Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, art. 1101 à 1386 / [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Larombière, Léobon Valéry Léon Jupile (1813-1893). Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, art. 1101 à 1386 / par M. L. Larombière,.... 1885.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III ET IV, LIVRE III DU CODE CIVIL

ARTICLES 1101 A 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Membre de l'Institut
Ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris
Président à la Cour de cassation

NOUVELLE ÉDITION

TENUE AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE

TOME SIXIÈME

Articles 1322 à 1348

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, RUE SOUFFLOT, 13

1885

HAUTE-VIENNE

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

VI

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET A LA MÊME LIBRAIRIE :

TITUS LUCRETIUS CARUS : De Rerum Natura

POÈME DE LUCRÈCE : La Nature

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard. — 2e édition, 1879, in-8° : 9 fr.

VIRGILII MARONIS : Georgica

POÈME DE VIRGILE : Les Géorgiques

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard
1882, in-8° : 5 fr.

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III ET IV, LIVRE III DU CODE CIVIL

ARTICLES 1101 A 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Membre de l'Institut
Ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris
Président à la Cour de cassation

NOUVELLE ÉDITION

TENUE AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE

TOME SIXIÈME

Articles 1322 à 1348

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, RUE SOUFFLOT, 13

1885

C.

CODE CIVIL

LIVRE III. — TITRE III

DES CONTRATS

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

§ II. *De l'acte sous seing-privé.*

Article 1322.

L'acte sous seing-privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique.

Sommaire.

1. Critique de la disposition des articles dans ce paragraphe.
2. Sur quoi est fondée la foi due à l'acte sous seing-privé.
3. Principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence à cet égard.
4. Nécessité de la reconnaissance ou de la vérification.
5. Différence entre l'acte privé et l'acte authentique quant à la foi qui leur est due.
6. Suite.
7. De la preuve de l'antidate ou de la postdate entre les souscripteurs de l'acte privé, leurs héritiers ou ayants-cause.
8. Suite.

9. *Quid*, lorsqu'un contrat de rente viagère a été antidaté?
10. De la foi due à l'acte, quant à sa date, à l'égard des tiers.
11. Sens des mots héritiers ou ayants–cause.
12. Pour que l'acte privé fasse foi de sa date à l'égard des souscripteurs, de leurs héritiers ou ayants-cause, il doit, avant tout, être un titre obligatoire.

COMMENTAIRE.

1. Les articles compris sous ce paragraphe ne sont peut-être pas distribués dans l'ordre le plus convenable. Il eût été, en effet, plus régulier de commencer par établir les conditions de forme nécessaires à l'acte sous seing-privé, et de terminer en indiquant le caractère et le degré de sa force probante. Le législateur a précisément suivi l'ordre inverse auquel la forme du commentaire nous oblige à nous conformer. Nous examinerons donc, tout d'abord, quelle est la force probante de l'acte sous seing-privé.

2. Nous avons vu que si l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, c'est que la loi consacre elle-même, à raison du caractère public dont il est revêtu, le témoignage du fonctionnaire qui l'a rédigé. Elle le place alors sous sa protection, et commande au juge de lui accorder, à son exemple, une confiance pleine et absolue, comme étant l'expression exacte et vraie de ce qui a été fait, dit ou convenu.

Alors, au contraire, qu'il s'agit d'un acte sous seing-privé, on comprend qu'il ne peut être investi d'autre force probante que de celle qu'il tire de l'aveu ou de la reconnaissance des parties qui l'ont rédigé et signé. Sans doute, lorsqu'un pareil acte est revêtu de toutes les formes voulues pour sa validité, il y a une présomption naturelle en faveur de sa sincérité et de son exactitude. Mais cette présomption n'a aucun caractère juridique de preuve, tant que l'écrit n'a pas été reconnu ou légalement tenu pour reconnu de la part de celui auquel on l'oppose. Jusque-là, la production de l'acte n'équivaut, de la part de celui qui l'invoque, qu'à une pure allégation dont il doit établir la vérité.

C'est que les écritures et signatures privées ne rendent point par elles-mêmes témoignage de la sincérité des mentions qu'elles contiennent, et semblent certifier contre celui auquel on les oppose. Elle n'ont et ne peuvent avoir cette autorité qu'après qu'il a été prouvé qu'elles émanent réellement de la partie contre laquelle on les invoque. Autrement, il dépendrait du demandeur d'intervertir la charge de la preuve, s'il lui suffisait de produire un acte sous seing-privé qu'il prétend émané de son adversaire, pour imposer à ce dernier l'obligation de prouver sa libération, et se dispenser lui-même d'établir sa demande. La production d'un acte sous seing-privé n'introduit donc aucune exception à ce principe général, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (1315).

3. Dans les principes du droit romain, l'acte fait sous la seule signature privée des parties, sans l'assistance de trois témoins au moins, probes et dignes de foi, qui attestassent, en cas de dénégation, le fait de sa rédaction et de sa souscription, cet acte, disons-nous, n'avait de valeur que tout autant qu'il était reconnu par les signataires. Son efficacité dépendait ainsi de leur bonne foi; et le demandeur ne pouvait, en cas de dénégation, que déférer le serment à son adversaire, sans qu'il pût demander la vérification des écritures et signatures par voie de comparaison, à cause des inconvénients, des incertitudes et des dangers de ce mode d'instruction.

Du reste, la convention ou le fait qui faisait le sujet de l'acte, pouvait être établi par témoins, comme tout autre contrat purement verbal (1).

Tels furent aussi les principes de notre ancienne jurisprudence. Jusqu'à l'ordonnance de Moulins, de 1566, qui restreignit l'admissibilité jusque-là absolue de la preuve testimoniale,

(1) Voy. Novelle 73, ch. 2, 4 et 8.

toute convention pouvait être établie par témoins. Mais depuis cette époque, les actes sous seing-privé ont acquis en force probante ce que la preuve testimoniale a perdu. Toutefois, il ne tire encore aujourd'hui sa valeur que de sa reconnaissance ou vérification. Mais, en cas de désaveu ou de méconnaissance, la vérification peut s'en faire par titre, par témoins, par experts et comparaison d'écritures (1).

4. L'acte sous seing-privé, quoique régulier dans la forme, ne fait donc foi que lorsque l'écriture ou la signature en a été reconnue ou légalement tenue pour reconnue de la part de celui auquel on l'oppose. Tant que sa sincérité n'a pas été reconnue ou vérifiée en justice, il ne peut servir de base à une condamnation.

Mais lorsqu'il a été reconnu ou légalement tenu pour tel, il a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique (1322); et alors il fait foi, comme ce dernier, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition (1320).

La reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature de la part de celui qui a intérêt à les désavouer ou à les méconnaître, ont donc pour effet, sans toutefois conférer à l'acte sous seing-privé le caractère de l'authenticité, de lui attribuer une force pleinement probante. Du moment, en effet, qu'il est légalement avéré que l'écrit émane de celui à qui on l'oppose ou de son auteur, on trouve dans la vérification préalable de ce fait tous les éléments possibles de certitude juridique. Ils apparaissent alors avec le caractère d'une réalité tout aussi incontestable que s'il s'agissait d'un acte émané d'un fonctionnaire public, et dont l'authenticité n'est elle-même fondée que sur une présomption légale d'infaillibilité de la part de son rédacteur. L'acte privé reconnu ou légalement tenu pour tel,

(1) Ordonn. de 1667, tit. 12, art. 7. — Art. 195 et suiv., C. pr.

a même en sa faveur une présomption naturellement plus forte de sincérité et d'exactitude, puisqu'il est plus difficile d'admettre un soupçon d'inexactitude ou d'erreur de la part des parties qui ont écrit ou signé, que de la part de l'officier public qui leur a servi d'interprète dans la rédaction d'un acte de son ministère. Tel est le fondement de la foi due aux actes sous seing-privé.

5. Ce n'est pas cependant que l'acte de cette nature, reconnu ou légalement tenu pour reconnu, ait, sous le rapport de sa force probante, la même autorité que l'acte authentique. Si ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, fait foi, même à l'égard des tiers, des mentions et constatations qu'il renferme, et, conséquemment, de la date qu'il énonce, l'acte privé, au contraire, s'il n'a acquis date certaine par l'un des moyens que nous expliquerons sous l'article 1328, ne fait aucunement foi, à l'égard des tiers, de la date qu'il indique. Ce n'est donc, ainsi que le porte l'article 1322, qu'entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause qu'il a la même foi que l'acte authentique.

Et encore, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, la force probante de l'un et de l'autre ne doit-elle pas être assimilée de tous points. Sans doute, l'acte sous seing-privé, reconnu ou légalement tenu pour tel, a, entre ces personnes, la même foi que l'acte authentique; mais cette foi due à l'acte privé ne s'applique avec une force égale qu'au fait ou à la convention qu'il constate, ainsi qu'aux énonciations qui ont un rapport direct à ce fait ou à cette convention. Il nous suffit donc, pour ce cas, de renvoyer à ce que nous avons dit, sous les articles précédents, de la foi due à l'acte authentique.

6. S'agit-il, au contraire, de la foi due à l'acte privé, en ce qui concerne la date, cet acte ne fait foi, même entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, de la réalité de la date, que jusqu'à preuve contraire, sans qu'il soit besoin,

comme au cas où l'on conteste la date d'un acte authentique, de prendre la voie de l'inscription de faux.

Quant à la manière dont cette preuve doit être faite, et aux éléments qui légalement la constituent, ils varient, suivant la nature de la cause pour laquelle la sincérité de la date est attaquée. Ainsi, le souscripteur d'un écrit sous seing-privé, ses héritiers ou ayants-cause, attaquent-ils comme fausse et inexacte la date que l'acte énonce, sans invoquer, d'ailleurs, aucune circonstance qui établisse une fraude à la personne ou à la loi? Dans ce cas, la preuve de l'inexactitude et de la fausseté de la date ne pourra être administrée qu'à l'aide des mêmes éléments qui sont exclusivement admissibles, lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. La preuve testimoniale et les présomptions ne seront alors reçues que dans les cas particuliers où la loi les admet exceptionnellement, sur un commencement de preuve par écrit.

7. Mais si le signataire de l'acte, ses héritiers ou ayants-cause l'attaquent, sous le rapport de la sincérité de sa date, comme contenant une fraude à la loi, en ce sens qu'il aurait été antidaté ou postdaté, afin de donner à la convention ou à la disposition une valeur qu'elle n'aurait pas eue avec l'énonciation de la véritable date, dans cette hypothèse qui renferme une fraude à la loi, la preuve de la fausseté de la date peut être administrée, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions simples. Mais remarquons bien que le débat étant engagé entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, l'acte continue à faire foi entre eux de sa date, et que c'est à celui ou ceux qui l'attaquent à fournir la preuve contraire. Remarquons encore que l'attaque dirigée contre la sincérité de l'énonciation n'est, en réalité, que la contestation de la validité ou de l'efficacité de l'acte en lui-même.

Ainsi, celui qui a souscrit un acte qui n'a point acquis date certaine, antérieurement à la dation d'un conseil judiciaire ou à son interdiction, est admis à établir par tous moyens de

preuve contraire que cet acte a été fait postérieurement, et qu'il a été antidaté pour échapper à sa nullité de droit. Mais c'est à lui qu'incombe la charge de cette preuve contraire. Tant que la fausseté de ses énonciations n'est pas démontrée, l'acte fait foi de sa date, en faveur de la partie qui s'en prévaut, sans qu'elle soit tenue de prouver qu'il a été consenti avant l'interdiction du souscripteur ou la nomination d'un conseil judiciaire pour sa personne. La présomption contraire de l'inexactitude ou de la fausseté de la date, sur la seule contestation d'une partie intéressée, outre qu'elle est démentie par les énonciations de l'acte, serait en opposition avec tous les principes de droit (1).

Mais du moment que la date est contestée, comme il ne s'agit pas simplement de savoir si l'acte porte une date antérieure à l'interdiction du souscripteur ou à la dation d'un conseil judiciaire, mais bien si cet acte a été réellement souscrit par l'obligé à une époque où il pouvait contracter un engagement valable, il ne suffirait pas de constater que l'acte porte telle date, sans rechercher ni examiner, en outre, si cette date n'a pas été frauduleusement altérée et falsifiée (2). Ce n'est pas cependant, qu'on veuille bien y faire attention, qu'il y ait alors interversion dans la charge de la preuve, et que le créancier ait à prouver la sincérité de la date énoncée et contestée par son adversaire. Il s'ensuit seulement, la charge de la preuve contraire incombant toujours à ce dernier, que le juge doit, lorsqu'il déclare la validité du titre attaqué et qu'il en ordonne l'exécution, constater au moins que rien ne prouve l'inexactitude et la fausseté de la date qu'il énonce, sans se

(1) DURANTON, t. 3, n° 772. — AUBRY et RAU, sur Zachariæ, t. 5, p. 673, n^te 91, 1^re édit., et t. 8, p. 250, 4^e édit. Ils avaient d'abord embrassé l'opinion contraire, t. 1, p. 259, n^te 2, 1^re édit. — Nancy, 21 mai 1842. DALLOZ, 42, 2, 185. — Voy. encore Cass., 30 juin 1868. SIREY, 68, 1, 324.

(2) Cass., 4 fév. 1835. DALLOZ, 35, 1, 32.

borner à dire qu'il contient telle date, et sans s'expliquer, en outre, sur sa sincérité.

Les mêmes principes s'appliquent au cas où une personne attaque, comme postdaté, un acte qu'elle prétend avoir été souscrit par elle en minorité, ou comme antidaté, un acte qu'elle dit n'avoir consenti que depuis son mariage, sans l'autorisation de son mari.

8. Quant aux héritiers et ayants-cause de celui qui a souscrit l'acte sous seing-privé, ils peuvent de même, par la preuve contraire, attaquer la sincérité de la date énoncée, lorsque la validité de l'acte est subordonnée à la réalité de la date qui lui a été donnée par les parties, et que sa nullité dépend de celle que la partie qui l'attaque lui attribue comme véritable. Tel est le cas où les héritiers d'une personne prétendent que, nonobstant la date énoncée dans l'acte, elle l'a réellement souscrit pendant sa minorité, durant le mariage, après son interdiction ou sa soumission à un conseil judiciaire. Mais l'acte ne laisse pas de faire foi, à leur égard, de la sincérité de la date qu'il exprime, jusqu'à preuve contraire.

9. Par exemple, comme le contrat de rente viagère doit être essentiellement aléatoire et ne pas constituer une spéculation, en quelque sorte à coup sûr, la loi annule tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne déjà atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours de la date du contrat (1975). Or, il peut se faire que l'acte ait été antidaté, dans le but de le soustraire à la nullité prononcée contre lui.

Mais cette antidate peut d'abord avoir eu lieu, afin de déguiser sous les apparences d'un contrat à titre onéreux une véritable libéralité. Nous ne voyons alors rien dans les principes du droit qui empêche, dans ce but, l'antidate de l'acte, parce qu'elle n'est, en réalité, autre chose qu'une renonciation virtuelle à la nullité que la loi prononce. Dans ce cas, on prouverait vainement l'antidate, puisque le contrat vaudrait toujours comme donation.

Si elle n'a eu d'autre objet que de le soustraire à la nullité prononcée par l'article 1975, alors le constituant, si la rente a été créée sur la tête d'un tiers, ou ses héritiers, si elle a été créée sur sa tête, sont admis à prouver que le contrat a été réellement passé dans les vingt jours du décès. Mais c'est à celui qui prétend que le contrat a eu lieu dans ce délai, à en administrer la preuve. Car l'acte, même sous seing-privé, fait foi, jusqu'à preuve contraire, entre les contractants et leurs héritiers, de la sincérité de la date qu'il énonce, alors même qu'il n'a point acquis date certaine (1). Ainsi, d'une part, on ne peut dire, comme le prétend M. Delvincourt (2), que l'acte est présumé de plein droit antidaté, s'il n'a acquis date certaine, à l'égard des héritiers du constituant qui sont alors réputés tiers, et que c'est à ceux qui en demandent l'exécution à prouver la sincérité de la date; ni, d'autre part, soutenir qu'à défaut de date certaine acquise suivant l'article 1328, l'acte ne peut être opposé aux héritiers du constituant, contre lesquels même il est impossible de prouver qu'il n'existe aucune antidate.

10. A l'égard des tiers, l'acte sous seing-privé ne fait foi de sa date envers eux que lorsque cette date est devenue certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Ce principe, incontesté sous l'ancien (3) comme sous le nouveau droit, est fondé sur la facilité avec laquelle les parties, seules maîtresses de la rédaction de leur acte, peuvent l'antidater ou le post-dater. Les actes de cette espèce ne font donc point foi de leur date, à l'égard des tiers, pas même jusqu'à preuve contraire de la part de ces derniers. Loin de là, c'est à la partie qui

(1) DURANTON, t. 18, n° 151. — TROPLONG, *Contrats aléatoires*, n°s 277 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 83, et t. 5, p. 673, 1re édit., et t. 4, p. 586, et t. 8, p. 251, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1824. SIREY, 25, 1, 46. — 5 avril 1842. SIREY, 42, 1, 300.

(2) T. 3, p. 425, nte 9.

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 715.

s'en prévaut contre eux, à établir qu'ils ont acquis date certaine.

Cette différence, sous le rapport de la force probante des actes sous seing-privé, entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, d'une part, et les tiers, de l'autre, a une très grande importance pratique. On ne saurait donc poser avec trop de soin les principes suivant lesquels ils se distinguent les uns des autres; et l'intérêt même de cette distinction s'accroît autant par les controverses de la doctrine et la diversité de la jurisprudence, que par les difficultés théoriques de la question.

11. Le mot, héritier, présente par lui-même une signification suffisamment claire. Il signifie toute personne venant à la succession d'une autre, en vertu d'une vocation légale ou testamentaire. Sous ce rapport, il faut placer sur la même ligne que l'héritier, tout successeur universel ou à titre universel, régulier ou irrégulier, qui représente activement et passivement la personne du défunt.

Mais si le sens du mot, héritier, peut être facilement déterminé, il n'en est pas de même de l'expression, ayant-cause; ou plutôt, s'il est aisé d'en donner la définition d'une manière générale, de très sérieuses difficultés viennent tout aussitôt en embarrasser l'application. On peut définir l'ayant-cause, tout successeur particulier qui, en vertu d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits d'un testament, d'un contrat, ou de la loi, représente, dans l'exercice de ses droits et actions, la personne de son auteur. Et, dans le sens de cette représentation, on peut dire que les héritiers et autres successeurs universels ou à titre universel sont également ayants-cause du défunt. Mais cette expression, qui vient dans le langage du droit toujours à la suite de celle d'héritiers, doit conserver son acception particulière, et en quelque sorte consacrée, suivant laquelle elle signifie spécialement, nous dirons même exclusivement, les successeurs particuliers, tels que le légataire, le donataire, l'acquéreur, l'échangiste, le locataire, l'antichrésiste.

Pris à la lettre, ce mot ayant-cause, *causam habens*, signifie celui qui a la même cause que son auteur, un titre commun et identique, soit qu'il s'agisse d'exercer un droit, de diriger une poursuite, d'intenter une action, d'y défendre ou de présenter une exception. En ce sens, le créancier qui poursuit le payement de ce qui lui est dû par la réalisation du gage de sa créance, est l'ayant-cause de son débiteur, bien qu'il l'ait pour adversaire, lorsque, exerçant les droits qu'il tient de la loi, il forme une saisie-arrêt, une saisie mobilière ou immobilière. Il est alors l'ayant-cause de son débiteur, en tant qu'il exerce en son lieu et place, contre lui et malgré lui, le droit de percevoir la créance arrêtée, de vendre les meubles ou immeubles saisis.

Est-ce à dire que, en cette qualité d'ayants-cause, on pourra opposer à d'autres personnes, comme faisant foi de leur date, les actes sous seing-privé émanés de leur auteur, bien qu'ils n'aient point acquis date certaine, lorsque ces actes confèrent à des tiers des droits qui, s'ils étaient reconnus à leur préjudice, viendraient annuler, anéantir, restreindre ou modifier ceux dont elles se trouvent personnellement investies? Nous examinerons cette question sous l'article 1328.

12. Quoi qu'il en soit, la première condition nécessaire pour qu'un acte sous seing-privé fasse foi de sa date entre les souscripteurs, leurs héritiers ou ayants-cause, c'est qu'il fasse titre obligatoire envers leurs auteurs. Car s'il ne constatait pas régulièrement l'engagement qu'il énonce, de manière qu'il ne pût être opposé à l'une des parties, ce ne serait pas seulement la force probante de l'acte, quant à la date qu'il exprime, qui serait attaquée, ce serait l'existence de la convention ou disposition même qui serait contestée.

Nous empruntons un exemple aux Recueils d'arrêts. Par acte sous seing-privé, en date du 6 janvier 1835, Dugrand-Launay avait constitué au profit de Dugrez, son jardinier, une rente viagère de trois cent douze francs, moyennant un capital de deux mille six cents francs, qu'il déclara avoir reçu de lui.

Dugrez ne sachant pas signer, l'acte fut seulement signé de Dugrand-Launay, et l'écrit resta entre les mains du constituant. Après le décès de Dugrez, ses héritiers demandent le remboursement des deux mille six cents francs. Dugrand-Launay oppose l'acte du 6 janvier 1835, et prétend que la somme lui est acquise par le décès du rentier. Mais cet acte n'avait été enregistré que le 12 juillet 1836, postérieurement au décès de Dugrez. Les héritiers prétendent, en conséquence, que l'écrit n'étant point signé de leur auteur, et n'étant point eux-mêmes héritiers ou ayants-cause de l'unique souscripteur, ils étaient de véritables tiers contre lesquels le titre du 6 janvier 1835 ne faisait point foi de sa date; que n'ayant acquis date certaine qu'après le décès du rentier, la constitution de rente viagère était nulle et sans effet, aux termes des articles 1974 et 1975, sans que le constituant pût être admis à en faire remonter la date à une époque antérieure, à l'aide de la seule preuve testimoniale, les moyens indiqués par l'article 1328; pour faire acquérir date certaine à un acte sous signature privée, ne pouvant être suppléés par aucun autre.

18 février 1837, arrêt de la Cour d'Angers (1), qui consacre ces prétentions des héritiers Dugrez; et M. Troplong (2), approuve les motifs de cette décision.

Il nous semble, au contraire, que ce n'est que par l'effet d'une véritable confusion que l'arrêt, qui du reste, au fond, a bien jugé, a posé la question dans les termes de l'article 1328. En voici la preuve : L'acte de constitution de rente n'étant signé que du constituant et étant toujours resté en sa possession, ne pouvait faire titre en sa faveur, car il était toujours facile de lui répondre qu'il s'était créé lui-même, et quand il l'avait voulu, ce prétendu titre. C'est au fond ce que prétendaient les héritiers Dugrez, qui ne se disaient tiers étrangers que parce que l'acte ne pouvait pas plus leur être opposé qu'à

(1) SIREY, 39, 2, 426.
(2) *Contrats aléatoires*, n° 228.

leur auteur lui-même qui ne l'avait pas signé. Or, qu'importait ici l'article 1328? Il était évidemment sans influence pour la décision de la question, puisque, en supposant l'enregistrement de l'acte opéré antérieurement au décès du rentier, ses héritiers, aussi bien que lui, auraient pu toujours soutenir que le constituant s'était créé un titre à lui-même. Il s'agissait donc en réalité de savoir, non pas si cet acte faisait ou non foi de sa date, mais bien s'il formait un titre régulièrement obligatoire; question qui sort des termes de l'article 1328, et pouvait, dans l'espèce, être résolue par les circonstances de la cause, telles que des poursuites en payement, ou des quittances d'arrérages de la part du rentier.

ARTICLE 1323.

Celui auquel on oppose un acte sous seing-privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. — Ses héritiers ou ayants-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur.

ARTICLE 1324.

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

Sommaire.

1. L'action en reconnaissance ou en vérification est principale ou incidente.
2. Elle peut être intentée, soit que l'obligation soit exigible ou non. *Quid* des dépens dans ce cas?
3. Des dépens, lorsque le demandeur conclut en outre au payement de la dette.

4. Des délais d'assignation. Distinction.
5. De l'action en reconnaissance ou en vérification incidente.
6. La signature ou l'écriture doit être formellement désavouée ou méconnue par le défendeur.
7. Il n'est pas nécessaire de prendre des conclusions expresses en reconnaissance.
8. Distinctions établies par notre ancien droit, aujourd'hui rejetées.
9. Le défendeur doit s'expliquer d'une manière nette et catégorique.
10. Le juge doit, avant toute condamnation, vérifier l'écriture ou la signature.
11. On peut prendre la voie de l'inscription de faux contre un écrit privé,
12. A moins qu'il n'ait été formellement reconnu.
13. Nonobstant la reconnaissance ou la vérification, on peut faire valoir contre l'acte tous vices de fond ou de forme.

COMMENTAIRE.

1. Comme l'acte sous seing-privé, quelque régulier qu'il soit quant à la forme, ne fait foi entre ceux qui l'ont souscrit, et entre leurs héritiers et ayants-cause, que lorsqu'il est reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, la partie qui se prévaut d'un acte semblable doit, avant tout, obtenir de son adversaire ou de la justice, cette reconnaissance ou vérification, qui est le fondement de la force probante de son titre.

Cette action en reconnaissance ou vérification d'un acte sous signature privée est principale ou incidente. Elle est incidente, lorsqu'elle est poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande fondée sur l'acte privé qu'il s'agit de faire reconnaître ou vérifier.

Elle est principale, lorsque sans former, quant à présent, une demande en condamnation, le demandeur se borne à poursuivre la reconnaissance de son titre sous seing privé. Nous nous occuperons d'abord de cette dernière action.

2. Elle peut être formée, soit que l'obligation soit exigible, ou qu'elle ne soit pas encore échue. Mais, « lorsqu'il aura été

rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing-privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut du payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ». Quant aux frais relatifs à ce jugement, la même loi du 3 septembre 1807 dispose qu'ils ne pourront être répétés contre le débiteur, que dans le cas où il aura dénié sa signature. Les frais de l'enregistrement de l'écrit seront également à sa charge lorsqu'il aura dénié sa signature, ou lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette (1).

Que si, au contraire, l'obligation est exigible, le jugement de reconnaissance emporte une hypothèque judiciaire (2123) qui peut être immédiatement inscrite.

Mais si, dans ce cas, le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du demandeur (193, C. pr.). Et ils y resteront même au cas où le défendeur n'aurait point acquitté la dette; car la loi de 1807, dans la partie même qui statue sur les dépens, ne s'applique point à l'hypothèse où la dette est exigible.

Il n'y a point, d'ailleurs, à distinguer quant aux dépens, soit que l'action soit formée avant ou après l'exigibilité de la dette, entre le cas où le défendeur dénie sa signature, et celui où il se borne à ne pas reconnaître celle de son auteur. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, il doit supporter les frais de la vérification. Vainement, pour fonder cette distinction, on argumente des termes de l'article 193, C. pr., qui, pour le cas où le défendeur ne dénie pas la signature, met à la charge du demandeur tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification. Or, dit-on, s'il y a lieu, dans les prévisions de l'article 193, à vérification, c'est qu'il suppose que le défendeur

(1) Voy. art. 1186, n° 19.

a déclaré ne point reconnaître la signature de son auteur. Donc, dans ce cas, le demandeur doit payer les frais, bien qu'il gagne son procès, l'écrit ayant été judiciairement reconnu.

Mais cette distinction nous semble reposer sur une fausse interprétation de l'article 193, C. pr.; en effet, s'il met en opposition le cas de reconnaissance et celui de vérification, ce n'est pas qu'il suppose une contestation de la part du défendeur, en ce sens seulement qu'il ne reconnaît pas l'écriture de son auteur. Ces expressions correspondent respectivement aux termes dans lesquels l'action en vérification peut être conçue; celui de reconnaissance, lorsque l'action est formée pour avoir acte de la reconnaissance du souscripteur lui-même; celui de vérification, lorsqu'elle est formée pour faire tenir l'écrit pour reconnu. Ces termes sont des formules diverses, suivant que la signature émane du défendeur ou de son auteur. Mais l'article 193 n'a pas entendu faire par là exception à la règle générale posée dans l'article 130, C. pr., qui met les dépens à la charge de la partie qui succombe, eût-elle été même de bonne foi dans sa contestation. Celui qui dénie sa propre signature, ou qui méconnaît la signature de son auteur, doit donc indistinctement supporter les frais de l'instance en reconnaissance ou en vérification, lorsque l'écrit est judiciairement vérifié (1).

3. Les dispositions de l'article 193, C. pr., relatives aux dépens, ne sont applicables que lorsqu'il s'agit d'une demande exclusivement formée en reconnaissance ou vérification d'écriture. Si, outre ce chef de demande, le demandeur avait conclu suivant son droit, l'obligation étant exigible, à une condamnation en payement, et que cette condamnation fût prononcée, tous les frais de l'instance, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, devraient être mis à la charge du défendeur, alors même qu'il n'aurait point dénié la signature. Ce cas est, en

(1) CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.*, 800. — Cass., 11 mai 1829. SIREY, 29, 1, 178. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 119.

effet, bien différent de l'autre: Dans le premier, comme il n'y a pas eu contestation de la part du défendeur, et que le demandeur, poursuivant seulement la reconnaissance ou vérification de la signature, ne s'est pas prévalu de l'exigibilité de la dette pour en demander le payement, il est juste que le défendeur, qui ne dénie point la signature, ne soit pas condamné aux dépens d'une instance véritablement frustratoire. Dans le second cas, au contraire, bien qu'il n'y ait point contestation de sa part, en ce qui concerne la reconnaissance de l'écrit, néanmoins, comme il est en faute pour ne point avoir payé à l'échéance, alors que le payement lui était demandé, il doit être condamné aux frais, suivant la règle générale.

Mais il est fort rare, ou pour mieux dire, il n'arrive jamais que le créancier se borne, lorsque l'obligation est devenue exigible, à conclure dans sa demande aux fins de reconnaissance d'écriture et de signature seulement. Il conclut toujours en même temps à une condamnation au payement de la dette. Ces conclusions en payement sont même, le plus souvent, les seules prises, sauf au défendeur à dénier ou méconnaître la signature dans le cours de l'instance, et à élever ainsi incidemment une question de reconnaissance ou de vérification.

4. Lorsqu'il s'agit d'une demande principale en reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur, peut, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu (193, C. pr.). Mais si, à cette demande, il joint un chef de conclusions formelles en payement, l'obligation étant exigible, l'action doit être formée et introduite suivant les règles ordinaires, soit quant aux délais légaux d'ajournement, soit quant au préliminaire de conciliation.

5. Nous avons dit que l'action en reconnaissance était incidente lorsqu'elle était poursuivie dans le cours d'une instance, et à l'occasion d'une demande en condamnation fondée sur l'acte sous seing-privé qu'il s'agit de vérifier. C'est même pres-

que toujours par cette voie incidente que se présente la question de vérification ou de reconnaissance.

Du reste, dans ce cas comme dans celui d'une action principale, si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée, tant par titres que par experts et par témoins (195, C. pr.).

6. Soit que la reconnaissance de l'acte sous seing-privé soit poursuivie par voie principale ou par voie incidente, celui auquel on oppose l'écrit est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature (1323).

Remarquons ici une différence essentielle entre celui à qui on attribue comme personnelle l'écriture ou la signature, et ses héritiers, successeurs ou ayants-cause. S'il doit avouer ou désavouer formellement, ceux-ci, au contraire, peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur (1323).

Au surplus, dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice (1324). Et le Code de procédure contient les règles particulières suivant lesquelles elle est ordonnée et faite.

Mais il y a cette différence, que s'il est prouvé que la pièce est écrite ou signée par celui qui l'a déniée, il sera condámné à cent cinquante francs d'amende envers le domaine, outre les dépens, dommages et intérêts de la partie, et pourra être condamnée par corps même pour le principal (213, C. pr.). Or, cette disposition ne s'applique point aux représentants ou ayants-cause du prétendu signataire.

7. Lorsqu'une partie forme une demande fondée sur un acte sous seing-privé, il n'est pas nécessaire, pour mettre le défendeur en demeure de le désavouer ou de le méconnaître, qu'elle prenne dans son ajournement des conclusions for-

melles en reconnaissance ou en vérification. Il suffit que l'acte lui soit notifié en tête de l'exploit, ou communiqué dans le cours de l'instance, pour qu'il soit censé le reconnaître par son seul silence, par cela même qu'il ne le dénie ni ne le méconnaît (1).

A plus forte raison l'acte devra-t-il être tenu pour reconnu, si le défendeur a demandé un délai, discuté l'étendue de l'obligation, présenté enfin un système de défense qui implique sa reconnaissance ou son aveu.

Il est néanmoins plus sage et plus prudent de conclure formellement à la reconnaissance des écritures et signatures, sans préjudice des autres chefs de conclusions à fin de paiement. C'est que, dans ce cas, si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (194, C. pr.); tandis qu'en l'absence de conclusions formelles à fin de faire tenir l'écrit pour reconnu, les juges, en donnant défaut, ne pourraient adjuger les conclusions que si elles se trouvaient justes et bien vérifiées, conformément à la règle générale de l'article 150, C. pr.

Ce n'est pas que nous pensions que les tribunaux ne puissent point adjuger les conclusions du demandeur, sous le prétexte qu'on ne peut les considérer comme justifiées, puisqu'elles ne sont fondées que sur un écrit privé dont la signature n'est ni reconnue, ni vérifiée. Car, s'ils peuvent adjuger les conclusions du demandeur, alors même qu'une simple obligation verbale est invoquée, à plus forte raison le peuvent-ils lorsqu'il s'agit d'une obligation écrite qu'ils ont le droit et le pouvoir de vérifier eux-mêmes, contre laquelle le défendeur n'élève aucune objection, et est présumé, par son défaut, n'en avoir aucune à élever (2).

(1) TOULLIER, t. 8, n° 229. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 669, 1re édit., et t. 8, p. 246, 4e édit. — DURANTON, t. 13, nos 113 et 114. — FAVARD, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 1. — Cass., 27 août 1835, SIREY, 35, 1, 584.

(2) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 230.

Nous pensons enfin que les juges pourraient, avant d'adjuger le défaut, ordonner d'office et par forme d'avant faire-droit, la vérification de la pièce, à la diligence du demandeur. M. Toullier (1) objecte vainement que ce serait lui accorder ce qu'il ne demandait point par son assignation. Sans doute, il n'a pas conclu à la reconnaissance et à la vérification, mais seulement dans la pensée que l'écrit ne serait point contesté. Or, lorsque le juge veut pour lui-même une vérification, l'obligation de la rapporter est imposée au demandeur de la même manière et au même titre que dans les cas divers où il s'agit d'une vérification quelconque à faire. L'objection de M. Toullier, si elle prouvait quelque chose, tendrait à interdire au juge la faculté d'ordonner toute vérification avant d'adjuger le défaut; car jamais elle n'est demandée par la partie d'une manière principale, puisqu'elle désire, au contraire, en être dispensée.

