession, il en fut évincé par des héritiers plus proches, lesquels, après l'avoir fait condamner à leur délaisser l'hérédité, vendirent tous leurs droits à un sieur de Prepetil, qui, se trouvant ainsi subrogé dans tous les droits des véritables héritiers, forma contre les sieurs Ribart et Louvet l'action en revendication de la pièce de terre qu'ils avaient acquise du sieur Dormont, héritier putatif. Ils furent condamnés à la délaisser au sieur de Prepetil, par le tribunal d'Argentan, dont le jugement fut réformé par arrêt de la Cour de Caen, du 11 février 1814.

« Attendu, en droit, qu'il est constant que, sui-
 » vant l'ancienne jurisprudence, attestée par les
 » auteurs normands, et puisée dans l'arrêt *Malan-*
 » *din*, du 19 juin 1730, celui qui a acquis d'un héri-
 » tier apparent, tout ou partie des biens d'une succes-
 » sion, de laquelle ensuite un autre parent plus
 » proche a été envoyé en possession, a été main-
 » tenu dans son acquisition, toutes les fois qu'il a été
 » reconnu qu'il l'avait faite de bonne foi, parce qu'en
 » pareil cas le nouvel héritier a dû s'imputer la
 » faute de ne s'être pas présenté plus tôt; raison
 » qui a fait penser qu'il devait, au respect de l'ac-
 » quereur, prendre les choses dans l'état où il les
 » trouvait, etc. » (1)

(1) Les autres considérans ne contiennent point de motifs nouveaux, mais seulement des développemens du premier, et des réponses telles qu'elles aux objections contre le premier motif. Néanmoins, pour plus d'exactitude, nous les copions ici en note :

« Attendu que le tribunal dont est appel, en reconnaissant la vérité
 » de ce principe, a décidé que, d'après le Code civil, cette ancienne
 » jurisprudence ne devait plus être maintenue; qu'ainsi, il s'agit d'ap-
 » profondir ce premier point;

« Attendu que l'intimé, pour soutenir les jugemens qu'il a obtenus,
 » fait valoir deux principaux moyens tirés, le premier des art. 549,
 » 724, 789, 790 et 2265 du Code civil, et le second, de l'art. 1599;

« Qu'en les examinant, on y reconnaît des principes généraux posés
 » par la législation, pour les cas ordinaires, mais qui ne sont nulle-
 » ment capables de porter atteinte à la jurisprudence ci-devant rap-
 » portée; que si les héritiers plus proches, représentés aujourd'hui par
 » l'intimé, se fussent présentés plus tôt, il est hors de doute qu'ils pour-
 » raient, à bon droit, réclamer avec avantage les articles du Code civil
 » qu'ils invoquent;

« Mais que l'inventaire a été fait dans le délai de trois mois accordé
 » par la loi; que les quarante jours pour délibérer se sont écoulés; que
 » d'Ormont, qui, comme parent, s'était présenté en qualité d'héri-
 » tier, en a fait tous les actes, d'abord en partageant les biens avec

Le sieur de Prepctil se pourvut en cassation ; mais par un arrêt du 5 août 1815, son pourvoi fut rejeté ;

« Attendu que l'arrêt dénoncé est fondé sur une
 » ancienne jurisprudence, conforme au droit ro-
 » main, et soutenue par les motifs les plus puissans
 » d'ordre et d'intérêt public ; qu'elle se concilie avec
 » les articles prétendus violés du Code civil, qui
 » n'ont statué qu'en principe et règle générale. »

Je prie le lecteur attentif de remarquer que ces

» l'héritier de la ligne paternelle, en acquittant les droits de mutation,
 » en jouissant des biens échus à la ligne maternelle, en faisant des
 » abatis de bois, en vendant aux appelans partie desdits biens, et que
 » tout cela *s'est passé publiquement*, sans que les héritiers plus proches
 » soient venus réclamer l'hérédité, et sans même qu'ils eussent mani-
 » festé, par quelques oppositions ou autres actes, l'intention de se pré-
 » senter, de réclamer et de faire valoir leurs droits dans la suite ;

» Que, de ces faits, il résulte que d'Ormont, qui a pris la saisine
 » légale de la succession, est présumé, aux yeux de la loi, avoir été le
 » véritable héritier, avoir administré pour lui, et disposé comme pro-
 » priétaire ;

» Qu'on ne peut pas dire, dans la circonstance, qu'il a vendu la
 » chose d'autrui, parce qu'il a vendu un bien dont il se regardait pro-
 » priétaire, et ceux qui l'ont trouvé investi de la qualité d'héritier,
 » *ayant traité avec lui de bonne foi*, avant aucune revendication ni op-
 » position, sont fondés à réclamer, comme *tiers acquéreurs*, les biens
 » qui leur ont été cédés ;

» Et qu'enfin, il serait déraisonnable de soutenir que, dans l'incer-
 » titude où il pourrait exister un parent plus proche qui se serait abs-
 » tenu, ou qui aurait négligé ou différé de se faire reconnaître pour
 » héritier, l'héritier apparent n'aurait pu disposer de tout ou partie de
 » la succession, qu'après l'expiration des longs délais requis pour la
 » prescription ;

» De tout quoi il résulte que les jugemens dont est appel ont été mal
 » rendus, etc.... »

arrêts ne sont fondés *que sur la bonne foi de l'acquéreur.*

L'arrêt confirmé pose en principe que celui qui a acquis de l'héritier apparent *tout* ou partie des biens d'une succession, doit être maintenu dans son acquisition *toutes les fois* qu'il est reconnu qu'il l'a faite *de bonne foi*, etc., et que le véritable héritier doit, *au respect de l'acquéreur*, prendre les choses dans l'état où il les trouve.

Ainsi, il résulte de ces arrêts que le tiers *acquéreur qui a de bonne foi acquis des biens de l'hérédité de l'héritier apparent, doit être maintenu dans tous les cas.*

C'est cette décision, donnée en forme de maxime, que j'ai trouvée contraire au principe sacré de la propriété, si énergiquement consacré par les articles 2125 et 2182 du Code civil.

Ce dernier porte littéralement que « le vendeur » ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les » droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue. »

L'art. 2125, que celui qui n'a qu'un droit conditionnel, résoluble, ou sujet à rescision, ne peut transmettre qu'un droit soumis aux mêmes conditions, résolution ou rescision.

Ces principes sont aussi anciens que l'établissement de la propriété permanente : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. Loi 54, ff de R. J.*

J'ai encore pensé que la décision des arrêts critiqués était contraire aux principes du droit romain, à la jurisprudence française antérieure au Code, et même au Code civil.

Je suis plus que jamais convaincu qu'en tous ces points, loin de commettre des erreurs, je n'ai fait qu'énoncer des vérités : si je me trompe, c'est de bonne foi.

Et d'abord, si j'avais pu douter du principe, que la bonne foi des tiers qui ont acquis de l'héritier apparent ne suffit pas pour faire maintenir leurs acquisitions, quand la prescription n'est point encore acquise, la savante dissertation de M. Merlin aurait dissipé tous mes doutes. J'y ai vu, avec une satisfaction infinie, qu'il est sur ce point entièrement de mon avis : c'est même par là qu'il termine sa dissertation.

« Au surplus, dit-il (1), il résulte de toute cette
» discussion une remarque fort importante : c'est
» que le maintien des aliénations faites purement
» et simplement, à titre onéreux, par l'héritier putatif, avant l'apparition du véritable héritier,
» tient à un tout autre principe que le maintien
» des actes d'administration que l'héritier putatif
» a faits avant la même époque.

» Les actes d'administration ne sont maintenus
» qu'en *considération de la bonne foi des tiers*, qui
» ont traité ou plaidé avec l'héritier putatif; et ils
» seraient maintenus quand même l'héritier putatif n'aurait été qu'un possesseur de mauvaise
» foi.....

(1) Tom. III des Questions, pag. 544, col. A, et 545, col. A du tom. VI, contenant les additions à sa seconde édition.

» Mais les actes d'aliénation ne sont maintenus
» (dans les cas où ils peuvent l'être, suivant M. Mer-
» lin), qu'en *considération de la bonne foi de l'héri-*
» *tier putatif.* »

Je prends acte ici de ce que, suivant M. Merlin, ce n'est point la *bonne foi de l'acquéreur* qui peut faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent. C'est précisément ce que j'ai soutenu.

Je me crois donc dès-à-présent autorisé à conclure, des principes mêmes de M. Merlin, qu'il est faux que « celui qui a acquis d'un héritier appa-
» rent doive être maintenu dans son acquisition toutes
» les fois qu'il est reconnu qu'il l'a faite de bonne foi », comme l'ont décidé les arrêts dont il entreprend la défense. Je n'ai donc point commis d'erreur en les combattant ; j'ai soutenu la vérité.

Mais est-il vrai que la décision de ces arrêts soit contraire au droit romain, comme je l'ai avancé ? Oui encore, et sur ce point, comme sur le précédent, j'ai également en ma faveur l'imposante autorité de M. Merlin.

Il convient d'abord (1) que « l'acquéreur d'une
» hérédité vendue par l'héritier apparent, peut,
» dans le droit romain, comme il le peut encore
» dans nos mœurs, être évincé, *malgré sa bonne foi*
» *et celle de son vendeur*, par le véritable héritier. »

Il le prouve par le § 4 de la loi 13, ff de *hæred.*

(1) Pag. 327, col. A du tom. VI, ou additions à la 2^e. édition, et pag. 328, col. A, tom. III de la 3^e. édition.

petit., 5. 3. « Ainsi, nul doute, ajoute-t-il, que, » *suivant le droit romain*, ni la bonne foi de l'héritier putatif, qui vendait l'hérédité, ni celle de l'acquéreur, ne pouvaient faire obstacle au succès de l'action que le véritable héritier intentait contre celui-ci. »

Prenons donc pour constant que, suivant le droit romain, la *bonne foi de l'acquéreur* ne suffisait point pour faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent; que ces ventes n'étaient pas maintenues toutes les fois qu'il était reconnu que les *acquisitions avaient été faites de bonne foi*. Nul doute sur ce point. On doit même remarquer que, suivant le § 4 de la loi 13, citée par M. Merlin, le concours de la bonne foi de l'héritier putatif vendeur, avec la bonne foi de l'acquéreur, ne suffisait pas pour faire maintenir la vente: *Finge bonæ fidei possessorem fuisse* (1).

Cette loi n'en décide pas moins que l'acquéreur aussi de bonne foi peut être évincé par le véritable héritier: *Dandam utilem actionem*.

Il est vrai que cette loi parle du cas où l'hérédité a été vendue, c'est-à-dire tous les biens de la succession, *universum jus*; mais sa décision est-elle

(1) Voici le texte de la loi :

« *Quid, si quis hæreditatem emerit, an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est; sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et bonæ fidei possessorem fuisse; an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Caius Cassius dandam utilem actionem.* » Loi 13, § 4, ff de hæred. petit., 5. 3.

applicable au cas où l'héritier putatif n'a vendu que des biens particuliers? C'est la question que se fait M. Merlin. Il demande s'il s'ensuit de là, « comme » le soutient M. Toullier, que l'action du véritable » héritier, en revendication *de biens particuliers* » vendus par l'héritier putatif, fût également ad- » missible dans tous les cas?

« L'affirmative paraît, au premier abord, *incon-* » *testable* », répond M. Merlin.

En effet, si l'acquéreur de tous les biens d'une succession peut, malgré sa bonne foi et celle de son vendeur, être évincé par le véritable héritier, on peut en conclure que l'acquéreur de quelques biens particuliers peut également l'être; car, en bonne logique, si l'on ne peut conclure du particulier au général, on peut conclure du général au particulier.

Cette conséquence est même, dans notre cas, fondée sur le texte de la loi citée, qui n'accorde l'action utile et universelle de pétition d'hérédité, contre l'acquéreur *de l'universalité ou de tous les biens*, qu'afin qu'il ne soit pas vexé par des actions particulières de revendication de chacun des biens, *ne singulis judiciis vexaretur*, d'où l'on peut induire que cette crainte cessant, le véritable héritier peut former l'action particulière de revendication.

M. Merlin ne le nie point. « Cependant, dit-il, » consultons la loi 25, *ff de hered. petit.*, et nous » verrons qu'il y a une distinction essentielle à faire; » que si la conséquence que tire M. Toullier d'un » cas à l'autre *est vraie*, lorsque, dans la vente de

» biens particuliers dépendans d'une succession,
» *il n'y a eu de bonne foi que de la part de l'acqué-*
» *reur*, elle est fausse ou doit être restreinte singu-
» lièrement, lorsque l'héritier putatif qui a vendu
» se croyait de bonne foi l'héritier véritable. »

Ainsi, après avoir reconnu et prouvé que, malgré la bonne foi de celui qui a acquis l'universalité des biens de la succession, il peut être évincé par le véritable héritier, M. Merlin examine si l'acquéreur de biens particuliers peut également l'être.

Il distingue. Il reconnaît, notez bien ceci, il reconnaît que s'il n'y a eu de bonne foi que de la part de l'acquéreur, celui-ci peut être, dans tous les cas et sans restriction, évincé par l'héritier véritable, de même que l'acquéreur de l'universalité des biens.

Mais il pense que, si l'héritier putatif, qui a vendu des biens particuliers, *se croyait de bonne foi héritier véritable*, il est faux de dire que les acquéreurs peuvent être évincés *sans restriction*. Il annonce une distinction fondée sur le § 17 de la loi 25, *ff de hæred. petit.*

Nous verrons dans la suite que, de l'aveu de M. Merlin, cette distinction est inconciliable avec la loi 13, § 4 du même titre. Bornons-nous, quant à présent, à exposer la distinction, et remarquons, par anticipation, que, de l'aveu encore de M. Merlin, le § 17 de la loi 25 établit en règle générale que les biens particuliers de l'hérédité, vendus par l'héritier putatif, peuvent être revendiqués par l'héritier véritable. » Il me paraît d'abord, *en thèse*

« *générale*, que la revendication doit être admise. »
C'est ainsi que M. Merlin (1) traduit ce passage d'Ulpien dans la loi citée : *Et puto posse res vindicari.*

Ce passage, qui établit la règle générale, est fort clair. Il n'en est pas ainsi de l'exception que M. Merlin croit trouver à la suite. Elle est obscure et très-contestée, comme nous le verrons bientôt.

Admettons-la pour un instant; il en résulterait que, lors même que la bonne foi du vendeur, qui se croyait héritier, concourt avec la bonne foi de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai, suivant le droit romain, *qu'en thèse générale*, les biens vendus peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Je puis donc ici conclure, pour la seconde fois, que les deux arrêts dont M. Merlin entreprend la défense sont contraires au droit romain, puisqu'ils jugent, en point de droit, que celui qui « a acquis d'un héritier apparent, doit être maintenu dans son acquisition, *toutes les fois* qu'il est reconnu qu'il l'a faite de bonne foi. »

Ces arrêts établissent donc une règle générale, diamétralement opposée à celle du droit romain.

Toutes les fois, disent les arrêts, que le tiers acquéreur est de bonne foi, son acquisition doit être maintenue contre le véritable héritier.

En thèse générale, dit le droit romain, les biens

(1) Pag. 551, col. A du tom. VI, ou additions à la 2^e. édition, et pag. 552, col. A du tom. III de la 5^e. édition.

acquis de bonne foi par des tiers, de l'héritier putatif, peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Aussi, pour écarter la critique que j'ai faite de ces arrêts, M. Merlin s'efforce de les ranger dans le cas de l'exception qu'il annonce, et qu'il faut maintenant examiner; mais, pour la bien entendre, il faut commencer par rappeler quelques principes, et quelques subtilités du droit romain sur la pétition d'hérédité.

Un sénatus-consulte, dont Ulpien nous a conservé le texte dans la loi 20, § 6, *ff de hæred. petit.*, 5. 3, avait établi ou fixé à Rome les principes relatifs à la pétition d'hérédité. Il voulait, entre autres dispositions, que ceux qui s'étaient mis en possession d'une hérédité, dont ils étaient ensuite évincés, fussent tenus de rendre le prix des biens de la succession qu'ils avaient vendus, lorsqu'ils en avaient reçu le prix, quoique ces biens eussent ensuite péri, en tout ou en partie, avant la pétition d'hérédité : *Placere à quibus hæreditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hæreditate venditarum pervenissent, et si eæ antè petitam hæreditatem deperissent, diminutæve fuissent, restituere debere.* D. L., § 6.

Le même sénatus-consulte voulait que l'héritier putatif, qui avait eu de justes motifs de croire que les biens lui appartenaient, ne fût condamné de rendre des biens de l'hérédité qui n'existaient plus en sa possession, que ceux qui l'avaient enrichi : *Eos autem qui justas causas habuissent,*

quare bona ad se pertinere existimassent usque eo duntaxat quo locupletiores ex eâ re facti essent (condamnandos esse). Ibid.

Les jurisconsultes romains avaient interprété ce principe d'une manière si subtile, que loin d'être d'accord entre eux, on trouve dans leurs écrits des textes que les meilleurs interprètes désespèrent de concilier : *desperata conciliationis*, dit Huberus.