8. Cependant les articles 6 et 7 de l'édit de septembre 1684 établissaient une distinction. Lorsque c'était la partie elle-même qui avait écrit ou signé, qui était assignée en reconnaissance de son écriture ou de sa signature, le juge pouvait, sur son défaut et sans autre vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu. Mais si le défendeur était assigné en reconnaissance d'écriture ou de signature, en qualité de représentant ou d'ayant-cause, le juge ne pouvait tenir l'écriture ou la signature pour reconnue, sans ordonner, au préalable, une vérification.

Toutefois, une déclaration du 15 mai 1703, disposait que les porteurs de promesses, billets ou autres actes de commerce, pourraient obtenir condamnation sur de simples assignations en la manière ordinaire, sans que, au préalable, il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le défendeur déniât la vérité des dits actes. Mais il n'y a plus,

(1) T. 8, *ibid.*

sous ce rapport, à faire de distinction entre les matières civiles et les matières commerciales. Si le défendeur ne comparaît pas, après avoir été assigné, pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu, il sera donné défaut, et l'écrit sera tenu pour reconnu (193-194, C. pr.). Ces dispositions sont générales et n'admettent aucune distinction.

Enfin, si le demandeur s'est borné à conclure au payement, sans prendre de conclusions à fin de vérification ou de reconnaissance, et que le défendeur fasse défaut, le tribunal n'adjuge la demande que si elle se trouve juste et vérifiée, soit qu'il s'agisse de matière commerciale ou de matière civile (194, 434, C. pr.).

Mais comme les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, ils doivent, si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir, renvoyer devant les juges qui doivent en connaître et surseoir au jugement de la demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs (427, C. pr.).

9. Le défendeur assigné en reconnaissance de l'écrit, ou simplement en payement de la dette, doit donc s'expliquer d'une manière nette et catégorique, désavouer formellement l'écriture ou la signature qu'on lui attribue, ou méconnaître celles qu'on attribue à son auteur (1323). S'il ne donne point d'explications formelles et positives, si, sous divers prétextes, il élude de les fournir, les juges peuvent lui fixer un délai, passé lequel, faute par lui de s'être expliqué, l'écrit sera tenu pour reconnu (1).

Ils peuvent même, sans qu'il soit besoin de lui impartir préalablement un délai, tenir immédiatement, suivant les circonstances, l'écrit pour reconnu, par cela seul que le défen-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 232.

deur ne le désavoue pas ou ne le méconnaît pas formellement, qu'il refuse ou élude de fournir des explications.

Si même le défendeur auquel on attribue, comme émanées de sa main, l'écriture ou la signature, et qui doit dès lors les désavouer ou avouer formellement, se bornait à déclarer, comme si elles émanaient de son auteur, qu'ils ne les reconnaît pas, les juges pourraient, dans ce cas, suivant les circonstances de la cause, ne pas voir dans cette simple non reconnaissance une expression suffisante de désaveu, et, en conséquence, ils pourraient, sans avoir besoin d'ordonner une vérification préalable, tenir l'écrit pour reconnu (1).

10. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, il y a obligation pour le juge de vérifier, avant toute condamnation, la sincérité de l'acte, alors même que le défendeur n'a pas pris de conclusions formelles sur ce point. Les termes de l'article 1324 sont en effet impératifs; et quand ils portent que la vérification en est ordonnée en justice, ils imposent au juge l'obligation de l'ordonner même d'office. Rappelons, d'ailleurs, que cette vérification est le fondement de la force probante de l'acte sous signature privée (2).

Ce n'est point, cependant, que le juge soit tenu d'ordonner cette vérification, soit par titres, par témoins ou par experts. Il peut, lorsque l'inspection de la pièce désavouée ou méconnue, son état matériel, les explications des parties, les diverses circonstances de la cause lui fournissent des éléments suffisants de conviction, statuer d'ores et déjà, sans ordonner

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 669, n^te 81, 1^re édit., et t. 8, p. 247, 4^e édit. — Cass., 9 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 30. — Cass., 1^er mai 1872. SIREY, 72, 1, 237.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 669, 1^re édit., et t. 8, p. 247, 4^e édit. — Cass., 15 juill. 1834. SIREY, 34, 1, 649. — 6 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 201.

aucune autre mesure d'instruction. Les termes de l'article 195, C. pr., indiquent qu'il a sur ce point une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances; et cette faculté ne s'applique pas seulement au choix qu'il lui est loisible de faire entre les divers moyens de vérification, tels que les titres, les témoins et les experts. Elle s'applique à la mesure d'instruction elle-même, indépendamment du choix qu'il est autorisé à faire entre les divers éléments qui peuvent servir à former sa conviction sur la sincérité ou la fausseté de la pièce.

D'autre part, l'article 323, C. pr., disposant que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose, comment prétendrait-on les soumettre à la nécessité d'ordonner une mesure inutile, dans tous les cas, soit que ses résultats soient conformes ou contraires à leur conviction? Ainsi se concilie l'article 1324 avec la faculté que nous attribuons au juge : avant tout il faut vérifier l'acte sous seing-privé; mais le juge, comme expert de droit et supérieur à tous autres, peut faire lui-même cette vérification (1), soit pour admettre tout de suite l'acte comme sincère (2), ou pour le rejeter comme faux (3), alors surtout, dans cette dernière hypothèse, qu'il est attaqué comme ayant été obtenu au moyen de la substitution frauduleuse d'un écrit à un autre (4). La loi s'en rapporte, en un mot, sur ce point, à la sagesse et aux lumières du juge.

(1) BONCENNE, *Procédure civile*, t. 3, p. 486. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 803 *ter*. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 670, 1re édit., et t. 8, p. 247, 4e édit. — *Contrà*, RAUTER, *Procédure*, n° 198.

(2) Cass., 9 fév. 1830. SIREY, 30, 1, 235. — 24 mai 1837. SIREY, 37, 1, 519. — 9 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 30. — 3 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 190. — 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705. — 10 mai 1870. SIREY, 71, 1, 224. — 23 mars 1874. SIREY, 74, 1, 265. — 28 mars 1876. SIREY, 76, 1, 215. — 7 février 1882. SIREY, 83, 1, 30.

(3) Voy. art. 1319, nos 19 et suiv. — Cass., 23 août 1836. SIREY, 36, 1, 740. — 14 mars 1837. SIREY, 37, 1, 199. — 14 juin 1843. SIREY, 43, 1, 685.

(4) Cass., 14 nov. 1837. SIREY, 38, 1, 801.

11. Au lieu de se borner à désavouer ou à méconnaître l'écriture ou la signature qu'on lui oppose, et de mettre, par cette dénégation ou cette méconnaissance, son adversaire dans la nécessité de faire procéder à la vérification de l'acte, le défendeur peut, par une attitude plus offensive, prendre l'initiative de l'attaque en s'inscrivant en faux. Mais alors c'est à lui qu'incombe la charge de prouver la fausseté de la pièce, tandis qu'en cas de vérification, la preuve de sa sincérité est à la charge de celui qui l'invoque.

Il y a mieux : celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux, encore que la dite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite en faux principal ou incident, et que, en conséquence, il soit intervenu un jugement sur le fondement de la dite pièce comme véritable (214, C. pr.).

Une simple vérification d'écriture ne forme donc point obstacle à la recevabilité d'une inscription de faux, soit que cette vérification ait été faite contradictoirement entre les mêmes parties ou avec d'autres. Seulement, les rôles changent alors. De la défensive où il s'était tenu jusque-là, celui qui s'inscrit en faux passe à l'offensive, et après avoir laissé, pendant l'instruction en vérification, à son adversaire la charge de prouver la vérité et la sincérité de l'acte, il assume désormais sur lui l'obligation d'en établir la fausseté ou la falsification.

12. Il est sans doute inutile de remarquer ici que, si la partie à qui on oppose un acte privé avait formellement reconnu son écriture et sa signature ou celles de son auteur, elle ne serait plus recevable à s'inscrire en faux, à moins qu'elle ne prouvât que sa reconnaissance est le résultat de l'erreur ou du dol; par exemple, au cas où elle aurait été trompée par l'imitation parfaite de l'écriture et de la signature, au point de les reconnaître comme émanant d'elle-même, quoiqu'elles soient l'œuvre d'un habile faussaire.

Mais si elle n'avait fait que reconnaître sa signature ou celle de son auteur, et qu'elle prétendît ensuite que le corps de l'acte, non écrit de la main de l'un ni de l'autre, est faux, falsifié, frauduleusement altéré dans son contexte où dans quelqu'une de ses parties, elle serait recevable à s'inscrire en faux. Car il n'y a pas eu, de sa part, une reconnaissance formelle et explicite de la sincérité de l'acte.

13. Du reste, la reconnaissance et l'aveu de l'écriture et de la signature, aussi bien que leur vérification judiciaire, n'enlèvent point à la partie à laquelle on les oppose, le droit de faire valoir contre l'exécution de l'acte tous autres moyens de droit tirés de l'existence du dol, de la violence, de l'erreur, de l'incapacité, du défaut ou de l'illégalité de la cause.

Elle pourra même, en dehors de ces points qui touchent à l'efficacité de la convention ou de la disposition en elle-même, attaquer l'acte sous le rapport des vices de forme, qui lui enlèvent tout ou partie de sa force probante, à moins qu'elle ne les ait couverts par quelque acte de confirmation ou de ratification.

Toutes ces questions peuvent servir de principe à autant de débats particuliers et nouveaux.

ARTICLE 1325.

Les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Sommaire.

1. Définition de l'acte sous seing-privé, ses conditions de forme.
2. Des surcharges, interlignes, renvois et apostilles.
3. Des ratures.
4. De l'écriture et de la signature.
5. De la remise d'un blanc-seing.
6. La validité de l'acte est indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales. Exception introduite par la loi du 5 juin 1850.
7. Dispositions exceptionnelles des articles 1325 et 1326. Bon pour et double écrit.
8. Comment ont été introduites dans le Code civil les dispositions de l'article 1325.
9. Sur quel ordre d'idées elles sont fondées. Examen critique.
10. Suite.
11. Ce que l'on doit entendre ici par conventions synallagmatiques.
12. L'article 1325 est inapplicable aux contrats synallagmatiques imparfaits,
13. A moins qu'ils ne produisent des obligations bilatérales. Exemples tirés du cautionnement, de l'acquiescement,
14. Des arrêtés de compte. Distinction.
15. Des reconnaissanees de dette. Distinction.
16. Du compromis.
17. Des révocations et résolutions de contrats synallagmatiques. Distinction.
18. Des résiliations de baux et congés.
19. Des promesses de contrats synallagmatiques.
20. L'article 1325 est inapplicable si l'une des parties a exécuté son engagement.
21. Peu importe que le vendeur qui a livré la chose reste tenu de la garantie.
22. *Secùs,* si le vendeur s'est réservé, par exemple, un droit d'usufruit.
23. Du nombre des originaux. Quelles personnes ont le même intérêt?
24. Ou un intérêt distinct?
25. Si plusieurs ont un intérêt commun, peu importe à qui d'entre eux leur original est remis, s'il n'y a stipulation particulière.
26. Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui ont été faits.
27. Le défaut de cette mention sur un seul suffit pour infirmer l'acte.
28. on peut prouver la fausseté de la mention.

29. Le défaut de cette énonciation ne peut être suppléé par une offre de preuve.
30. Il est couvert à l'égard de celui qui a exécuté le contrat.
31. L'exécution a un effet personnel, même entre ceux qui ont un intérêt commun.
32. Il faut que les faits d'exécution soient postérieurs et en dehors de l'acte.
33. L'exécution couvre également le vice de la non rédaction en plusieurs originaux.
34. L'acte n'est soumis à aucune autre formalité.
35. Chaque contractant n'a pas à signer l'acte dont il est porteur.
36. L'article 1325 est inapplicable en matière de commerce. Exceptions.
37. Conséquences de l'inobservation des formalités du double écrit.
38. L'acte vaut comme commencement de preuve par écrit.
39. La convention peut être prouvée autrement.
40. Il fait foi du payement qu'il énonce.
41. Une partie ne peut couvrir le vice de l'acte sans le concours et contre la volonté de l'autre.
42. Le vice est couvert par le dépôt de l'acte entre les mains d'un tiers. Distinction.
43. *Quid,* si les parties échangent des actes constatant leurs obligations mutuelles?
44. Des contrats de vente formés par correspondance.
45. Des différences qui peuvent exister entre les divers originaux.
46. Un extrait suffit pour les parties ayant un intérêt distinct.
47. Observation sur le défaut de signature de l'un des contractants.

COMMENTAIRE.

1. L'acte sous seing-privé contient lui-même sa définition; c'est celui qui, sans l'intervention d'aucun officier public en cette qualité, est fait sous la seule signature des parties.

Il n'est soumis à aucune des formalités prescrites pour la passation des actes authentiques, et les parties dont il est l'œuvre exclusive peuvent le rédiger dans la forme qu'elles jugent la plus convenable. Il n'y a d'essentiel que leur signature.

Quant à cette signature, elle doit y être tracée en caractères ordinaires (1), sans qu'une croix, une sous-marque, un signe

(1) Voy l'article 1317, nº 22.

quelconque puissent la remplacer. L'apposition de pareils signes équivaut à l'absence de toute signature (1).

L'acte sous seing-privé n'a même pas besoin d'être daté pour être valable (2), sauf aux parties à en établir, suivant leur intérêt et leur droit, la date véritable, et sauf au signataire qui prétend que l'obligation est nulle, parce qu'il l'a souscrite en état d'incapacité, à en établir la date réelle par tous moyens de droit.

Par exception, cependant la loi exige qu'on date le testament olographe (970), la lettre de change (110, C. comm.), l'endossement (137, C. comm.), le billet à ordre (188, C. comm.), les polices d'assurance (332, C. comm.), etc...

Il est également indifférent que l'acte sous seing-privé énonce le lieu où il a été passé.

Il peut être écrit n'importe en quelle langue, française ou étrangère, vivante ou morte, et même en un idiome particulier du pays, pourvu que ce soit en une langue intelligible et avec les caractères ordinaires d'écriture.

Il peut être valablement écrit et signé au crayon, ou avec tout autre instrument d'écriture, sauf à la partie qui en conteste le caractère obligatoire, à établir, par les circonstances, qu'il n'est point sérieux.

Les notaires, huissiers et autres fonctionnaires publics et officiers ministériels, peuvent en être les rédacteurs. Les déclarations du 19 mars 1696 et du 14 juillet 1699, qui leur défendaient d'écrire ou de signer comme témoins aucun acte sous seing-privé, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes et de deux cents livres d'amende, sont aujourd'hui abrogées (3).

(1) MERLIN, Rép., v° *Signature*, § 1, n° 8. — Paris, 13 juin 1807. SIREY, 7, 2, 1210. — Bruxelles, 26 déc. 1811. SIREY, 12, 2, 289. — Bourges 21 nov. 1871. SIREY, 72, 2, 206.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 259. — DURANTON, t. 13, n° 127. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 645, 1re édit., et t. 8, p. 222, 4e édit.

(3) Avis du conseil d'État du 26 mars 1808. — Cass., 30 nov. 1807. SIREY, 8, 1, 85.

Les parties peuvent enfin, si elles le jugent convenable, se faire assister de témoins signataires ou non.

2. Les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, concernant les surcharges, les interlignes, les renvois ou apostilles, ne sont point applicables aux actes sous seing-privé. En conséquence, les mots surchargés et interlignés ne sont pas nuls de droit. Mais leur validité est elle-même subordonnée à l'appréciation des circonstances. Ainsi, ils seront valables, sans aucun doute, lorsqu'ils seront émanés de celui contre lequel on s'en prévaut, ou bien lorsque l'acte ayant été fait en plusieurs exemplaires, ils se rencontrent également sur tous. Que si, au contraire, les surcharges et interlignes sont de la main de la partie qui s'en prévaut, et que l'acte soit demeuré en sa possession, les juges peuvent déclarer nuls les mots surchargés et interlignés, s'il n'est pas suffisamment établi par les circonstances de la cause que celui à qui on les oppose y a donné son consentement.

Il en est de même des renvois et apostilles qui ne sont point signés, paraphés ni approuvés. Ils ne sont pas frappés de nullité, et peuvent valoir suivant les circonstances. Il s'agit en effet, dans ce cas, uniquement de savoir si la signature de la partie contre laquelle on s'en prévaut s'applique également aux renvois et apostilles, de manière à en faire une partie intégrante de l'acte. S'ils sont écrits de la main de celui à qui on les oppose, nul doute qu'ils ne soient valables, et qu'ils ne participent à la foi due au corps de l'écrit. Mais s'ils émanent de son adversaire, ils peuvent être annulés, s'il n'est pas établi d'une manière suffisante qu'ils ont été écrits du consentement de toutes les parties intéressées (1).

3. En traitant des actes notariés (2), nous avons dit que les ratures non approuvées sont censées n'avoir point existé au

(1) ZACHARIÆ, t. 5, n° 646, n^te^ 11, 1^er^ édit., et t. 8, p. 222, 4^e^ édit.
(2) Art. 1319, n° 29.

moment de la rédaction de l'acte; qu'en conséquence les mots raturés sont valables, à moins qu'il ne soit démontré que les ratures ont eu lieu du consentement de toutes parties. Mais cette présomption est inapplicable aux actes sous seing-privé, parce qu'elle se fonde uniquement sur le devoir imposé au notaire de mentionner et d'approuver les mots rayés, tandis que les personnes privées qui écrivent un acte ne sont point soumises à la même obligation. Les ratures qui existent dans les actes sous seing-privé sont donc censées faites lors de leur rédaction et du consentement de toutes parties, de telle sorte que les mots rayés sont frappés de nullité, à moins qu'il ne soit établi, par les diverses circonstances de la cause, qu'elles ont eu lieu par accident, fraude, mauvaise foi ou inadvertance; en un mot, sans le concours de la volonté de celui à qui on oppose la nullité des mots rayés.

Des difficultés sérieuses peuvent donc s'élever à l'occasion des surcharges, interlignes, renvois, apostilles et ratures. Les parties feront sagement de les prévenir en les signant, paraphant ou approuvant.

4. Les actes sous seing-privé peuvent être écrits indifféremment, soit par les parties elles-mêmes, soit par des tiers étrangers (1). Tel est du moins le principe, sauf quelques exceptions relatives au testament olographe (970), et à quelques autres actes d'une nature particulière, dont nous nous occuperons plus loin. L'apposition de la signature au pied de l'acte est la seule formalité qui soit, en général, prescrite pour sa validité.

Telle est même sa puissance à cet égard que l'acte est valable, sans approbation de l'écriture et du contenu de la pièce, bien que le signataire ne sache ou ne puisse ni écrire ni lire, et qu'il sache seulement signer, alors même que l'acte ne lui a point été lu, et qu'il n'a point voulu en prendre connais-

(1) Voy. *suprà*, n° 1. — Instit., *Princip.*, *De empt. vend.*

sance, soit par indifférence, soit par confiance en la personne du rédacteur (1).

5. Ordinairement la signature n'est apposée à l'acte qu'après sa rédaction. Néanmoins, il arrive fort souvent qu'une partie remet d'avance sa signature sur une feuille de papier en blanc destinée à recevoir plus tard le corps de l'écrit. C'est ce qu'on appelle remise d'un blanc-seing. Lorsque l'acte ainsi signé d'avance a été rempli par le tiers à qui il avait été remis en blanc, des conventions, dispositions ou déclarations à la rédaction desquelles il était destiné, il a envers le signataire la même foi que s'il n'avait été signé qu'après sa rédaction complète et définitive (2), sans préjudice et sauf preuve des cas de dol et de fraude, si le blanc-seing a été rempli, par abus de la signature, contrairement aux instructions du signataire.

Mais quant aux tiers qui ont contracté de bonne foi, en conséquence et au vu de l'acte dont le blanc-seing a été rempli, leurs droits doivent être maintenus à l'égard du signataire, nonobstant l'abus prouvé du blanc-seing de la part du tiers à qui il avait été confié (3).

6. La validité de l'acte sous seing-privé est enfin indépendante de l'accomplissement des formalités fiscales du timbre et de l'enregistrement. Cependant, par une innovation jusque-là sans précédents dans notre législation moderne, et seulement applicable aux effets de commerce, la loi du 5 juin 1850 dispose par son article 5 : « Le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, conformément aux articles 1, 2 et 3, n'aura d'action, en cas de non acceptation, que contre le tireur; en cas d'acceptation, il aura seulement

(1) TOULLIER, t. 8, n° 262.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 265. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 644, 1re édit., et t. 8, p. 221, 4e édit.

(3) Voy. art. 1165, nos 7 et suiv.

action contre l'accepteur et contre le tireur, si ce dernier ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance. Le porteur de tout autre effet sujet au timbre et non timbré, ou non visé pour timbre, conformément aux mêmes articles, n'aura d'action que contre le souscripteur. Toutes stipulations contraires sont nulles. » Mais comme le donneur d'aval est tenu solidairement, et par les mêmes voies que le tireur et souscripteur (142, 187, C. comm.), il reste soumis, comme eux, à l'action réservée par cet article 5 (1).

On voit que l'acte n'est point pour cela frappé de nullité, puisqu'il produit tous ses effets contre quelques-unes des parties, mais qu'il perd seulement de son efficacité sous le rapport du recours, dont l'exercice est subordonné à l'observation, dans les délais prescrits, de la formalité du timbre.

7. Cependant si, en général, les actes sous seing-privé ne sont soumis, quant à leur forme, à aucunes conditions particulières; si la loi n'exige pour leur validité que la signature des parties qui s'obligent; si elles sont libres de les rédiger dans la forme et de la manière qui leur paraissent les plus convenables, pourvu qu'elles y expriment nettement et clairement tout ce qui forme la substance de leur convention ou disposition, il existe deux espèces d'actes sous seing-privé pour la validité desquels les articles 1325 et 1326 exigent l'observation de formalités spéciales. Ce sont les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques, et ceux par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

8. Nous nous occuperons d'abord des actes de la première espèce. L'article 1325 dispose que les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux

(1) Cass., 11 février 1856. SIREY, 56, 1, 513.

qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Arrêtons-nous sur cette première partie de ses dispositions.

Cette obligation de multiplier les originaux des actes sous seing-privé contenant des conventions synallagmatiques, est appelée, dans le langage judiciaire, la formalité du double écrit. Il est bon de savoir comment elle a été introduite dans notre législation civile.

La théorie du double écrit, inconnue en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, datait à peine de soixante ans, lorsque l'article 1325 l'a consacrée. Le plus ancien arrêt cité qui ait formellement décidé la question est un arrêt du Parlement de Paris, du 30 août 1736, dont voici l'espèce : Oger avait vendu trois métairies à Verrier, par acte sous seing-privé fait double, mais sans mentionner qu'il eût été fait double. La veuve Verrier en demandant l'exécution, Oger prétendit que l'acte était nul, parce que le double qu'elle produisait, ni celui qu'il représentait lui-même, n'énonçaient pas que l'acte eût été fait double. Un pareil système de défense était bien peu favorable. Il n'avait pour lui, ni la loi, ni l'équité. Cependant, Oger gagna son procès. Le Parlement de Paris déclara nul l'acte de vente. Bientôt après il consacra cette jurisprudence par de nouveaux arrêts des 6 août 1740, 23 janvier 1767, 27 novembre 1781. Il jugea même, par l'arrêt du 23 janvier 1767, que l'exécution donnée à l'acte, qui même avait été déposé chez un tiers, était insuffisante pour couvrir la nullité de la convention (1).

D'autres parlements furent entraînés par l'exemple à la suite du Parlement de Paris. Celui de Bordeaux, par arrêt du mois d'août 1759, décida qu'il était de formalité essentielle et fondamentale de faire en double, en mentionnant, en outre, qu'il avait été fait double, tout acte sous seing-privé et police, par lesquels les deux parties s'obligent réciproquement (2).

(1) TOULLIER, t. 8, nº 315.
(2) SALVIAT, p. 393,

Enfin, celui de Rouen jugea, par arrêt du 5 mars 1785, qu'un acte synallagmatique est nul, par cela seul qu'il n'a pas été fait double, et encore que, quoiqu'il portât qu'il avait été fait double, on pouvait être admis à prouver la fausseté de cette énonciation, et, qu'à défaut de preuve écrite, on pouvait faire interroger sur faits et articles la partie à laquelle on oppose la nullité de l'acte. Cet arrêt va même jusqu'à décider que le dépôt de l'écrit fait entre les mains d'un tiers ne peut couvrir la nullité résultant de l'inobservation de la formalité du double écrit (1).

Mais le Parlement de Douai, par arrêt du 7 janvier 1777, et celui de Grenoble, par arrêt du 23 février 1779, avaient formellement repoussé ce système (2).

Ce n'est pas que la question ne se fût présentée pour la première fois qu'en 1736, devant le Parlement de Paris. Elle y avait été déjà soulevée dans une cause dont Merlin (3) rapporte l'espèce d'après Brillon (4). Mais la doctrine qu'il fit triompher plus tard y fut repoussée, par arrêt du 3 décembre 1680.

Il est vrai encore que Raviot, sur Perrier (5) cite un arrêt, du 13 juillet 1676, par lequel, suivant lui, le Parlement de Dijon aurait le premier consacré la formalité du double écrit. La question y fut bien soulevée; mais comme la partie qui excipiait de ce que l'acte contenant promesse d'échange n'avait pas été fait double, présentait d'autres moyens à l'appui de sa demande en nullité, il est difficile de savoir, ainsi que le remarque Merlin (6), si le Parlement de Dijon entendit prononcer, par ce seul motif, la nullité de l'acte.

Quoiqu'il en soit, telle était la jurisprudence la plus généra-

(1) MERLIN, Quest., v^is *Double écrit*, § 1.
(2) MERLIN, *ibid.*
(3) *Ibid.*
(4) V° *Bail*, n° 16.
(5) T. 1, § 166, n° 4.
(6) *Ibid.*

lement établie sur la théorie des doubles originaux. Et il y a même ceci de particulièrement remarquable, c'est que le Parlement de Paris frappait de nullité non-seulement l'acte, mais la convention elle-même. Nous signalons tout de suite, en nous proposant d'y revenir, la différence considérable qui existe sous ce rapport entre les décisions de l'ancienne jurisprudence et les dispositions de la loi nouvelle. L'article 1325 se garde bien de prononcer la nullité de la convention; il se borne à déclarer non valables les actes sous seing-privé dans la passation desquels on n'a pas observé la formalité du double écrit.

9. Voyons maintenant sur quel ordre d'idées reposait la jurisprudence du Parlement de Paris. On disait, en résumé : dans les conventions synallagmatiques où les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, il est de nécessité et de justice que chacun d'eux ait les mêmes moyens de se contraindre respectivement à l'exécution de leurs engagements réciproques. Il n'y aurait point, en réalité, entre les parties réciprocité d'obligations, s'il n'y avait pour l'une et pour l'autre égalité de moyens de contrainte. Or, si un contrat synallagmatique est constaté par un acte sous seing-privé, et que cet acte n'existe qu'en un seul original, celle-là seule des parties qui l'aura en sa possession aura le moyen de contraindre son adversaire à l'exécution de son engagement; tandis qu'il lui sera loisible, suivant son caprice ou son intérêt, de se soustraire à l'exécution de ses obligations personnelles, en supprimant ou en ne produisant pas l'acte qui est dans ses mains. Ainsi, par cela même qu'elle est maîtresse de la preuve elle est réellement maîtresse du sort de la convention. Cette convention, toute synallagmatique qu'elle puisse être, ne lie donc pas avec une égale force les parties contractantes; et cette inégalité dans le lien de droit est contraire à l'essence même du contrat. Donc il est nul, comme vicié dans son principe.

Cette doctrine se retrouve même aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Car nous lisons dans un de ses arrêts (1), que si le contrat de vente, par exemple, est fait par acte sous seing-privé, il est nécessaire, pour former le lien de droit, que chacune des parties soit munie d'un titre à l'aide duquel elle puisse forcer l'autre à l'exécution des engagements qui peuvent naître du contrat.

Mais cette argumentation est tout à fait vicieuse, et bouleverse les principes les plus élémentaires du droit. Elle confond ce qui est de la substance des conventions en elles-mêmes avec ce qui ne se rapporte qu'à leur preuve, avec l'acte destiné à les constater.

Sans doute, dans les contrats synallagmatiques, les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Mais il n'est pas de même exact de prétendre que la réciprocité du lien de droit ait pour conséquence essentielle d'engager chaque partie envers l'autre avec la même efficacité. La convention ne cesse pas, en effet, d'être synallagmatique, bien que l'une des parties soit obligée moins efficacement que l'autre, et que cette inégalité dans le lien en altère la réciprocité. Nous nous bornerons à rappeler que l'un des contractants peut être tenu irrévocablement d'une obligation pure et simple, tandis que l'autre peut avoir à exercer une action en nullité ou en rescision, ou à opposer les effets d'une condition résolutoire, même purement potestative. On ne saurait donc prétendre qu'une convention synallagmatique cesse d'être valable à cause d'une inégalité respective dans le lien de droit.

Que doit-on dire ensuite, lorsqu'il n'existe d'autre différence dans la position de chaque contractant, qu'en ce qui touche les moyens d'établir l'existence de la convention? Il faut bien le redire chaque fois que ce principe est méconnu : la convention se forme et existe en soi, indépendamment de sa preuve.

(1) 31 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 533.

La loi n'exige pour sa formation régulière que le consentement et la capacité des parties, une cause licite et un objet qui soit dans le commerce. Mais jamais elle n'a considéré les moyens de preuve comme un élément essentiel de sa validité. Et alors même qu'elle en subordonne la preuve à un mode particulier de constatation, ce n'est pas que la convention n'existe point, mais seulement qu'elle n'est point régulièrement prouvée. Toute convention oblige donc les contractants, soit qu'il existe ou non des moyens légaux d'en établir l'existence.

Qu'importe, dès lors, que l'un des contractants ait entre ses mains un élément de preuve qui n'appartiendrait pas également à son adversaire? C'était à lui à prendre ses précautions et à se ménager un moyen aussi efficace de prouver la convention. Si en se privant personnellement de tout élément de preuve, il s'en est ainsi rapporté à la bonne foi de son adversaire, il ne doit imputer qu'à lui-même les suites de son imprudence. Lors donc que l'unique original de l'acte sous seing-privé est en la possession d'une seule partie, l'autre prétendra vainement qu'elle s'est livrée à son entière discrétion, en ne retenant pas elle-même un moyen semblable de preuve. On pourra toujours lui répondre que son imprudence ne saurait avoir pour effet d'invalider la preuve écrite qu'administre son adversaire par la seule production de l'acte; qu'après tout elle n'est pas destituée de tout moyen de preuve, même en cas de suppression frauduleuse de l'acte, puisqu'elle peut avoir un commencement de preuve écrite, déférer le serment et faire interroger sur faits et articles, sur le fait de la convention. Telles sont les critiques fondées que l'on a adressées à l'article 1325 (1).

Il convient toutefois, de reconnaître que le Code civil a eu un peu plus de ménagements pour les principes du droit,

(1) Voy. NOUVEAU-DENIZART, v^is *Doubleécrit*. — MERLIN, Rép. et Quest., v^is *Double écrit*. — TOULLIER, t. 8, n^os 311 et suiv.

que le Parlement de Paris. Quand ce dernier déclarait la convention nulle, à défaut d'un acte fait double, le Code civil se borne, en effet, à déclarer l'acte non valable. Le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait en double original, n'affecte donc plus aujourd'hui l'existence même de la convention, et n'a d'autre effet que d'invalider l'écrit comme moyen régulier de preuve. Mais dans ces termes, les dispositions de l'article 1325 sont encore en opposition avec les principes les plus certains. Car chaque contractant doit être admis à établir l'existence de la convention qu'il allègue, par les divers moyens de preuve qui sont en sa possession, abstraction faite de la question de savoir si son adversaire a ou n'a pas également des moyens de preuve semblables ou différents, d'une égale ou moindre efficacité.

10. On a dit (1) que l'article 1325 pouvait s'expliquer par cette considération, que le législateur avait sans doute pensé que lorsque l'acte sous seing-privé, constatant une convention synallagmatique, n'était pas fait double, les parties n'avaient entendu faire qu'un simple projet de convention, sans s'engager définitivement; que c'était sur le fondement de cette présomption d'une convention non définitive, que l'acte sous seing-privé non fait double était déclaré non valable, comme moyen de constater un contrat définitivement arrêté.

Cet aperçu nous paraît manquer d'exactitude. Il est d'abord fort éloigné des motifs sur lesquels s'était fondé le Parlement de Paris, motifs qui ont été reproduits, lors de la rédaction du Code, dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu et dans le rapport de M. Jaubert (2). Il est ensuite en opposition avec les termes de l'article 1325. En déclarant, en effet, non valables les actes sous seing-privé non faits double, lorsqu'ils contiennent des conventions synallagmatiques, il montre suffisam-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 646, n^te 13, 1^re édit., et t. 8, p. 223, n^te 13, 4^e édit.

(2) Voy. LOCRÉ, t. 12, p. 393 et 511.

ment qu'il ne se préoccupe point de l'existence de la convention en elle-même, mais seulement des moyens de l'établir. Il accepte le contrat comme formé, comme existant, non en simple projet, mais d'une manière définitive; et, se plaçant dès lors au seul point de vue de sa preuve, il déclare non valable, comme élément de constatation, l'acte non fait double. Son inefficacité n'est donc point la conséquence d'une présomption légale, en vertu de laquelle la convention est réputée simple projet, mais de son irrégularité propre, en ce qu'il n'a point été fait double.

Ce qui le prouve de plus en plus, c'est que cette irrégularité de l'acte se couvre par l'exécution. L'article 1325 le dit lui-même; le défaut de mention que les originaux ont été faits double se couvre..... Nulle part il n'apparaît qu'il suppose une imperfection quelconque dans la convention. Loin de là, comme il ne s'occupe que de la force probante de l'acte qui la contient, c'est s'éloigner autant de son esprit que de son texte, que de chercher à interpréter ses dispositions à l'aide des règles particulières qui président à la formation des contrats.

Si l'on nous demande quelles sont les raisons sur lesquelles, suivant nous, les dispositions de l'article 1325 sont fondées, nous répondrons que le législateur, en imposant la formalité du double écrit pour les conventions synallagmatiques, a voulu garantir autant que possible l'observation des principes de bonne foi qui règlent l'exécution des contrats, et enlever à la mauvaise foi toute occasion de surprise et de fraude, en assurant également à chaque partie les moyens de la déjouer, et de contraindre réciproquement son adversaire à l'exécution de ses engagements. Telle est l'unique pensée de la loi, pensée de justice et d'équité, qui, alors même que les principes rigoureux du droit en sont altérés sous certains rapports, doit rendre la critique plus indulgente à son égard.

11. Entrons à présent dans l'explication de notre article, et voyons d'abord ce qu'il entend ici par conventions synallagmatiques.

Ces expressions s'appliquent, en première ligne, aux conventions synallagmatiques parfaites, telles que la vente, l'échange, le louage, la société, la transaction, le partage; et ensuite aux conventions synallagmatiques imparfaites de leur nature, lorsque les clauses et conditions particulières sous lesquelles elles ont été contractées leur donnent, par exception, le caractère et les effets de conventions synallagmatiques proprement dites.

Mais l'article 1325 est inapplicable aux conventions purement unilatérales, et même à celles que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites. Nous avons vu, en effet, que les conventions synallagmatiques parfaites sont celles par lesquelles les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, mais de telle sorte que ces obligations sont également principales, et que, résultant immédiatement et directement du contrat, elles sont la cause l'une de l'autre. Au contraire, dans les conventions que nous avons appelées synallagmatiques imparfaites, si les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, il n'y en a qu'une néanmoins qui s'oblige directement et immédiatement d'une manière principale; tandis que l'autre ne contracte qu'une obligation éventuelle et subordonnée, dont l'existence n'est que la suite de l'obligation principale et dominante qui fait l'objet de la convention. Tels sont le mandat et le dépôt. Il n'y a d'engagement principal et direct que de la part du mandataire et du dépositaire. Quant aux obligations du mandant ou déposant, elles sont secondaires, éventuelles et subordonnées à l'exécution et aux suites que l'autre partie aura données à l'obligation principale. Ainsi, l'article 1325 ne s'applique point aux conventions de cette nature, alors même qu'une stipulation formelle aurait réglé l'indemnité et le recours du mandataire ou du dépositaire (1).

(1) DURANTON, t. 13, n° 150. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 648, 1re édit., et t. 8, p. 226, 4e édit. — Cass., 23 avril 1877. SIREY, 78, 1, 399.

12. Il est de même, et à plus forte raison, inapplicable aux conventions purement unilatérales, qui ne peuvent être rangées dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, tels que le prêt, le commodat, les actes ordinaires de cautionnement (1), les reconnaissances de dette, alors même qu'il y aurait stipulation d'un terme en faveur du débiteur (2); les actes de confirmation, de ratification, de renonciation à une action en rescision ou en nullité, pourvu qu'ils ne constituent pas, en réalité, une transaction véritable (3); enfin, le gage et l'antichrèse simple (4).

13. Cependant, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, l'article 1325 doit recevoir son application lorsque les clauses et conditions dont est assortie une convention de sa nature purement unilatérale, lui donnent le caractère et la portée d'une convention synallagmatique. Il est juste, en effet, dans ce cas, que chaque partie ait le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements respectifs; tandis, au contraire, que si la formalité du double écrit n'était pas observée, le contractant qui ne serait point porteur de l'acte serait à la discrétion de l'autre.

Par exemple, j'acquiesce à un jugement qui me condamne, mais sous la condition, acceptée par mon adversaire, de m'accorder un délai pour l'exécution des condamnations. Comme il en résulte des engagements réciproques, l'acte doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct (5).

Ainsi, je donne mon cautionnement sous la condition formelle que le créancier accorde terme au débiteur principal,

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 18, n° 298. — TROPLONG, *Cautionn.*, n° 20. — Cass., 22 nov. 1835. SIREY, 26, 1, 146.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*
(3) TOULLIER, t. 8, n° 501. — DURANTON, t. 13, n° 275.
(4) TROPLONG, *Nantissement*, n° 516. — DURANTON, t. 18, n° 559.
(5) Cass., 23 août 1853. SIREY, 55, 1, 94.

ou réduit en sa faveur le montant de la dette. L'acte de cautionnement est alors soumis aux prescriptions de l'article 1325. Autrement, si l'acte était fait en un seul original, et qu'il fût remis au créancier, celui-ci pourrait, à sa volonté et suivant son intérêt, se prévaloir de mon cautionnement ou y renoncer, et, dans ce dernier cas, contrevenir impunément à l'obligation qu'il avait contractée de suspendre ses poursuites ou de réduire la dette (1).

Par exemple encore, lorsqu'il a été stipulé que, dans le cas où le réméré ne serait pas exercé dans le délai fixé par l'acte de vente, la caution rembourserait l'acquéreur, et que ce dernier, moyennant ce remboursement, ne demeurerait point propriétaire de la chose et subrogerait, au contraire, la caution dans tous ses droits contre le vendeur; alors le cautionnement est un véritable contrat synallagmatique, qui doit, en conséquence, être rédigé en doubles originaux. La caution n'a, en effet, aucun autre moyen de poursuivre l'exécution des engagements contractés envers elle par l'acquéreur, si celui-ci entend ne pas user du bénéfice du cautionnement pour se soustraire à l'obligation de rétrocéder la chose à la caution qui le rembourse (2).

Mais si le délai demandé par la caution en faveur du débiteur n'emportait aucun engagement de la part du créancier; si le cautionnement avait été fourni sous la condition simple que les poursuites seraient suspendues pendant un certain temps, sans que le créancier s'y obligeât formellement, demeurant, au contraire, parfaitement libre de les continuer ou de les suspendre, et de satisfaire par là ou de ne pas satisfaire à la condition sous laquelle le cautionnement a été donné; dans

(1) DURANTON, t. 13, n° 152. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 649, n^te 19, 1^re édit., et t. 8, p. 227, n^te 21, 4^e édit. — Cass., 14 mai 1817. SIREY, 18, 1, 47. — 23 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 242. — Nîmes, 18 nov. 1851. SIREY, 52, 2, 363.

(2) Cass., 14 juin 1847. SIREY, 47, 1, 663.

ce cas, l'article 1325 est inapplicable. Car il n'y a qu'un engagement unilatéral de la part de la caution (1).

14. Quant aux arrêtés de compte, la formalité du double écrit ne leur est point, en principe, applicable (2). Soit qu'ils se rattachent ou non à l'exécution de conventions synallagmatiques; soit qu'ils aient pour objet de régler entre les parties les conséquences d'obligations réciproques ou unilatérales, de présenter d'un seul côté un état de sommes, de fournitures, de prestations, ou d'établir des deux parts une balance ou solde définitif, par voie de compensation, d'imputation ou de payement de reliquat; soit enfin qu'ils contiennent, pour résultat final, l'expression d'une quittance totale ou partielle donnée à l'une des parties, ou d'une obligation pour solde contractée par l'une envers l'autre; ils ne sont point soumis aux formes prescrites par l'article 1325.

C'est qu'ils ne contiennent point de conventions synallagmatiques, et que, par eux-mêmes, ils ne créent aucune espèce d'obligations mutuelles, à l'exécution desquelles chaque partie ait à contraindre réciproquement son adversaire. Un arrêté de compte aboutit, en effet, sauf le cas exceptionnel dont nous allons parler, à une obligation unilatérale de la part de celui qui se trouve en définitive débiteur, s'il n'établit même la libération de l'un et de l'autre. Or, lorsqu'il s'agit de l'application de l'article 1325, il faut apprécier le caractère de l'acte en soi, abstraction faite des actes antérieurs auxquels il se réfère, et des modifications qu'il apporte aux rapports primitifs des contractants. Il suffit que, par lui-même, il ne constitue point de convention synallagmatique (3).

(1) Cass., 3 avril 1850. SIREY, 50, 1, 246.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 331. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 648, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 153. — Orléans, 22 août 1840. SIREY, 40, 2, 433.

(3) Voy. Cass., 14 juin 1864. SIREY, 64, 1, 119. — 17 déc. 1872. SIREY, 72, 1, 421.

Il est vrai que toutes parties peuvent avoir intérêt à avoir chacune un original de l'arrêté, pour justifier que le compte a été fait, et, en cas de besoin, en reproduire les éléments, si l'acte les contient. Celui qu'il constitue débiteur, aussi bien que celui qu'il établit créancier, peut être intéressé à prévenir les conséquences de la suppression frauduleuse de l'original unique, parce qu'il y aurait, dès lors, nécessité de faire un nouveau compte. Mais c'est aux contractants à prendre leurs précautions à cet égard, soit en faisant l'arrêté en plusieurs originaux, soit en se demandant réciproquement la remise de titres antérieurs, des déclarations et des décharges, afin de se garantir autant que possible des surprises de la fraude et de la mauvaise foi. Quel que soit, après tout, l'intérêt qu'ils peuvent avoir à se ménager également le moyen de prouver l'arrêté de compte, comme cet acte ne contient aucune convention synallagmatique, l'article 1325 lui est inapplicable.

Cependant, s'il contenait au fond un engagement synallagmatique, il devrait être assujetti à la formalité du double écrit, non point comme simple arrêté de compte, mais comme convention bilatérale; par exemple, lorsqu'il renferme une véritable transaction sur certains points litigieux, ou que, s'agissant d'un compte de tutelle, le tuteur s'oblige à payer le reliquat à son pupille qui, de son côté, déclare renoncer à toute action en répétition et réclamation pour faits de tutelle (1).

Tel serait encore le cas où il contiendrait, avec stipulation de terme, novation de la dette résultant, à la charge de l'une des parties, de la balance du compte. Cette stipulation de novation avec terme constitue une obligation réciproque, à l'exécution de laquelle chaque contractant doit avoir également le moyen de contraindre son adversaire.

15. Par application du même principe, on doit soumettre à la formalité du double écrit les actes contenant reconnaissance

(1) DURANTON, t. 13, n° 153.

d'une dette antérieure, lorsque cette dette étant déjà régulièrement établie, le débiteur qui la reconnaît stipule une novation, ou contracte envers le créancier un engagement nouveau, sous la condition qu'un délai lui sera accordé. Si, dans ce cas, l'acte de reconnaissance n'était pas fait en double original, le créancier, porteur de l'original unique, aurait seul le moyen de contraindre le débiteur à l'exécution de la dernière obligation, ou de s'y soustraire en se prévalant du premier engagement, que nous supposons constaté par un acte régulier resté en sa possession, indépendamment de l'acte de reconnaissance. Or, ce dernier acte contient une véritable convention synallagmatique, puisque, d'une part, le créancier accorde terme et novation, et que d'autre part, le débiteur contracte, sous la foi de cette promesse obligatoire, un nouvel engagement. Il y a, en conséquence, nécessité d'appliquer l'article 1325.

Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui que nous avons prévu plus haut. Si nous avons dit que les reconnaissances de dette, faites même avec stipulation de terme, ne sont pas soumises à la formalité du double écrit, c'est dans la seule hypothèse où la dette n'est pas constatée par un acte antérieur régulier. Car alors le créancier ne peut s'empêcher de produire l'acte de reconnaissance qui constitue son seul titre de créance, et, conséquemment, d'accorder au débiteur le terme stipulé, ou de le faire profiter de la novation convenue (1).

16. Le compromis est également soumis aux formalités prescrites par l'article 1325, quand il est fait par acte sous seing-privé (2). Si, d'une part, entre les parties qui compromettent et les arbitres nommés pour juger la contestation, il constitue un mandat, d'autre part, néanmoins, il établit entre les parties, et dans leurs rapports mutuels, l'engagement synallagmatique de soumettre leur différend à un arbitrage. Chacune

(1) Alger, 22 mai 1878. SIREY, 78, 2, 333.
(2) TOULLIER, t. 8, nº 332.

d'elles doit donc avoir en sa possession des moyens égaux de contraindre les autres à l'exécution du compromis.

17. Les résolutions et révocations conventionnelles de contrats unilatéraux, alors même qu'elles contiennent accessoirement quelque obligation en faveur de l'obligé primitif, ne sauraient établir des conventions synallagmatiques. Elles sont toujours, à moins de circonstances particulières qui en changent le caractère, un contrat simplement unilatéral comme la convention originaire à laquelle elles s'appliquent.

Mais il en est autrement des actes par lesquels un contrat synallagmatique est résolu, résilié ou révoqué par les parties. Comme ils emportent, de part et d'autre, extinction des obligations réciproques qui résultaient du contrat primitif, ils établissent par cela même de nouveaux engagements également réciproques. Telle est la résolution conventionnelle d'une vente antérieure. Il en résulte, en effet, pour le vendeur, l'obligation de reprendre la chose vendue, et, pour l'acquéreur, l'obligation de la rendre, sans préjudice des autres restitutions de prix et de jouissances qui en sont la conséquence immédiate. L'acte qui contient cette résolution bilatérale doit donc être fait double, conformément à l'article 1325.

Cependant, si la résolution convenue était simplement unilatérale, de telle sorte qu'une seule partie fût admise à s'en prévaloir, comme alors elle ne contient point d'obligations réciproques, l'acte ne serait point soumis à la formalité du double écrit. Il suffirait de la remise du seul original aux mains de la partie qui seule est fondée à opposer la résolution. Quant au point de savoir si la faculté de résolution est convenue en faveur de toutes parties ou d'une seule, il dépend des termes dans lesquels l'acte est conçu. Mais de ce qu'il n'aura été fait qu'en un seul original, il sera permis de supposer qu'elle n'existe qu'à l'égard de celui qui est porteur de l'acte, à moins qu'il ne résulte expressément des termes dans lesquels il a été rédigé, que la résolution est commune aux

deux contractants, et emporte pour l'un et pour l'autre des engagements réciproques.

18. Ces principes s'appliquent également aux résiliations conventionnelles de baux, par lesquelles le bailleur et le preneur se rendent réciproquement leur liberté. Mais observons aussi que, si l'acte de résiliation n'est fait qu'en un seul original qui soit en la possession du bailleur ou du preneur, on pourra facilement admettre que la faculté de résiliation n'est pas réciproque, et n'appartient qu'à celle des parties aux mains de laquelle se trouve l'unique original, pourvu, toutefois, que l'acte ne soit point conçu dans des termes tels qu'il en résulte clairement que le bail était résilié indistinctement et également pour toutes parties. Hors ce cas, on pourra toujours répondre à celui qui excipera de la nullité de l'acte, pour n'avoir pas été fait double, que c'était à lui, s'il contenait réellement une convention synallagmatique de résiliation, à l'établir clairement dans la rédaction de l'acte, et à se conformer, en conséquence, pour la sûreté de ses droits, aux dispositions de l'article 1325.

Par les mêmes raisons, les congés amiables ne sont point soumis à la formalité du double écrit (1). Ainsi, il suffit que le bailleur ou le preneur ait fait énoncer dans une quittance des fermages que le congé a été donné. En effet, si la quittance n'est pas représentée, le preneur est obligé de payer deux fois, puisqu'il ne justifie point d'un premier payement. Le bailleur n'est donc pas à sa discrétion absolue.

La quittance est-elle produite, elle fait alors preuve de la volonté exprimée par les parties. Or, ne perdons pas de vue que le congé n'est autre chose que l'expression unilatérale de la volonté de celui qui le donne, et qu'il ne s'agit nullement alors d'une résiliation conventionnelle synallagmatique (2).

(1) *Contrà*, DUVERGIER, *Louage*, t. 1, n° 492.
(2) TROPLONG, *Louage*, n° 425.

Quant aux déclarations unilatérales par lesquelles le bailleur et le preneur reconnaissent que le bail sera résilié à partir de telle époque, elles ne sont pas non plus soumises aux formalités de l'article 1325. Ces déclarations, alors même qu'elles contiennent une résiliation contractuelle, sont, en effet, par leur forme, censées faites en faveur seulement de la partie à qui elles sont remises, de telle sorte que les contractants ne sauraient exciper de leur irrégularité prétendue, sous le prétexte qu'elles auraient dû être faites en doubles. Il est vrai que celui qui en est porteur peut en supprimer l'unique exemplaire. Mais cette suppression n'est, de sa part, que la renonciation à l'exercice d'une faculté unilatérale; et l'on peut répondre à l'autre partie que, si, comme elle le prétend, sa liberté lui avait été également rendue, il était de son intérêt et de son devoir de se faire remettre, pour en justifier, une déclaration semblable.

19. Les promesses de contrats synallagmatiques, lorsqu'elles sont également obligatoires pour toutes parties, sont de véritables conventions synallagmatiques soumises aux formalités de l'article 1325.

Mais les simples promesses unilatérales ne le sont point, puisqu'elles n'obligent que celui qui les fait. Cependant, quand elles se réalisent en contrat définitif et également obligatoire pour toutes parties, il y a nécessité de rédiger l'acte en double original, comme contenant dès lors des conventions synallagmatiques (1).

20. Les dispositions de l'article 1325 cessent néanmoins de recevoir leur application, lorsque le contrat étant synallagmatique de sa nature, l'une des parties a pleinement satisfait aux obligations qui en résultent pour elle, soit avant la rédaction de l'acte, soit au moment même de sa rédaction. Tel est le cas où l'acquéreur paye comptant le prix de vente, alors

(1) DURANTON, t. 13, n° 147. — MARCADÉ, art. 1325, n° 4.

que, par ce payement, il exécute toutes les obligations par lui contractées envers le vendeur (1). Par suite de l'exécution de ses engagements respectifs, ainsi consommée par l'un des contractants, la convention, bien que synallagmatique de sa nature, devient, en réalité, simplement unilatérale. L'autre partie envers laquelle elle a été pleinement exécutée n'a plus aucun droit même éventuel à exercer, et n'a plus aucun intérêt à exiger que l'acte soit fait en deux originaux, dont l'un soit remis en sa possession.

Il est même indifférent, dans ce cas, que l'acte soit rédigé dans les termes propres à une vente, ou qu'il soit passé dans la forme d'une quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur, et par laquelle il est énoncé que la somme payée l'a été pour prix de la vente consentie. Dans l'un et l'autre cas, il suffit que l'unique original de l'acte de vente ou la quittance soit remise à l'acquéreur, dont la libération d'une part et les droits de l'autre sont suffisamment constatés (2).

Il en est de même dans l'hypothèse inverse où c'est le vendeur qui, par la délivrance et la tradition de la chose vendue, satisfait au moment de la rédaction de l'acte à toutes les obligations par lui contractées. Comme l'acquéreur est alors le seul qui ait des engagements à remplir, il suffit que le vendeur, seul créancier, ait en sa possession l'unique original de l'acte, soit que cet acte ait été rédigé dans la forme d'une vente, soit qu'il consiste en une obligation souscrite par l'acquéreur, et causée pour vente suivie de la tradition de la chose qui a fait l'objet du contrat (3).

21. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le vendeur est tenu d'une garantie quelconque, et celui où il n'est

(1) TOULLIER, t. 8, n° 327. — DURANTON, t. 13, n° 146. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 649, 1re édit., et t. 8, p. 227, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1325, n° 4. — Montpellier, 10 juin 1828. SIREY, 28, 2, 341.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 327.

(3) DURANTON, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 328.

tonu d'aucune garantie. Ce n'est pas que l'obligation de garantie, quand elle existe, ne puisse être prise elle-même en considération, pour déterminer le caractère synallagmatique du contrat, et que l'acquéreur n'ait lui-même un intérêt manifeste à avoir en sa possession un original de l'acte qui lui serve pour constituer son titre de propriété, ou pour exercer son recours en garantie contre le vendeur, alors surtout que postérieurement il a payé le prix de la vente. Mais cet intérêt de l'une des parties ne suffit pas pour l'application de l'article 1325; il faut que cet intérêt se fonde sur l'existence d'une convention qui emporte des engagements synallagmatiques. D'ailleurs, la tradition de la chose par le vendeur et sa réception par l'acquéreur, sont des actes d'exécution réciproque qui les rendent l'un et l'autre non recevables, le cas de garantie échéant, à opposer que l'acte n'a pas été fait double (1325).

22. Mais si le vendeur, alors même qu'il reçoit le prix comptant, s'était réservé un droit d'usufruit ou de servitude sur les choses vendues, il y aurait nécessité de rédiger en double original l'acte sous seing-privé. Car il a besoin, dans ce cas, d'être muni d'un titre pour pouvoir forcer l'acquéreur à l'exécution des engagements réciproques qui naissent du contrat. Il importe même peu qu'il soit ou non dans la nécessité actuelle de l'y contraindre, au moment même où le contrat intervient entre eux. Il suffit que cette nécessité puisse se manifester plus tard, à une époque quelconque, pour que l'article 1325 doive recevoir son application; par exemple, au cas où le vendeur se réservant l'usufruit retient la possession de la chose (1).

23. L'article 1325, en exigeant que l'acte soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct,

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 649, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — Cass., 31 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 533. — Agen, 17 août 1837. SIREY, 38, 2, 122.

n'exige point pour cela un nombre d'originaux correspondant exactement à celui des personnes qui stipulent ou promettent. Il suffit, dit-il, d'un seul original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Dans ce cas, en effet, ces personnes, liées entre elles par un intérêt semblable et commun, n'ont besoin que d'un seul original pour toutes, sauf à se le communiquer afin de poursuivre contre les autres l'exécution de leurs engagements respectifs.

Mais que doit-on entendre ici par ces mots, toutes personnes ayant le même intérêt? Ce sont celles, en employant les expressions mêmes de notre article, qui n'ont pas un intérêt distinct. Mais il faut alors expliquer ce qu'il entend par ces termes, des parties ayant un intérêt distinct. L'esprit dans lequel il est conçu le fait suffisamment comprendre; ce sont celles qui, par l'effet immédiat et direct de la convention synallagmatique, s'obligent réciproquement les unes envers les autres. Au contraire, celles que la convention, considérée dans son caractère bilatéral, ne soumet pas à des obligations réciproques, comme stipulant d'un côté et promettant de l'autre, sont réputées avoir un intérêt commun.

Cette communauté d'intérêt peut sans doute donner lieu, entre les parties à l'égard desquelles elle existe, à des règlements, à des liquidations, à des divisions, à des actions en recours et indemnité. Néanmoins, ces intérêts particuliers qui les séparent et les distinguent, étant étrangers au caractère synallagmatique du contrat, n'empêchent pas qu'elles ne doivent être considérées, dans le sens spécial qu'y attache l'article 1325, comme ayant un intérêt commun (1).

Tels sont les associés, les coobligés solidaires ou conjoints, comme le mari et la femme (2), soit qu'ils stipulent ou promettent ensemble. Ainsi, les associés stipulant ou promettant

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 650, 1re édit., et t. 8, p. 228, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 154. — MARCADÉ, art. 1325, n° 3

(2) Cass., 15 juillet 1879. SIREY, 79, 1, 469.

pour les affaires de la société; les vendeurs ou acquéreurs conjoints; les cohéritiers stipulant ou promettant en cette qualité; les cocréanciers ou codébiteurs solidaires, sont réputés avoir un intérêt commun, de telle sorte qu'un seul original suffit pour tous, sauf à eux à prendre toutes précautions convenables pour se garantir contre toute suppression frauduleuse de leur titre commun, de la part de celui qui en est dépositaire. Il en est de même à l'égard de l'obligé principal, de ses cautions et certificateurs de cautions.

De ce que l'identité ou la séparation d'intérêt s'apprécie relativement au caractère des stipulations d'un côté et des obligations de l'autre, indépendamment des effets de ces stipulations et obligations par rapport à ceux qui les ont faites et contractées en commun, nous tirons la conséquence suivante: les associés, les coobligés, de quelque manière qu'ils aient réglé entre eux les conditions et les garanties de leur recours les uns envers les autres, ne doivent jamais être considérés que comme ayant le même intérêt, vis-à-vis de l'autre partie contractante, bien que leurs conventions particulières puissent avoir, dans leurs rapports particuliers, un caractère synallagmatique, et doivent, par suite, être rédigées en plusieurs originaux.

Ainsi, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari ou comme sa caution, doit être réputée n'avoir que le même intérêt, bien que son engagement donne lieu en sa faveur à une hypothèque légale sur les biens de son mari, et qu'à cet égard elle ait un intérêt distinct de celui de ce dernier. Cette séparation d'intérêt étant étrangère à celui envers lequel elle s'est engagée, et ne concernant que ses relations avec son coobligé, elle ne peut opposer au créancier qu'elle devait avoir un original séparé (1).

24. Mais les parties ont, au contraire, un intérêt distinct,

(1) *Contàr*, Cass., 23 août 1853. SIREY, 55, 1, 94.

lorsque le contrat contient à leur égard des stipulations et obligations exclusivement personnelles. Ainsi, doivent être considérés comme ayant un intérêt distinct, les covendeurs ou coacquéreurs, lorsque, même par un seul et même acte, ils vendent ou achètent une chose, non pas conjointement et le tout ensemble, mais chacun sans solidarité, pour une part déterminée et pour un prix particulier.

Cependant, si les covendeurs ou coacquéreurs avaient commencé par vendre ou acheter conjointement et ensemble la chose entière, ils ne cesseraient pas d'être considérés comme ayant un intérêt commun, quand même ils auraient, par des clauses spéciales insérées dans l'acte, déterminé, seulement par rapport à eux, la part de chacun dans la chose ou dans le prix. Ce règlement de leurs intérêts particuliers dans la vente ou dans l'achat, n'enlève pas à l'acte son caractère de vente ou d'acquisition conjointe entre les vendeurs ou acquéreurs, par rapport aux autres parties qui y sont restées étrangères.

25. Lorsque plusieurs personnes figurent dans un même acte comme ayant un intérêt commun, il importe peu pour sa validité que l'unique original, qui suffit pour elles toutes ensemble, soit remis à l'une d'entre elles plutôt qu'à telle autre, en leur présence ou séparément. Il n'est même pas exigé qu'il mentionne la personne à qui il a été remis. Il est vrai que, dans ce cas, celle à qui il a été livré peut, par un concert frauduleux avec l'autre contractant, et par une suppression frauduleuse des deux originaux, frustrer ses cointéressés du bénéfice du contrat, en les privant de tous moyens d'en poursuivre l'exécution. Cet inconvénient est très réel; mais il suffit d'observer qu'il est tout à fait en dehors des prévisions de l'article 1325; et nous ajoutons que les parties, ayant un intérêt commun, ont alors à se reprocher elles-mêmes de ne pas avoir exigé chacune un original, ou de s'être exposées à un abus de confiance par le choix d'un dépositaire infidèle (1).

(1) DURANTON, t. 13, n° 154. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 650, n^te 23, 1^re édit., et t. 8, p. 228, n^te 25, 4^e édit.

Aussi pensons-nous que l'acte ne serait pas valable si, les parties ayant un intérêt commun, il avait été stipulé par elles qu'il serait fait plusieurs originaux, et qu'il n'en eût été fait qu'un seul; ou bien encore s'il avait été convenu que l'unique original serait remis à l'une d'entre elles spécialement désignée, et qu'il l'eût été à une autre. Ces stipulations particulières, ayant pour objet d'assurer à chaque contractant les moyens de poursuivre l'exécution du contrat, reproduisent, dans leur intention, l'esprit général de l'article 1325; et, dès lors les infractions qui y sont commises doivent encourir la même sanction que s'il s'agissait d'une infraction aux dispositions mêmes de cet article, sauf les actes d'exécution qui en couvrent l'irrégularité.

26. Il ne suffit point que l'acte sous seing-privé ait été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; il faut, en outre, que chaque original contienne la mention du nombre des originaux qui ont été faits (1325). On comprend sans peine le motif de cette disposition. Si chaque original ne mentionnait pas le nombre des originaux qui ont été faits, chaque contractant pourrait supprimer le titre qui lui a été remis, et réduire par là son adversaire à l'impossibilité d'établir que l'acte a été fait réellement en plusieurs originaux. Il faut donc que l'acte porte en lui-même la preuve que toutes les formalités prescrites par la loi pour sa validité ont été remplies. Et cette disposition n'est elle-même qu'une application spéciale du principe qui régit la rédaction des actes authentiques.

Aucune expression sacramentelle n'est exigée pour la régularité de cette mention. Il suffit qu'il ressorte clairement des termes employés, que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de personnes ayant un intérêt distinct.

Il n'est même pas nécessaire que chaque original énonce le nombre des originaux qui ont été faits. Il suffit d'exprimer, en termes généraux, que l'acte a été fait en autant d'originaux

qu'il y a de parties intéressées, sans dire qu'ils ont été faits doubles, triples, etc.

27. Si un seul original ne contenait pas la mention que l'acte a été rédigé en doubles ou triples originaux, alors même que cette mention se trouverait dans tous les autres, l'acte serait non valable. C'est comme si la mention n'avait pas été faite du tout. Sans doute la partie qui a l'original où la mention ne se trouve pas, ne peut point le supprimer impunément, puisque alors les autres produisent des originaux réguliers et portant en eux la preuve de leur régularité, tandis que l'irrégularité de l'acte ne peut résulter que de la production de l'original où la mention exigée n'existe point. Mais ceux qui sont porteurs d'originaux réguliers peuvent, par leur suppression frauduleuse, mettre l'autre contractant dans l'impuissance de prouver légalement la convention. Il n'est donc pas vrai, dans ce cas, que toutes parties aient également en leur possession les moyens de se contraindre à l'exécution de leurs engagements réciproques.

28. S'il était énoncé mensongèrement que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, cette fausse mention ne couvrirait pas le vice résultant de l'inaccomplissement réel de cette formalité. Les parties peuvent donc offrir la preuve de la fausseté de cette énonciation, et s'il est établi que l'acte n'a pas été fait double, les juges doivent le déclarer non valable (1).

Mais comme l'acte fait foi de la réalité du fait qu'il énonce, et qu'il s'agit de prouver contre sa teneur, la preuve de la fausseté de sa mention n'est recevable que conformément aux principes généraux du droit; c'est-à-dire qu'il faut une preuve écrite, ou un commencement de preuve par écrit, ou l'aveu de la partie intéressée, sans préjudice de l'indivisibilité de ses déclarations (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 651, 1re édit., et p. 230, 4e édit.

(2) Bordeaux, 23 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 299. — Cass., 13 juin 1881. SIREY, 84, 1, 22.

29. Si chaque original ne contient pas la mention qu'il a été fait double, triple, etc..., les parties offriraient vainement la preuve qu'en réalité l'acte a été fait au nombre voulu d'originaux. Dans ce cas, en effet, on rencontre les mêmes inconvénients que l'article 1325 a voulu prévenir, en exigeant la mention du fait double. Son but a été d'empêcher toute suppression frauduleuse, et toute dénégation mensongère de la part du contractant qui prétend que l'acte n'a pas été fait en plusieurs originaux. Or, la preuve offerte, fût-elle administrée même par écrit, ne saurait couvrir le vice de forme résultant du défaut de la mention prescrite (1).

30. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc..., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte (1325). Cette disposition n'est que l'application à un cas particulier du principe général posé par l'article 1338.

Il importe peu que l'exécution soit totale ou partielle. Elle suffit toujours pour couvrir le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Lorsqu'un seul des contractants a exécuté la convention, il est seul forclos du droit d'opposer le vice de l'acte. La confirmation qui résulte de ses faits personnels d'exécution ne le couvre que par rapport à lui, et les autres qui n'ont point exécuté le contrat, qui n'ont concouru ni participé à aucun acte d'exécution, peuvent toujours opposer le défaut de mention.

Il s'ensuit que l'acte est valable à l'égard des uns, sans l'être pour cela à l'égard des autres. Ainsi, les parties se trouvent placées dans une situation dont l'inégalité est en opposition avec la pensée même qui a inspiré les dispositions de l'article 1325. Le législateur a, en effet, voulu assurer à chaque contractant des moyens égaux de se contraindre l'un l'autre à l'exécution de leurs engagements réciproques. Or, les faits d'exécution couvrant le vice de l'acte, seulement par rapport

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*

à celui qui les a accomplis, il en résulte qu'il est engagé d'une manière irrévocable, tandis que celui qui n'a fait aucun acte d'exécution est maître du sort du contrat, et peut s'en prévaloir ou non, suivant son caprice ou son intérêt. Aussi, les judicieux annotateurs de M. Zachariæ (1) remarquent-ils, avec beaucoup de raison, que, pour être conséquent avec lui-même, le législateur aurait dû n'admettre, comme couvrant le vice résultant de l'inobservation de la formalité du double, que des faits d'exécution communs aux deux parties.

Il est, au surplus, à observer dans la pratique que, le plus souvent, les faits d'exécution ont ce caractère. Car, par la nature même des engagements réciproques qu'elles produisent, les conventions synallagmatiques comportent des faits d'exécution naturellement communs à toutes parties. Ainsi, dans la vente, dans le bail, la délivrance de la chose, comme tradition de la part du vendeur ou du bailleur, et comme acceptation ou réception de la part de l'acheteur ou du preneur, constitue une exécution pleine et entière du contrat qui rend indistinctement les deux parties non recevables à opposer le défaut de mention du fait double. Il en est de même du payement total ou partiel du prix, ou des fermages que l'acheteur ou le preneur aurait fait, en exécution de la convention, entre les mains du vendeur ou du bailleur (2).

Mais si le prix avait été payé à un tiers délégué pour recevoir par l'acte lui-même, ou à un créancier hypothécaire, sans le concours et la participation du bailleur ou du vendeur, ces derniers pourraient encore opposer le vice de l'acte, et les autres ne pourraient, au contraire, s'en prévaloir.

Ainsi encore, si le bailleur ou le vendeur avait, après la convention, délégué à un tiers le prix ou les fermages, mais sans acceptation de la part de l'acquéreur ou du preneur, il n'y aurait qu'un fait d'exécution personnelle aux premiers qui

(1) T. 5, p. 655, n^te 36, 1re édit.

(2) DURANTON, t. 13, n° 162. — TOULLIER, t. 8, n° 341. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 655, 1re édit., et t. 8, p. 233, 4e édit.

les empêcheraient seuls d'opposer le vice résultant du défaut de la mention exigée.

Tel est encore le cas où une seule des parties contendantes, sans le concours des autres, rémet aux arbitres le compromis ou un mémoire en défense. Le vice de l'acte n'est couvert qu'à son égard (1).

31. S'il figurait d'un côté plusieurs personnes ayant le même intérêt, comme promettants ou stipulants, les actes d'exécutions émanés de l'une d'elles ne couvriraient le vice de l'acte que par rapport à elle, de telle sorte que ses consorts eux-mêmes seraient encore recevables à s'en prévaloir. Si, dans ce cas, un seul original suffit pour tous ceux qui ont un intérêt commun, il ne s'ensuit pas que les actes d'exécution de la part de l'un d'eux seulement soient opposables aux autres qui n'y ont ni participé ni concouru. La confirmation de l'acte qui en résulte est donc toute personnelle à celui-là seul qui les a accomplis. Et, sous ce rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre le cás où l'obligation est solidaire et celui où elle est simplement conjointe. Seulement, si l'obligation est solidaire, celui qui a fait un acte d'exécution en est tenu pour le tout, bien que les autres en demeurent déchargés; tandis que si elle est simplement conjointe, il n'en reste tenu que pour sa part et portion virile, sauf au créancier à se prévaloir de l'inexécution partielle du contrat pour le faire résoudre pour le tout, à raison de son indivisibilité. Tel serait le cas où j'aurais, par le même acte, vendu ou acheté conjointement et le tout ensemble, pour un prix déterminé en bloc, un immeuble à plusieurs personnes, dont une seule aurait, par ses actes personnels d'exécution, couvert le vice résultant de l'inaccomplissement de la formalité du double écrit.

32. Les seuls faits d'exécution totale ou partielle capables de couvrir ce vice, sont ceux qui ont une existence posté-

(1) TOULLIER, t. 8, nº 341.

rieure au contrat et indépendante de ce qui est énoncé dans l'acte. Ainsi, le payement partiel du prix de vente, constaté par l'acte lui-même, ne saurait être considéré comme un acte d'exécution commun aux deux parties qui les empêche d'opposer le défaut de mention du fait double. Ce payement se confond, en effet, avec la formation du contrat, et n'en implique ni la confirmation, ni la ratification. L'irrégularité de l'acte subsiste donc tout entière (1).