Du même principe, très-juste en lui-même, quand il est bien entendu, Ulpien avait tiré des conséquences si étendues, que la raison refuse de les admettre.

Il demande, par exemple, dans la loi 25, si le possesseur de bonne foi doit, dans tous les cas, rendre le prix des choses qu'il a vendues, lorsque le prix lui est *parvenu*, lorsqu'il l'a reçu, *cum ad eum pervenit*, ou seulement lorsqu'il en a fait un emploi utile, un emploi qui l'a enrichi; et s'il n'est pas dispensé de le rendre, lorsqu'il en a fait un mauvais emploi, lorsqu'il l'a consommé, perdu, donné, dilapidé, comme il le dit ailleurs : *Utrum omne pretium restituere debbit bonæ fidei possessor, an verò ita demum si factus sit locupletior videndum si nge pretium vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse, etc.*

Ulpien décide que le possesseur de bonne foi doit être dispensé de la restitution du prix qu'il a reçu, malgré la lettre du sénatus-consulte, qui porte que le possesseur doit rendre les prix qui lui sont parvenus.

Car, dit Ulpien, ce mot *pervenisse* est équivo-

que, *ambiguum est* : doit-on l'entendre du prix qui est d'abord *parvenu* au vendeur, quoiqu'il ne le possède plus, ou du prix qu'il continue de posséder après l'avoir reçu, *id quod durat*? Ulpien se décide pour le second sens, et dispense de la restitution le vendeur qui a perdu, consommé ou donné le prix, après l'avoir reçu.

Voilà, certes, une décision bien favorable aux prodigues, aux amis du jeu, du faste et de la dépense (1).

Par une conséquence de cette première décision, Ulpien dit, loi 25, § 1, *ff de hæred. petit.*, que si, avec le prix des choses vendues, l'héritier putatif en a acheté d'autres, mais à un prix au-dessus de leur valeur, il ne doit rendre que la véritable valeur des choses acquises trop cher, de même que s'il avait consumé le surplus, parce qu'il ne s'est enrichi que de la vraie valeur : *Sed si res minoris valet quàm comparata est, hactenùs locupletior factus videbitur quatenùs valet, quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur, dict., § 1.*

Enfin, Ulpien pose en principe général, dans le

(1) Disons même bien commode pour la mauvaise foi; car comment prouver que l'héritier putatif s'est enrichi du prix des biens qu'il s'est hâté de vendre, s'il n'en a fait aucun emploi apparent, s'il le garde en caisse ou en porte-feuille? A qui serait-ce de prouver qu'il s'est enrichi? Comment prouver qu'il avait connaissance d'un parent plus proche qui se trouvait absent? etc. etc. On est effrayé du nombre infini de procès qu'occasionnerait la décision d'Ulpien, si elle était suivie.

§ 11 de la même loi 25, que ceux qui se sont mis de bonne foi en possession de l'hérédité doivent tellement sortir indemnes, lorsqu'ils sont évincés par le véritable héritier, qu'ils ne sont point tenus de rendre tout ce qu'ils ont dépensé des biens de la succession, tout ce qu'ils ont même *dilapidé*, perdu, donné, croyant *abuser* de ce qui leur appartenait : *quemcunque igitur sumptum fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re suâ abuti putant, non præstabunt, nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur.*

Nous verrons, dans la suite, que la doctrine relâchée et peu raisonnable d'Ulpien n'était pas suivie en France; qu'elle était même réprouvée à Rome, par l'empereur Antonin et par Julien, rédacteur de l'édit perpétuel.

Nous ne nous occuperons, en ce moment, que de la conséquence qu'en tire le même Ulpien, dans le § 17 de la loi 25, dans l'interprétation duquel M. Merlin a puisé l'exception qu'il propose, en faveur de l'héritier putatif vendeur, au principe général que les biens vendus par celui-ci peuvent être revendiqués par le véritable héritier.

Si l'héritier putatif, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, n'est point tenu de restituer à celui qui l'évince le prix des biens qu'il a vendus, lorsqu'il l'a consommé, perdu, dilapidé, en un mot, lorsqu'il ne s'en est point enrichi, le véritable héritier réintégré dans ses droits peut-il revendiquer ces biens contre les tiers acquéreurs qui les possèdent? Oui, sans doute, lorsqu'ils ne

les ont point encore acquis par prescription ; car ce n'est que par le moyen de la prescription , cette patronne du genre humain , que la sagesse des législateurs anciens et modernes a résolu le grand et difficile problème de concilier les égards dus au titre et à la bonne foi du possesseur actuel , avec le principe sacré de la propriété , qui ne permet pas que le véritable propriétaire puisse perdre son droit sans son propre fait , par le seul fait d'autrui , et qu'un vendeur même de bonne foi transfère plus de droits qu'il n'en a lui-même.

S'il n'est pas propriétaire , il ne transfère que le droit de prescrire la propriété par le laps de tems fixé.

Ce n'est même pas lui , à proprement parler , qui transfère ce droit , c'est la loi (1).

Or , si le véritable héritier peut évincer les tiers acquéreurs des biens qu'ils ont acquis de bonne foi , il est bien évident que l'héritier putatif , leur vendeur , sera obligé de leur rendre le prix qu'ils lui ont payé.

Ainsi , le véritable héritier le contraindra *indirectement* à ce qu'il ne pouvait *directement* le forcer de faire. Voilà le point de la difficulté.

M. Merlin prétend qu'elle est résolue par Ulpien (2) , au moyen de la distinction suivante :

(1) Voy. ce que j'ai dit , tom. IV, n°. 289 , dans le supplément a la première édition.

(2) Dans la loi 25 , § 17 , ff de hered. petit. , 5. 3.

« Ou les acquéreurs, s'ils étaient évincés, auraient
 » un recours en garantie contre leur vendeur (1),
 » ou ils n'en auraient aucun (2). Au premier cas,
 » point de revendication de la part du véritable hé-
 » ritier ; mais au second, la revendication est ad-
 » mise sans difficulté. »

*Et puto, dit Ulpien, posse rem vindicari, nisi emp-
 tores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.*

Voici comment M. Merlin traduit cette réponse :
 « Il me paraît, dit d'abord Ulpien, *en thèse gencé-
 » rale*, que la revendication doit être admise, à
 » moins que les acquéreurs n'aient un recours en
 » garantie contre le possesseur de bonne foi. »

Et pourquoi cette exception, dans le cas où les
 acquéreurs auraient un recours en garantie contre
 leur vendeur ? Parce qu'alors celui-ci se trouverait
 indirectement obligé de rendre le prix des ventes,
 dont, suivant Ulpien, il ne doit aucun compte.

« On conçoit, dit M. Merlin, que les tiers ac-
 » quéreurs peuvent dire à l'héritier revendiquant :

(1) Ce qui est le cas ordinaire, la règle générale, presque sans ex-
 ception.

(2) Ce qui est un cas très-rare, et si rare, que le savant Godefroi le
 regardait comme impossible. « *Atqui is casus*, dit-il sur cette loi, *atqui*
 » *is casus penè intelligi, aut certè nunquàm acciderè potest, cum per-*
 » *petuò sit iniquum emptori in venditorem regressum negari, etc.* ». C'est
 une des raisons qui faisaient penser au président Fabre, comme nous
 le verrons bientôt, que le texte d'Ulpien est dépravé, et qu'il faut lire
etsi, au lieu de *nisi*.

Etsi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.

« Le prix des biens que vous réclamez n'existant
» plus (1), il ne peut, de vous à notre vendeur,
» faire la matière d'une action en pétition d'héré-
» dité. Notre vendeur ne vous doit rien à cet égard,
» parce qu'il ne possède plus rien, et qu'il ne lui
» reste plus rien de ce qu'il a cessé de posséder.
» Comment donc pourriez-vous être recevable à
» nous évincer? L'éviction à laquelle vous concluez
» retomberait, par ses suites, sur notre vendeur,
» puisqu'il en naîtrait pour nous un recours contre
» lui, qu'il serait forcé de nous indemniser de ses
» propres deniers, et que, par là, il se trouverait
» en perte, tandis qu'à raison de sa bonne foi, il
» est absolument quitte envers nous, en vous re-
» mettant ce qui lui reste de l'hérédité, lorsqu'il
» lui en reste quelque chose, sans que jamais son
» propre patrimoine puisse être entamé de ce chef, en
» aucun cas. »

Avant d'examiner si l'exception proposée par M. Merlin est fondée en droit romain, et si elle est admise en droit français, je dois remarquer que c'est une question entièrement différente de celle que j'avais traitée; une question qui suppose même que j'avais raison de soutenir que la bonne foi des acquéreurs ne peut empêcher de revendiquer, contre eux, les biens de l'hérédité qu'ils ont acquis de l'héritier putatif.