33. Des termes de l'article 1325 il semble résulter que les faits d'exécution, communs ou personnels, couvrent seulement le vice résultant du défaut de la mention du fait double; mais qu'ils sont impuissants à couvrir le vice résultant de ce qu'en réalité l'acte n'aurait pas été fait en plusieurs originaux. Il est, au contraire, incontestable qu'ils purgent également l'un et l'autre.

En effet, lorsque chaque original ne contient pas la mention du nombre des originaux qui ont été faits, c'est comme si réellement l'acte n'avait pas été fait double, puisque chaque partie peut par une dénégation mensongère et la suppression frauduleuse de son titre, soutenir que l'acte n'a point été rédigé conformément aux prescription de l'article 1325. Le défaut de mention équivaut donc au défaut de rédaction double. Les vices qui en résultent sont absolument semblables; dès lors, les faits d'exécution qui couvrent l'un couvrent également l'autre. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons remarqué déjà, notre article ne fait qu'appliquer à un cas spécial le principe général posé par l'article 1338. C'est donc par ce dernier article qu'il convient d'expliquer et de compléter ce que les termes de l'article 1325 peuvent avoir en apparence de restrictif et d'incomplet (2).

(1) TOULLIER, t. 8, nos 335, 338. — ZACHARIÆ, *ibid.*

(2) TOULLIER, t. 8, n° 333. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 654, 1re édit., et t. 8, p. 232, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 161. — Cass., 15 fév. 1814. SIREY, 14, 1, 154. — 1er mars 1830. SIREY, 30, 1, 83. — 29 mars 1852. SIREY, 52, 1, 385. — 2 juill. 1877. SIREY, 77, 1, 415.

34. Les actes sous seing-privé constatant des conventions synallagmatiques ne sont soumis, quant à leur forme, à d'autres conditions particulières que celles exigées par l'article 1325. A l'exception des formalités du double écrit, il ne leur en est imposé aucune autre que celles auxquelles sont astreints, pour leur validité, les actes sous seing-privé en général.

Chaque original peut être écrit d'une main différente, soit par les contractants, soit par des tiers étrangers. La signature seule des parties est essentielle, et elles n'ont même pas besoin, lorsque l'acte n'est pas de leur écriture, d'apposer de leur main un *bon* ou *approuvé*, soit dans les termes de l'article 1326, soit dans l'une de ces formules ordinairement usitées : bon pour vente; bon pour bail; approuvant l'écriture ci-dessus; approuvant ce que dessus et d'autre part; approuvant la présente convention, quoique non écrite de ma main, etc... Ces énonciations sont inutiles. La signature toute seule, jointe à l'observation des formalités particulières du double écrit, suffit pour la parfaite régularité de l'acte. Le surplus n'est que de précaution.

35. Il n'est pas même exigé que les signatures de tous les contractants soient apposées sur chaque original. Le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsque chaque original contient les signatures des parties autres que celles à qui il est remis. Il est, en effet, parfaitement inutile que chaque contractant, qui n'a pas à s'engager envers lui-même, mette sa propre signature sur le titre dont il est porteur. Il suffit que les autres qui s'obligent envers lui y apposent leur signature. Tel est l'usage; et cet échange de signatures correspond à la réciprocité des engagements que les parties contractent les unes envers les autres (1).

(1) DENIZART, v^is *Double écrit*, n^os 7 et 8. — TOULLIER, t. 8, n° 344. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 651, 1re édit., et t. 8, p. 229, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 156. — MERLIN, Rép., v^is *Double écrit*, n° 6. — Bor-

Il est enfin indifférent que les divers originaux soient signés en des lieux et en des temps différents, en l'absence ou en la présence des autres contractants (1).

36. Les dispositions de l'article 1325 sont inapplicables aux actes qui constatent des conventions synallagmatiques, constituant entre ceux qui les ont faites des actes de commerce. Les achats et ventes, en matière commerciale, s'établissent conformément a l'article 109, C. comm. Et les contrats d'assurance ne semblent point eux-mêmes soumis à la formalité du double écrit, quoique la question soit controversée (2). Mais s'il s'agissait d'une assurance constituant un acte purement civil, comme dans le cas d'une compagnie d'assurance mutuelle, nul doute que la police ne dût être rédigée suivant les prescriptions de l'article 1325, soit qu'elle fût manuscrite ou sur formule imprimée.

Il importe peu que les opérations constituant des actes de commerce soient intervenues entre négociants et commerçants, ou entre personnes d'une qualité différente (3). Toutefois, si la convention synallagmatique n'établit pas un acte de commerce réciproque entre toutes parties, celle à l'égard de laquelle elle ne constitue point un acte de commerce, peut opposer le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1325, tandis que l'autre n'a pas le même droit. Ainsi, le même acte, selon qu'il est considéré par rapport à tel

deaux, 16 déc. 1844. SIREY, 45, 2, 548. — Nancy, 23 juin 1849. SIREY, 52, 2, 454. — Rennes, 15 nov. 1869. SIREY, 70, 2, 314.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 345.

(2) Voy., pour la nécessité de rédiger la police en double original, LOCRÉ, C. comm., t. 2, p. 290. — FAVARD, Rép., v° *Assurance*, § 4. — BOULAY-PATY, *Droit maritime*, t. 3, p. 254. — ALAUZET, *Des assurances*, t. 1, p. 403. — BONNIER, *De la preuve*, n° 566. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 343. — PARDESSUS, n° 793. — QUÉNAULT, n°s 154 et suiv.

(3) TOULLIER, t. 8, n° 342. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 658, 1re édit., et t. 8, p. 235, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 149.

ou tel des contractants, et suivant la qualité de la personne, est assujetti, quant à la régularité de sa forme, à des formalités différentes, tantôt à celles de la loi civile, tantôt à celles plus simples de la loi commerciale (1).

Par exception, cependant, le Code de commerce exige que le connaissement soit fait en quatre originaux au moins (282), et que les actes de société soient dressés conformément aux dispositions de l'article 1325, C. civil (39).

37. L'inobservation des formalités particulières du double écrit a pour conséquence d'infirmer la force probante de l'acte, en ce qui concerne la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. La loi lui retire la foi qui lui est due lorsqu'il a été régulièrement dressé. Telle est la sanction de l'inaccomplissement des formes prescrites sans que, d'ailleurs, les tiers aient personnellement le droit de s'en prévaloir (2).

Il en résulte que l'acte ne constitue point un titre régulier en vertu duquel celui qui se prétend créancier puisse former une saisie-arrêt ou opposition, sans permission du juge (557, 558, C. pr.).

Il ne peut non plus suffire comme fondement d'un jugement de condamnation.

Il est enfin impuissant à former un juste titre pour prescrire par dix ou vingt ans (2267).

38. Ici se présente une question qui a été vivement débattue dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il s'agit de savoir si l'acte sous seing-privé, alors qu'il n'a point été rédigé conformément aux dispositions de l'article 1325, et que, conséquemment, il ne fait point preuve complète, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit de l'existence de la

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 8 nov. 1843. SIREY, 43, 1, 852.
(2) Rennes, 1er mai 1878. SIREY, 79, 2, 197.

convention synallagmatique qu'il a pour objet de constater. Nous n'hésitons point à nous prononcer pour l'affirmative.

L'article 1325, en ne déclarant les actes sous seing-privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original contient la mention du nombre des originaux qui en ont été faits, l'article 1325, disons-nous, signifie seulement que ces actes, à raison de leur irrégularité, ne font pas preuve complète de la convention bilatérale qu'ils renferment. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il leur refuse toute force probante, à titre de commencement de preuve par écrit, s'ils réunissent d'ailleurs toutes les conditions voulues pour valoir à ce titre subsidiaire. Or, l'article 1347 entend par commencement de preuve écrite 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. A coup sûr, on ne saurait dénier ce caractère à l'acte sous seing-privé déclaré non valable, par cela seul que, contenant une convention synallagmatique, il n'a pas été fait plusieurs originaux, ou qu'il n'en contient pas la mention.

Prétendrait-on que la loi présume, en cas d'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325, que la convention est restée à l'état de simple projet, et que les parties n'ont pas entendu contracter une obligation définitive? Il nous suffira de rappeler que nous avons déjà répondu que la loi, ne s'occupant ici que de la preuve, n'envisage l'acte que sous le rapport de sa force probante, et qu'il ne convient pas d'en interpréter les dispositions par les règles qui président à la formation des contrats.

On ajoute que si on accorde, dans ce cas, à l'acte sous seing-privé la valeur d'un commencement de preuve par écrit, on confère à la partie qui l'invoque un privilége dont l'autre se trouve privée, puisque cette dernière n'a pas les mêmes moyens d'établir la convention et de contraindre la première à l'exé-

cution de ses engagements ; que la concession d'un semblable avantage, faite à l'un des contractants, rompt la parfaite égalité que l'article 1325 a eu pour but d'établir entre eux. Mais l'argument qu'on en tire se retourne, dans son exagération, contre la loi elle-même.

En effet, il est incontestable et incontesté que tout acte par écrit, une simple lettre, par exemple, constitue un commencement de preuve écrite en faveur de celui qui en est porteur, alors même qu'elle n'a point eu pour objet spécial d'établir la convention. Que devient alors cette prétendue égalité que le législateur a entendu établir, quant à l'administration de la preuve, entre les parties qui ont fait entre elles une convention synallagmatique ? Elle n'existe évidemment pas, et, cependant, chacune d'elles est autorisée à se prévaloir des moyens particuliers de preuve qui sont en sa possession, et dont l'autre est personnellement dépourvue. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'assurer aux contractants les moyens de se contraindre réciproquement à l'exécution de leurs engagements respectifs, cette volonté n'a donc pas le caractère absolu qu'on lui prête ; et, si l'article 1325 en contient l'expression la moins équivoque, il n'en est pas moins vrai qu'il est impossible de lui attribuer une portée aussi exagérée. Oui, la loi a voulu placer les contractants dans une situation parfaitement égale, en tant qu'il s'agit d'un acte valable, régulier, faisant preuve complète, ayant force pleinement probante. Mais si cet acte n'a point, à raison d'une irrégularité, d'un vice quelconque, cette vertu et efficacité, alors ils retombent dans la position commune que leur font les principes généraux du droit (1).

(1) TOULLIER, t. 8, n° 322 ; t. 9, n^os 84 et 85. — DELVINCOURT, t. 2, p. 825. — TROPLONG, *Vente*, n° 33. — MERLIN, Rép., v^is *Double écrit*, n° 8. — ZACHARIÆ, t. 8, p. 231, n^te 38, 4^e édit. — Bordeaux, 3 mars 1826. SIREY, 26, 2, 267. — Besançon, 12 juin 1828. SIREY, 28, 2, 274. — Grenoble, 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 196. — Cass., 28 nov. 1864. SIREY, 65, 1, 5. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 164.

Le commencement de preuve écrite résultant de l'acte sous seing-privé, non fait double, autorise dès lors la partie qui l'invoque à compléter sa preuve à l'aide de témoignages et même de simples présomptions.

39. L'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325 n'ayant d'autre conséquence que d'infirmer l'acte sous le rapport de sa force probante, il s'ensuit que chaque contractant a le droit d'offrir et d'administrer la preuve de la convention, en dehors de l'acte déclaré non valable, suivant les règles et les principes ordinaires de droit commun. Ainsi, il peut déférer le serment litisdécisoire à son adversaire, ou le faire interroger sur faits et articles.

Il peut même offrir la preuve par témoins de l'existence de la convention, lorsque son objet ne dépasse pas cent cinquante francs, ou qu'il existe un commencement de preuve écrite, soit qu'elle résulte de tout autre acte indépendant de celui qui a été irrégulièrement dressé pour constater le contrat (1), ou qu'elle résulte seulement de celui-ci.

40. Si l'acte non fait double, ou ne contenant pas la mention du fait double est, pour cette cause, déclaré non valable, c'est seulement en ce qui touche la preuve de la convention synallagmatique qu'il avait pour objet de constater. Lors donc que cet acte établit quelque payement de la part de l'un ou de l'autre des contractants, il fait à cet égard preuve complète, comme s'il avait été régulièrement dressé. Dans ce cas, la convention demeurant inexécutée, on peut réclamer par la voie de la répétition de l'Indû ce que l'acte établit avoir été acquitté. Tel est l'acquéreur qui a payé comptant une partie du prix.

— FAVARD, Rép., v^is *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 2, n° 10. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 652, 1^re édit. — Amiens, 15 juill. 1826. SIREY, 28, 2, 175. — Bourges, 29 mars 1831. SIREY, 32, 2, 82. — Bastia, 11 juill. 1838. DALLOZ, 38, 2, 150.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 654, 1^re édit. — DURANTON, t. 13, n° 163.

On arrive, il est vrai, à ce résultat qui peut paraître étrange, à savoir que l'acte n'a par lui-même aucune force probante suffisante pour établir l'existence de la convention synallagmatique, et que néanmoins il fournit une preuve complète du payement qu'il énonce. Mais il suffit de remarquer que s'il ne prouve point la convention, c'est uniquement à cause de son caractère bilatéral et de la nécessité de procurer à chaque partie un moyen égal d'en obtenir l'exécution ; tandis que, s'il fait foi du payement qu'il mentionne, c'est qu'il s'agit d'un simple fait qui constitue, de la part de celui qui a reçu, une obligation unilatérale seulement.

41. Le vice résultant de l'inobservation des formalités du double écrit, ne peut être réparé ou couvert par le fait d'une seule partie contre la volonté de l'autre. L'article 1325 fournit, en ce sens, un argument décisif. En effet, en disposant que le vice résultant de ce que l'acte n'a pas été fait double ou n'en contient pas la mention, ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention, il indique clairement que celui qui ne l'a pas exécutée peut encore s'en prévaloir. Or, les actes d'exécution ne valent, contre celui qui les a accomplis, que comme renonciation de sa part à opposer le vice résultant de l'irrégularité de l'acte. Une renonciation formelle et expresse ne saurait donc avoir plus d'effet, et n'empêcherait pas l'autre partie d'opposer une exception dont elle ne peut être privée malgré elle.

Ainsi, la déclaration faite par l'un des contractants qu'il entend, en ce qui le concerne, réparer et couvrir le vice de l'acte et accepter la convention, quoique irrégulièrement constatée, n'a d'effet qu'à son égard.

La signification même qu'il ferait de l'original dont il est porteur, ne priverait point l'autre contractant du droit d'en opposer les vices. S'il en était autrement, on retomberait dans les inconvénients que la loi a voulu prévenir, puisque l'une des parties ayant seule le moyen de couvrir le vice de

l'acte, aurait par cela même le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de la convention, sans que cette dernière eût la même faculté (1).

Quant aux arguments que M. Toullier (2) tire, en un sens contraire, des principes relatifs à la formation des contrats, du concours d'une offre prétendue toujours permanente avec une acceptation toujours possible, une semblable argumentation est ici complètement dépaysée; car il s'agit d'un vice d'acte, d'une irrégularité de titre, d'une insuffisance de preuve, et nullement de l'application des principes qui régissent la formation des contrats en eux-mêmes, indépendamment des actes destinés à les constater.

Mais les juges peuvent, d'après les circonstances de la cause, reconnaître et décider que l'autre partie, si elle n'y a point participé ni concouru, a du moins acquiescé et adhéré aux actes par lesquels son adversaire a personnellement réparé le vice de l'acte.

42. Lorsque les parties sont convenues, en contractant, que l'acte serait déposé dans l'étude d'un notaire, ou entre les mains d'un tiers désigné ou non, il n'est pas alors besoin de le rédiger dans les formes du double écrit. Le dépôt qui en est effectué, conformément à la convention et dans un intérêt commun, rend inutile l'accomplissement de ces formalités, puisque chacun des contractants, ayant la faculté de recourir à l'unique original de l'acte, a également le moyen de contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements. Peu importe que cette convention de dépôt soit établie par une clause spéciale de l'acte, ou qu'elle résulte des circonstances. Les juges pourront toujours en reconnaître l'existence, même sur simples présomptions, puisque l'acte en rend lui-même l'allégation vraisemblable, et constitue ainsi un commencement de preuve écrite.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 657, 1re édit., et t. 8, p. 234, 4e édit.
(2) T. 8, n° 325.

Bien que les parties ne soient point convenues, au moment du contrat, de déposer l'acte dans l'étude d'un notaire ou entre les mains d'un tiers, néanmoins le dépôt qui en est plus tard effectué dans un intérêt commun, avec le concours et le consentement de toutes parties, suffit pour en couvrir et réparer le vice. C'est, en effet, outre une égale facilité de prendre communication du titre, un acte commun d'exécution qui ne leur permet plus d'en opposer l irrégularité (1). Tel est, par exemple, le cas où le compromis ou l'acte qui le proroge est resté constamment en la possession de l'un des arbitres, du consentement de toutes les parties (2).

Mais si le dépôt, même dans l'étude d'un notaire, n'avait été fait que par un seul ou quelques-uns des contractants, sans le concours ou l'acquiescement des autres, il ne couvrirait le vice de l'acte que de la part de celui ou de ceux qui l'ont effectué. Les autres seraient toujours recevables à s'en prévaloir (3), alors même que le déposant leur aurait fait notifier l'acte de dépôt (4).

Pour que le dépôt fait par un seul ou quelques-uns des contractants soit réputé couvrir de leur part, comme fait d'exécution, le vice résultant de l'irrégularité du titre, il faut qu'il ait été opéré précisément en vue d'en assurer la conservation et la représentation dans l'intérêt de toutes parties. Si, au contraire, il n'avait eu lieu, ce qui arrive fréquemment, que dans l'intérêt personnel du déposant, il n'équivaudrait pas à un acte d'exécution de sa part et ne couvrirait point, même par rapport à lui, le vice de l'acte. Il appartient au juge d'ap-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 656, 1re édit., et t. 8, p. 234, 4e édit. — TOULLIER, t. 8, nº 340. — Cass., 25 fév. 1835. SIREY, 35, 1, 225. — Grenoble, 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 196. — Bordeaux, 23 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 299. — Cass., 29 mars 1852. SIREY, 52, 1, 385.

(2) Grenoble, 16 avril 1842. SIREY, 44, 2, 647.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — Bourges, 27 juin 1823. SIREY, 24, 2, 31. — Bordeaux. 13 mars 1829. SIREY, 29, 2, 170.

(4) ZACHARIÆ, *ibid.* — *Contrà,* TOULLIER, t. 8, nº 325.

précier, suivant les circonstances, l'intention qui a présidé au dépôt et le but que la partie s'est proposé en l'effectuant (1).

Raviot, sur Périer (2), citant un arrêt du Parlement de Dijon, du 13 juillet 1676 (3), enseigne que si l'acte non fait double avait été laissé, à titre de dépôt, entre les mains de l'un des contractants, le dépositaire qui est lié par la foi du dépôt, et qui doit être considéré comme un tiers chargé de communiquer l'acte et de le rendre commun aux parties, serait valablement engagé par la convention, sauf à celui qui en réclame l'exécution à établir le fait du dépôt par le serment du dépositaire ou tout autre moyen régulier de preuve. Cette opinion n'est en réalité, que la conséquence de la distinction qu'il convient de faire entre l'acte et la convention, le moyen de preuve et le lien de droit. Car, au fond, prouver la convention de dépôt, c'est établir l'existence du contrat lui-même, à l'aide d'éléments pris en dehors de l'acte destiné à le constater. Cette convention de depôt, quelle que soit d'ailleurs, la diversité des cas, présuppose, en effet, nécessairement l'existence du contrat à l'occasion duquel elle est intervenue, soit par un seul et même acte, soit par un acte postérieur et séparé. Ajoutons que, dans ce dernier cas, il y aurait même un acte d'exécution commun à toutes parties, qui les rendrait également non recevables à opposer le vice du titre.

43. Nous avons été amené à répéter presque à chaque page que l'intention du législateur avait été, en édictant l'article 1325, de mieux assurer l'efficacité et la réciprocité du lien de droit dans les conventions synallagmatiques, par la remise entre les mains de chaque contractant de moyens égaux de se contraindre mutuellement à l'exécution de leurs engagements respectifs. Or, supposons qu'un vendeur et un ache-

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*, n^te 38, 1^re édit., n^te 43, 4^e édit.
(2) T. 1, § 166, n° 4.
(3) Voy. MERLIN, Quest., v^is *Double ecrit*, § 1.

teur, pour prendre l'exemple le plus saillant d'une convention synallagmatique, rédigent de cette manière l'acte destiné à constater leur convention.

Dans un écrit particulier et séparé, le vendeur énonce tous les engagements qu'il contracte, vente, transmission de propriété, délivrance, obligations accessoires. Dans un second écrit, l'acquéreur énonce de son côté les engagements qu'il contracte à ce titre, le prix, sa quotité, son échéance, l'exigibilité des intérêts, les modifications de la garantie, les réserves stipulées par le vendeur, en un mot toutes ses obligations principales et secondaires. Les parties font entre elles échange de ces actes qui contiennent ainsi séparément les engagements respectifs de chacune d'elles. Nous croyons que le vœu de la loi est suffisamment rempli; car chaque contractant a entre les mains un titre au moyen duquel il peut poursuivre contre l'autre l'exécution de la convention. Si ce mode de rédaction n'est pas conforme à la lettre stricte de l'article 1325, il l'est du moins à son esprit, et fait disparaître tous les inconvénients qu'il a pour but d'empêcher.

Nous y mettons toutefois cette condition : c'est que chaque acte doit contenir la mention des autres actes séparés et particuliers qui auront été remis aux parties ayant des intérêts distincts. Cette mention, on le comprend sans peine, est ici d'aussi rigoureuse nécessité que dans le cas où l'acte est rédigé en plusieurs originaux conformes.

44. On s'est demandé si l'article 1325 n'interdisait pas implicitement la faculté de former un contrat synallagmatique, une vente, par exemple, par correspondance, *per epistolam*. Tout en la déplorant, M. Toullier (1) a cru d'abord à cette interdiction. Mais il est revenu plus tard (2) sur cette première

(1) T. 8, n° 325. — *Conf.*, DURANTON, t. 16, n° 44.
(2) T. 8, p. 486, note.

opinion, combattue d'ailleurs par la plupart des auteurs qui ont écrit sous le Code civil (1).

Le doute peut venir de ce que les lettres missives, en quelque nombre qu'on les suppose, ne constatent jamais que la proposition d'une part ou l'acceptation de l'autre, sans qu'il existe un double soit de l'une, soit de l'autre, dans les mains de chaque partie. Mais cet argument tiré, contre la validité des conventions synallagmatiques formées par voie de correspondance, de l'inobservation des formalités du double, se réfute par l'impossibilité même où sont les parties d'exécuter, lorsqu'elles contractent de cette manière, les dispositions de l'article 1325. Cet article suppose, en effet, la rédaction d'un acte sous seing-privé, et c'est pour ce cas seulement qu'il exige la rédaction, avec mention de leur nombre, d'autant de doubles qu'il y a de parties intéressées, afin que chacune d'elles ait en sa possession un titre qui lui serve à poursuivre contre les autres l'exécution du contrat. Or, les actes sous seing-privé dont parle l'article 1325, ne doivent pas être confondus avec les pièces d'une correspondance qui, considérées isolément, ne constatent que l'un des deux termes essentiels à la formation de toute convention. L'article 109, C. comm., en fournit lui-même la preuve, en disposant que les achats et ventes se constatent par actes publics, par actes sous signature privée, par la correspondance. Autre chose donc la correspondance, autre chose les actes sous seing-privé.

Ainsi, lorsque l'article 1325 exige pour la validité des actes sous signature privée l'observation des formalités du double écrit, il suppose un acte qui, par sa nature spéciale et sa rédaction contradictoire admet l'observation de ces formes particulières. Mais si la position des parties et les actes desquels elles déduisent la preuve de leurs engagements y résistent, il serait ridicule d'exiger d'elles l'accomplissement de

(1) MERLIN, Rép., v^is *Double écrit.* — TROPLONG, *Vente,* n^os 21. — DUVERGIER, *Vente,* n° 168.

l'impossible. Voilà pourquoi les conventions synallagmatiques peuvent être établies par tous moyens réguliers de preuve, et notamment par la correspondance des contractants, en dehors et indépendamment de l'acte sous seing-privé que l'article 1325 assujettit à des formes déterminées.

La prudence conseille, toutefois, de régulariser le contrat par un acte qui mette en présence l'offre et l'acceptation. En effet, celui qui a fait l'offre, aussi bien que celui qui l'a acceptée, peut être victime de la suppression frauduleuse, de la part de son adversaire, des pièces essentielles de la correspondance.

Les parties peuvent d'ailleurs, jusqu'à un certain point, lorsqu'elles contractent de cette manière, satisfaire, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'article 1325. Celle qui fait la proposition n'a, par exemple, qu'à faire un double de la lettre qui la contient. Les deux doubles sont envoyés au correspondant; si celui-ci agrée la proposition, il signe l'un des doubles et le renvoie au proposant, en gardant l'autre. Chaque partie a ainsi un titre semblable qui lui assure le moyen de poursuivre l'exécution du contrat. Celui qui a fait l'offre a l'acceptation de son adversaire, et celui-ci a la proposition de l'autre.

Notons, cependant, que le titre de l'un et de l'autre n'a pas une égale efficacité. Celui qui a fait l'offre a bien un titre parfait, puisque le double de la lettre remise en ses mains contient l'acceptation du correspondant. Mais ce dernier n'a en sa possession qu'une offre simple, qui par elle-même n'exprime point un contrat parfait et définitif. Or, si le proposant supprime ou dénie l'accceptation donnée dont il a seul la preuve; s'il soutient que son adversaire n'a qu'une lettre d'offres, lesquelles, suivant lui, ont été rétractées avant son acceptation, celui à qui elles ont été adressées et qui n'a pas la preuve de la perfection du contrat peut se trouver dans un singulier embarras, dans l'impossibilité même d'établir la convention. Pour obvier à ces inconvénients, inhérents à la forme même

de toute correspondance, il convient de dresser un nouvel acte où le contrat soit contradictoirement établi, sans préjudice et en outre des pièces échangées dans la correspondance, ou tout au moins de faire consigner sur le double de la lettre contenant la proposition, par celui qui l'a écrite, que cette proposition a été acceptée. Chaque partie a dès lors en sa possession la preuve complète et distincte d'un contrat définitivement consommé, sans qu'il y ait nécessité pour en établir la formation, d'en rapprocher les termes épars dans les pièces de la correspondance.

Ce n'est pas que de pareils écrits constituent toujours une preuve irréfragable de la convention, et qu'on ne puisse rien prouver contre et outre ce qu'ils énoncent, alors, surtout, qu'une partie en a été supprimée et soustraite à la justice. Mais il n'en est pas moins vrai que les fragments produits peuvent, dans tous les cas, et suivant l'appréciation des circonstances, former un commencement de preuve écrite qu'il ne s'agit plus que de compléter. Remarquons même que telle est la nature d'une correspondance, que si, quant à la force probante, elle se place au-dessous de l'acte sous seing-privé régulièrement dressé, à cause de la possibilité d'une suppression partielle des pièces qui la composent, elle se place néanmoins au-dessus de l'acte non fait double dont la suppression ne laisse rien subsister, à cause de la possession où elle met chaque contractant de la correspondance émanée de son adversaire; ce qui fait que l'importance de notre question en théorie se modifie singulièrement dans la pratique.

45. De la lettre même de l'article 1325, il résulte que les divers originaux doivent être tous des copies littéralement conformes. Cette conformité n'est cependant pas d'une rigueur absolue. Car si les différences qui existent entre eux ne portent que sur des points insignifiants, elles ne sont d'aucune considération.

Que si, au contraire, elles touchent à des points d'une

importance telle que la convention ne soit plus la même, et qu'elle soit sensiblement modifiée par la version d'un original comparée à celle d'un autre, il peut alors s'élever de sérieuses difficultés pratiques.

En principe, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver. Il s'ensuit que les droits réclamés par chaque contractant devront être réduits à la mesure que leur assigne l'original dont il est porteur. Car c'est le seul titre qu'il puisse invoquer. Le doute, qui n'est qu'un défaut de preuve de sa part, devra donc s'interpréter contre lui et en faveur du débiteur, quant aux obligations correspondantes de ce dernier.

Cependant, en cas de diversité entre les différents originaux, foi sera due de préférence au double qui, se trouvant dans les mains du demandeur, sera écrit en entier de la main de celui auquel on l'oppose (1). S'ils étaient tous deux de la main du demandeur, on devrait s'en tenir à la moindre obligation, *sequi minimum;* car la preuve n'existe que dans cette mesure, le doute s'interprétant en faveur du débiteur. Il en sera de même s'ils sont écrits de la main d'un tiers étranger.

Mais ce n'est là qu'une règle générale, dont l'application est subordonnée aux circonstances. Les juges ont toujours le droit de rétablir la vérité des textes, de réparer les omissions, de rectifier les erreurs, d'après les faits de la cause et la comparaison des originaux entre eux. Chaque version différente constitue, en effet, un commencement de preuve de sa sincérité et de son exactitude, de telle sorte que tous moyens de preuve et de vérification deviennent admissibles.

Comme il ne s'agit alors que de rechercher de quel côté est l'erreur ou l'omission, nous pensons qu'il ne doit pas en être autrement même au cas où il est question de contrats tels que le louage ou la transaction, pour lesquels la preuve testimo-

(1) POTHIER, *Supplément au traité du louage,* n° 37. — Art. 284, C. comm. — Voy. Cass., 16 mai 1859. SIREY, 59, 1, 611.

niale n'est point admissible, quoiqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Si, par exemple, une clause a été omise sur l'un des doubles, les juges pourront décider, par suite de la comparaison des écrits, que cette omission est le résultat d'une inadvertance (1).

Si même l'une des parties, sous un prétexte ou sous un autre, refusait de représenter son original, les juges pourraient avec raison en tirer argument contre elle. Sur tous ces points, la loi s'en rapporte à leur sagacité et à leur prudence. Si la partie dont le titre contient des différences en plus à sa charge refusait, pour cette raison, de le produire, le demandeur pourrait lui déférer le serment sur le fait de savoir si elle possède ou non la copie qu'elle ne produit pas, sauf ensuite à prouver que le double qu'il représente contient une erreur en moins, à son préjudice.

46. Lorsque plusieurs parties ayant un intérêt distinct figurent dans le même acte, il n'est pas besoin de remettre à chacune d'elles un original tout entier. Il suffit de lui fournir un extrait de l'acte pour la partie qui la concerne. Cet extrait vaut pour elle un original, puisque le surplus de l'acte n'intéresse que les tiers absolument étrangers par rapport à elle, et que la convention où elle figure en est distincte et indépendante.

47. La signature des contractants est essentielle à la régularité et à la validité de l'acte. Mais elle n'intéresse nullement l'existence de la convention en elle-même, si la rédaction d'un acte écrit n'a été stipulée comme condition formelle. Il s'ensuit que le contrat peut être établi par tous les moyens légaux de preuve, pris en dehors de l'acte qui est resté imparfait.

Quelquefois, cependant, l'absence de la signature de l'un des contractants suffit pour faire réputer la convention non avenue, à l'égard même de ceux qui ont signé. C'est ce qui

(1) TOULLIER, t. 9, n° 89.

arrive lorsque ces derniers sont fondés à prétendre que, l'acte n'ayant point reçu son entière perfection par la signature de toutes les parties qui y figurent, ils ont le droit de retirer un consentement qu'ils n'ont donné que sous la condition que l'acte ne demeurerait pas imparfait et à l'état de simple projet (1). Mais ces questions, on le comprend, touchent à la formation même des contrats (2).

Article 1326.

Le billet 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 appréciable, 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 de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, — excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1326.
2. Il reproduit en partie la déclaration du 22 septembre 1733.
3. Critique de ses dispositions.
4. La formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* inconnue en droit romain. De l'exception *non numeratæ pecuniæ*.
5. L'article 1326 ne s'applique qu'aux obligations unilatérales.
6. Si plusieurs s'obligent par le même acte, ils doivent l'approuver séparément.
7. Peu importe que la chose doive être payée au créancier ou à un tiers.
8. L'obligation doit consister en une somme d'argent ou une chose fongible. Quantité appréciable. Cautionnement indéfini.
9. Exemples divers.
10. Des constitutions de rente.

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 11.
(2) Voy. Cass., 13 juin 1883. Sirey, 84, 1, 329.

11. On ne peut éluder par la forme donnée à l'acte les dispositions de l'article 1326.
12. Suite. Distinction.
13. Ne sont pas exceptés les engagements unilatéraux contractés à l'occasion d'une convention synallagmatique.
14. L'article 1326 ne s'applique pas aux quittances. Distinction.
15. Formes du *bon pour* ou de l'*approuvé.*
16. Il suffit que l'obligé écrive la mention de la somme ou de la quantité.
17. Peu importe la place où est mis le *bon pour* ou *approuvé.*
18. Il peut être écrit en une langue et avec des caractères différents.
19. Exception à l'égard des marchands.
20. Lettres de change, billets à ordre, aval; distinctions.
21. Des actes ayant une cause commerciale, souscrits par un non commerçant.
22. Exception quant aux artisans,
23. Quant aux vignerons et laboureurs,
24. Quant aux gens de journée et de service.
25. Pour apprécier la qualité, il faut se reporter à l'époque de l'acte.
26. L'exception ne s'étend pas de droit d'un époux à l'autre.
27. Conséquences du défaut de *bon pour* ou d'*approuvé,* lorsque parmi les coobligés les uns sont dans l'exception, et que les autres n'y sont pas.
28. L'acte est irrégulier, à défaut de *bon pour* ou d'*approuvé.* Il vaut, néanmoins, comme commencement de preuve par écrit.
29. Quels faits d'exécution couvrent le vice de l'acte.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1326 s'occupe de la seconde classe d'actes sous seing-privé, qui sont soumis à certaines formalités particulières. Ce sont les billets ou promesses par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable.

Ils doivent être écrits en entier de la main de celui qui les souscrit; ou, du moins, il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose; excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. Telles sont les dispositions de l'article 1326.

2. Il reproduit, sauf quelques différences, celles de la déclaration du 22 septembre 1733, ainsi conçue : « Voulons que tous billets sous seing-privé, au porteur, à ordre ou autrement causés pour valeur en argent, autres néanmoins que ceux qui seront faits par des banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, vignerons, manouvriers, et autres de pareille qualité, seront de nul effet et valeur, si le corps du billet n'est de la main de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée au dit billet n'est reconnue par une approbation écrite en toutes lettres aussi de sa main: faute de quoi le payement n'en pourra être ordonné en justice.

» Voulons néanmoins que celui qui refuse de payer le contenu aux dits billets ou promesses, soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur; et, à l'égard de ses héritiers ou représentants, ils seront seulement tenus d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les dits billets soient dus. »

Signalons tout de suite les différences essentielles qui distinguent les dispositions de la loi nouvelle de celles de la déclaration de 1733. Celle-ci ne s'appliquait qu'aux billets ou promesses causées pour valeur en argent; l'article 1326 s'applique à tous les billets ou promesses portant obligation d'une somme d'argent ou autre chose appréciable. D'autre part, il ne déclare point, comme elle, de nul effet et valeur les actes sous seing-privé qui ne sont point faits conformément à ses prescriptions. Il ne soumet point enfin les héritiers ou représentants du souscripteur à l'obligation d'affirmer qu'ils n'ont aucune connaissance que les billets et promesses soient dus, pas plus qu'il n'oblige le souscripteur qui refuse de payer à affirmer qu'il n'en a point reçu la valeur.