M. Merlin convient que ces acquéreurs peuvent être évincés *en thèse générale*; mais il soutient que,

(1) Comment pourraient-ils le savoir ?

par exception (1), ils ne peuvent pas l'être, lorsque l'héritier putatif vendeur s'étant mis de bonne foi en possession de l'hérédité, ils ont un recours en garantie contre lui.

Il faut l'avouer avec sincérité, je n'avais pas senti la force de l'objection qu'on peut tirer de la bonne foi du vendeur, dans les principes du droit romain; je n'avais pas soupçonné que la bonne foi du vendeur qui a dissipé, perdu le prix des biens qu'il a vendus, et la crainte de l'exposer à un recours en garantie, fussent un motif plus fort pour faire maintenir la vente que la bonne foi du tiers acquéreur, qui a ignoré, et qui peut-être était dans l'impossibilité de découvrir que le vendeur n'était pas propriétaire. Ma raison se refuse encore à le croire.

J'avoue aussi que le § 17 de la loi 25, *ff de hæred. petit.*, dont le texte, de l'aveu de M. Merlin et des meilleurs interprètes, est obscur et difficile, pour rien dire de plus, m'était complètement échappé.

Mais rien n'échappe au profond savoir de M. Merlin; il éclaire lors même qu'on n'est pas de son avis.

Voici le paragraphe sur lequel il fonde l'exception qu'il propose. C'est Ulpien qui parle :

Item, si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur, quòd

(1) *Ex personâ venditoris.*

præjudicium hæreditati non fiat inter actorem et eum qui venundedit; quia non videtur venire in petitionem hæreditatis pretium earum, quanquàm victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.

L'obscurité de ce texte vient de ce passage difficile à entendre : *Quòd præjudicium hæreditati non fiat inter emptorem et eum qui venundedit.*

Elle vient encore de la difficulté avouée et reconnue par M. Merlin même de concilier cet autre passage, *nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent*, avec Ulpien lui-même.

M. Merlin emploie toutes les ressources de l'érudition et de la dialectique, pour dissiper l'obscurité du premier passage, et pour en fixer le véritable sens.

Je crois inutile de le suivre dans ses profondes recherches; je passerai également sous silence une savante digression dont l'objet est de prouver que l'exception, *quòd præjudicium non fiat hæreditati*, n'est point abrogée par la loi dernière, au *Cod. de hæred. petit.*

Le droit romain n'étant plus pour nous une loi vivante, j'évite, quand je le peux, de m'occuper des doctes discussions de nos grands jurisconsultes, pour concilier deux textes opposés ou qui paraissent tels.

Je m'attache simplement à celui qui me semble s'accorder le mieux avec la raison et avec notre jurisprudence française.

J'admets avec M. Merlin la règle de Descartes, qu'il ne faut pas nier ce qui est clair, parce qu'il est suivi de quelques obscurités : *Non sunt neganda clara propter quædam obscura* ; par exemple, il n'y a nulle obscurité dans la règle générale proposée par Ulpien : *Puto res vendicari posse* ; je pense que la revendication peut être admise.

Cela est clair et ne présente aucune obscurité.

Ce n'est qu'une conséquence du principe que le propriétaire peut revendiquer son bien, en quelques mains qu'il le trouve, lorsque le possesseur ne l'a point encore prescrit.

Mais le passage qui suit, présenté en forme d'exception, n'est pas clair, parce qu'on ne voit aucune raison plausible d'une exception qui est contraire aux principes, et parce que, comme nous le verrons bientôt, cette exception ne peut se concilier raisonnablement avec un autre texte d'Ulpien ; et qu'enfin, il serait dur de croire que ce grand jurisconsulte fût en contradiction avec lui-même.

Il ne faut donc pas admettre cette obscure distinction, qui présente tant de difficultés, et que la raison repousse, uniquement parce que la règle qui la précède est claire ; car si Descartes a dit qu'il ne faut pas nier ce qui est clair, à cause de ce qui est obscur, il s'est bien gardé de dire qu'il faut admettre ce qui est obscur, à cause de ce qui est clair.

Il faut en revenir aux premières lois de sa méthode, admettre ce qui est clair, et renvoyer ce qui

est obscur à un nouvel examen (1), pour n'admettre en dernier résultat que ce qui est tellement clair, tellement conforme à la raison, que nous ne puissions plus le révoquer en doute. Je renvoie donc à un nouvel examen l'exception proposée par M. Merlin, et sur laquelle mon opinion n'est point encore fixée.

En attendant, je consens à l'admettre un moment, et je veux bien lui accorder qu'en droit romain, les tiers de bonne foi, qui ont acquis des biens de l'héritier apparent, lequel en a dissipé le prix sans s'enrichir, ne peuvent être évincés par le véritable héritier, et qu'ils peuvent lui opposer pour *exception* que leur éviction retomberait sur l'héritier apparent, leur vendeur, parce qu'il serait obligé de leur rendre le prix qu'il a reçu d'eux, quoique le véritable héritier ne puisse, après l'avoir évincé, lui demander le prix qu'il a consommé, et qui ne l'a point enrichi.

Cette concession faite, je demande d'abord quelle conséquence peut en tirer M. Merlin, en faveur des deux arrêts dont il entreprend la défense?

L'arrêt de la Cour de Caen, du 21 février 1814, confirmé par la Cour de cassation, le 5 août 1815, a jugé que la vente faite par l'héritier putatif doit être maintenue, « *toutes les fois qu'il est reconnu* » que le tiers acquéreur a fait son acquisition de bonne foi, parce qu'en pareil cas le nouvel héritier a

(1) *Seponatur tanquam materia rerum tractanda.*

» dû s'imputer la faute de ne s'être pas présenté plus
» tôt; raison qui a fait penser qu'il devait, *au res-*
» *pect de l'acquéreur*, prendre les choses dans l'état
» où il les trouvait. »

Tels sont les motifs que la Cour de Caen donne de sa décision, dans les considérans de son arrêt.

Or, il est désormais bien reconnu entre nous, il est prouvé par les lois que cite M. Merlin, que la bonne foi des acquéreurs ne suffit pas pour écarter l'action du véritable héritier, qui revendique les biens vendus par l'héritier putatif; et si cette action peut, en certains cas, être repoussée par exception, M. Merlin prétend que ce n'est qu'en considération du vendeur, *ex personâ venditoris*, ce n'est qu'au respect de l'héritier putatif, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, et pour ne pas l'exposer à un recours en garantie de la part des acquéreurs, auxquels il serait obligé de rendre le prix qu'il a consommé, et qui ne l'a point enrichi.

Je conclus donc, pour la dernière fois, avec une pleine et entière conviction, que les motifs sur lesquels sont rendus les arrêts critiqués, violent le principe sacré de la propriété, et qu'ils sont contraires aux principes du droit romain.

Aussi M. Merlin abandonne ces motifs, et ne trouve d'autre moyen de défendre ces arrêts au fond, qu'en essayant avec adresse de changer l'état de la question.

Il prétend que, dans l'espèce, le sieur Dormont, vendeur, avait possédé de bonne foi l'hérédité du

sieur Famesson ; il était, dit-il, reconnu par le sieur de Prépetil lui-même, que le sieur Dormont avait été de bonne foi lorsqu'il avait aliéné.

J'ignore si le sieur Dormont était en effet de bonne foi, et lorsqu'il se mit en possession de l'hérité du sieur de Famesson, et lorsque trente mois après l'ouverture de la succession, il vendit des biens qui en dépendaient. Je sais seulement que ce ne fut point sur la bonne foi de leur vendeur, que les sieurs Ribard et Louvet, acquéreurs, fondèrent leur défense, mais sur leur propre bonne foi :

« Ils repoussèrent la demande, dit l'arrêtiste (1) », dans le recueil duquel j'ai, ainsi que M. Merlin, pris l'espèce et les détails de l'arrêt de la Cour de Caen, « ils repoussèrent la demande sur le fondement qu'ils avaient *acquis de bonne foi*, d'un individu qui passait pour le véritable héritier, et qui possédait *publiquement* en cette qualité ;

« Et que de tous les tems, les actes faits avec l'héritier apparent avaient été reconnus irrévocables dans *l'intérêt des tiers*, soit par la loi, soit par la jurisprudence. »

Ce ne fut donc que sur leur bonne foi, démontrée par la publicité de la possession du sieur Dormont, et non pas sur la bonne foi de celui-ci, qu'ils n'alléguèrent même pas, que les acquéreurs fondèrent leur défense.