3. En soumettant à la formalité de l'*approuvé* ou du *bon pour* les actes dont s'occupe notre article, le législateur a eu pour but d'empêcher autant que possible les abus de blancs-seings, et de garantir les parties contre les surprises de la fraude et les dangers du faux.

Malgré cette intention, assurément très louable, son œuvre n'a point échappé cependant à de vives critiques. Ainsi, on a remarqué d'abord, non sans raison peut-être (1), que les personnes exceptées par l'article 1326 étaient précisément celles qui avaient le plus besoin d'une protection particulière, tandis que celles à qui la protection de la loi est accordée sont, au contraire, le mieux en état de se protéger elles-mêmes. Cette observation ne manque pas de justesse. Néanmoins, l'exception consacrée par l'article 1326 se justifie par cette considération : c'est que les personnes auxquelles elle s'applique, sachant pour la plupart à peine signer, se seraient trouvées dans la nécessité, pour s'obliger valablement, de recourir au ministère dispendieux d'un notaire, si leur seule signature n'eût suffit pour la validité de l'acte. Quant aux négociants et marchands, l'exception qui les concerne s'explique suffisamment par la nature des actes dont il s'agit, et la large part qui y est toujours faite à la bonne foi.

On a dit encore que, même pour les personnes qu'elle avait l'intention de protéger, la loi ne les garantissait pas efficacement contre les surprises de la fraude et les abus des blancs-seings; qu'elle les exposait même à de plus graves périls, en apprenant aux faussaires et aux escrocs à remplir un blanc-seing, non pas d'une obligation causée pour une somme d'argent, mais de toute autre convention; par exemple, d'une procuration à l'effet d'emprunter, qui pourrait également satisfaire leur cupidité. Cette observation est vraie; mais que prouve-t-elle? Si, pour apprécier l'efficacité d'une disposition édictée en vue de protéger les intérêts des citoyens, on la met constamment aux prises avec le génie du dol et de la fraude, il n'est pas difficile de rencontrer des cas où elle est impuissante; mais ce n'est pas une raison pour le lui reprocher, à moins qu'on ne prouve en même temps ou qu'il vaut mieux

(1) TOULLIER, t. 8, nos 277 et suiv. — DURANTON, t. 13, no 168. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 659, nte 46, 1re édit., et t. 8, p. 236, nte 52, 4e édit.

la supprimer tout à fait, ou qu'il est possible de lui assurer une efficacité plus grande, sans entraver les relations les plus ordinaires et les plus simples de la vie civile.

On a encore reproché à l'article 1326 de favoriser la mauvaise foi, en donnant aux débiteurs le moyen de se dispenser d'acquitter les dettes les plus légitimes. On peut d'abord répondre que c'est au créancier, averti de la nécessité de la forme prescrite, à veiller à ce qu'elles soient exactement observées de la part du débiteur, et à n'accepter de lui qu'un titre parfaitement régulier. Mais si ce reproche pouvait, avec quelque fondement, s'adresser à la déclaration de 1733, suivant laquelle le billet ou promesse, à défaut d'approuvé en toutes lettres, était réputé de nul effet et valeur, on ne saurait aujourd'hui le faire également à l'article 1326, puisqu'il ne prononce pas la nullité de l'acte, et qu'il vaut toujours, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, comme commencement de preuve écrite, que le juge peut compléter, même à l'aide de présomptions simples.

Quant aux procès qu'on lui reproche de multiplier dans son application, le nombre n'en est pas, du moins maintenant, aussi grand qu'on semble le prétendre. La nécessité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, aujourd'hui passée dans nos mœurs, a fourni de plus rares occasions à la chicane; et, si la pratique journalière offre l'exemple de quelques procès où la mauvaise foi des débiteurs a été favorisée par elle, il en est d'autres aussi où elle a servi à déjouer le dol et la fraude.

4. Cette théorie du *bon pour* ou de l'*approuvé* était inconnue dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence. On y tenait pour principe constant qu'il suffisait que les promesses ou billets fussent signés de l'obligé, alors même qu'ils étaient écrits de la main d'un tiers étranger.

Le droit romain avait cependant certaines dispositions qui, sans ressembler à celles de notre article, avaient toutefois également pour objet de garantir les débiteurs contre les surprises frauduleuses ; c'était l'exception d'argent non compté,

non numeratæ pecuniæ. Voici en quoi elle consistait : Une personne reconnaissait par écrit devoir une somme, avant de l'avoir reçue, mais dans l'espoir qu'elle allait la toucher. La promesse ou billet souscrit par elle ne formait point une preuve suffisante de l'obligation, au moyen de l'exception proposée contre l'action du créancier, qui entendait, suivant les allégations du défendeur, garder tout à la fois le billet et l'argent. Cette exception d'argent non compté avait dès lors pour effet de rejeter sur le porteur du billet la preuve de la numération effective des espèces (1).

De plus, comme le créancier de mauvaise foi pouvait attendre, afin de se soustraire aux conséquences de cette exception, l'expiration du délai fixé pour la proposer, le débiteur était autorisé à l'invoquer sous forme de plainte de rétention injuste d'une obligation sans cause (2), et, par suite, à revendiquer le titre par la voie de l'action personnelle appelée condiction, *per condictionem obligationem repetere* (3).

Cette même exception d'argent non compté s'appliquait également au cas où le créancier donnait quittance sans recevoir l'argent. Elle s'appelait alors *exceptio non solutæ pecuniæ*, exception d'argent non payé (4). Et, une fois proposée, elle obligeait le débiteur qui se prétendait libéré, à prouver la réalité du payement.

Dans l'ancien droit romain, cette exception pouvait être proposée pendant cinq ans. Mais, par le droit nouveau de Justinien, ce délai fut réduit à deux ans pour les reconnaissances pour cause de prêt, de vente ou autre cause semblable (5), et à trente jours seulement à l'égard des quittances données par un créancier à son débiteur (6).

(1) L. 7, 8 et 10, C. *De non num. pecun.*
(2) L. 14, C. *ibid.*
(3) L. 7, C. *ibid.*
(4) L. 14, C. *ibid.*
(5) Voy. Instit., *De litt. obl.* — L. 10 et 14, C. *De non num. pecun.*
(6) L. 14, § 2 et 3, C. *ibid.*

Enfin Justinien, par la Novelle 100, autorisa le mari à proposer, pendant dix ans, l'exception de défaut de numération contre la quittance qu'il aurait donnée de la dot de sa femme, sans la recevoir.

Passé ces délais, l'acte faisait foi entière du fait de numération qui y était énoncé.

Il paraît que ces principes du droit romain furent introduits d'abord dans nos plus anciennes coutumes, et appliqués dans notre ancienne jurisprudence française. Plus tard, des Parlements, les uns les repoussèrent, les autres en modifièrent l'application, à ce point que Loisel (1) put dire avec raison, en termes généraux et absolus, qu'exception d'argent non compté n'a point de lieu; ce qui signifie que la dénégation du débiteur n'a pas pour effet de rejeter la preuve de la dette sur le demandeur, qui fonde ses prétentions sur une promesse ou billet reconnu, et que c'est à lui à établir le défaut de numération effective d'espèce, soit qu'il agisse dans les délais fixés par la loi romaine pour proposer l'exception, ou qu'il se pourvoie, dans les dix ans de l'ordonnance de 1510, par lettres de rescision, ou par forme de plainte et d'exception sur une demande dirigée contre lui (2).

Quoi qu'il en soit, cette exception d'argent non compté ne fut nulle part reçue dans notre ancien droit contre les actes authentiques établissant que la numération avait eu lieu en présence de l'officier public. Non-seulement le créancier était dispensé de prouver la réalité de cette numération, mais le débiteur n'était admis à en administrer la preuve contraire que sur une inscription de faux.

Et, quant aux actes sous seing-privé constatant une numération d'espèces, le débiteur, à moins qu'il n'eût déjà un commencement de preuve par écrit, ne fut plus admis, par suite des dispositions de l'ordonnance de Moulins, article 54, et de

(1) Instit., liv. 5, tit. 2, n° 5.

(2) Voy. Bretonnier, Quest., v^is^ *Except. d'argent non compté.*

celle de 1667, titre 20, articles 2 et 3, à prouver par témoins le défaut de numération, contre une reconnaissance écrite, encore que la chose dont il s'agit fût d'une somme ou valeur moindre de cent livres. Les mêmes principes se retrouvent aujourd'hui dans le Code civil (1341).

On comprend, du reste, que cette exception, *non numeratæ pecuniæ*, ne se rapproche des formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé* que par l'esprit de protection qui les a également inspirées en faveur des débiteurs et autres obligés. L'exception n'avait lieu, en effet, qu'au cas d'obligations ayant pour cause une somme d'argent, alors même que le billet était écrit en entier de la main du souscripteur. Elle se rattachait ainsi au fond même de la convention, tandis que les formes prescrites par l'article 1326 ne tiennent qu'à l'acte considéré comme instrument, et n'affectent que sa force probante.

5. Ces mêmes formalités ne s'appliquent ensuite qu'aux seules conventions unilatérales, c'est-à-dire celles par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement (1103). Si l'article 1326 parle d'un billet ou promesse sous seing-privé par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre, c'est uniquement pour marquer le caractère unilatéral de l'obligation, sans que pour cela il cesse d'être applicable, lorsque plusieurs personnes, au lieu d'une seule, ont souscrit le billet ou la promesse. Toute autre interprétation ne serait qu'une subtilité en opposition flagrante avec l'esprit de la loi.

Soit que le billet et la promesse sous seing-privé aient été souscrits par un seul ou par plusieurs, ils sont donc toujours soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*; et il n'y a pas à distinguer entre le cas où les souscripteurs se sont engagés conjointement ou solidairement (1). Chacun d'eux,

(1) TOULLIER, t. 8, nos 300 et 301. — DURANTON, t. 13, no 179. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 660, 1re édit., et t. 8, p. 237, 4e édit. — Cass., 8 août 1815. SIREY, 16, 1, 97.

sauf celui qui a écrit de sa main le corps du billet ou de la promesse, doit, indépendamment de sa signature, écrire de sa main le *bon* ou *approuvé* exigé par notre article.

Cette formalité doit être remplie, alors même que le billet ou la promesse émane de deux époux. Si l'un d'eux en a écrit lui-même le corps entier, l'autre est tenu d'apposer de sa main un *bon* ou *approuvé* (1).

6. Il y a toutefois cette différence entre le cas d'une obligation conjointe et celui d'une obligation solidaire, que, dans le premier, chaque souscripteur n'est tenu d'approuver que pour sa part, tandis que, dans le second, il doit approuver pour la totalité de la dette. Telles sont les conséquences de la conjonction simple qui n'empêche pas la division de droit de l'obligation entre les divers obligés, et de la solidarité qui fait que chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette, comme s'il était seul.

Si le billet rédigé au nom de plusieurs conjointement, sans expression de solidarité, portait les signatures de tous ou de quelques-uns des souscripteurs, avec le *bon* ou *approuvé* pour la totalité de la somme, sans autre expression qui établît la solidarité, l'obligation ne laisserait pas d'être simplement conjointe et non solidaire. Car le *bon* ou *approuvé* se réfère au contexte du billet ou de la promesse, sans préjudice de la division de droit entre les coobligés conjoints.

Lorsque le corps du billet n'exprime aucune division spéciale du montant de la dette entre les divers souscripteurs, il convient de s'en tenir à celle qui résulte du rapprochement des énonciations combinées de chaque *bon pour* ou *approuvé*. Tel est le cas où, s'agissant d'une dette de trois mille francs, l'un approuve pour douze cents francs, l'autre pour huit cents francs et le dernier pour mille francs. Si le corps du billet indique,

(1) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, nº 299, note. — Cass., 6 mai 1816. SIREY, 16, 1, 227. — 22 avril 1818. SIREY, 19, 1, 195.

au contraire, une division différente, la présomption est sans doute en faveur de celle qui est établie par chaque *bon pour* ou *approuvé*. Car c'est là que réside la perfection du titre. Mais cette présomption peut être combattue par toute preuve contraire, puisque le contexte du billet fournit lui-même, au besoin, un commencement de preuve par écrit.

Enfin, si le total des sommes exprimées dans chaque *bon pour* ou *approuvé* était inférieur ou supérieur au montant de la dette, il y aurait lieu d'en rectifier les énonciations d'après les circonstances de la cause, en divisant d'une manière égale ou inégale la somme due entre tous les obligés, une fois que cette somme aurait été déterminée légalement.

7. Il est indifférent que la somme ou la quantité promise soit stipulée payable au créancier lui-même qui contracte ou à un tiers indiqué par lui. Si l'article 1326 parle d'une convention par laquelle une partie s'engage envers l'autre à lui payer..., ce n'est pas pour exclure le cas où le payement doit être fait entre les mains d'un tiers indiqué pour recevoir; c'est seulement pour caractériser le genre de conventions auquel il s'applique, et déterminer de plus en plus leur nature particulière.

8. Mais il ne suffit pas que la convention ait un caractère unilatéral: il faut, en outre, que le sujet de l'obligation soit d'une espèce particulière. L'article 1326 ne s'applique, en effet, qu'à celles des conventions unilatérales qui ont pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. Mais quel est le sens que l'on doit attacher à ces expressions? Notre article l'indique lui-même, lorsqu'il exige que le *bon pour* ou *approuvé* porte en toutes lettres la quantité de la chose. Ce mot, quantité, exprime clairement que, par chose appréciable, le législateur entend ici une chose de la nature de celles qui, en droit, sont appelées fongibles, et qui se déterminent et s'apprécient dans leur quantité au compte, au poids, à la mesure (1).

(1) TOULLIER, t. 8, n° 303. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 659, 1re édit., et t. 8, p. 236, 4e édit.

L'article 1326 est donc inapplicable, lorsque l'obligation unilatérale a pour objet une chose qui forme un corps certain et déterminé, telle qu'un cheval, une maison.

Son application cesse également lorsque l'objet de l'engagement, consistant en choses de leur nature fongibles, ces choses ont été considérées néanmoins, dans la convention, comme constituant des choses déterminées dans leur individualité propre.

Il cesse encore d'être rigoureusement applicable lorsque les choses qui font le sujet de l'obligation, quoique consistant en choses fongibles, ne sont cependant pas immédiatement appréciables dans leur quantité. Tel est le cas où je m'oblige à vous fournir tout le blé qui se trouve dans mon grenier, tout le grain nécessaire à votre alimentation pendant une année, ou à l'ensemencement de vos terres. Mais il en serait autrement, et la formalité du *bon* ou de *l'approuvé* devrait être remplie si le billet portait vingt hectolitres du blé qui est dans mon grenier, dix hectolitres pour votre alimentation ou l'ensemencement de vos terres. Il y a dans ce cas une quantité appréciable.

Il est vrai que lorsque la somme ou la quantité promise ne peut être appréciée ou déterminée au moment de l'acte, le souscripteur a un égal intérêt a être protégé contre toute surprise. Et, de ce point de vue, on peut être amené à conclure que même, dans ce cas, il y a lieu d'observer la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*, autant du moins qu'il est possible de l'observer, c'est-à-dire en énonçant qu'on s'oblige pour une somme ou une quantité indéterminée (1). Mais il ne faut pas perdre de vue que les dispositions de l'article 1326 sont exceptionnelles, qu'elles ne peuvent, par raison d'analogie, être étendues à des cas qui ne rentrent point dans ses termes précis. Ce serait ajouter véritablement à la loi que d'exiger, dans

(1) Voy. Metz, 28 mars 1833. SIREY, 35 2, 49.

une semblable hypothèse, la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* avec l'indication particulière dont il s'agit. Du reste, il n'est peut-être pas exact de prétendre que l'intérêt du souscripteur du billet ou de la promesse est ici le même; car la somme ou la quantité promise étant indéterminée et ne devant s'aprécier que d'après certains éléments et circonstances indépendantes du pouvoir et de la volonté des parties, le créancier n'a pas les mêmes moyens de fraude, ni les mêmes facilités de surprise (1).

Mais au moins faut-il que la partie qui s'oblige, si elle n'écrit l'acte en entier, exprime dans le *bon* ou *approuvé* la nature de l'engagement qu'elle contracte. En ce sens, cette formalité est encore applicable, malgré l'indétermination actuelle de la chose due, le débiteur ayant alors un égal besoin de la protection de la loi, pour être garanti contre les surprises et les erreurs dont il pourrait être victime. Si donc nous n'exigeons pas qu'il énonce qu'il s'engage, à tel titre et pour somme ou quantité indéterminée, nous voulons du moins qu'il mentionne dans un *bon* ou *approuvé* qu'il s'engage à tel ou tel titre; comme, *bon pour cautionnement, approuvé le cautionnement.* Et il ne suffirait pas, par exemple, de ces mots : *approuvé l'écriture ci-dessus*, dans le cas où il s'agirait d'un cautionnement indéfini donné pour compte courant et toutes avances déjà faites ou à faire à l'avenir (2). Le souscripteur eût-il même ajouté, *après lecture faite* (3). Mais c'est assez que le *bon* ou *approuvé* détermine l'engagement contracté, de manière qu'on ne puisse frauduleusement lui en substituer un autre d'une

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 663, 1re édit. — Agen, 9 nov. 1823. SIREY, 26, 2, 3.

(2) Cass., 1er mars 1853. SIREY, 55, 1, 212. — Paris, 24 mai 1855. SIREY, 55, 2, 574. — Orléans, 24 déc. 1864. SIREY, 65, 2, 213. — Poitiers, 17 juin 1867. SIREY, 68, 2, 8. — Lyon, 17 juin 1871. SIREY, 71, 2, 222. — *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 8, p. 240, nte 69, 4e édit. — Douai, 25 nov. 1853. SIREY, 54, 2, 696.

(3) *Contrà*, Montpellier, 6 déc. 1865. SIREY, 66, 2, 319.

nature différente, et que le promettant ait su, en définitive, à quoi il entendait s'obliger (1).

9. Quelles que soient les rectrictions que les termes mêmes de l'article 1326 apportent à ses propres dispositions, il n'en reste pas moins un champ fort large ouvert à son application. Remarquons, en effet, que la déclaration du 22 septembre 1733 ne parlait que de billets sous signature privée, au porteur, à ordre, ou autrement, causés pour valeur en argent, tandis que le Code civil s'occupe de tout billet et de toute promesse sous seing-privé, par lesquels une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs autres à payer une somme d'argent ou une chose appréciable. Cette expression, promesse, a ici un sens général beaucoup plus étendu que celle de billet, qui est naturellement restreinte. Elle signifie tout engagement unilatéral qui ne rentre pas dans l'acception propre du terme de billet, et sert par là à faire connaître l'extension que le législateur moderne a entendu donner à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*.

Quelle que soit donc la forme de l'acte, quelle que soit la nature particulière de l'engagement, il suffit que la convention contienne l'obligation de payer une somme d'argent ou autre chose appréciable, pour que l'article 1326 doive recevoir son application. Ainsi, les actes de prêt, de dépôt (2), de cautionnement (3), s'ils ne constituent un contrat synallagmatique (4); les promesses quelconques de garantie; les arrêtés de compte par lesquels le débiteur s'oblige à en payer

(1) Cass., 6 février 1861. SIREY, 62, 1, 72.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 304. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 662, 1re édit., et t. 8, p. 239, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 171.

(3) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, t. 13, n° 175. — ZACHARIÆ, *ibid.* — FAVARD, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 3, n° 8. — Cass., 21 août 1827. SIREY, 28, 1, 60. — Bordeaux, 17 juin 1852. SIREY, 52, 2, 672. — Cass., 1er mars 1853. — SIREY, 55, 1, 212. — *Contrà*, Lyon, 12 avril 1832. SIREY, 33, 2, 428.

(4) Voy. art. 1325, n° 13.

le reliquat (1), s'ils n'énoncent un payement comptant et ne contiennent quittance (2); les reconnaissances de dettes; les actes portant simplement constitution de rente (3) sont soumis à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*.

10. Que, sous l'empire de la déclaration de 1733, l'on ait déclaré les actes de cette dernière espèce dispensés de cette formalité, on le comprend, puisqu'ils ne rentrent pas dans la classe des simples billets. Mais aujourd'hui ils sont évidemment compris dans le terme de promesse, toutes les fois, du moins, que le contrat de constitution de rente établit un simple engagement unilatéral de la part du débiteur et n'entraîne point d'engagements synallagmatiques. La constitution de rente perpétuelle ou viagère n'est, en effet, sous le Code civil, autre chose que l'intérêt stipulé par le créancier pour le capital qu'il prête avec interdiction de l'exiger (1909, 1910).

Mais si la constitution de rente avait été faite moyennant l'abandon d'un immeuble ou de toute autre chose, même d'une somme d'argent, et que les parties eussent donné à leur acte la forme particulière aux contrats synallagmatiques; dans ce cas la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* ne serait pas nécessaire. Car l'engagement de servir la rente ne résultant point d'une convention simplement unilatérale, et les parties ayant donné à leur acte la forme que comportait, dans tous les cas, et que pouvait même exiger la nature synallagmatique de leur contrat, les dispositions de l'article 1326 sont inapplicables. Mais si l'observation des formalités exigées par l'article 1325 est alors nécessaire, elle est en même temps suffisante.

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 9. — DURANTON, t. 13, n° 172. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 306. — *Contrà*, Angers, 9 août 1820. SIREY, 21, 2, 180. — Grenoble, 26 janv. 1826. SIREY, 26, 2, 308.

(2) Orléans, 22 août 1840. SIREY, 40, 2, 433.

(3) DURANTON, t. 13, n° 173. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Contrats aléatoires*, n° 227. — Angers, 18 fév. 1837. SIREY, 39, 2, 426. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 305.

11. Ce n'est pas, cependant, que l'on puisse impunément éluder la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, en donnant à l'acte la forme d'un contrat synallagmatique, alors que cette forme répugne à la nature propre de la convention. Ainsi, l'acte sous seing-privé contenant énonciation d'un arrêté de compte, d'avances faites ou de prêts antérieurs, avec promesse de la part du débiteur de payer une somme déterminée, est soumis aux prescriptions de l'article 1326, bien que les parties lui aient donné la forme d'un contrat synallagmatique, et l'aient rédigé conformément à l'article 1325. Ce serait une véritable fraude aux formalités prescrites par la loi. Il en serait de même au cas de cautionnement ordinaire.

Il faut donc, pour savoir à quelles formes l'acte reste soumis, apprécier le fond même du contrat, sans s'arrêter à la dénomination ni à la forme que les parties lui ont données, en contradiction avec sa nature propre, avec sa substance et le caractère des engagements qui en naissent (1).

12. Par les mêmes raisons l'acte ne serait point valable si, devant être rédigé dans la forme du double écrit, comme contenant une convention synallagmatique, les parties l'avaient dressé dans la forme d'un engagement unilatéral, suivant les dispositions de l'article 1326. Vainement elles auraient observé les formalités du *bon pour* ou de l'*approuvé*.

Cependant, lorsque l'engagement qui fait le sujet du billet ou de la promesse se rattache même à un contrat synallagmatique, et que ce contrat a reçu, de la part de l'une des parties, son entière exécution, de telle sorte qu'il ne reste plus d'obligation que d'un seul côté, il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons vu (2), de se conformer aux dispositions relatives au double écrit. Il suffit de rédiger l'acte qui constate l'engagement unilatéral, seul subsistant, suivant les dispositions de l'article 1326.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 307. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 661, 1re édit., et t. 8, p. 238, 4e édit.

(2) Art. 1325, n° 20.

Ainsi, le vendeur ayant rempli de son côté ses engagements, l'acheteur lui souscrit un billet par lequel il reconnaît lui devoir la somme de..., payable à telle époque, pour prix de telle chose vendue et livrée; ou bien, au contraire, le vendeur ayant touché le prix comptant, souscrit une promesse par laquelle il s'oblige à livrer à l'acheteur, qui s'est libéré du prix, telle quantité de denrées ou de marchandises. Ce billet et cette promesse, ne contenant qu'un engagement unilatéral, doivent être assortis d'un *bon pour* ou d'un *approuvé* de la main du souscripteur (1).

Mais si les parties avaient conservé à leur acte la forme d'une convention synallagmatique, bien qu'elle eût reçu, de la part de l'un des contractants, sa parfaite exécution, les dispositions de l'article 1325 soraient seules applicables, et non plus celles de l'article 1326. Les formalités du double écrit suffiraient pour la validité de l'acte, sans aucune expression de *bon pour* ni d'*approuvé*. Car la vérité est qu'il s'agit toujours d'une convention synallagmatique (2).

13. Si l'une des parties contractait, à l'occasion d'un contrat synallagmatique, un engagement unilatéral qui, ne dérivant point de la nature de ce contrat, fût néanmoins constaté dans le même acte, il y aurait nécessité pour elle d'approuver la somme ou la quantité de la chose promise, conformément à l'article 1326. Tel est le cas où dans un acte de vente sous seing-privé, il y a, de la part du vendeur ou de l'acquéreur, reconnaissance d'une somme prêtée; ou bien encore celui où, dans un acte de bail sous seing-privé, le premier reconnaît que le bailleur lui a avancé certaine somme (3).

Quant à cet engagement unilatéral, qui est tout à fait distinct et indépendant des obligations réciproques qui résultent

(1) TOULLIER, t. 8, n° 328.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 330.
(3) DURANTON, t. 13, n° 174. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 662, 1re édit., et t. 8, p. 240, 4e édit.

immédiatement et directement du contrat de bail ou de vente, la formalité du *bon* ou de l'*approuvé* est indispensable. Pour être mêlées et confondues dans le même acte, ces deux conventions n'en doivent pas moins être soumises, quant à la validité de l'acte destiné à les constater, aux formalités particulières à chacune d'elles.

14. L'article 1326 n'est applicable qu'aux seuls billets et promesses par lesquels une partie s'engage envers l'autre. Il ne concerne donc pas les simples quittances, puisqu'on ne peut dire d'elles qu'elles produisent aucun engagement unilatéral de la part du créancier qui reçoit payement (1).

Cependant, si la personne qui reçoit la somme ou la chose s'obligeait en même temps par la quittance, envers celui qui paye, à en faire un usage ou un emploi déterminé, et à lui en rendre compte, il faudrait observer la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Car la quittance contient en réalité, dans ce cas, un engagement unilatéral de la part de celui qui a reçu la somme ou la chose. Ainsi, le mandataire reçoit de son mandant une somme de... pour un usage ou emploi convenu. Il s'oblige par le fait de sa réception, et la quittance contient en même temps de sa part promesse de rendre compte, de satisfaire à son engagement, de payer, dans le sens général et étendu de cette dernière expression. Il doit donc y apposer en toutes lettres le *bon pour* ou l'*approuvé*.

Mais il en est autrement lorsque la quittance a simplement pour effet d'éteindre une obligation préexistante. Il importe même peu alors que celui qui la donne reçoive en une qualité de mandataire, de gérant, d'administrateur, en laquelle il peut être poursuivi plus tard en reddition de compte, en restitution des sommes ou choses reçues, par les tiers étrangers dont il a géré les biens (2). C'est qu'il ne contracte aucune obligation

(1) Duranton, t. 13, n° 169. — Zachariæ, t. 5, p. 663, 1re édit., et t. 8, p. 241, 4e édit.

(2) Zachariæ, *ibid.*

immédiate et directe envers la personne qui paye, laquelle ne fait que se libérer en demeurant étrangère aux conséquences de sa réception.

15. Voyons maintenant quelles sont les formes du *bon pour* ou *approuvé*, que la loi exige, outre la signature de l'obligé, quand le corps du billet ou de la promesse n'est pas écrit en entier de sa main. Il doit porter en toutes lettres, de la main du souscripteur, la somme ou la quantité de la chose (1326). Voilà la seule condition de forme qui lui soit essentielle. C'est cette énonciation en toutes lettres et de sa main, du montant de l'obligation, qui constitue la garantie que la loi a voulu lui assurer.

Il s'ensuit qu'une simple indication en chiffres est insuffisante, bien qu'elle suffise si le corps du billet ou de la promesse est écrit en entier de la main du souscripteur.

Il en résulte encore qu'une simple approbation de l'écriture, sans mention en toutes lettres de la somme ou de la quantité promise, ne satisfait point aux prescriptions de la loi (1).

Mais le *bon pour* ou l'*approuvé*, quand il est régulièrement exprimé, suffit seul, sans que le souscripteur doive, en outre, énoncer les clauses accessoires et modes particuliers de l'obligation, tels qu'une stipulation de condition, de terme ou d'intérêts (2).

Au surplus, aucune expression sacramentelle n'est exigée. Ces expression *bon pour* et *approuvé*, peuvent être indifféremment remplacées par des termes équivalents. Dans le cas même où le souscripteur aurait, par une inadvertance manifeste, omis de préciser l'espèce, à la suite de l'expression de la somme ou quantité, par exemple, en écrivant, bon pour

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 2. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 664, 1re édit., et t. 8, p. 241, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 182. — Cass., 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122. — Caen, 28 nov. 1843. SIREY, 44, 2, 661.

(2) Orléans, 11 mai 1861. SIREY, 63, 2, 65.

dix mille, il suffirait, pour réparer cette omission, de se reporter aux mentions portées au corps du billet et exprimant des francs (1).

16. Nous pensons même que le *bon pour* et *approuvé* peuvent être impunément supprimés, et que le billet et la promesse valent par eux-mêmes, lorsque le souscripteur a écrit de sa main la mention de la somme ou de la quantité promise, sans la faire précéder de ces mots, *bon pour*, *approuvé*, ou autres équipollents. Le vœu de la loi nous paraît alors rempli, parce que l'énonciation en toutes lettres et de la main de l'obligé contient par elle-même approbation virtuelle de sa part, et écarte toute idée de fraude et de dol.

Nous pensons encore que si un blanc avait été laissé dans le corps du billet ou de la promesse, et que le souscripteur l'eût rempli de sa main, en y exprimant en toutes lettres la somme ou la quantité promise, cette mention équivaudrait à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé;* car elle en contient tous les éléments essentiels. Bien que l'article 1326 semble exiger que le billet soit écrit en entier de la main de celui qui s'oblige, il ne faut point, en effet, pousser la rigueur jusqu'à considérer comme non valable l'acte qui aurait été écrit, en sa plus grande partie, par un tiers étranger, pourvu que le débiteur ait écrit de sa main la mention relative à la somme ou quantité due. C'est cette énonciation qui constitue essentiellement le corps du billet; et si l'on ne peut dire rigoureusement que le débiteur l'ait écrit en entier de sa main, du moins il est vrai qu'il a mis son *approuvé* dans le corps même de l'acte (2).

17. Le *bon pour* ou *approuvé* se met généralement, suivant l'usage, immédiatement avant la signature du souscripteur. Mais cette place est indifférente. Il peut suivre ou précéder indistinctement la signature, la loi ne faisant point du lieu qu'il occupe une condition de sa régularité.

(1) Cass., 16 août 1881. SIREY, 82, 1, 213.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 298.

18. A peine avons-nous besoin d'ajouter que le *bon pour* ou *approuvé* peut être écrit en une langue et en des caractères différents de ceux du corps du billet ou de la promesse. Il marque même mieux, dans ce cas, la personnalité propre du souscripteur.

19. Telle est la règle générale posée par l'article 1326, à laquelle il apporte lui-même plusieurs exceptions, toutes également fondées sur la seule considération de la profession, de l'état ou du métier de la personne de laquelle émane le billet ou la promesse.

En première ligne se présentent les marchands, c'est-à-dire, dans l'acception étendue où est prise ici cette expression, les négociants, les manufacturiers, les fabricants, les industriels et même les banquiers, quelle que soit l'importance de leur commerce ou de leur industrie.

L'exception concernant les marchands se réfère entièrement et exclusivement à la profession et à la qualité de la personne. Son application est ainsi indépendante de la nature de l'acte considéré en lui-même. Soit que l'opération constitue ou non en réalité un acte de commerce dans le sens de la loi (632, 633, C. comm.), la signature du souscripteur, commerçant ou industriel, suffit seule pour la validité du billet ou de la promesse, sans *bon pour* ni *approuvé*. La loi, les réputant souscrits dans l'intérêt de son industrie ou de son commerce, n'a pas voulu qu'il pût soulever, au préjudice de la bonne foi des tiers, des contestations sur la nature commerciale ou non commerciale de la convention (1).

20. Il y a, toutefois, certains actes dont le caractère seul, indépendamment de la profession et de la qualité de la personne, sert à fonder une nouvelle exception aux dispositions de l'article 1326. Nous en parlons ici, parce que leur nature

(1) Cass., 1868. SIREY, 69, 1, 28.

commerciale les rapproche de ceux qui sont souscrits par les marchands, manufacturiers et banquiers.

Telle est la lettre de change, qui par elle-même constitue essentiellement un acte de commerce. Aussi, l'article 110, C. comm., énumérant les conditions de forme de la lettre de change, ne mentionne pas la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* (1).

Mais si la lettre de change était réputée simple promesse, parce qu'elle contient supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit du lieu d'où elle est tirée ou dans lequel elle est payable (112, C. comm.), il y aurait alors nécessité de remplir la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

Il en est de même au cas où des femmes ou filles, non négociantes ou marchandes publiques, souscrivent une lettre de change, qui ne vaut alors, à leur égard, que comme simple promesse (113, C. comm.) (3).

Quant aux simples billets à ordre ou au porteur, comme ils ne constituent point essentiellement par eux-mêmes des actes de commerce, s'ils ne sont souscrits par des négociants, ils restent soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, comme les simples promesses ordinaires, lorsqu'ils sont souscrits par des non commerçants. Telle était la disposition formelle de la déclaration du 22 septembre 1733, et il est évident que les dispositions du Code civil, plus étendues même sous certains rapports, ont la même portée (4).

(1) MERLIN, Rép., v^is^ *Ordre (billet à)*, § 1, art. 5. — DURANTON, t. 13, n° 176. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 1, n° 245. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 661, 1^re^ édit., et t. 8, p. 239, 4^e^ édit. — Toulouse, 30 déc. 1829. SIREY, 30, 2, 128. — Montpellier, 20 janv. 1835. SIREY, 35, 2, 336.

(2) DURANTON, ZACHARIÆ, *ibid.*

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122.

(4) MERLIN, Rép., v^is^ *Ordre (billet à)*, § 1, art 5. — DURANTON, t. 13, n^os^ 176, 178. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 1, n° 245. — Cass., 27 janv. 1812. SIREY, 12, 1, 244. — 26 mai 1823. SIREY, 24, 1, 122.

En ce qui concerne l'aval, qui est une forme de cautionnement particulière aux effets de commerce, il est dispensé de la formalité du *bon pour* ou *approuvé* (1), même lorsqu'il est donné pour la garantie d'une lettre de change par un non commerçant, soit que la lettre émane d'un commerçant ou d'un non commerçant. L'aval participe alors de la nature essentiellement commerciale de l'engagement principal.

Mais il en serait autrement de l'aval fourni sur une lettre de change par des femmes ou filles non marchandes publiques, puisque la lettre ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse (2).