(1) Sirey, tom. XV, pag. 286 et suiv.

Je sais encore que ce ne fut point sur le motif de la bonne foi du sieur Dormont, vendeur, que les juges de Caen fondèrent leur décision ; mais sur celle des acquéreurs, comme on le voit dans les considérans de l'arrêt.

La seule question qu'ils avaient à juger, et qu'ils jugèrent en effet, était donc de savoir si les ventes faites par l'héritier apparent, doivent être maintenues en considération de la bonne foi des acquéreurs ; autrement, si la bonne foi des acquéreurs est suffisante pour faire maintenir les ventes faites par l'héritier apparent, et pour repousser la revendication du véritable héritier.

Or, M. Merlin soutient, sans balancer, la négative ; il ajoute même de nouvelles autorités à celles que j'avais invoquées pour la prouver, et c'est avec raison, parce qu'en effet la loi sacrée de la propriété ne met les acquéreurs à l'abri de la revendication, malgré leur titre et leur bonne foi, qu'après le tems de la prescription écoulé.

Les arrêts en question, uniquement fondés sur la bonne foi et l'intérêt des acquéreurs, sont donc mal rendus.

La démonstration est désormais telle qu'il me paraît impossible d'en douter.

Allons plus loin : supposons qu'il y eût au procès des traces de la bonne foi du sieur Dormont, vendeur, ce qui était fort difficile, puisqu'il n'était même pas en cause. Cela même n'eût point suffi pour mettre les défendeurs dans le cas d'invoquer l'exception proposée par Ulpien, encore moins pour autoriser les juges à l'admettre d'office.

Ulpien exige deux choses pour faire admettre cette exception : 1°. la bonne foi de l'héritier putatif vendeur ; 2°. qu'il ne se soit pas enrichi du prix de la vente : *Ut non factus sit locupletior.*

Ainsi deux faits à prouver : 1°. la bonne foi du sieur Dormont ; 2°. qu'il ne s'était point enrichi du prix de la vente, ou qu'il n'en avait pas fait un bon emploi. Ces deux faits auraient dû être discutés, prouvés, et l'on ne voit même pas qu'ils aient été allégués.

Ajoutez que les juges ne pouvaient suppléer d'office l'exception qui eût pu, dans le système de M. Merlin, résulter de la preuve de ces deux faits. C'est un point de droit trop connu pour m'arrêter longuement à le prouver. Il est établi par la loi unique au Code, *ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat*, 2. 11, de laquelle il résulte que le juge doit suppléer d'office les moyens de droit omis par l'avocat ou la partie, mais non pas les moyens de fait (1).

Mais enfin, supposons que les acquéreurs eussent fondé leur défense sur l'exception proposée par Ulpien ; supposons que Ribard et Louvet eus-

(1) Voici ce que dit, à cet égard, un auteur très-recommandable et très-estimé de M. Merlin, Voët, in *Pandect.*, lib. 5, tit. 1, n°. 49 :
« Nec exceptionum non oppositarum ratio haberi debet in sententiis fe-
rendis....., judicem, ea quæ facti sunt supplere non posse, si à partibus
non allegentur, ne alioquin supplendo ea quæ dubii facti sunt, non tam
judicis quàm advocati partibus videatur fungi, et patrocinari potius
quàm judicare. »

Voy. aussi les auteurs cités par Voët ; Ferrière, *Jurisprudence du Code* ; Boehmer, *Jus ecclesiast. protest.*, lib. 1, tit. 32, etc.

sont employé le genre de défense indiqué par M. Merlin (1) et qu'ils eussent dit à de Prépetil :

« Le prix des biens que vous réclamez n'existe
» plus : le sieur Dormont, notre vendeur, l'a con-
» sommé. Ce prix ne peut donc, de vous à votre
» vendeur, faire la matière d'une action ; vous ne
» pouvez le lui demander ; il ne vous doit rien à
» cet égard, parce qu'il ne possède plus rien, et
» qu'il ne s'est pas enrichi de ce qu'il a cessé de
» posséder ; comment donc pourriez-vous être re-
» cevable à nous évincer ? L'éviction à laquelle vous
» concluez retomberait par ses suites sur notre
» vendeur, puisqu'il en naîtrait pour nous un re-
» cours contre lui. Il serait forcé de nous indem-
» niser de ses propres deniers, et par là il se trou-
» verait en perte, tandis qu'à raison de sa bonne
» foi il est absolument quitte envers vous, en vous
» remettant ce qui lui reste de l'hérédité, s'il lui
» en reste quelque chose, sans que jamais *son pro-*
» *pre patrimoine puisse être entamé de ce chef, en*
» *aucune manière.* »

Le juges auraient-ils dû, auraient-ils pu admettre une pareille exception sur la foi d'un passage obscur d'Ulpien, contraire à d'autres textes fort clairs, fort raisonnables, d'un passage enfin qu'on ne peut pas, même de l'aveu de M. Merlin, raisonnablement concilier avec un autre passage du même Ulpien ?

(1) Pag. 551, col. B du tom. VI, contenant les additions à la 2^e édition ; pag. 552, col. A du tom. III de la 3^e édition.

Il dit en effet, dans la loi 13, § 4, *ff de hæred. petit.*, que « dans le cas où le possesseur de l'hérédité a été de bonne foi, l'acquéreur de tous les biens, ou de l'hérédité elle-même, vendue par le possesseur, peut être évincé par le véritable héritier, soit que celui-ci l'actionne en revendication, soit qu'il intente contre lui une pétition utile ou indirecte d'hérédité. »

Le sens de ce paragraphe est clair : aucun interprète ne l'a trouvé obscur, non plus que M. Merlin, dont je viens de copier les expressions (1).

Cependant l'obscur § 17 de la loi 25 du même titre, qui est aussi d'Ulpian, semble dire que les acquéreurs d'un bien dépendant de la succession, ne peuvent pas être évincés, s'ils ont un recours contre l'héritier putatif vendeur de bonne foi.

Ainsi, suivant Ulpian, l'acquéreur de tous les biens de l'hérédité, ou de l'hérédité même, peut en être évincé par le véritable héritier, nonobstant le recours de l'acquéreur contre l'héritier putatif; et l'acquéreur de quelque bien de l'hérédité ne pourrait pas l'être, s'il a un recours contre l'héritier putatif, recours qu'il a presque dans tous les cas. Quel contraste ! quelle contradiction !

Ce qui la rend plus frappante encore, c'est que, comme le remarque M. Merlin, pag. 327, col. B, « l'une et l'autre loi sont également tirées des écrits

(1) Pag. 336, col. B, des additions à la 2^e. édition, et pag. 337, col. B du tom. III de la 5^e. édition.

» d'Ulpien : il y a plus , c'est qu'elles sont toutes
 » deux tirées du même ouvrage de ce jurisconsulte ,
 » du liv. 15 de son Commentaire *ad Edictum*. »

Comment concilier une contradiction si choquante ? « Prétendrait-on , dit M. Merlin , qu'Ulpien s'est contredit lui-même ? Cette assertion , ajoute-t-il , offrirait , au premier abord , quelque chose de *spécieux*. Car il paraît difficile d'expliquer pourquoi la règle , qui veut que le possesseur de bonne foi , de l'hérédité , ne puisse pas être tenu envers le véritable héritier , qui l'évince , au-delà de ce *in quantum locupletior factus est* , ne le met pas à l'abri du recours en garantie de l'acquéreur , à qui il a vendu l'hérédité elle-même , comme elle le met à l'abri du recours en garantie de l'acquéreur , à qui il n'a vendu que des biens singuliers , et pourquoi , en conséquence , le premier ne peut pas tirer de cette règle , du chef de son vendeur , *ex personâ venditoris* , la même exception qu'elle fournit au second contre la revendication du véritable héritier. »

En effet , il est non seulement difficile , mais impossible de trouver un motif raisonnable de différence entre l'un et l'autre cas , et cette *impossibilité* , je la tire de l'impuissance où se trouve M. Merlin lui-même , d'en donner une plausible.

On peut certes regarder comme inconciliables , *desperatae conciliationis* , deux textes qu'un jurisconsulte aussi profond , et en même tems aussi subtil , avoue ne pouvoir concilier. Il en est réduit à dire que nous pourrions trouver le moyen de

concilier Ulpien avec lui-même, si le tems nous eût conservé en entier l'ouvrage de ce jurisconsulte.

« Quelque étrange, dit M. Merlin (1), quelque
 » étrange que puisse paraître ce contraste, nous
 » en trouverions sûrement la clef dans l'ouvrage même
 » d'Ulpien, s'il avait été conservé en entier, et si les
 » compilateurs des *Pandectes* ne s'étaient pas bor-
 » nés à en copier des décisions détachées, sans y
 » ajouter toutes les explications dont il les avait
 » appuyées. »

Je suis parfaitement de l'avis de M. Merlin. Si quelque heureux hasard nous faisait découvrir, dans les ruines d'Herculanum, ou ailleurs, l'ouvrage entier d'Ulpien, sur l'Édit perpétuel, nous n'y trouverions point cette choquante contradiction, qu'on aperçoit entre le § 4 de la loi 13, et le § 17 de la loi 25, *ff de hæred. petit.*

Mais en attendant cette découverte, ceux qui veulent absolument concilier ce qui paraît inconciliable, sont, comme M. Merlin, réduits à *hasarder*.

Le président Favre, dont les connaissances étaient si étendues et l'esprit si subtil, ne pouvant imaginer un moyen raisonnable d'expliquer pourquoi l'acquéreur de tous les biens peut toujours être évincé par le véritable héritier, malgré la bonne foi de l'héritier putatif vendeur, tandis

(1) Pag. 337, col. A des additions à la 2^e. édition, et pag. 358, col. A du tom. III de la 3^e. édition,

que les acquéreurs de quelques biens particuliers, ne peuvent l'être parce que leur éviction leur donnerait un recours contre leur vendeur, conjecture, dans ses *Rationalia*, que le texte obscur du § 17 de la loi 25, *ff de hæred. petit.*, est altéré ou dépravé, ce qui n'aurait rien d'étonnant.

Ce n'est pas le seul exemple d'altérations reconnues dans le texte des Pandectes. Il hasarde donc de corriger le texte du paragraphe cité, et propose de lire : *Et puto posse res vendicari, etsi* (au lieu de *nisi*) *emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.*

Cette conjecture ingénieuse, que l'auteur appuie des raisonnemens les plus plausibles, et que favorise la construction de la phrase (1); cette correction applanit toutes les difficultés, dissipe les obscurités, et concilie non seulement Ulpien avec lui-même, mais encore avec Julien et avec l'empereur Antonin, comme nous le verrons bientôt.

Cependant je ne l'adopte point, parce qu'elle n'est fondée sur aucun manuscrit.

Mais elle est si vraisemblable, que je ne puis me résoudre à la rejeter. Je suis la règle de Descartes, comme le veut M. Merlin : je reste dans le doute; car rien ne m'oblige à me décider.

M. Merlin rejette la correction hasardée par le

(1) En effet, la préposition *nisi* gouverne toujours le subjonctif : *nisi habent* est donc un solécisme, tandis qu'*etsi* gouverne beaucoup mieux l'indicatif, *etsi verborum judices*, dit Cicéron.

président Favre, parce que, s'il l'admettait, il lui faudrait abandonner les deux arrêts dont il a entrepris la défense.

Il hasarde donc un autre moyen de concilier Ulpien avec lui-même.

« Je ne crois pas trop *hasarder*, dit-il, en disant
 » que l'interprétation, dont Ulpien lui-même con-
 » venait qu'avait besoin le sénatus-consulte qu'il
 » commentait, notamment en ce qu'il déclarait le
 » possesseur de bonne foi quitte envers le véritable
 » héritier, en lui rendant ce qui lui était advenu
 » de la succession..... Ce jurisconsulte a cru pou-
 » voir user de la latitude que lui laissait le vague
 » de quelques-unes des expressions de cette loi,
 » pour établir, d'après la différence qu'il y a entre
 » les ménagemens dus au possesseur de bonne foi,
 » qui a vendu l'hérédité entière, et ceux que peut
 » réclamer le possesseur de bonne foi qui n'a vendu
 » que des biens particuliers, la différence que nous
 » offrent les lois 13 et 25 du titre de *hæred. petit.*,
 » entre le résultat de la vente universelle, faite par
 » l'un, et le résultat des aliénations particulières
 » faites par l'autre.

» En effet, quelque favorable que puisse être,
 » à raison de la bonne foi, le possesseur de l'hé-
 » rédité qui l'a vendue, on ne peut se dissimuler
 » qu'il n'est pas, à beaucoup près, *exempt de repro-*
 » *ches*; car, en vendant l'hérédité, il a mis un
 » étranger dans la confiance de ce qui s'y trouvait
 » de plus secret; et par là il a trahi, en quelque
 » sorte, la confiance dont il croyait de bonne foi

» que le défunt l'avait honoré, soit en l'instituant
» héritier par un testament défectueux, dont le
» vice a été, pendant quelque tems, couvert par
» le silence de l'héritier *ab intestat*, soit en n'ins-
» tituant pas, à son préjudice, un autre héritier que
» lui. Il ne serait donc pas étonnant qu'à son égard,
» Ulpien donnât une interprétation plus stricte
» qu'il ne le fait à l'égard du possesseur de bonne
» foi, qui n'a vendu que des effets singuliers de la
» succession; qu'il ne fît pas, en faveur du premier,
» dériver du principe qu'il ne peut être tenu au-
» delà de ce dont il s'est enrichi, une conséquence
» aussi large que celle qu'il en tire, en faveur du
» second, et qu'il ne crût pas devoir aller pour
» l'un, comme il le fait pour l'autre, jusqu'à le
» mettre à l'abri d'un recours en garantie de la part
» de son acquéreur, et, par suite, jusqu'à mettre
» de son chef son acquéreur à l'abri de l'éviction. »

Je ne cesserai de le répéter, il faut désespérer de pouvoir concilier deux lois, quand un jurisconsulte aussi savant que M. Merlin, ne peut imaginer que des moyens de conciliation d'une aussi évidente faiblesse.

C'est dans l'intérêt d'un mort qu'il va les chercher.

L'héritier putatif qui vend l'hérédité trahit, suivant lui, la confiance dont le défunt l'avait honoré, ou plutôt la confiance dont il croyait que le défunt l'avait honoré; et pour l'en punir, il rendra, *malgré sa bonne foi*, au véritable héritier, le prix de l'hérédité vendue, quoiqu'il l'ait perdu ou dissipé sans s'enrichir.

J'avais à l'île de Bourbon un cousin issu de germain, dont je n'étais pas connu : il décède *ab intestat*, avant d'avoir atteint l'âge de tester. Ignorant qu'il existe un parent plus proche, et ne pouvant aller moi-même recueillir et liquider sa succession, je vends mes droits successifs à un ami de la famille, et j'en dissipe le prix sans en faire aucun emploi utile.

Le parent plus proche, dont j'ignorais l'existence, se présente et m'évince. Je suis obligé, malgré ma bonne foi, de lui rendre le prix que j'ai dissipé, croyant n'abuser que de mon bien. Il pourra même, s'il le préfère, évincer l'acquéreur de l'hérédité. Pourquoi cela ? Parce que j'ai abusé de la confiance qu'avait en moi un enfant que je ne connaissais pas, et qui n'était pas en âge de tester.

Au contraire, je vivais dans l'intimité avec un parent, dans une maison de plaisance qui faisait ses délices, et qu'il ne cessait d'embellir, dans l'espérance que je l'occuperais après sa mort. Il me croyait son seul héritier. Un parent plus proche, qui m'aurait exclu, était mort dans la malheureuse campagne de Moscou ; on le croyait, du moins. Mon parent crut donc inutile de faire un testament. Après son décès, je me mets en possession de l'hérédité. Je vends cette maison qui lui fut si chère, j'en dissipe le prix en folles profusions. Le parent qu'on avait cru mort revient, m'évince, et revendique cette maison, objet des complaisances du défunt.

L'acquéreur lui oppose l'exception, imaginée dit-on par Ulpien. Il allègue et prouve que j'en

ai dissipé le prix, sans m'enrichir, et que je m'étais mis de bonne foi en possession de l'hérédité.

La revendication sera rejetée, suivant M. Merlin, parce qu'elle ouvrirait un recours en garantie contre moi, et que n'ayant point abusé de la confiance du défunt, je ne dois point rendre un prix que j'ai consommé sans m'enrichir.

Mais en quoi, dans le premier cas, ai-je trahi la confiance dont m'avait honoré le défunt? C'est que j'ai mis *un étranger dans la confidence de ce qu'il y avait de plus secret dans l'hérédité.*

Eh! qu'importe au défunt descendu dans la tombe!

Scilicet hæc manes credis curare sepultos!

M. Merlin a senti le premier l'insuffisance de ce moyen, *hasardé* pour concilier Ulpien avec lui-même. Il finit par supposer les deux textes d'Ulpien inconciliables.