Quant à l'aval donné sur un billet à ordre, une distinction est proposée : S'il est souscrit par des non commerçants, il est évident que le donneur d'aval doit apposer de sa main un *bon pour* ou *approuvé*, comme en sont tenus les souscripteurs eux-mêmes. Mais si le billet émane d'un commerçant, on dit qu'alors l'aval fourni, même par un non commerçant, n'est pas soumis aux formalités de l'article 1326. Le donneur d'aval, ajoute-t-on, est, en effet, tenu solidairement et par les mêmes voies que les souscripteurs (187, 141, C. comm.). Il ne saurait donc se prévaloir de l'inaccomplissement d'une formalité dont il fonderait la nécessité sur la considération de sa qualité de non commerçant, qualité que les tiers de bonne foi n'ont pas eu à vérifier. On fait enfin remarquer que l'intérêt des transactions commerciales exige que l'on fasse fléchir, dans ce cas, la rigueur des dispositions de la loi civile. L'aval participe alors de la nature commerciale du titre, soit qu'il existe sur le billet ou dans un acte séparé (3).

Toutefois, même dans ce cas, les femmes ou filles non mar-

(1) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, t. 13, n° 176. — ZACHARIÆ, *ibid.*

(2) Paris, 20 mars 1830. SIREY, 31, 2, 174.

(3) MERLIN, Rép., v° *Billet*, § 1, n° 8. — DURANTON, t. 13, n° 176. — ZACHARIÆ, *ibid.* — FAVARD, Rép., v° *Aval*, n° 4. — Cass., 5 janv. 1814. SIREY, 14, 1, 62.

chandes publiques qui auraient fourni l'aval ne seraient pas dispensées des formalités prescrites par l'article 1326, puisqu'elles ne le seraient même pas pour une lettre de change (1).

21. Nous avons dit que l'exception posée par l'article 1326, à l'égard des commerçants, était exclusivement fondée sur leur qualité personnelle, mais en ce sens seulement que les billets souscrits par eux ne sont point soumis à la formalité du *bon* ou de l'*approuvé*, alors même qu'ils n'ont point pour objet un acte de leur commerce.

Est-ce à dire que le non commerçant d'habitude qui souscrit un billet ou une promesse dont la cause est réellement commerciale, soit tenu de remplir cette formalité? Nous ne le pensons point. La loi, en considérant la qualité de la personne, ne la sépare pas de l'acte lui-même; elle la caractérise, au contraire, par la nature propre de l'opération, telle quelle est déterminée par la réalité du fait ou par la présomption légale, et elle ne saurait, au point de vue où elle s'est placée, qui est l'intérêt du commerce, mettre la qualité de la personne en contradiction avec la nature de l'acte. Lors donc que le billet souscrit par un non négociant aura pour cause un fait même isolé de commerce, il sera dispensé de la formalité du *bon pour* ou *approuvé*. La vérité est, dans ce cas, que le souscripteur, s'il n'est pas commerçant d'habitude, l'est au moins eu égard à l'acte particulier qu'il a accompli (2).

22. Au point où sont parvenus les arts et l'industrie, il n'est pas toujours facile de distinguer la ligne qui sépare le simple artisan qui exerce un art mécanique, de l'artiste qui se livre à un art où le génie concourt avec le travail de la main. La loi ne peut s'en rapporter sur ce point qu'à l'appréciation que les juges sont chargés de faire des circonstances particulières de chaque cause.

(1) MERLIN, ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 18 fév. 1822. SIREY, 22, I, 318.

(2) *Contrà,* DURANTON, t. 13, n° 178.

23. Quant aux personnes que l'article 1326 désigne sous les noms de laboureurs, vignerons, l'on doit considérer comme tels tous les individus qui se livrent personnellement aux travaux de l'agriculture, et tirent de ce genre de travail leurs moyens, au moins principaux, d'existence, soit qu'ils travaillent à la culture proprement dite de la terre, ou qu'ils s'occupent spécialement de l'éducation des bestiaux; soit qu'ils cultivent leurs propriétés ou celles d'autrui, en qualité de colons ou de fermiers; soit qu'ils travaillent seuls, ou avec le concours de leur famille, de domestiques ou de gens de journée (1).

On ne saurait donc appliquer l'exception de notre article aux personnes que leur position de fortune, leur rang dans la société, le degré de leur instruction, plus encore que leurs occupations habituelles, distinguent de la classe ordinaire des cultivateurs, alors même que pour leur utilité ou leur simple agrément ils se livrent à une exploitation agricole. Ici encore, les tribunaux ont un pouvoir très étendu d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, ne pas considérer comme laboureurs, les propriétaires de biens fonds qui dirigeant eux-mêmes leur exploitation agricole, se déchargent cependant sur des domestiques des travaux matériels (2).

24. Quant à ces expressions, gens de journée et de service, elles comprennent tous ceux qui tirent leurs moyens d'existence des travaux qu'ils exécutent et accomplissent de leur personne, en qualité d'ouvriers, de manouvriers, de salariés, de domestiques, soit que leurs gages ou salaires soient fixés

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 664, 1re édit., et t. 8, p. 240, 4e édit. — Voy. Cass., 23 fév. 1824. SIREY, 24, 1, 194. — Bordeaux, 22 juill. 1829. SIREY, 29, 2, 341. — Grenoble, 22 août 1829. SIREY, 30, 2, 76. — Nîmes, 4 janv. 1830. SIREY, 30, 2, 184. — Cass., 1er fév. 1836. SIREY, 36, 1, 511. — 17 fév. 1836. SIREY, 36, 1, 660.

(2) Nîmes, 4 mai 1852. SIREY, 53, 2, 106. — Voy. encore, Cass., 12 fév. 1861. SIREY, 62, 1, 83. — Bourges, 21 avril 1866. SIREY, 66, 2, 363.

au jour, au mois, à l'année, ou de toute autre manière; ou qu'ils soient attachés au service de la personne, du ménage, des propriétés, d'une usine, magasin, manufacture ou établissement industriel.

25. Lorsqu'il s'agit de savoir si un billet ou une promesse est dispensée, à raison de la qualité du souscripteur, de la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, il faut se reporter à l'époque où l'acte a été souscrit. Car la seule qualité personnelle qu'il convienne de considérer est celle qui existait au moment de la souscription de l'acte, puisque ses conditions de forme y étaient subordonnées (1).

Ainsi ne doivent point être prises en considération les qualités antérieures ou postérieures au moment où le billet et la promesse ont été faits. Par exemple, une personne qui a cessé le commerce ne peut se prévaloir de la cessation de sa qualité de commerçant pour attaquer le billet qu'elle a souscrit, sans *bon pour* ni *approuvé*, alors qu'elle exerçait le commerce. Par contre, les billets souscrits par elle à une époque postérieure doivent être revêtus de la formalité.

Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point, que lorsque les actes ont été faits à une époque voisine de la cessation de sa qualité de commerçant, et dans un temps où son changement d'état n'avait pas encore reçu une notoriété suffisante. Dans ce cas, la bonne foi des tiers peut, suivant les circonstances, faire reconnaître les billets valables, malgré l'absence du *bon pour* ou de l'*approuvé* (2).

26. La qualité du souscripteur d'un billet ou promesse doit exclusivement s'apprécier eu égard à sa personne. Ainsi, il n'existe aucune présomption ni de fait ni de droit qui auto-

(1) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 299. — Duranton, t. 13, n° 184.

(2) Zachariæ, *ibid.* — Toullier, t. 8, n° 299. — Angers, 30 mai 1873. Sirey, 73, 2, 276.

rise les juges à attribuer, sans une vérification particulière, à la femme la même qualité ou profession qu'au mari. L'exception ne s'étend pas de plein droit de l'un à l'autre.

Ce point est surtout d'une vérité sensible, lorsqu'il s'agit d'un commerçant à la profession duquel la femme ne participe point, alors même que, sans faire un commerce séparé, elle ne fait que détailler les marchandises de son mari (7, C. comm.), ou qu'elle l'aide, par sa collaboration, dans la tenue de son magasin ou de ses livres, la rédaction de sa correspondance, la gestion de sa comptabilité. La qualité du mari est alors incommunicable, et la femme n'étant point réputée marchande publique ne se trouve pas, quant aux billets souscrits par elle personnellement, dans l'exception posée par l'article 1326 (1).

Nous en disons autant des femmes de gens de journée et de service; car la qualité du mari tient à un état et à une condition tout personnels. Seulement, il y aura à vérifier si elles ne rentrent pas elles-mêmes, sous d'autres rapports, dans l'une des classes exceptées, telle que celle des artisans.

Quant aux femmes de laboureurs et de vignerons, bien que leur condition se soit beaucoup modifiée depuis la promulgation du Code civil, sous le rapport de leur coopération personnelle aux travaux des champs, le plus souvent, presque toujours elles auront, en fait, la même qualité que leurs maris. Mais il faudra néanmoins en faire la vérification, sans que, toutefois, l'on doive se montrer aussi exigeant pour caractériser leur qualité personnelle, que s'il s'agissait de leurs maris. Il suffira donc, pour qu'elles rentrent elles-mêmes dans l'exception, qu'elles prennent dans les travaux de l'agriculture une part en rapport avec leur sexe, leurs forces, les mœurs, les usages, la nature de l'exploitation (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 665, n^te 72, 1^re édit., et t. 8, p. 243, 4^e édit. — TOULLIER, t. 8, n° 300. — Cass., 6 mai 1816. SIREY, 16, 1, 227. — 1^er mai 1820. SIREY, 20, 1, 416. — 31 août 1859. SIREY, 60, 1, 47.

(2) Cass., 9 déc., 1839. SIREY, 40, 1, 30.

Mais il n'en est pas moins vrai que l'exception ne doit point, même dans ce cas, être étendue de plein droit à la femme, et que les juges doivent vérifier, indépendamment de la qualité et de la condition du mari, si elle appartient elle-même personnellement à l'une des classes pour lesquelles la loi a établi une présomption d'instruction insuffisante. Autrement, s'il s'en faisait de plein droit communication de l'un à l'autre, on s'exposerait dans la pratique à de fâcheuses méprises et à de graves erreurs (1).

27. Il arrive souvent que parmi les souscripteurs d'un billet ou d'une promesse, les uns sont dans le cas de l'exception, tandis que les autres restent soumis à la règle générale. Le billet et la promesse sont alors valables à l'égard des premiers, et ne le sont point à l'égard des seconds, s'ils n'ont régulièrement apposé un *bon pour* ou *approuvé*.

Si l'obligation est simplement conjointe, ceux qui l'on valablement et régulièrement souscrite, demeurent donc obligés, mais seulement pour leur part et portion virile dans la dette (2). Cette division de l'obligation ne souffre du moins aucune difficulté, lorsque le *bon pour* ou *approuvé* a été mis avec mention d'une part divisée. Mais s'il a été donné pour une somme inférieure ou supérieure à la part virile de chaque souscripteur, ou même pour le montant total de la dette, il y aura à vérifier, d'après les circonstances, s'il n'y a pas eu erreur de la part des souscripteurs, ou si, au contraire, cette inégalité dans la répartition de la dette, telle qu'elle résulte de chaque *bon pour* ou *approuvé*, n'exprime pas la part réelle et véri-

(1) Zachariæ, t. 8, p. 243, 4e édit. — Caen, 3 janv. 1827. Sirey, 28, 2, 84. — Cass., 22 juill. 1828. Sirey, 29, 1, 88. — Caen, 28 nov. 1843. Sirey, 44, 2, 661. — Cass., 26 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 731. — Voy. cep. Zachariæ, t. 5, p. 665, 1re édit. — Grenoble, 22 août 1829. Sirey, 30, 2, 76. — Lyon, 12 déc. 1829. Sirey, 31, 2, 225.

(2) Duranton, t. 13, n° 181.

table que chacun y a prise, et pour laquelle il a entendu s'obliger (1).

Si l'engagement est solidaire, ceux qui y ont apposé régulièrement leurs signatures sont obligés solidairement et tenus du total de la dette, comme si tous les souscripteurs étaient eux-mêmes valablement engagés (2), sauf à eux à exercer, ainsi que de droit, leur recours contre les autres qui ont irrégulièrement souscrit l'acte, en prouvant qu'ils ont réellement pris part à l'obligation ; et cette preuve tant de l'engagement que de sa solidarité pourra être faite à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, l'acte constituant, malgré son irrégularité, un commencement de preuve par écrit (3).

28. Le défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* a seulement pour effet d'infirmer la force probante de l'acte, et d'empêcher qu'il ne fasse pleine foi par lui-même. Les juges ne peuvent donc le prendre pour unique fondement d'une condamnation, ni le créancier s'en prévaloir pour former une saisie-arrêt sans permission de justice.

Mais comme il constitue un titre simplement irrégulier et insuffisant pour faire preuve complète de l'obligation; que l'article 1326, à la différence de la déclaration du 22 septembre 1733, ne le déclare pas de nul effet et valeur et ne défend point d'en ordonner le payement en justice; que l'irrégularité du titre, sous le rapport de sa force probante, reste sans influence sur l'existence et la validité de l'engagement en soi, rien ne s'oppose à ce que le créancier défère le serment décisoire au souscripteur du billet (4), le fasse interroger sur faits et articles (5), demande sa comparution à l'audience, et excipe enfin du titre dont il est porteur comme constituant, d'après

(1) TOULLIER, t. 8, n° 300.
(2) DURANTON, t. 13, n^{os} 180 et 181.
(3) Cass., 7 juin 1882. SIREY, 84, 1, 157.
(4) DURANTON, t. 13, n° 187. — TOULLIER, t. 8, n° 292.
(5) DURANTON, t. 13, n° 188.

l'appréciation que les juges sont autorisés à en faire, un commencement de preuve par écrit qui leur permet de déférer le serment supplétoire et d'accueillir soit la preuve testimoniale, soit même les simples présomptions. Ce dernier point, d'abord controversé, est aujourd'hui à l'abri de toute discussion (1).

Il faut observer que lorsque les juges admettent l'acte comme constituant un commencement de preuve écrite, ce qu'ils doivent rechercher dans le complément qu'ils sont autorisés à demander, soit aux témoignages, soit aux simples présomptions, ce n'est point la preuve de la sincérité de la signature, car elle est supposée reconnue ou vérifiée, mais bien la preuve de l'exactitude et de la vérité de la mention contenue dans le corps du billet, en ce qui concerne la somme ou la quantité promise (2), et l'engagement contracté par le signataire en connaissance de cause (3).

29. Le vice résultant de l'omission ou de l'irrégularité du *bon pour* ou de l'*approuvé*, peut être couvert par des faits d'exécution volontaire. Mais ces faits d'exécution doivent être de telle nature qu'ils puissent servir à déterminer la somme ou la quantité promise. Tels sont une exécution totale et complète, un payement d'intérêts correspondant à la totalité de la

(1) Toullier, t. 8, nos 280, 281, 288, 289, 293, 296, et t. 9, nos 81 et 82. — Duranton, t. 13, nos 189 et suiv. — Zachariæ, t. 5, p. 666, 1re édit., et t. 8, p. 243, 4e édit. — Merlin, Rép., vo *Billet*, § 1. — Cass., 2 juin 1823. Sirey, 23, 1, 294. — 1er juill. 1828. Sirey, 29, 1, 199. — 4 fév. 1829. Sirey, 29, 1, 196. — 4 mai 1831. Sirey, 31, 1, 197. — 21 mars 1832. Sirey, 32, 1, 251. — 18 nov. 1834. Sirey, 35, 1, 393. — 6 fév. 1839. Sirey, 39, 1, 289. — 26 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 731. — 13 déc. 1853. Sirey, 54, 1, 17. — Poitiers, 17 juin 1867. Sirey, 68, 2, 8. — Cass., 10 janvier 1870. Sirey, 70, 1, 157. — Lyon, 17 juin 1871. Sirey, 71, 2, 222. — Cass., 15 juillet 1874. Sirey, 75, 1, 290. — 7 juin 1882. *France jud.* 1882, p. 100. — *Contrà;* Orléans, 24 déc. 1864. Sirey, 65, 2, 213.

(2) Duranton, t. 13, no 190.

(3) Paris, 24 mai 1855. Sirey, 55, 2, 574.

somme due, une quittance d'à-compte acceptée par le débiteur et représentée en justice, indiquant en même temps le montant de la dette. Mais une exécution partielle est insuffisante, lorsqu'elle n'a pas pour résultat de déterminer le chiffre de l'obligation. Le débiteur peut, en effet, sans dénier les faits d'exécution partielle accomplis de sa part, toujours contester, à défaut de *bon pour* ou d'*approuvé* émané de lui, la quotité de la somme ou la quantité énoncée au billet, et soutenir qu'elle est moindre. L'argument de parité, tiré des dispositions de l'article 1325, est donc ici sans aucune espèce de valeur (1).

ARTICLE 1327.

Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte, ainsi que le *bon*, sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1327.
2. Il admet tous moyens de preuve comme recevables.
3. Il s'applique également au cas où les choses exprimées sont de nature différente.

COMMENTAIRE.

1. Il peut arriver que la somme exprimée au corps de l'acte soit différente de celle exprimée au *bon;* l'obligation est présumée, dans ce cas n'être que de la somme moindre (1327). La contradiction qui existe entre les énonciations du billet et celles du *bon pour* établit, en effet, le doute sur le montant de la somme ou la quantité de la chose promise. Or, le doute

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 668, 1re édit., et t. 8, p. 245, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 302.

s'interprète en faveur du débiteur (1162); *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (1).

L'article 1327 porte la même disposition pour le cas même où l'acte, ainsi que le *bon*, est écrit en entier de la main de celui qui s'est obligé. On aurait pu alors douter que le *bon pour* ou l'*approuvé* pût être pris en considération, puisqu'il était complètement inutile, le corps du billet étant écrit en entier de la main du souscripteur. Ici encore la loi a entendu lever toute incertitude par une disposition formelle.

Mais remarquons qu'elle n'établit jamais qu'une présomption en faveur de la somme moindre, et que cette présomption peut être détruite par la preuve contraire. L'obligation est donc présumée n'être que de la somme moindre, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur (1327).

2. A cet égard, tous moyens de preuve sont également recevables. Car les énonciations du corps du billet, aussi bien que celles du *bon pour* ou de l'*approuvé*, peuvent être admises comme constituant un commencement de preuve par écrit de la vérité de la somme ou quantité qu'elles expriment. Les juges peuvent donc, dans tous les cas, se déterminer pour la somme ou la quantité la plus forte, non-seulement par les indices et présomptions qui résultent de la teneur même du billet ou de la promesse, mais encore par tous les autres éléments de preuve qui naissent des circonstances extrinsèques (2).

Si, par exemple, le corps du billet énonce la cause de la dette, on pourra, par la comparaison de la valeur connue des choses indiquées, parvenir à rectifier le chiffre différemment exprimé dans le corps du billet et dans le *bon pour* (3).

De même, si un bordereau des espèces déposées était joint à l'acte de dépôt, la somme due consisterait dans le montant

(1) L. 9, *ff. De reg. jur.*
(2) Toullier, t. 8, n° 297.
(3) Pothier, *Oblig.*, n^os^ 711 et 712.

de ces espèces, et non dans le chiffre exprimé à l'acte. Une erreur de calcul y est, dans ce cas, présumée (1).

3. L'article 1327 est fait spécialement pour le cas où la nature de la chose due étant la même, d'après les expressions du corps de l'acte et celles du *bon pour*, il n'y a de différence que dans les sommes ou quantités différemment énoncées. Il ne s'applique donc pas, du moins dans toute la rigueur de son texte, lorsque le corps du billet et le *bon pour* expriment des choses de nature différente, soit que la quantité indiquée soit ou non la même.

Dans ce cas, le souscripteur du billet ou promesse doit, à son choix, l'une ou l'autre des choses indiquées, quand bien même le corps de l'acte et le *bon pour* seraient en entier écrits de sa main. Le doute résultant de la diversité de leurs énonciations doit en effet s'interpréter en sa faveur, sauf au créancier à établir de quel côté est l'erreur. Jusque-là, la question se résout, sinon par le texte, du moins par l'esprit de l'article 1327.

Mais la diversité des choses exprimées peut exercer une influence décisive sur la formation même du contrat, en empêchant les parties de tomber d'accord. Le créancier et le débiteur pourront alors également prétendre qu'il n'y a pas eu de convention formée, sauf à celui qui en demande l'exécution à établir que la différence des énonciations de l'acte provient d'une erreur, d'une méprise, d'une inadvertance.

ARTICLE 1328.

Les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 713.

des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1328.
2. Quels sont les tiers?
3. Hypothèse d'un acte de vente sans date certaine en concours avec une autre vente ayant date certaine.
4. Suite.
5. Hypothèse où l'acte sans date certaine fait foi de sa date contre celui auquel on l'oppose.
6. Motifs des dispositions de l'article 1328.
7. Articles 1743, 1410, 1558.
8. On peut être tour à tour tiers et ayant-cause.
9. Questions de détail. Exemples divers.
10. *Quid,* si l'acte ayant date certaine antérieure est attaqué pour cause de fraude?
11. L'acte sous seing-privé sans date certaine ne peut fonder la prescription de dix ou vingt ans,
12. Ni interrompre la prescription, à l'égard des tiers, s'il n'a obtenu date certaine avant qu'elle fût acquise.
13. Espèce concernant un créancier hypothécaire.
14. Doivent être assimilées à un acte privé les déclarations verbales. Exemple.
15. Des actes d'acquiescement à un jugement par défaut.
16. Concours entre subrogés ou cessionnaires.
17. Sont tiers, les opposants à partage,
18. Les créanciers saisissants.
19. Peu importe la nature des droits conférés aux tiers. Exemples.
20. Des conventions ou dispositions résultant de déclarations ou reconnaissances simplement verbales.
21. Le cessionnaire est un tiers,
22. Ainsi que le créancier qui fait une saisie-arrêt ou opposition.
23. Les quittances privées peuvent néanmoins leur être opposées,
24. Mais non les actes de novation et autres analogues.
25. Autres tiers à qui les quittances privées peuvent être opposées.
26. A quelles conditions elles sont opposables.
27. Il est indifférent que les payements aient lieu par anticipation,
28. Ou opèrent une subrogation légale,
29. Ou que l'extinction de la dette résulte de compensation,
30. Ou que la quittance n'exprime pas de date et résulte de la reconnaissance du créancier qui a reçu, sans acte écrit.

31. Sont tiers les héritiers à réserve, agissant en cette qualité.
32. L'héritier bénéficiaire.
33. Si la femme a hypothèque pour ses reprises résultant d'actes sans date certaine,
34. Sauf à elle à établir, si elle est contestée, la sincérité de leurs dates?
35. Sont ayants-cause les créanciers agissant en vertu de l'article 1166.
36. Les créanciers d'un failli,
37. D'un débiteur qui a fait cession de biens,
38. Le mandant et autres dont les biens sont gérés par un tiers.
39. L'article 1328 est inapplicable en cas de mauvaise foi caractérisée de la part du tiers.
40. Il suffit qu'il ait été de bonne foi au moment où il a contracté.
41. La simple connaissance ne constitue pas toujours la mauvaise foi.
42. De quel jour la date devient certaine? Enregistrement.
43. Mort de l'un des signataires.
44. Est insuffisante l'amputation du membre ou la paralysie,
45. Ou la mort de celui qui a écrit l'acte, sans le signer.
46. Relation de la substance de l'acte privé dans un acte public.
47. Qu'entend-on ici par acte public?
48. Des procès-verbaux de scellés et d'inventaire.
49. De la relation dans un acte privé ayant date certaine.
50. L'article 1328 est limitatif. Rejet de diverses circonstances,
51 De la preuve testimoniale, s'il n'y a un écrit ayant date certaine.
52. Il ne s'applique pas aux matières de commerce.
53. Des actes ayant acquis date certaine le même jour. Lequel doit être préféré?
54. Suite.
55. Suite.
56. *Quid*, s'il s'agit d'une somme d'argent saisie et cédée le même jour?
57. De l'identité de date dans certains actes de procédure.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu, sous l'article 1322, quels étaient le caractère et la portée de la force probante des actes sous seing-privé; nous nous sommes spécialement occupé, sous cet article, de la foi qui leur est due entre les souscripteurs, leurs héritiers et ayants-cause, soit en ce qui concerne la date qu'ils énoncent, soit en ce qui touche le fait juridique qu'ils consta-

tent. Nous avons à traiter ici de la foi qui leur est due, à l'égard des tiers, quant à la date qu'ils contiennent.

Notre article porte que les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers que du jour... où ils ont acquis date certaine par l'un des moyens qu'il indique. Voilà, sous le rapport de leur force probante, une distinction bien marquée entre les tiers et les souscripteurs d'actes privés, leurs héritiers et ayants-cause. Car, à l'égard de ceux-ci, les actes de cette espèce font foi de leur date, au moins jusqu'à preuve contraire.

2. Mais quelles sont les personnes que la loi désigne ici par cette expression de tiers? Ce sont naturellement celles qui ne sont point signataires des actes, ni leurs héritiers ou ayants-cause. Car elle les place en opposition les uns aux autres.

D'autre part, nous avons, sous l'article 1322, indiqué ce que l'on doit entendre par le terme d'ayant-cause. L'ayant-cause, avons-nous dit, est tout successeur particulier qui, en vertu d'un titre onéreux ou gratuit, soit qu'il tienne ses droits d'un testament, d'un contrat ou de la loi, représente, dans l'exercice de ses droits et actions, la personne de son auteur.

S'emparant de cette définition, et lui appliquant une signification absolue; se fondant d'ailleurs sur ces principes élémentaires de droit, que l'on contracte pour soi, ses héritiers ou ayants-cause, et que l'on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même, M. Toullier (1) a soutenu que l'acte sous signature privée fait foi de sa date, tout comme l'acte authentique, entre toutes personnes qui tiennent leurs droits, fussent-ils contradictoires, d'un auteur commun.

Mais cette opinion a été vivement combattue par les autres auteurs qui ont écrit sur le Code civil (2). Quels qu'aient été

(1) T. 8, nos 245 et suiv., et t. 10, *Additions*.

(2) Merlin, Quest., vo *Tiers*. — Duranton, t. 13, nos 132 et suiv. — Troplong, *Hyp.*, nos 529 et suiv. — Favard, Rép., vis *Acte sous seing-privé*. — Zachariæ, t. 5, p. 674, 1re édit., et t. 8, p. 251, 4e édit. — Bonnier, no 569. — Marcadé, art. 1328, no 3.

ses efforts de discussion, M. Toullier est resté seul de son avis; et l'on peut dire que cette question relative à la foi due à l'acte sous seing-privé, quant à sa date, à l'égard des tiers, est une question aujourd'hui épuisée en doctrine et fixée en jurisprudence. Il nous suffira donc de résumer les principes et d'examiner quelques point de détail.

3. Afin d'être mieux compris, nous commencerons par poser l'hypothèse qui a servi principalement de terrain à la controverse. J'achète, le 1er janvier 1845, un héritage de Paul, par acte qui a date certaine. Plus tard, survient François, qui prétend avoir acquis le même héritage de Paul, par acte sous seing-privé, à la date du 15 décembre précédent, mais n'ayant pas de date certaine. Cet acte, dont François est porteur, fera-t-il foi de sa date contre moi, de telle sorte que je doive lui abandonner la propriété que j'ai acquise en vertu d'un titre qui, à la différence du sien, a date certaine? Oui, suivant M. Toullier; non, suivant les autres auteurs, dont nous n'hésitons pas à partager l'opinion. Le premier se fonde sur un argument bien simple; il fait de François et de moi les deux ayants-cause de Paul, de telle sorte qu'il n'a plus qu'à s'emparer du texte de l'article 1322 pour dire que l'acte sous seing-privé, portant la date du 15 décembre, a contre moi la même foi qu'un acte authentique.

Il est vrai et incontestable, sans aucun doute, que l'on doit entendre par ayant-cause tout successeur particulier, sur un objet singulier, déterminé et ne constituant point une universalité juridique. Tels sont ceux qui succèdent à un autre à titre de donation, de vente, d'échange, de bail, etc... Ils sont ayants-cause, parce qu'ils sont, tant activement que passivement, au lieu et place de leur auteur, en ce qui concerne l'objet singulier qu'ils tiennent de lui, et en tant qu'ils sont ses ayants-cause, *in quantum causam habent,* ainsi que l'exprime Dumoulin (1). C'est, en effet, un principe posé par la loi

(1) Sur Paris, art. 5, n° 10.

romaine, que celui qui succède au droit ou à la propriété d'un autre doit en exercer les droits, *qui in jus dominiumve alterius succedit jure ejus uti debet* (1), et que l'obstacle qui existe pour ceux qui ont contracté, existe également pour leurs successeurs, *quod ipsis qui contraxerunt obstat successoribus eorum obstabit* (2).

En ce sens, nous sommes bien, François et moi, les ayants-cause de Paul. Mais voici où commence la confusion : Que nous soyons l'un et l'autre les ayants-cause de Paul, dans nos rapports personnels avec notre auteur, c'est ce qui est évident et incontestable. Mais le sommes-nous également dans nos rapports, l'un vis-à-vis de l'autre? Nullement.

Il est, en effet, manifeste que la contradiction qui existe entre nos titres respectifs fait que nous ne pouvons être simultanément, et pour les droits transmis à chacun de nous, les ayants-cause de la même personne, de notre auteur commun. L'un ne peut l'être qu'à l'exclusion de l'autre. Il y a une sorte d'impénétrabilité de droits qui ne permet pas que nous les occupions en même temps tous deux. C'est donc la question d'ayants-cause qu'il faut décider avant tout, et elle ne peut se décider que par l'antériorité du titre. Car il est clair que l'antériorité du titre établissant la qualité d'ayant-cause, en suite de la transmission opérée, exclut la possibilité de toute transmission utile effectuée ultérieurement, et empêche, conséquemment, celui qui invoque cette transmission ultérieure de se dire activement l'ayant-cause de son auteur à l'encontre de l'autre.

Déterminer la foi due à l'acte sous seing-privé et sans date certaine par la qualité d'ayant-cause, c'est donc commencer par présupposer comme constante cette qualité d'ayant-cause qu'il s'agit, au contraire, d'établir; c'est, en un mot, se renfermer dans un cercle vicieux, et résoudre la question par la

(1) L. 177, *ff. De reg. jur.*
(2) L. 143, *ff. De reg. jur.*

question exactement dans ces termes : L'acte sous seing-privé de François fait foi de sa date contre moi, parce que nous sommes, François et moi, les ayants-cause de Paul; ce qui revient à dire, par équation logique, parce que cet acte fait foi de sa date. La pétition de principe est flagrante.

4. Comment doit donc se résoudre la question relative à la qualité d'ayant-cause? Dans ce conflit de titres contradictoires et de prétentions rivales, l'un de nous, vu l'impénétrabilité des droits transmis, ne peut être l'ayant-cause de Paul qu'à l'exclusion de l'autre. Il y a donc lutte entre nous, et, sous ce rapport, nous sommes, l'un à l'égard de l'autre, des tiers, *penitùs extranei*, dans toute la force du mot; car nous sommes parties adverses, précisément en ce qui touche la transmission des droits sur laquelle seule peut reposer la qualité d'ayant-cause. Et vis-à-vis de Paul lui-même, que nous prétendons l'un et l'autre être notre auteur, je suis également un tiers, en ce que j'ai intérêt à repousser les actes censés émanés de sa part, qui pourraient, par leur exécution, anéantir, restreindre ou modifier les droits que je tiens de lui. Je suis enfin tiers à l'égard de tous, pour tout ce qui peut préjudicier au contrat dont je me prévaux.

Si nous sommes tiers, alors vient l'application de l'article 1328 : les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont acquis date certaine. Or, j'ai un acte qui a pour date certaine celle du 1er janvier 1845, tandis que François n'a qu'un acte sans date certaine. L'acte dont il est porteur ne peut donc avoir contre moi la même foi que l'acte authentique. La certitude de date du mien l'emporte sur l'incertitude de celle qu'il invoque. Son titre est présumé antidaté. Je finis donc par l'exclure et par me poser comme seul et exclusif ayant-cause de mon auteur, qui, après une première transmission opérée à mon profit, n'a pu transmettre à d'autres des droits qu'il n'avait plus. Je serai enfin, si l'on veut, activement l'ayant-cause de Paul pour réclamer mes droits et

repousser les prétentions de François, *ad petendum et defendendum*, comme il le sera lui-même passivement pour respecter mes droits dont l'antériorité est établie par date certaine.

5. Mais voici un cas où l'acte sous seing-privé sans date certaine fait foi néanmoins contre celui auquel on l'oppose. J'achète de Paul un héritage le 1er juillet 1845, par acte authentique ou privé, mais ayant, dans ce dernier cas, date certaine. Jean se présente, qui prétend exercer un droit de servitude; et il produit un acte sous seing-privé portant une date antérieure non certaine, par lequel cette servitude est constituée. Mais ce titre est précisément l'acte de vente par lequel Jean a vendu autrefois à Paul l'héritage que celui-ci m'a revendu. Il est évident que je ne puis, dans ce cas, opposer que le titre constitutif de la servitude n'a pas de date certaine, par la double raison que je suis moi-même l'ayant-cause de Jean, à la suite de Paul, et que je ne puis critiquer le titre primitif, qui est le fondement même de mes droits actuels. Et telle est l'autorité de tous les titres qui, bien que sans date certaine, sont communs à plusieurs, et que chacun d'eux est obligé de reconnaître dans leur date et dans leur contenu, puisqu'ils sont tous également forcés de l'invoquer comme source unique et commune des droits qui leur ont été transmis (1).

6. Mais soutenir que l'acte sous seing-privé sans date certaine fait foi de sa date apparente vis-à-vis de l'acquéreur porteur d'un titre qui a date certaine, par la raison qu'il fait foi de sa date entre lui et son vendeur, dont il se prétend l'ayant-cause, ainsi que l'autre acquéreur; cette doctrine a de quoi effrayer par ses dangereuses conséquences.

Elle détruit, en effet, toute sécurité dans les contrats, en favorisant la fraude, si facile, des antidates. Et n'est-ce pas pour écarter ce péril que le législateur a voulu que les actes

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 530. — MERLIN, Quest., v° *Tiers*. — GRENIER, *Hyp.*, t. 2, n° 354. — Cass., 23 mai 1881. SIREY, 81, 1, 312.

sous seing-privé ne fissent foi de leur date contre les tiers que du jour où leur date serait devenue certaine par l'un des moyens qu'il indique? « Déclarer en principe, disait M. Jaubert dans son rapport au tribunat, que les actes sous seing-privé n'ont point de date contre les tiers, n'est-ce pas compromettre, en certains cas, les intérêts des hommes de bonne foi qui n'ont pas exigé un acte public, ou parce qu'ils n'y ont pas songé, ou parce qu'ils n'ont pas voulu en faire les frais? Cependant, ce dernier inconvénient est moindre que celui qui résulterait du système contraire. La crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel entraîne certains hommes a dû déterminer le législateur. Au reste, les contractants seront avertis; c'est à eux à prendre leurs précautions. C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé cette ancienne règle, que les actes sous seing-privé n'ont pas par eux seuls de date certaine contre les tiers. »

7. Les dispositions de l'article 1743, relatives à l'expulsion du fermier ou locataire par l'acquéreur, ne font que contenir elles-mêmes l'application de ces principes au cas particulier de bail (1). En vain M. Toullier y voit-il (2) une exception fondée sur la nature spéciale des droits conférés par le contrat de louage. Quels qu'ils soient, il n'en est pas moins vrai que le bailleur, après avoir loué sa chose et transmis sur elle, à ce titre, certains droits, ne peut, en l'aliénant, transférer à l'acquéreur plus de droits qu'il n'en avait conservé. Si donc le preneur ou locataire peut être expulsé, à défaut de bail ayant date certaine, ce ne peut être que parce que le bail qu'il invoque ne fait pas foi de sa date envers le tiers acquéreur.

Nous retrouvons une application du même principe dans l'article 684, C. pr., qui porte que les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement en saisie immo-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 533 ; et *Louage*, n° 503.—MERLIN, *ibid.*—ZACHARIÆ, t. 3, p. 674, n^te 94, 1^re édit., et t. 8, p. 252, n^te 110, 4^e édit.
(2) T. 8, n° 248.

bilière, pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent.

Les articles 1410 et 1558 concernant les dettes personnelles de la femme et antérieures au mariage nous en fournissent également l'application à l'égard du mari. Nous remarquerons, toutefois, que la jurisprudence est sur ce point moins difficile, quant à la preuve de l'antériorité de ces dettes (1).

8. Que si, maintenant, on nous demande ce que l'on doit entendre ici par tiers, nous répondrons que, pour la saine application des articles 1322 et 1328, il convient de considérer comme tels tous ceux qui, n'ayant point été parties à l'acte sous seing-privé, exercent en leur propre nom des droits personnels ou réels, soit que la loi les leur confère elle-même, ou qu'ils les tiennent d'une convention ou d'une disposition faite par l'une des parties qui ont souscrit l'acte, lesquels droits seraient annulés, restreints ou modifiés d'une manière quelconque par l'exécution de l'acte qu'on leur oppose, s'il faisait foi de sa date envers eux.

Mais sans cesser d'être considérés comme tiers sous ce rapport, ils sont néanmoins en même temps ayants-cause, soit activement, lorsqu'ils exercent ces droits du chef de leur auteur, soit passivement, lorsqu'ils sont obligés de respecter les droits invoqués par d'autres à leur encontre. Il importe même peu, pour l'existence de cette qualité passive d'ayants-cause, que les tiers qui sont en débat avec eux prétendent, sans contester l'efficacité de leur titre personnel, que leur auteur n'avait pas les droits qu'ils veulent exercer de son chef, ou qu'ils soutiennent, au contraire, en contestant l'efficacité de leur titre par rapport à eux, que les droits qu'ils entendent personnellement exercer leur ont été régulièrement transmis, par le même auteur commun, en vertu d'un titre antérieur.

Ainsi, la même personne est tour à tour considérée comme tiers ou comme ayant-cause, suivant le point auquel on se

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage*, nos 775 et suiv., et 3465.

place pour examiner sa situation. Et chacune de ces qualités correspond aux diverses faces sous lesquelles elle doit être envisagée.

9. Nous devons maintenant signaler, en entrant dans les questions de détail, quelques-unes des principales conséquences que la jurisprudence et la doctrine ont déduites de ce principe, que l'acte sous seing-privé ne fait foi de sa date contre les tiers que du jour où il a acquis date certaine.

Celui qui prétend exercer un droit d'usage ou usufruit (1), une servitude (2), un droit réel quelconque, en vertu d'un acte privé sans date certaine, ne peut le faire au préjudice du tiers acquéreur dont le titre a acquis une date certaine antérieure.

Le tiers porteur d'un acte privé par lequel des droits quelconques lui ont été cédés sur les biens donnés à un autre, ne peut l'opposer au donataire, s'il n'a une date certaine antérieure à la donation (3), quand bien même la donation comprendrait tous les biens présents, et qu'elle eût été faite à la charge de payer les dettes du donateur (4), à moins qu'elle n'eût été faite en fraude des droits du créancier qui, dans ce cas, pourrait en poursuivre la révocation, conformément à l'article 1167 (5).

L'acquéreur d'un héritage est également un tiers par rapport aux actes sous seing-privé sans date certaine, par lesquels le vendeur aurait, en apparence antérieurement à la vente, renoncé à l'exercice d'une servitude active, ou interrompu par sa seule reconnaissance la prescription d'une servitude

(1) MERLIN, *ibid.* — DURANTON, t. 13, n° 137.

(2) Cass., 28 juillet 1858. SIREY, 58, 1, 792. — 1er déc. 1863. SIREY, 64, 1, 127.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 675, 1re édit., et t. 8, p. 253, 4e édit. — Grenoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506.

(4) ZACHARIÆ, t. 5, p. 344, 1re édit., et t. 7, p. 406, 4e édit. — DURANTON, t. 8, n° 473. — GRENIER, *Donat.*, t. 1, n° 87. — TOULLIER, t. 5, n° 818. — Agen, 14 nov. 1842. SIREY, 43, 2, 164.

(5) Voy. Bordeaux, 19 nov. 1836. SIREY, 37, 2, 481.

passive opérée au moyen du non usage. De pareils actes ne peuvent être opposés par les tiers, sauf à eux à invoquer, s'il y a lieu, abstraction faite de ces titres, des faits de possession suffisante pour interrompre la prescription de la servitude passive, ou un non usage suffisant pour éteindre la servitude active.

Le créancier hypothécaire ou antichrésiste exercera également son hypothèque ou son antichrèse sur l'immeuble affecté, bien qu'un tiers se présente porteur d'un acte sous seing-privé sans date certaine, duquel il apparaît que cet immeuble lui a été vendu antérieurement à la constitution de l'hypothèque ou de l'antichrèse (1).

Un cohéritier cède ses droits héréditaires et, en conséquence, a accepté la succession. Mais l'acte de cession est sans date certaine. Si l'héritier cédant déclare plus tard renoncer, l'acte de cession ne sera pas opposable aux autres héritiers qui, en dehors de tout concert frauduleux, se trouvent saisis de la part du renonçant par l'effet seul de sa renonciation (2).

10. Nous venons de réserver aux tiers, en fraude des droits desquels une donation a été faite, le droit d'en poursuivre la révocation, conformément à l'article 1167. Ce n'est pas que, dans ce cas, le donataire puisse être considéré comme l'ayant-cause du donateur; mais c'est uniquement parce que la fraude, qui passe toutes les règles ordinaires du droit, donne ouverture à l'action paulienne. Le donataire, s'il est complice de la fraude, ne pourra donc opposer aux tiers porteurs de titres sans date certaine, qu'ils ne prouvent pas que ces titres sont antérieurs à l'acte de donation prétendu frauduleux (3).

Mais, hors ce cas, qui n'est qu'une exception fondée sur les règles particulières à la fraude, le donataire, même d'une uni-

(1) MERLIN, *ibid.*—ZACHARIÆ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 255, 4e édit. — TROPLONG, *Hyp.*, nos 529 et suiv. — GRENIER, *Hyp.*, t. 2, no 354. — DURANTON, t. 13, no 138. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, no 247.

(2) Cass., 4 avril 1882. SIREY, 84, 1, 369.

(3) Voy. article 1167, no 22.

versalité de biens, est un tiers par tous les actes privés sans date certaine émanés du donateur, et dont l'effet serait, s'ils étaient exécutés contre lui, de porter atteinte à l'étendue et à l'irrévocabilité de ses droits (1).

Ce principe est également applicable, lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux. Les tiers porteurs d'actes sous seing-privé sans date certaine peuvent les faire prévaloir, en établissant que leur adversaire a participé à la fraude sur laquelle ils fondent leur action en révocation.

11. Celui à qui l'on oppose un acte sous seing-privé comme fondement de la prescription de dix ou vingt ans avec bonne foi, est un tiers contre lequel l'acte ne fait point foi de sa date, si elle n'est certaine. Sa date apparente, quoique jointe à la possession, ne peut servir à fixer le point de départ de la prescription, sauf à celui qui invoque le titre à joindre sa possession à celle de son auteur (2), afin d'acquérir par elle la prescription dont il entend se prévaloir.

12. Comme on peut déguiser une renonciation à une prescription acquise sous la forme d'une reconnaissance interruptive antidatée, cette reconnaissance ne vaut, à l'égard des tiers, que tout autant qu'elle a une date certaine antérieure à l'accomplissement de la prescription. Et par tiers nous entendons ici tous ceux qui, aux termes de l'article 2225, peuvent, comme intéressés, opposer la prescription, encore que le débiteur y renonce. Tels sont les codébiteurs solidaires, les garants et les cautions.

13. Une maison est indivise entre Antoine et Frédéric Villète. Le 30 juin 1790, Frédéric cède sa portion à Antoine, par acte sous seing-privé. Le 2 mai 1792, les deux frères vendent

(1) Nancy, 14 fév. 1828. SIREY, 29, 2, 192. — Angers, 20 fév. 1829. SIREY, 29, 2, 205.

(2) TROPLONG, *Prescript.*, n° 913. — DURANTON, t. 13, n° 112. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 494. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 239.

conjointement cette maison à Devielles. Plus tard l'acquéreur est poursuivi comme tiers détenteur par la veuve d'Antoine, qui prétend exercer son hypothèque légale sur la totalité de la maison. Arrêt (1) qui en restreint l'exercice sur la moitié appartenant à son mari, parce que la vente qu'elle invoque n'a pas date certaine à l'égard du dernier acquéreur (2).

Ainsi, le créancier hypothécaire ne peut, en ce qui touche l'exercice de son hypothèque, se prévaloir contre un tiers acquéreur des actes sous seing-privé que son débiteur lui-même ne pourrait opposer à ce dernier.

14. Il convient d'assimiler à un acte sous seing-privé sans date certaine les simples déclarations verbales qui auraient pour effet d'établir une convention ou tout autre fait juridique dont l'existence, si elle était régulièrement établie, préjudicierait aux droits des tiers.

Par exemple, un héritier vend la totalité d'un immeuble indivis à un tiers par acte sous seing-privé sans date certaine. Plus tard l'autre héritier vend sa portion indivise à une autre personne, par acte ayant date certaine. Le premier acquéreur ne pourra opposer au second la déclaration faite sous la foi du serment par l'auteur de celui-ci qu'il avait consenti, sans y concourir expressément dans l'acte, à la première vente qui avait été faite de la totalité de la chose. Cette déclaration verbale ne saurait avoir plus d'effet qu'un écrit sous seing-privé qui aurait pour objet de constater cette vente (3).

15. Tous jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. Telles sont les dispositions de l'article 156, C. pr. Cependant, comme cette péremption de droit n'a été introduite qu'en considéra-

(1) Cass., 20 fév. 1827. SIREY, 27, 1, 138.
(2) TROPLONG, *Hyp.*, n° 536.
(3) Bastia, 24 juin 1833. DALLOZ, 33, 2, 188.

tion de l'ignorance et de la bonne foi possibles de la partie condamnée, elle peut valablement y renoncer. Elle peut donc acquiescer au jugement, non-seulement dans les six mois de son obtention, afin d'éviter l'éclat et les frais d'une poursuite rigoureuse en exécution, mais encore après l'expiration de ce délai de six mois, et faire ainsi revivre la condamnation prononcée contre elle, comme si elle avait été régulièrement exécutée. Elle ne fait alors, dans tous les cas, que renoncer à une péremption de droit introduite en sa faveur, et donner à la décision rendue un acquiescement que l'équité, la bonne foi et son intérêt bien entendu déterminent le plus souvent de sa part.

Vainement objecterait-on que cette renonciation à la péremption a pour conséquence de faire revivre un jugement réputé non avenu; qu'en conséquence des hypothèques seront prises, bien moins en vertu de ce jugement que de la volonté seule de la partie condamnée qui acquiesce; qu'en réalité cet acquiescement crée une hypothèque judiciaire sur ses biens présents et à venir, et fait ainsi ce qu'un jugement régulièrement rendu et toujours subsistant pourrait seul opérer. Cette objection est outrée. Ce n'est pas, en effet, l'acte d'acquiescement ou de renonciation à la péremption qui constitue l'hypothèque judiciaire; c'est le jugement, c'est le titre primitif qui est censé avoir toujours eu, à l'égard de la partie condamnée, force et autorité, par suite d'une renonciation aux causes d'extinction qui, si elles avaient été opposées, devaient le faire réputer non avenu. Il faut donc ne pas considérer ici les conséquences, mais seulement le principe. Or, le principe est que la loi ne défend point de renoncer à un droit introduit en faveur de celui qui renonce (1).

Ainsi se passent les choses à l'égard de la partie condamnée, et l'on voit que sa renonciation à la péremption du jugement

(1) BONCENNE, *Procédure civile*, t. 3, p. 59. — Nancy, 15 fév. 1831. SIREY, 31, 2, 179. — Toulouse, 28 janv. 1831. SIREY, 31, 2, 326. — *Contrà*, Metz, 26 mai 1819, SIREY, 19, 2, 324.

par défaut produit, par rapport à elle, les mêmes effets que la renonciation à la prescription accomplie.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Il est d'abord incontestable que le créancier qui a obtenu un jugement par défaut ne peut se prévaloir, envers les autres créanciers du débiteur, de l'acquiescement donné par celui-ci par acte sous seing-privé qui n'a acquis date certaine qu'après l'expiration des six mois de l'obtention du jugement. Ils sont tiers, et, en cette qualité, ils ont intérêt et droit à faire déclarer périmée la décision rendue, à défaut d'exécution dans les six mois, nonobstant l'acte d'acquiescement qui, n'ayant point de date certaine, ne fait pas foi de sa date à leur égard (1). Si donc une hypothèque a été prise en vertu de ce jugement, réputé non avenu en ce qui les concerne, ils pourront la faire déclarer de nul effet et valeur.

On doit même considérer ici comme tiers tous ceux au préjudice desquels la partie condamnée a renoncé à la péremption, et qui, à ce titre de parties lésées, ont intérêt, sans que même aucun droit spécial leur ait été conféré, à ce que le jugement soit réputé non avenu. Ils peuvent, en conséquence, opposer de leur chef la péremption, encore que la partie condamnée y ait personnellement renoncé.

Mais s'il est vrai, ainsi que le dit la Cour de cassation (2), que les créanciers d'un débiteur commun soient entre eux des tiers qui, aux termes de la loi, peuvent réciproquement s'opposer les vices de leurs titres, alors même que le débiteur y renoncerait ou n'en exciperait pas, ne convient-il pas, cependant, de distinguer entre ceux qui étaient déjà créanciers lorsque l'acte de renonciation à la péremption acquise n'a obtenu

(1) Merlin, Rép., v° *Péremption*. — Toullier, t. 8, n° 252. — Boncenne, *Procédure civile*, t. 3, p. 59. — Cass., 10 nov. 1817. Sirey, 18, 1, 121. — 22 juin 1818. Sirey, 19, 1, 111. — 2 août 1826. Sirey, 27, 1, 121. — Bastia, 23 janvier 1862. Sirey, 62, 2, 453.

(2) 6 avril 1840. Sirey, 40, 1, 843.

date certaine, à leur égard, qu'après l'expiration du délai de six mois, et ceux qui ne sont, au contraire, devenus créanciers qu'à une date postérieure? Quant à ces derniers, ne peut-on pas dire que l'acquiescement donné par le débiteur, soit avant, soit après l'expiration des six mois, le rend non recevable à opposer plus tard la péremption; que les tiers qui contractent avec lui après que cet acquiescement a acquis date certaine, à quelque époque que ce soit, ne peuvent pas plus en critiquer l'efficacité qu'il ne le pourrait lui-même; que le jugement valant à son égard, par l'effet de sa renonciation, comme contradictoire, doit avoir la même valeur à l'égard des tiers, auxquels il n'a pu conférer plus de droits qu'il n'en avait conservé; qu'il n'est pas exact de prétendre, dans une semblable hypothèse, que sa renonciation à la péremption ait eu lieu à leur préjudice, puisque, à l'époque où des droits leur ont été conférés, elle avait déjà acquis une date certaine antérieure, tandis, au contraire, que s'ils étaient néanmoins admis à opposer la péremption du jugement, malgré l'acquiescement donné par la partie condamnée, ce serait aux droits antérieurement acquis qu'il serait porté préjudice, contrairement à toutes les règles de droit et d'équité (1).

Mais cette distinction a été formellement repoussée par la Cour de cassation, qui déclare que, pour que l'acquiescement de la partie condamnée puisse conserver aux jugements rendus par défaut, non exécutés dans les six mois, la vie et l'autorité judiciaire, il faut qu'il intervienne dans le même délai; qu'après l'expiration des six mois, l'acquiescement est tardif et ne peut faire revivre le jugement par défaut, qui, faute d'exécution dans les délais de la loi, se trouve frappé d'une nullité absolue et radicale (2); que peu importe que les inscriptions prises par les créanciers qui opposent la péremption du jugement soient

(1) REYNAUD, *De la péremption*, n° 139. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 651.

(2) Cass., 6 avril 1840. SIREY, 40, 1, 843.

antérieures ou postérieures à l'enregistrement de l'acquiescement, puisqu'il est constant que déjà le jugement auquel cet acquiescement s'applique était anéanti, faute d'exécution dans les six mois (1).

Et, par application de ce principe, elle a décidé (2) que la péremption du jugement par défaut pouvait être opposée par le créancier hypothécaire dont le titre de créance est postérieur à l'époque où l'acte d'acquiescement, émané de la partie condamnée, a acquis, à l'égard des tiers, date certaine, lorsque cette époque est postérieure elle-même à l'expiration du délai de six mois, bien que l'acte sous seing-privé constatant l'acquiescement porte une date antérieure à l'expiration de ce terme. En un mot, cet acquiescement tardif, à l'égard des tiers, ne peut leur être opposé et n'a aucune valeur par rapport à eux, de telle sorte que l'inscription prise par le créancier, en vertu du jugement acquiescé, ne saurait être validée, même au préjudice de créanciers postérieurs.

D'autre part, cependant, la même Cour a décidé (3) que l'on devait considérer, non comme tiers, mais comme ayant-cause, tenu, en cette qualité, de reconnaître la validité de l'acte d'acquiescement, l'acquéreur auquel la partie condamnée à vendu, à une époque où cet acte avait acquis date certaine, les immeubles sur lesquels le créancier avait pris inscription, tant en vertu du jugement par défaut que de l'acte d'acquiescement, bien que cet acte n'ait acquis date certaine qu'après l'expiration des six mois de l'obtention du jugement. En conséquence, l'acquéreur ne peut se prévaloir de la péremption prétendue acquise, et l'immeuble reste grevé dans ses mains de l'hypothèque judiciaire.

En présence de ces deux décisions de la Cour suprême, nous nous demandons si elle a entendu établir une distinction

(1) Cass., 18 juin 1845. SIREY, 45, 1, 832.
(2) Cass., 18 juin 1845. SIREY, 45, 1, 832.
(3) 21 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 679.

entre les simples créanciers et les tiers acquéreurs, ou même si ce dernier arrêt du 21 juillet 1846 n'est pas un retour à la distinction, que nous avons indiquée plus haut, entre ceux qui ont acquis des droits à une époque antérieure ou postérieure à celle où l'acte de renonciation à la péremption a acquis date certaine. Nous inclinons volontiers vers cette dernière opinion; car nous ne comprenons guère comment un acquéreur serait un ayant-cause, et un créancier serait un tiers, alors que les droits conférés à l'un et à l'autre sont postérieurs à la date, devenue certaine, de l'acte d'acquiescement.

16. En cas de concours entre subrogés successifs, ou de subrogés avec des cessionnaires, des délégataires ou des opposants, la préférence se détermine par l'antériorité des actes. Nous avons déjà vu comment (1).

17. Les créanciers exerçant les droits qu'ils tiennent de la loi contre leur débiteur, sont également des tiers par rapport à ceux qui prétendraient leur opposer, comme émanés de celui-ci, des actes privés sans date certaine, qui auraient pour résultat de paralyser ou de compromettre l'exercice de leurs droits.

Si donc des copartageants produisaient un acte de partage sans date certaine, les créanciers qui ont déjà formé opposition, conformément à l'article 882, pourraient le repousser comme ne faisant point foi de sa date à leur égard. Ils sont, en effet, des tiers, et, en formant opposition, ils exerçent un droit propre qu'ils tiennent de la loi seule. Autrement, rien ne serait plus facile pour les copartageants que d'éluder l'opposition des créanciers, en antidatant le partage (2).

18. Tels sont encore les créanciers saisissants. Ainsi, on ne peut opposer au créancier qui fait pratiquer une saisie mobi-

(1) Art. 1250, nos 36 et suiv.

(2) CHABOT, art. 882. — DURANTON, t. 7, n° 511. — DELVINCOURT, t. 2, p. 372. — MERLIN, Quest., v° *Tiers*, § 2.

lière ou immobilière sur les biens de son débiteur, les actes sans date certaine par lesquels celui-ci aurait aliéné en faveur d'autres personnes tout ou partie des immeubles ou meubles compris dans la saisie. L'incertitude de date suffit seule pour l'autoriser à les repousser, sans qu'il ait besoin de les attaquer comme simulés ou frauduleux. Les seuls actes qui lui soient opposables sont ceux qui ont acquis date certaine avant le procès-verbal de saisie-exécution, ou la transcription de la saisie immobilière (686, C. p.) (1).

Nous remarquerons seulement que si les auteurs indiquent la dénonciation de la saisie immobilière et non sa transcription, comme étant l'époque à laquelle les actes émanés du débiteur doivent avoir acquis date certaine, c'est que l'article 686, C. p., a modifié, en 1841, l'ancien article 692.

Pareillement, le fermier ou locataire qui a payé par anticipation les fermages ou loyers des immeubles saisis, ne peut opposer ce payement aux créanciers du bailleur, lorsqu'il est constaté par un acte qui n'a acquis date certaine que postérieurement à la transcription de la saisie qui a immobilisé les fruits des immeubles (685, C. pr.) (2).

De même enfin, les baux qui n'ont pas acquis date certaine avant le commandement en saisie immobilière peuvent être annulés sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire (684, C. pr.).

M. Toullier (3) partage cette opinion, en se fondant sur ce que les créanciers saisissants tiennent leurs droits de la loi et ne sont point les ayants-cause du saisi. Mais ceci n'est vrai qu'en partie. Car, ainsi que le fait remarquer M. Merlin (4), si la loi règle le droit de poursuite, il n'en est pas moins vrai

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 715, — MERLIN, *ibid.* — DURANTON, t, 13, n° 134. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 256, 4e édit. — Rouen, 22 juin 1872, SIREY, 73, 2, 209.

(2) Cass., 22 fév. 1854. SIREY, 54, 1, 692.

(3) T. 8, n° 251.

(4) Quest., v° *Tiers*, *ibid.*

que ce droit dérive d'une obligation contractée par le débiteur et de l'engagement de tous ses biens à son exécution. A ce titre, le saisissant est bien l'ayant-cause de son débiteur; mais il commence à être tiers aussitôt qu'on lui oppose, comme émanés de ce dernier, des actes privés sans date certaine contre les conséquences desquels il entend protéger ses droits particuliers.

Cette observation doit même être généralisée et rendue commune à tout créancier qui, exerçant une poursuite, conformément à la loi, tient néanmoins au fond ses droits d'un contrat, d'une disposition ou de tout autre acte émané de son débiteur. Sous ce rapport, il ne cesse pas d'en être l'ayant-cause.

Au surplus, si, en cas de saisie-exécution, l'acquéreur de tout ou partie des meubles saisis ne peut opposer au saisissant l'acte de vente consenti en sa faveur, s'il n'a date certaine antérieure au procès-verbal de saisie, c'est uniquement au cas où il n'a pas été mis en possession réelle. Car, s'il en avait reçu de bonne foi la délivrance, il aurait droit de les retenir, en vertu de ce principe, qu'en fait de meubles possession vaut titre (2279). Ce que nous disons de l'acquéreur, nous l'appliquons au créancier gagiste.

19. On voit par les divers exemples que nous venons de rapporter, que la nature des droits conférés par l'acte sous seing-privé sans date certaine, est absolument indifférente pour l'application de l'article 1328. Il suffit qu'ils soient en opposition et en contradiction avec ceux qui ont été transmis à d'autres par un titre ayant une date constante. Ces derniers puisent dans leur intérêt même le droit de critiquer la date apparente et incertaine de l'acte dont on excipe contre eux, et de se renfermer, en qualité de tiers, dans le principe rigoureux et absolu posé par l'article 1328.

Ainsi, une transaction sur l'étendue du droit de propriété, une convention de bornage, alors même qu'elles seraient

intervenues sur des difficultés sérieuses entre les parties, ne peuvent être opposées, si elles n'ont point date certaine, au tiers acquéreur porteur d'un titre dont la date est authentique ou autrement constante. Il est admis, en qualité de tiers, à les repousser comme apportant des restrictions, des modifications dans l'exercice et dans l'étendue des droits qui lui ont été conférés. Pour qu'elles lui fussent opposables, il faudrait, en effet, qu'elle fussent légalement émanées de son auteur, c'est-à-dire antérieurement à l'aliénation consentie en sa faveur. Or, à défaut d'une date certaine, cette preuve est impossible. Dans ce conflit de prétentions opposées, la préférence est donc due à l'antériorité du titre incontestablement établie.

20. Si les conventions ou dispositions dont nous avons supposé l'existence, au lieu d'être établies par un acte sous seing-privé sans date certaine, ne l'étaient que par les allégations et la reconnaissance de l'auteur commun des parties, alors même que ces déclarations fussent reçues à titre de témoignage, ces conventions ou dispositions, disons-nous, ne sauraient être opposées à celui qui invoque un acte ayant date certaine. Car, en les supposant rédigées par écrit, à la date qu'on leur assigne verbalement, elles devraient encore être écartées ; à plus forte raison, doivent-elles l'être quand la preuve de leur existence repose tout entière sur des allégations, et qu'elles n'ont aucun caractère de certitude légale envers les tiers, ni dans leur date, ni même dans leur réalité.

Tel serait encore le cas où dans une contestation élevée entre deux propriétaires sur les limites respectives de leurs héritages, l'auteur de l'un d'eux viendrait déposer comme témoin qu'avant la vente il était convenu verbalement avec son voisin de telle délimitation. Une semblable convention de bornage, fût-elle écrite, n'obligerait point l'acquéreur, à défaut d'une date certaine antérieure à son acquisition. Elle ne saurait, étant simplement verbable, non plus lui être opposée. Il

pourra donc, nonobstant cette convention prétendue, réclamer l'étendue que donnent à son héritage, soit les titres, soit la prescription.

Remarquons, toutefois, qu'il ne faut point confondre cette hypothèse avec celle où le vendeur, précédent propriétaire, serait appelé à déposer sur des faits de possession et de jouissance acquisitifs ou interruptifs de la prescription. Dans ce cas, sa déposition vaudrait comme témoignage, non pas sur l'existence d'une convention verbale et sans date envers les tiers, mais seulement sur des faits matériels capables de fonder l'acquisition ou la conservation d'un droit. Et alors, si une convention sans date certaine est produite, elle peut, à titre de renseignements, servir à caractériser ces faits de possession et de jouissance.

21. Poursuivons notre examen de quelques questions de détail.

Les auteurs et les arrêts ne sont point d'accord sur la question de savoir si le cessionnaire est tiers ou ayant-cause par rapport au créancier cédant, délégant ou subrogeant. Les uns prétendent qu'il est ayant-cause (1); les autres, au contraire, et en plus grand nombre, soutiennent qu'il est tiers (2). Nous n'hésitons point, quant à nous, à admettre cette dernière opinion. Et voici notre seul argument.

S'il est incontestable aujourd'hui que l'acquéreur d'un immeuble ou d'un meuble corporel est un tiers envers ceux qui invoquent, en opposition et en contradiction avec son titre, un acte sans date certaine, on doit, par les mêmes raisons, con-

(1) Lyon, 24 déc. 1823. SIREY, 25, 2, 149. — Bordeaux, 26 juin 1840. SIREY, 41, 2, 53. — Limoges, 17 août 1841. SIREY, 42, 2, 313.

(2) DURANTON, t. 16, n° 504. — TROPLONG, *Vente*, t. 2, n° 920; et *Hyp.*, n° 535. — DUVERGIER, *Vente*, t. 2, n° 224. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 676, nte 97, 1re édit., et t. 8, p. 254, nte 113, 4e édit. — Cass., 26 nov. 1834. SIREY, 35, 1, 109. — 23 août 1841. SIREY, 41, 1, 756. — Rouen, 31 mai 1843. SIREY, 43, 2, 355.

sidérer comme tiers le cessionnaire d'une créance ou de tout autre objet incorporel. Qu'importe la nature de la chose qui a fait le sujet de l'aliénation? La qualité de la personne à laquelle elle a été transmise en est indépendante. Car, si les dispositions de l'article 1328 sont fondées sur la nécessité de protéger la bonne foi des successeurs à titre particulier, contre les antidates frauduleuses, si faciles dans les actes sous seing-privé, il est évident que là où les mêmes dangers existent, il convient d'introduire la même protection. Autrement, le cessionnaire serait exposé à toutes les fraudes que la loi a voulu prévenir et déjouer, si l'on pouvait lui opposer les actes sous seing-privé sans date certaine, par lesquels les parties qui les ont souscrits auraient traité sur les droits qui forment l'objet de la cession, à une date en apparence antérieure à l'époque où il en aurait été lui-même régulièrement saisi.

22. La même question a été soulevée à l'égard des créanciers qui pratiquent une saisie-arrêt ou opposition. En général, on les considère comme ayants-cause du saisi, et non comme des tiers, à l'égard du tiers saisi (1). Nous pensons, au contraire, qu'ils sont plus exactement des tiers.

Le créancier qui fait une saisie-arrêt est sans doute l'ayant-cause du débiteur saisi, en tant qu'il exerce les droits de ce dernier ; mais il exerce en même temps un droit qu'il tient de la loi et qui lui appartient en propre. En ce sens, il est véritablement tiers, puisqu'il est intéressé à assurer l'efficacité de sa poursuite contre les actes émanés du débiteur qui pourraient y porter atteinte. Pourquoi, d'ailleurs, établir une dif-

(1) Duranton, t. 13, n° 133. — Toullier, t. 8, n° 251. — Favard, Rép., v^is^ *Acte sous seing-privé*, § 4, n° 1. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 1967. — Cass., 14 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 893. — Bourges, 3 fév. 1836. Sirey, 37, 2, 11. — Toulouse, 7 déc. 1838. Sirey, 39, 2, 225. — 5 juin 1840. Sirey, 40, 2, 340. — Aix, 8 janv. 1841. Sirey, 41, 2, 339. — Cass., 8 nov. 1842. Sirey, 42, 1, 929. — Toulouse, 5 juin 1851. Sirey, 51, 2, 369. — Lyon, 3 juillet 1873. Sirey, 74, 2, 225.

férence entre celui qui fait une saisie-arrêt, et celui qui pratique une saisie-exécution? Si ce dernier est incontestablement un tiers auquel on ne peut opposer les actes qui n'ont point une date certaine antérieure au procès-verbal de saisie-exécution, le premier doit également et par les mêmes raisons être considéré comme tiers, par rapport aux actes émanés du débiteur saisi, et qui n'ont point acquis date certaine antérieurement à la dénonciation de la saisie-arrêt. La saisie-arrêt n'est, en effet, qu'un mode de saisie-exécution approprié à la nature de la chose sur laquelle la poursuite s'exerce. Mais, au fond, elle tend, comme celle-ci, à la réalisation du gage et au payement du créancier saisissant. Il s'ensuit donc, de ce que ce dernier est un tiers, qu'on ne peut lui opposer, par exemple, les actes sans date certaine antérieure à l'opposition par lesquels le tiers-saisi prétendrait avoir fait novation ou obtenu remise de tout ou partie de la dette (1).

S'il devait, au contraire, être considéré comme ayant-cause du saisi, de pareils actes, quelle qu'en soit la nature, lui seraient indistinctement opposables comme émanés de son auteur.

23. Il semble, d'ailleurs, que l'on n'a en général considéré dans la doctrine et dans la jurisprudence le créancier qui pratique une saisie-arrêt comme ayant-cause du débiteur saisi, que pour valider les payements dont se prévaut le tiers-saisi, bien qu'ils ne soient point constatés par des actes ayant date certaine antérieure. Nous acceptons très volontiers ces décisions, et nous dirons bientôt sur quelles raisons elles doivent, suivant nous, être fondées.

D'autre part, et par une exception que rien ne semble justifier au point de vue où l'on s'est placé, il est généralement reconnu que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, bien que par rapport à lui il soit un tiers, les quittances éma-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 678, n^te 103, 1^re édit., et t. 8, p. 257, n^te 122, 4^e édit.

nées du cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis date certaine avant la signification du transport, ou son acceptation par acte authentique. Nous souscrivons encore à ces décisions, mais sans cesser, néanmoins, de considérer le cessionnaire comme tiers.

Quant aux auteurs et aux arrêts qui réputent les cessionnaires ou opposants ayants-cause du cédant ou du débiteur saisi, il est tout simple qu'ils reconnaissent au débiteur cédé ou au tiers-saisi le droit d'opposer les quittances dont ils sont porteurs, alors même qu'elles n'ont point acquis date certaine avant la signification ou l'acceptation de la cession, ou avant la dénonciation de la saisie-arrêt. C'est là une conséquence toute naturelle de la qualité d'ayant-cause attribuée au cessionnaire ou au saisissant. Pour ceux qui les considèrent, au contraire, comme tiers, la logique veut, si la solution de la question doit être subordonnée à l'appréciation de cette seule qualité de tiers, que les quittances sans date certaine ne puissent jamais leur être opposées.

Mais l'application rigoureuse de ces principes, s'ils étaient, en réalité, aussi absolus qu'ils le paraissent, amènerait une déplorable perturbation dans les relations de la vie civile. Comme on n'est pas dans l'habitude de retirer, quand on paye, des quittances authentiques, que l'on se contente d'écrits privés qui n'acquièrent pas toujours à temps date certaine, et auxquels on songe plus rarement encore à en conférer une au moyen de l'enregistrement, les débiteurs seraient exposés au danger de payer deux fois, et livrés sans défense et sans protection à toutes les fraudes que leurs créanciers pourraient commettre à leur préjudice. A-t-il été dans la pensée du législateur de les sacrifier à la sécurité des tiers? Nous ne le pensons point. La loi a-t-elle pourvu à leurs intérêts? Nous répondons que oui, et nous expliquerons bientôt comment.

Nous croyons ne pas nous tromper en disant que c'est surtout le désir d'échapper aux inconvénients graves qui résulteraient, dans la pratique, d'une opinion contraire, qui a déter-

miné quelques arrêts à considérer les cessionnaires comme des ayants-cause. Mais ce n'est là, suivant nous, qu'éluder une difficulté par la violation des principes de droit. Aussi, quelques auteurs, touchés de cette raison d'inconvénients, bien qu'ils ne cessent point de considérer le cessionnaire comme tiers, accordent-ils au débiteur cédé le droit de lui opposer les quittances délivrées par le cédant, quoiqu'elles n'aient point acquis date certaine avant la signification ou l'acceptation du transport, en réservant toutefois aux tribunaux la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, la sincérité de la date apparente. La question devient ainsi, suivant eux, plutôt de fait que de droit, puisque la sincérité des quittances produites dépend de l'appréciation discrétionnaire que le juge est appelé à faire des diverses circonstances de la cause (1).