« Au surplus, dit-il, veut-on que le § 4 de la loi 13, et le § 18 de la loi 25, soient absolument inconciliables, et qu'aucune raison plausible ne puisse expliquer la différence qu'ils établissent respectivement entre la vente de l'hérédité entière, et la vente de biens singuliers? »

« Nous dirons, continue M. Merlin, qu'il faut s'en tenir, pour l'une comme pour l'autre vente, à celle de ces deux décisions qui se concilie le mieux avec le texte et l'esprit du sénatus-consulte. »

J'aurais cru qu'il fallait s'en tenir à celle qui est

la plus conforme à la raison, à celle qui se concilie le mieux avec les principes de notre droit français, et non pas avec un sénatus-consulte qui n'a plus chez nous aucune force de loi. M. Merlin préfère de s'en tenir au texte et à l'esprit du sénatus-consulte.

« Or, ajoute-t-il, le texte du sénatus-consulte » *est clair* (pas trop, puisqu'Ulpien lui-même le » trouvait obscur, *ambiguum*). L'héritier putatif, » qui a possédé de bonne foi, ne doit pas plus per- » dre qu'il ne doit gagner : *Eos autem, qui justas* » *causas habuissent quare bona ad se pertinere exis-* » *timassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex* » *eâ re facti essent*; et ce serait aller manifestement » contre l'esprit de ce texte, que de laisser le pos- » sesseur de bonne foi exposé, après son éviction » prononcée, à la poursuite du véritable héritier, » au recours en garantie que les tiers à qui il a ven- » du seraient en droit d'exercer contre lui, si le vé- » ritable héritier pouvait les évincer eux-mêmes. »

Ainsi, M. Merlin, s'attachant à celle des deux décisions d'Ulpien qui lui paraît se concilier le mieux avec l'esprit du sénatus-consulte, finit par ne plus faire de distinction entre la vente de l'hérédité entière et la vente des biens singuliers, et veut que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'héritier putatif, vendeur de bonne foi, ne puisse être obligé directement ni indirectement de rendre le prix des ventes, qu'il a consommé ou dissipé sans s'enrichir.

Je pense, au contraire, que, du moment où

l'héritier putatif a reçu le prix des ventes qui lui a été compté par les acquéreurs, il s'est par cela seul enrichi, *locupletior factus est*, et qu'on ne doit pas rechercher l'emploi bon ou mauvais qu'il en a fait : *Nihil ampliùs quærendum est*.

Ce n'est pas ma raison seule qui me le dit. J'ai pour garans de mon opinion des autorités irrécusables, le sage empereur Antonin, le jurisconsulte Julien, rédacteur de l'Édit perpétuel. Voici comment ce dernier s'explique dans la loi 18, *ff quod metûs causâ*, §. 3 :

Si ipsa res, quæ ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiozem dicimus. Si verò in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil ampliùs quærendum est quis exitus sit, sed omni modo locuples factus videtur, licèt postea deperdat. Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino, de pretiis rerum hæreditariarum rescripsit, ob id ipsum peti ab eò hæreditatem posse. Quia licèt res quæ in hæreditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel sæpiùs mutatâ specie faciendo, perindè obligat, ac si corpora ipsa in eâdem specie mansissent.

Revenons maintenant à M. Merlin. Il veut qu'on s'en tienne à l'esprit du sénatus-consulte, qui porte que l'héritier putatif de bonne foi n'est tenu de rendre que le *in quantum locupletior factus est*. Soit.

Mais quand l'héritier putatif est-il censé s'être enrichi ?

C'est, répondent Julien et l'empereur Antonin, quand il a reçu le prix ou l'argent de la chose vendue : *Rei in pecuniam conversæ*. On ne doit point

rechercher l'emploi qu'il en a fait : *Nihil amplius quærendum est quis exitus sit*. Quand même il le perdrait, *licet postea deperdat*, il n'en est pas moins censé enrichi : *Omni modo factus locuples videtur*.

Cela est clair, cela est raisonnable.

Mais faisons une concession à M. Merlin : supposons qu'il reste du doute, et qu'on puisse encore balancer entre le sage Antonin et le rédacteur de l'Edit perpétuel d'un côté, et de l'autre Ulpien, qui a commenté cet édit, et qu'on ne peut concilier avec lui-même. Les juges de Caen, si la question leur avait été présentée sous l'empire du Code, auraient-ils pu se décider par l'obscur paragraphe d'Ulpien?

Non, certainement non. Je parle contre mon ordinaire avec pleine assurance, car j'ai encore ici pour moi deux garans, deux autorités irrécusables, le célèbre Pothier, qui a eu l'honneur d'être le guide principal des rédacteurs du Code, et le texte même du Code.

C'est la décision raisonnable d'Antonin et d'Ulpien, qui est depuis long-tems adoptée et naturalisée en France. Pothier, dans son Traité de la propriété, n°. 429, après avoir rapporté les subtiles maximes du droit romain sur la pétition d'hérédité, nous dit qu'elles pouvaient paraître équitables en théorie.

« Mais, ajoute-t-il, il est très-difficile d'en faire
» l'application dans la pratique, n'étant guère pos-
» sible de connaître si le possesseur de bonne foi,
» qui a reçu des sommes d'argent des débiteurs de

» la succession, et du prix de la vente des effets de
» cette succession, et qui les a employées, s'en
» trouve plus riche au moment de la demande en
» pétition d'hérédité. Il faudrait pour cela entrer
» dans le secret des affaires des particuliers, ce qui
» ne doit pas être permis. Il a fallu, dans notre
» pratique française, s'attacher à une règle sur cette
» matière, qui est que, personne ne devant être
» présumé dissiper ce qui fait le fonds d'un bien
» qu'il croit lui appartenir, le possesseur des biens
» d'une succession est censé avoir profité de tout
» ce qui lui est parvenu des biens de cette suc-
» cession, et qui en compose le fonds mobilier, et en
» profiter encore au tems de la pétition d'hérédité,
» à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire.

» C'est pourquoi, lorsque le possesseur de bonne
» foi a été condamné de rendre les biens de la suc-
» cession au demandeur, il doit lui donner compte
» de toutes les sommes qu'il a reçues, soit des débi-
» teurs de la succession, soit du prix de la vente des
» effets de ladite succession, et généralement de
» tout ce qui lui est parvenu » (1).

Ce n'est, dans notre droit français, qu'à l'égard
des fruits que l'héritier putatif de bonne foi est
censé ne s'en être point enrichi; car, dit fort bien
Pothier, n°. 430, « si un père de famille est présu-
» mé conserver ses fonds, il est, au contraire, pré-
» sumé dépenser ses revenus.

(1) *Nihil amplius querendum quis sit coitus, licet postea deperdat, etc.*

» Le possesseur de bonne foi, regardant comme
 » ses revenus les fruits qu'il perçoit des biens d'une
 » succession qu'il croyait lui appartenir, il semble
 » qu'on devrait présumer qu'il les a dépensés, soit
 » en vivant plus largement, soit en aumônes, et
 » qu'il n'est pas enrichi tant qu'on ne justifie pas le
 » contraire, et qu'il devrait, en conséquence, être
 » déchargé de compter des fruits.

» Il faut néanmoins convenir que notre pratique
 » française est contraire, et qu'on exige de celui
 » qui s'est mis en possession d'une succession, de
 » compter des fruits à l'héritier qui l'a évincé. »

Remarquons bien ceci : on était, dans l'ancienne jurisprudence française, tellement éloigné de dispenser l'héritier putatif de rendre au véritable héritier, qui l'avait évincé, les capitaux mobiliers et le prix des biens qu'il avait vendus, qu'on ne le dispensait même pas de rendre compte des revenus.

L'art. 138 du Code civil est, en ce point, moins rigoureux que l'ancienne jurisprudence française. Il fait gagner à l'héritier putatif les fruits qu'il a perçus de bonne foi ; il porte :

« Tant que l'absent (c'est-à-dire celui qui ne se
 » présente pas, celui qui n'est pas présent à l'ouverture de la succession), tant que l'absent ne se
 » représentera pas, ou que les actions ne seront pas
 » exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la
 » succession gagneront les fruits *par eux perçus de*
 » *bonne foi.* » Ce qui est conforme à la disposition de l'art. 549.

Ce ne sont donc que les *fruits* perçus de bonne foi, et non pas les *capitaux* dissipés, et non pas *le prix des ventes* consommé, même de bonne foi, que l'art. 138 fait *gagner* à ceux qui ont recueilli la succession.

L'art. 137 réserve au véritable héritier qui n'était pas présent, *la pétition d'hérédité*.

L'art. 138 n'en exclut que les *fruits perçus* de bonne foi.

L'héritier putatif les *gagne*, parce qu'un bon père de famille est présumé dépenser ses revenus, comme dit Pothier, soit en vivant plus largement, soit en bonnes œuvres.

Mais, quant aux capitaux, et au prix des biens vendus, qu'un bon père de famille doit et est toujours présumé conserver, il doit les rendre, il doit en tenir compte au véritable héritier. Ils restent compris dans la pétition d'hérédité, puisqu'ils n'en sont point exceptés : il doit donc en tenir compte; cela est évident; c'est une conséquence directe et nécessaire de l'art. 138 du Code civil.

La religion et la morale applaudissent également à une disposition aussi sage.

Un père de famille religieux et moral, qui se croit légalement appelé à une succession de 20,000^f de rentes, augmente ses dépenses en raison de ses revenus, *lautius vivit*. Il fait participer tout ce qui l'entoure à son aisance inattendue; les pauvres infirmes par ses aumônes; les artisans, en leur donnant de l'ouvrage; il encourage les arts par des travaux de luxe qu'il n'entreprendrait point, si sa

fortune n'avait pas augmenté. Tout est heureux, tout vit autour de lui.

Il serait dur, il serait injuste de punir sa bienfaisance, en l'obligeant, après dix ou vingt ans, à rapporter des revenus employés à des usages si nobles et si utiles à la société; son patrimoine n'y suffirait pas.

Mais cet homme, qui ne met ni fin ni mesure à ses folles dépenses, qui dissipe son bien en profusions que les gens sensés qualifient de folies : *Qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando, et dissipando profudit*, dit Ulpien (1), cet homme, en un mot, qui mange son fonds après son revenu, et que nos lois anciennes mettaient dans les liens de l'interdiction, et nos lois nouvelles sous la direction d'un conseil judiciaire, convient-il de le récompenser et d'encourager sa prodigalité, en le dispensant de rendre compte des capitaux et du prix des biens qu'il a vendus et dissipés ?

Non certes. La justice repousserait avec une sorte d'indignation l'héritier putatif qui, sur la foi d'Ulpien, se bornerait à répondre au véritable héritier : Oui, j'ai trouvé de grands capitaux dans l'hérédité, mais je les ai dissipés. J'ai ensuite vendu les biens, j'en ai reçu le prix; mais j'ai tout perdu, tout consommé; il ne m'en reste plus rien. J'en suis fâché pour l'amour de vous. Il me reste un

(1) Loi 1, ff de curat. furios., 27. 10.

patrimoine assez considérable; mais il ne peut, en aucune manière, être entamé par votre pétition d'hérédité, parce que je ne possède plus rien de l'hérédité, et que me croyant seul héritier, j'ai cru n'abuser que de ce qui était à moi. Je suis quitte envers vous; Ulpien l'a dit il y a plus de quinze siècles; un grand jurisconsulte professe aujourd'hui la même doctrine. Vous ne pouvez même, avec succès, revendiquer les biens que j'ai vendus; car si les acquéreurs étaient évincés, ils auraient un recours en garantie contre moi, et je serais obligé de rendre indirectement ce que vous ne pouvez me demander directement.

Le véritable héritier lui répondrait avec avantage : Que m'importe ce qu'a dit ou ce qu'on fait dire à Ulpien, dont le texte, tel qu'il nous est parvenu, ne peut se concilier, ni avec lui-même, ni avec Julien et l'empereur Antonin?

Les lois romaines n'ont plus en France d'autre autorité que celle de la raison.

Pourquoi donc tant d'efforts et tant d'érudition perdus, pour essayer de concilier deux textes contraires, *difficiles nugæ*?

Suivons celui qui s'accorde le mieux avec la raison et avec nos lois françaises; les anciennes, loin de vous dispenser de me tenir compte des capitaux mobiliers, et du prix des biens vendus, vous soumettaient au compte des revenus et des fruits. Pothier vous l'atteste.

Plus indulgent et peut-être plus juste, l'art. 138 du Code civil vous fait *gagner* les fruits perçus de

bonne foi, mais non pas les capitaux ni les fruits des biens que vous avez vendus.

Je n'ai point à rechercher l'emploi que vous en avez fait.

La bienséance et la loi me défendent d'entrer dans vos secrets de famille; mais vous avez reçu des capitaux, cela suffit : *Nihil amplius quærendum est quis exitus sit*. Vous devez me les rendre.

C'est, en effet, un point de jurisprudence depuis long-tems incontestable en droit français. Cela posé, il est bien évident que l'exception *ex personâ venditoris*, que M. Merlin propose d'après l'obscur passage d'Ulpien, ne peut, sous l'empire du Code, faire obstacle à l'action du véritable héritier, qui revendique les biens vendus par l'héritier putatif.

D'un autre côté, j'ai prouvé, dans mes tom. IV et VII, que la bonne foi des acquéreurs n'est point un motif suffisant pour repousser la revendication du véritable héritier.

M. Merlin est, sur ce point, entièrement d'accord avec moi; il a même ajouté de nouvelles autorités aux raisons que j'ai données, et, qui plus est, il a rétracté ce qu'il avait avancé de contraire dans le tom. II de la seconde édition de ses Questions de droit, pag. 651, col. B., lig. 43 et suivantes, où il dit :

« Qu'un héritier qui garde le silence, et se ren-
 » ferme dans les termes de la simple abstension,
 » est assimilé, *par rapport aux tiers*, à un héritier

» qui renonce expressément; en sorte que tout ce
 » qui a été fait avant son adition d'hérédité (et par
 » conséquent la vente et autres aliénations volon-
 » taires), reste aussi valable que s'il avait existé de
 » sa part un acte de renonciation. »

M. Merlin termine la dissertation à laquelle je répons, par dire, pag. 343, col. B, qu'il ne faut pas prendre ce passage à la lettre, mais le modifier par les distinctions qu'il vient de faire, dont la principale est celle que j'avais faite, tom. VII, n°. 28—31, entre les actes d'administration et les actes d'aliénation.

Il reste donc aujourd'hui démontré que les deux arrêts dont M. Merlin entreprend la défense sont mal rendus, en ce qu'ils ont décidé que le tiers qui a acquis des biens de l'hérédité, vendus par l'héritier apparent, doit être maintenu toutes les fois qu'il a fait son acquisition de bonne foi.

D'un autre côté, je crois avoir démontré que l'exception, *ex venditoris personâ*, proposée par M. Merlin pour défendre ces arrêts, en changeant l'état de la question, n'était point applicable à leur espèce; qu'elle n'a jamais été reçue en droit français, et qu'elle est rejetée par l'art. 138 du Code civil.

Maintenant, qui était dans l'erreur?

Est-ce M. Toullier, qui avait soutenu une vérité tellement claire, qu'elle est enfin reconnue par M. Merlin, qui la fortifie, la développe, et rétracte ce qu'il avait dit de contraire, et qui enfin, pour défendre les arrêts en question, est réduit à cher-

cher péniblement, dans un texte obscur, contraire à d'autres textes clairs et raisonnables, une exception qui n'est point applicable à l'espèce, une exception qui n'a jamais été reçue en France, et que proscriit le Code civil ?

FIN DU NEUVIÈME VOLUME.

TABLE

DU CHAPITRE ET SECTION:

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE III.

Des Contrats et Obligations conventionnelles.

SUITE DU CHAPITRE VI.

De la Preuve des Obligations et de celle du Paiement.

SECTION II.

De la Preuve testimoniale.

D IVISION de la matière.	pages 1

PREMIÈRE PARTIE.

Notions préliminaires.	2

ARTICLE I^{er}.

Lois qui ont restreint et défendu en certains cas la preuve testimoniale.	13

Règles générales qu'elles ont établies relativement à ces cas.	13

Nature de la prohibition.	13

ARTICLE II.

Exceptions à la règle qui défend la preuve testimoniale. *pages*
en certains cas. 75

Première Exception.

Cas où il y a commencement de preuve écrite. 75

ARTICLE III.

Seconde Exception à la prohibition.

Impossibilité de se procurer une preuve écrite. 225

ARTICLE IV.

Troisième Exception en faveur du commerce. 357

SECONDE PARTIE.

Précautions nécessaires pour se fier au témoignage des hommes.

Conditions exigées pour que les dépositions des témoins
puissent faire une preuve. 373

Les magistrats sont-ils obligés d'y conformer leur juge-
ment ? 373

De la collision des témoignages. 373

ADDITION IMPORTANTE aux tomes IV et VII, ou RÉPONSE
A LA DISSERTATION DE M. MERLIN, sur la revendica-
tion des biens de l'hérédité, formée par le véritable
héritier contre les tiers qui ont acquis de bonne foi de
l'héritier apparent. 541