D'autres auteurs pensent enfin que le débiteur peut opposer au cessionnaire les quittances sous seing-privé sans date certaine, pourvu qu'il le fasse incontinent et dès l'instant de la signification (2). Mais ce tempérament apporté à la rigueur du droit est trop ou trop peu; trop, car si les dispositions de l'article 1328 doivent recevoir ici leur application absolue, il en contient la violation manifeste; trop peu, car si elles laissent place à l'appréciation des circonstances, la production des quittances dès l'instant de la signification du transport, outre qu'elle n'est pas toujours possible, n'est point la seule circonstance qui établisse la sincérité de l'acte. Il conviendrait, en effet, d'assimiler à une production instantanée celle qui serait faite à une époque si rapprochée de la notification du transport et dans des circonstances telles qu'il serait impossible de supposer une antidate frauduleuse. Cette restriction, fondée sur

(1) DURANTON, t. 16, n° 504. — DUVERGIER, *Vente*, t. 2, n° 224. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 558, et t. 5, p. 675, 1re édit., et t. 4, p. 432, et t. 8, p. 256, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1328, n° 5.

(2) FERRIÈRE, *Paris*, art. 104, § 1, n° 25. — BOURJON, t. 1, p. 466, n° 10. — TROPLONG, *Vente*, n° 920. — DELVINCOURT, t. 3, p. 170. — BONNIER, n° 570.

l'équité, est donc encore trop étroite, et nous trouvons dans son principe même le motif et la nécessité de son extension. Mais nous devons chercher ailleurs la solution de notre question.

La véritable raison qui autorise le débiteur cédé à opposer au cessionnaire des quittances sans date certaine, se trouve, suivant nous, dans les dispositions de l'article 1240. Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable. Or, lorsque le débiteur paye entre les mains de son créancier, il fait plus que payer entre les mains du possesseur de la créance, puisqu'il paye entre les mains de celui qui en est propriétaire. Que l'on suppose un instant que le débiteur ait payé sa dette à celui qui, sans être véritablement propriétaire, est seulement en possession de la créance, il pourra se prévaloir de ce payement effectué de bonne foi contre le créancier véritable et contre tous autres qui seraient, à un titre quelconque, aux droits de ce dernier. A plus forte raison, a-t-il le droit d'invoquer l'article 1240, lorsque c'est au créancier lui-même qu'il a payé.

Prétendrait-on que cet article sous-entend les dispositions de l'article 1328, et que le débiteur ne peut opposer le payement qu'il a fait de bonne foi, que tout autant qu'il est constaté par un acte ayant acquis date certaine antérieurement à la réclamation du véritable créancier? Ce serait ajouter aux termes de la loi, contrairement même à son esprit. Elle n'exige qu'une seule chose, que le payement soit fait de bonne foi au possesseur de la créance. Or, cette question de bonne foi est une pure question de fait, dont la solution est abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, suivant les circonstances. Si cette question est la seule qu'il convienne de vérifier, à l'égard du véritable créancier qui réclame plus tard son payement, elle est aussi la seule qu'il y ait à résoudre envers ceux qui se présentent comme étant à ses droits, en qualité de cessionnaires ou de saisissants. N'oublions point, en effet, que la cause de la libération est favorable, et que

c'est sur cette faveur due au payement que sont fondées les dispositions de l'article 1240.

A plus forte raison, les payements faits de bonne foi par le débiteur entre les mains du cédant seraient-ils opposables au cessionnaire, bien qu'ils ne fussent pas constatés par acte ayant date certaine, si la cession portait, même en termes généraux, que le cessionnaire doit souffrir la déduction de toutes quittances légitimes.

24. Mais nous devons présenter quelques observations pour compléter et expliquer en même temps notre théorie. En fondant sur l'article 1240 le droit du débiteur d'opposer au cessionnaire les quittances émanées du cédant, quoiqu'elles n'aient point date certaine, nous le limitons par cela même au cas où un véritable payement a été fait. Si nous n'en faisons point une question dont la solution dépende de la qualité soit de tiers ou d'ayant-cause, nous la subordonnons exclusivement à la nature et au caractère de l'acte. Il ne pourra donc, ainsi que nous l'avons déjà dit, opposer au cessionnaire une remise totale ou partielle de la dette, ni un acte de novation, s'ils n'ont acquis date certaine. Cependant, si un payement avait été fait en conséquence de la novation, il pourrait s'en prévaloir. L'article 1240 redevient alors applicable.

25. Ce que nous disons du cessionnaire s'applique, par les mêmes raisons, au donataire d'une créance déterminée (1), au créancier qui a reçu une créance en gage, au mari quant aux apports de sa femme, enfin aux créanciers opposants ou saisissants.

L'article 573, C. pr., fournit même un argument contre ces derniers. La déclaration faite par le tiers-saisi doit, en effet, énoncer les causes et le montant de la dette, les payements à compte, si aucuns ont été faits, l'acte ou les causes de la

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Hyp.*, n° 536. — Nîmes, 11 fév. 1822. SIREY, 23, 2, 135.

libération. Si ces énonciations sont exigées, ce ne peut être que parce que le tiers-saisi peut opposer aux saisissants les faits qu'elles relatent. Mais alors pourquoi placerait-on les autres parties, qui sont également des tiers, sur une autre ligne que les créanciers saisissants ou opposants?

26. Cependant, quand nous disons que les quittances sans date certaine peuvent leur être opposées, nonobstant leur qualité de tiers, nous ne voulons point prétendre que ces quittances, par cela seul qu'elles établissent un payement à une date non certaine, mais en apparence antérieure, puissent être opposées avec une efficacité invariable et absolue aux tiers dont elles tendent à annuler, restreindre ou modifier les droits, ni que ceux-ci soient obligés de les reconnaître comme faisant foi contre eux, tant qu'ils n'ont pas prouvé qu'elles sont frauduleuses. Non, elles ne leur sont pas opposables avec ce degré d'autorité absolue, comme elles le seraient envers des ayants-cause. Mais elles le sont, à la charge par celui qui s'en prévaut, d'établir, par les circonstances de la cause, qu'elles ne sont point antidatées, et que la date qu'elles expriment est parfaitement sincère.

Ainsi se concilient, suivant nous, les articles 1240 et 1328. Les tiers ne sont point tenus, en cette qualité, comme le seraient des ayants-cause, d'accepter comme faisant foi contre eux, des quittances sans date certaine; mais celui qui les invoque peut en établir la sincérité par toutes les circonstances propres à la démontrer, et il doit commencer par faire cette preuve; ce dont il serait dispensé s'il avait affaire à des ayants-cause véritables.

Tel nous paraît être le sens qu'il convient de donner à l'arrêt de la Cour suprême du 23 août 1841 (1), qui, reconnaissant expressément la qualité de tiers au cessionnaire, et lui déniant celle d'ayant-cause dans le sens de l'article 1322, casse l'arrêt

(1) SIREY, 41, 1, 756.

de la Cour de Paris, comme violant les articles 1315 et 1328, pour n'avoir décidé que l'acte sous seing-privé, sans date certaine, contenant, de la part du créancier, quittance ou décharge du débiteur cédé, devait faire foi de sa date contre le cessionnaire, qu'en le réputant ayant-cause du cédant. On voit que la Cour de cassation réserve avec soin le cas où la Cour de Paris se serait prononcée sur la sincérité de la date de l'acte sous seing-privé, en se fondant, non sur la qualité du cessionnaire, considéré à tort comme ayant-cause, mais sur les diverses circonstances du procès.

C'est ainsi encore qu'elle reconnaît aux tribunaux le droit de décider que les payements sont antérieurs à la saisie-arrêt, en appréciant les faits et circonstances de la cause et les actes produits (1). Il est à remarquer que, dans ce dernier arrêt du 5 août 1839, elle évite avec soin de se prononcer sur la qualité prétendue d'ayants-cause des saisissants ou opposants, qualité qu'elle leur avait expressément attribuée par un précédent arrêt (2).

27. Il importe peu, au surplus, que les quittances sous seing-privé sans date certaine mentionnent des payements faits par anticipation ou seulement après l'exigibilité de la dette. Le débiteur peut également s'en prévaloir en justifiant de la sincérité de la date, sauf aux tiers à les attaquer pour cause de fraude (3).

Il en est de même des quittances de loyers ou fermages que le preneur oppose à l'acquéreur, à l'adjudicataire ou au donataire des immeubles que l'auteur de ceux-ci lui a affermés (4),

(1) Cass., 5 août 1839. SIREY, 39, 1, 952.

(2) 14 nov. 1836. SIREY, 36, 1, 893.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 678, 1re édit., et t. 8, p. 254, 4e édit.

(4) ZACHARIÆ, t. 5, p. 676, 1re édit., et t. 8, p. 256. 4e édit. — TOULLIER, t. 8, n° 254. — TROPLONG, *Louage*, n° 327. — DUVERGIER, *Louage*, nos 464 et suiv. — Turin, 26 fév. 1812. SIREY, 13, 2, 45. — Besançon, 15 fév. 1827. SIREY, 27, 2, 138.

quand même les payements auraient été effectués par anticipation (1), sauf aux parties intéressées à les attaquer pour cause de fraude, et aux créanciers hypothécaires à se prévaloir, en cette qualité, des droits qu'ils ont à l'immobilisation des fruits.

Le sous-locataire peut enfin opposer au propriétaire les quittances sans date certaine émanées de son sous-bailleur (2), bien que le propriétaire, en qualité de bailleur originaire, ait contre lui une action directe, et que les payements faits par anticipation ne puissent lui être opposés (1753).

28. C'est en conséquence de ce principe, que les quittances sous seing-privé sans date certaine sont opposables aux tiers, que nous avons décidé (3) que celui qui se trouve dans un cas de subrogation légale peut se prévaloir du payement qu'il a fait, pour exercer lui-même, à l'encontre des tiers, les droits que lui donne cette subrogation, dont la cause est inhérente au fait même du payement.

29. Il convient d'assimiler ici à un payement effectif, soit qu'il ait été l'objet d'une imputation expresse, ou qu'il en faille déterminer la portée suivant les règles de l'imputation légale, tout acte de compensation légale ou facultative, laquelle tient lieu d'un payement réel, alors même que le concours des éléments nécessaires pour opérer la compensation ne résulterait pas de titres ayant acquis date certaine, et quelle que soit d'ailleurs la nature de ces titres.

En effet, si la partie qui s'en prévaut produisait une quittance résultant soit d'un règlement de compte, soit d'une compensation simplement facultative, elle pourrait se prétendre valablement libérée à due concurrence, en établissant, d'après les faits de la cause, l'absence de toute antidate frauduleuse.

(1) Toullier, *ibid.*
(2) Troplong, *Louage*, n° 543.
(3) Voy. art. 1250, n° 36.

Comment n'aurait-elle pas le même droit, lorsque s'agissant d'une compensation légale et de plein droit, c'est la loi elle-même qui lui donne quittance?

Ainsi, en cas de cession d'une créance sur le capital de laquelle les intérêts usurairement perçus s'imputent, par voie de réduction, au fur et à mesure de chaque perception, le débiteur cédé pourra opposer au cessionnaire les quittances, même sans date certaine, des intérêts usuraires. Telles sont les conséquences incontestables de la nouvelle loi sur l'usure du 19 décembre 1850.

30. Il est indifférent que la quittance sous seing-privé, que le débiteur oppose, par exemple, aux tiers opposants, exprime une date ou n'en exprime aucune, puisque la date qu'elle énoncerait n'aurait d'ailleurs aucun caractère de certitude légale. Il suffit, dès lors, que son antériorité soit constante, d'après l'appréciation des circonstances de la cause (1).

Il s'ensuit que la production d'une quittance n'est même pas nécessaire, et que, à part toute circonstance de fraude, les payements sont opposables, alors même qu'ils ne sont constatés par aucune quittance en forme, si leur existence est d'ailleurs régulièrement établie, soit par la reconnaissance et l'aveu de celui qui les a reçus, soit par la preuve que le débiteur en administre par témoins ou par présomptions, avec ou sans commencement de preuve par écrit. Car si le débiteur peut se prévaloir des payements qu'il a effectués, ce n'est pas à raison de la nature de la preuve, mais seulement par suite du caractère de l'acte de libération qu'il invoque en sa faveur. Le mode de preuve est donc indifférent, pourvu qu'après tout elle soit légalement administrée, et qu'il n'y ait au fond ni dol ni fraude.

31. On doit encore ranger dans la classe des tiers l'héritier de l'une des parties qui ont souscrit un acte sous seing-privé,

(1) Riom, 25 fév. 1845. SIREY, 46, 2, 19.

lorsque, agissant en vertu d'un droit propre, quoique dépendant de sa qualité d'héritier, par exemple, comme ayant droit à la réserve, il attaque l'acte comme contenant des avantages excédant la portion disponible (1). En tant qu'il poursuit la fraude faite à sa réserve légale, il exerce un droit propre et doit être considéré comme tiers.

Ainsi, un acte de vente sous seing-privé entre futurs conjoints, mais n'ayant point acquis date certaine avant la célébration du mariage, ne fait pas foi de sa date à l'égard de leurs héritiers réservataires. Ils sont des tiers, en ce qui concerne l'exercice des droits que leur réserve l'article 1595, et, conséquemment, ils sont recevables à attaquer comme contenant des avantages indirects, les actes faits dans ce but par les époux, sans que ces actes puissent leur être opposés comme faisant foi contre eux de la sincérité de leur date (2).

32. L'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, doit enfin être considéré lui-même comme tiers par rapport aux actes sous seing-privé émanés de son auteur. Telle est la conséquence de la séparation des patrimoines que produit le bénéfice d'inventaire (3).

33. On s'est demandé si la femme mariée ayant hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'obligation ou de la vente, pouvait, dans l'exercice de son hypothèque légale, opposer aux tiers la date, quoique non certaine, des actes qui fondent son recours en indemnité. Si cette question doit être résolue par la seule qualité de tiers ou d'ayant-cause, il est de toute évidence que la femme mariée ne peut se prévaloir de la date énoncée dans de pareils actes

(1) Cass., 6 fév. 1838. SIREY, 38, 1, 108. — 20 janv. 1864. SIREY, 65, 1, 454.

(2) Cass., 31 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 533.

(3) Cass., 22 juin 1818. SIREY, 19, 1, 141.

sous seing-privé et sans date constante, au préjudice, soit des autres créanciers hypothécaires qui contestent l'antériorité de son recours, soit des tiers acquéreurs ou détenteurs qu'elle entend poursuivre hypothécairement. Ils sont, en effet, des tiers par rapport à elle, et non les ayants-cause de son mari avec lequel ils ont contracté, puisqu'ils sont intéressés à défendre les droits qui leur ont été conférés, contre les actes que ce dernier a pu consentir à leur préjudice. Si donc on se place à ce point de vue exclusivement de la qualité de tiers ou d'ayant-cause, on arrive à cette conséquence nécessaire, que la femme mariée n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, du moins à l'égard des tiers, que du jour où les actes d'obligation ou de vente ont acquis contre ces derniers date certaine par l'un des moyens indiqués par l'article 1328. Il s'ensuivrait encore qu'aucun rang hypothécaire ne pourrait lui être assigné, tant que les actes, qui donnent naissance à son hypothèque, n'auraient point acquis date certaine, et même qu'elle ne pourrait jamais en réclamer aucune, avec efficacité, contre les tiers, lorsque l'obligation et la vente n'étant point constatées par écrit, la preuve n'en serait administrée que par témoignages, présomptions ou reconnaissances verbales.

Toute la question est donc de savoir si l'article 1328 pose un principe applicable à tous les actes sous seing-privé. Or, il n'y déroge point quant à l'hypothèque de la femme, et l'on ne peut introduire pour ce cas une exception qui n'est point écrite dans la loi. Telle est la décision de la Cour de cassation (1), qui a cassé l'arrêt de Paris que nous citons plus loin.

(1) 5 fév. 1851. SIREY, 51, 1, 192. — Agen, 21 mars 1851. SIREY, 52, 2, 224. — Rouen, 24 mars 1852. SIREY, 52, 2, 535. — Douai, 29 janv. 1857. SIREY, 57, 2, 401. — Cass., 15 mars 1859. SIREY, 59, 1, 193. — Agen, 10 juin 1859. SIREY, 59, 2, 341. — Cass., 21 avril 1869. SIREY, 69, 1, 350.

Il a cependant paru impossible que la loi ait entendu consacrer un pareil résultat. En accordant à la femme une hypothèque légale, dispensée même d'inscription, elle a, en effet, dit-on, voulu la protéger contre sa propre faiblesse. Comme elle est placée sous la puissance et l'autorité de son mari, elle est présumée ne pas avoir la liberté de choisir entre les divers modes d'établir les engagements qu'elle contracte dans un intérêt qui n'est pas le sien. Elle est en même temps censée ne point avoir la faculté de donner aux actes sous seing-privé qui les constatent, une date certaine par la formalité de l'enregistrement. L'application rigoureuse et absolue de l'article 1328 serait donc en contradiction avec l'esprit de la loi, qui s'est constamment appliquée à entourer les femmes mariées d'une protection toute particulière, à raison de leur faiblesse et de leur dépendance. En outre de ces raisons, on ajoute que l'article 2135, dont les termes généraux repoussent d'ailleurs toute distinction, semble ainsi consacrer une exception aux dispositions de l'article 1328, à l'égard des femmes mariées; que cette exception se fonde uniquement sur la faveur qui leur est due, sur la nature des engagements qu'elles ont contractés, et le caractère du recours qu'elles ont à exercer, sans que son efficacité puisse dépendre de formalités qu'elles sont censées ne pas avoir eu la faculté de remplir. Elles sont donc recevables à exercer, au préjudice des tiers, nonobstant leur qualité de tiers, leur hypothèque légale pour indemnité des dettes ou remploi des propres, du jour de l'obligation ou de la vente, soit que la preuve en résulte d'actes authentiques, ou d'actes sous seing-privé ayant acquis ou non date certaine, soit enfin que la preuve en soit administrée seulement au moyen de témoignages, de présomptions, de déclarations et reconnaissances verbales (1).

(1) DURANTON, t. 20, n° 34. Il semble du moins le supposer. — Paris, 31 juill. 1847. SIREY, 47, 2, 483. — Orléans, 24 mai 1848. SIREY, 50, 2, 145.

Et si des tiers se trouvaient, à un titre quelconque, subrogés aux droits de la femme, ils les feraient valoir comme elle, sans être astreints à l'accomplissement d'aucunes formalités particulières (1).

Malgré ces raisons, qui ne sont point sans force, nous persistons à penser que l'article 2135 doit se combiner avec l'article 1328, et que les tiers peuvent se prévaloir du défaut de date certaine, pour contester le rang ou le droit hypothécaire que la femme ou son subrogé réclame.

Que si, néanmoins, et cette observation nous paraît importante, la femme avait été victime, de la part de son mari d'un dol et d'une fraude caractérisés, à l'occasion de l'acte sans date certaine pour lequel elle réclame une indemnité, dans ce cas elle pourrait se prévaloir de son hypothèque légale du jour de cet acte. Alors, en effet, elle a droit, non plus à une indemnité proprement dite, mais à de véritables dommages et intérêts pour délit ou quasi-délit.

34. Les tiers au préjudice desquels la femme prétend exercer son hypothèque légale, ne sont donc point tenus de reconnaître la date apparente des actes qu'elle invoque contre eux et qui n'ont point acquis date certaine. Ils peuvent en contester la certitude; et, aussitôt qu'une semblable contestation est soulevée, il ne suffira pas à la femme de prouver que la date est sincère, au moyen des titres produits, des faits et des circonstances de la cause, sauf aux adversaires à attaquer les actes eux-mêmes pour cause de dol et de fraude. Sous ce rapport, la situation de la femme est, vis-à-vis des tiers, différente de celle qu'elle aurait si elle avait affaire à de véritables ayants-cause. Car ceux-ci seraient tenus, en cette qualité, d'accepter comme sincère la date des actes qui leur seraient opposés.

Il s'ensuit que, si elle prétendait exercer son hypothèque,

(1) Paris, 31 juill. 1847. SIREY, 47, 2, 483.

pour indemnité de dettes contractées avec son mari, sur des immeubles vendus par ce dernier à un tiers, et que l'acte d'obligation, aussi bien que l'acte de vente, n'eût point acquis date certaine, le tiers acquéreur ni elle-même ne pourraient établir, à l'encontre l'un de l'autre, l'antériorité de leur titre par les diverses circonstances de la cause. Dans ce cas, en effet, l'acte invoqué par elle, n'ayant point une date constante, n'établit point par lui-même de priorité en sa faveur, contre le tiers dont le titre semblable n'a pas une plus grande autorité.

35. Nous avons vu que, dans certains cas et sous certains rapports, les créanciers étaient tiers et non ayants-cause du débiteur. Mais la qualité de tiers ne saurait leur appartenir que lorsqu'ils exercent sur le gage de leurs créances les droits, soit réels, soit personnels, qu'ils tiennent de leur débiteur ou de la loi. Il cessent d'être tiers et sont, dans toute la force du mot, des ayants-cause, lorsque, au lieu d'agir en leur nom propre et privé, ils ne font qu'exercer les droits de leur débiteur, en son nom et à sa place, conformément à l'article 1166. Les actes sous seing-privé émanés de ce dernier font alors également foi contre eux (1).

36. Tels sont les créanciers d'une personne tombée en faillite. Le jugement qui déclare la faillite dessaisit, en effet, seulement le failli de l'administration de ses biens et en saisit la masse des créanciers, sans leur conférer contre les tiers qui ont, avant la faillite, traité de bonne foi avec le failli, aucun droit qu'en leur qualité de créanciers ils n'auraient pas acquis auparavant. Lors donc qu'ils n'attaquent point comme frauduleux les actes sous seing-privé faits par le failli avant la déclaration de sa faillite, et qu'ils n'excipent d'aucun droit antérieur, personnel ou réel, qui leur appartienne en propre

(1) Angers, 12 janvier 1865. SIREY, 65, 2, 202. — Cass., 23 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 404.

et distinctement de ceux de leur débiteur, dans ce cas ils agissent simplement comme représentants et ayants-cause du failli, dont ils se bornent à exercer les droits et actions par le ministère des syndics. En cette qualité d'ayants-cause, ils ne peuvent opposer aux tiers qui ont traité avec le failli avant sa faillite, aucun défaut de date certaine dont ce dernier n'aurait point été lui-même recevable à se prévaloir (1).

Ainsi sont opposables à la masse des créanciers, quoiqu'ils n'aient point acquis date certaine avant la déclaration de faillite, les actes sous seing-privé faits sans fraude par le failli et par lesquels il a, par exemple, rétrocédé à un tiers un immeuble dont il s'était rendu adjudicataire (2), cédé ses droits héréditaires dans une succession (3), accordé dispense de protêt ou de dénonciation de protêt (4), souscrit un billet pour supplément de prix de vente (5), fait novation de sa créance, accordé terme pour le payement, fait remise totale ou partielle, reconnu le payement de tout ou partie de la dette et donné quittance.

Par application du même principe, on doit admettre dans les faillites à concourir au concordat et aux distributions tous les créanciers légitimes et sincères, sans distinction entre ceux qui sont ou ne sont pas porteurs de titres ayant une date certaine antérieure à la faillite (6). Et la même règle s'applique aux distributions civiles en suite de saisie (7).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 677, 1re édit., et t. 8, p. 255, 4e édit. — Bordeaux, 22 août 1860. SIREY, 61, 2, 49. — Cass., 25 février 1862. SIREY, 62, 2, 1, 497. — Rennes, 12 juillet 1879. SIREY, 81, 2, 190.

(2) Cass., 15 juin 1843. SIREY, 43, 1, 467.

(3) Cass., 15 juin 1843. SIREY, 43, 1, 471.

(4) Cass., 4 juill. 1854. SIREY, 1854, 1, 469. — 28 juin 1875. SIREY, 75, 1, 309.

(5) Dijon, 13 juin 1864. SIREY, 64, 2, 244.

(6) DURANTON, t. 13, nº 140. — Metz 1er février 1860. SIREY, 60, 2, 542.

(7) DURANTON, t. 13, nº 141.

37. En cas de cession de biens volontaire ou judiciaire, les créanciers du cédant sont également ses ayants-cause. Les actes sous seing-privé passés avec lui leur sont en conséquence opposables, bien qu'il n'aient point acquis date certaine avant la cession. Les créanciers représentent, en effet, dans ce cas, la personne du cédant, en tant qu'ils n'agissent point en leur nom propre et personnel, et qu'ils n'exercent aucuns droits, soit personnels, soit réels, distincts de ceux de leur débiteur et qui leur appartiennent particulièrement.

Mais si, indépendamment de leur qualité générale de créanciers du cédant, ils font valoir des droits particuliers quelconques, en leur nom personnel, alors ils sont de véritables tiers, et les actes sous seing-privé émanés de leur débiteur n'ont point de date à leur égard, s'ils n'ont acquis date certaine avant l'acquisition des droits qui leur ont été conférés.

38. Quant aux actes faits sans fraude et en leur quantité par un mandataire conventionnel ou par un administrateur légal, tel qu'un mari, un tuteur, ils font foi de leur date contre le mandant, contre la femme, contre le pupille, bien qu'ils n'aient acquis date certaine que depuis la révocation du mandat, la séparation de biens, la dissolution du mariage arrivée par le prédécès de la femme, ou la cessation de la tutelle arrivée par la mort ou la majorité du pupille (1). Il appartient alors au mandant ou autres dont les biens ont été gérés, à établir que l'acte sous seing-privé qu'on leur oppose a été frauduleusement antidaté. Car, jusqu'à preuve contraire, il est présumé véritable.

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 135, n^te^ 12, et t. 5, p. 679, 1^re^ édit., et t. 4, p. 655, et t. 8, p. 259, 4^e^ édit. — TROPLONG, *Mandat*, n° 763. — Cass., 28 nov. 1833. SIREY, 33, 1, 830. — 19 nov. 1834. SIREY, 35, 1, 666. — Paris, 7 janv. 1834. SIREY, 34, 2, 239. — Bourges, 17 mai 1842. SIREY, 43, 2, 100. — Cass., 13 mars 1854. SIREY, 54, 1, 529. — 8 juin 1859. SIREY, 59, 1, 567. — Voy. encore, Cass., 1^er^ juillet 1863. SIREY, 63, 1, 333. — Nancy, 25 juillet 1868. SIREY, 69, 2, 86. — Dijon, 6 juillet 1883. SIREY, 84, 2, 44.

Il n'en est pas autrement des actes faits par celui que le mandataire se serait substitué dans sa gestion, ou par le mandataire du mari, du tuteur ou autre administrateur légal.

39. Si les actes sous seing-privé sans date certaine ne sont point opposables aux tiers, ce n'est que sous la condition qu'ils ont contracté de bonne foi, sans dol ni fraude, dans l'ignorance des actes antérieurs qui, contenant aliénation et transmission de certains droits de la part de leur auteur, l'avaient mis dans l'impossibilité de leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Ce principe ressort, indépendamment des règles générales d'équité qui président toujours à la théorie des obligations, du but particulier que le législateur s'est proposé en édictant l'article 1328.

La loi a voulu, en effet, au moyen de ses dispositions, protéger la bonne foi des tiers contre le danger des antidates frauduleuses, qu'il est si facile de commettre dans des actes sous seing-privé passés après coup. Mais lorsque le tiers a contracté frauduleusement, de mauvaise foi, en connaissance de l'acte privé antérieur dont on se prévaut plus tard contre lui, comme s'il avait, à son égard, acquis date certaine; lorsqu'il a su, par exemple, que son auteur avait déjà vendu à un autre la même chose dont il lui a plus tard consenti aliénation, vainement il prétendra, dans ce cas, demeurer propriétaire, à l'exclusion du précédent acquéreur, sous le seul prétexte que son titre a une date certaine antérieure. Il ne pourra invoquer la protection de l'article 1328, parce qu'elle n'est pas due au dol, ni à la fraude.

Ainsi repoussé, à raison de sa mauvaise foi, par le premier acquéreur, il n'aura qu'à s'en prendre à lui-même de l'inefficacité de son contrat et du dommage qu'il en éprouve, pour l'avoir volontairement encouru, en connaissance de cause. Comment, en effet, pourrait-il prétendre que l'acte dont se prévaut son adversaire n'a pas de date vis-à-vis de lui, alors que la connaissance personnelle qu'il a eue équivaut, à son égard, à une certitude relative de date antérieure?

Tel est le cas où j'achète une propriété, sachant que mon vendeur a consenti précédemment, par acte privé, une servitude en faveur de son voisin ; le sachant, par exemple, pour avoir vu, lu, conseillé, rédigé l'acte qui la constitue, soit pour avoir réglé quelque différend à l'occasion de son exercice, soit pour l'avoir exercée ou soufferte moi-même, en qualité de fermier du fonds dominant ou du fonds servant. Je ne pourrai prétendre que l'acte ne fait pas foi de sa date à mon égard. Du moins, le tiers pourra me répliquer par la preuve de ma fraude ou de ma mauvaise foi.

Le porteur d'un acte sous seing-privé sans date certaine pourra donc, pour échapper à l'application de l'article 1328, offrir la preuve de faits qui constituraient son adversaire, en état de dol et de fraude (1). Et, outre les éléments ordinaires d'une notoriété non équivoque, tels que la possession et la jouissance publique, souvent la nature même des droits concédés, la position des parties, leurs rapports, les diverses circonstances de la cause suffiront pour établir la mauvaise foi et la fraude. Ce n'est pas que l'acte soit censé acquérir date certaine, et, si l'article 1328 cesse d'être applicable, c'est uniquement à raison des principes généraux et supérieurs d'équité et de bonne foi.

Mais quand nous parlons ici de mauvaise foi, nous entendons une mauvaise foi caractérisée, participant du dol et de la fraude proprement dits. A la différence des cas ordinaires, la simple connaissance ne suffira pas toujours pour constituer le tiers en état de mauvaise foi, si, à ce premier élément, ne vient se joindre une intention frauduleusement calculée. Pour que l'application de l'article 1328 cesse à son égard, il faut donc que le tiers non-seulement ait connu, sans incertitude et sans équivoque, l'existence de l'acte antérieur sous seing-privé, mais encore qu'il ait eu, en contractant, précisément la

(1) Agen, 12 mai 1830. SIREY, 33, 2, 110.

pensée de frauder les droits précédemment concédés à un autre (1).

Ainsi, en cas de bail sous seing-privé sans date certaine, le preneur ne peut opposer à l'acquéreur qui prétend l'expulser, qu'il connaissait, en achetant la chose louée, l'existence du bail, s'il ne s'est engagé par la vente à le respecter (2). L'acquéreur a pu légitimement croire que le vendeur, en ne stipulant pas le maintien du bail, s'engageait lui-même à faire sortir le preneur, sauf indemnité; il a pu ensuite, quoique connaissant le fait d'occupation de celui-ci, ignorer les clauses du bail quant à sa durée et les autres conditions de son existence, et le considérer, dès lors, comme fait seulement pour le temps de durée ordinaire d'un bail verbal. Mais si le tiers acquéreur, contractant en parfaite connaissance, s'était rendu coupable d'une collusion dolosive et d'un concert frauduleux, le preneur devrait être maintenu en possession, quoique son titre n'eût point acquis date certaine.

40. Il suffit, au surplus, que la bonne foi du tiers ait existé au moment où il a contracté. Il importe peu qu'il ait appris plus tard l'existence d'un acte antérieur qui aurait transmis à un autre des droits en contradiction et en opposition avec les siens. Il peut néanmoins, malgré cette connaissance ultérieurement acquise, se prévaloir des dispositions de l'article 1328, comme s'il avait été constamment de la plus entière bonne foi. Car, au moment où il contractait, sa bonne foi était parfaite, et, de cet instant, la protection de notre article lui était assurée.

Je me fais consentir une hypothèque; j'apprends plus tard que l'immeuble affecté a été antérieurement vendu par acte

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 261, 4e édit. — Grenoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506. — Nîmes, 27 mai 1840. SIREY, 40, 2, 495.

(2) Douai, 11 août 1837. SIREY, 38, 2, 106.

sous seing-privé ; cependant, je prends inscription. Mon hypothèque est valable (1).

J'achète un immeuble le 1er janvier, par acte sous seing-privé ; deux jours après, j'apprends qu'un tiers s'en dit aussi acquéreur, en vertu d'un acte de même nature. Je m'empresse de faire enregistrer le mien, pour m'assurer la priorité de date. Je suis dès lors préférable, tant à raison de l'antériorité de mon titre qu'à raison de ma bonne foi au moment de la vente.

Mais il y aurait fraude de ma part si, apprenant, avant de contracter, l'existence d'un contrat antérieur passé avec un tiers, j'antidatais mon acte de manière à faire croire que, à cette fausse date, j'étais en état de bonne foi. Mon adversaire pourrait et devrait en même temps établir cette antidate frauduleuse. Car, ne pouvant invoquer en sa faveur l'antériorité légale du titre, puisque nous supposons que le sien n'a pas acquis date certaine, il ne peut repousser mes prétentions qu'en prouvant ma fraude et ma mauvaise foi, abstraction faite de l'époque où mon titre a acquis date certaine.

41. Nous avons déjà dit que la mauvaise foi ordinaire, c'est-à-dire la simple connaissance d'un acte privé antérieur, ne suffisait pas toujours pour autoriser une exception à l'application de l'article 1328, contre les tiers qui avaient stipulé des droits qu'ils savaient avoir été déjà transmis à d'autres par leur auteur, si cette mauvaise foi de leur part ne présentait les caractères du dol et de la fraude. Cette observation est d'une vérité plus sensible, lorsque l'acquisition ou la transmission des droits, dont se prévaut la partie qui invoque un acte antérieur, est soumise à l'accomplissement de certaines formalités particulières. Il n'y a même, dans ce cas, aucune distinction à faire entre les actes authentiques et les actes sous seing-privé ayant ou non date certaine. La question de préférence entre les contestants ne se décide point alors par la seule

(1) Cass., 27 mai 1823, Sirey, 23, 1, 279.

antériorité du titre, mais bien par la priorité de la saisine qui est subordonnée à l'observation des formes prescrites.

Ces observations s'appliquent particulièrement au transport des créances. Le cessionnaire n'est, en effet, saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par son acceptation du transport dans un acte authentique. Les tiers intéressés ne peuvent donc prétendre, pour priver le cessionnaire qui a fait accepter ou signifier la cession, du bénéfice de la saisine légale, qu'il connaissait au moment du transport à lui consenti l'existence d'une cession antérieure au profit d'un autre. Cette circonstance est insuffisante pour saisir celui-ci de la créance, et suppléer à son égard la signification ou l'acceptation de son transport, qui seules peuvent le rendre efficace envers les tiers. Jusque-là, le premier cessionnaire étant sans droit acquis, la cession est réputée non avenue à leur égard. Comment, dès lors, pourrait-on prétendre que la loi répute de mauvaise foi le second cessionnaire, par cela seul qu'il a connu d'une manière ou d'une autre un acte antérieur de cession qui, n'ayant point reçu sa perfection légale, est aux yeux de la loi même censé inexistant (1)?

Cependant, si la simple connaissance indirectement acquise du transport ne constitue point par elle-même le second cessionnaire en état de mauvaise foi, et ne le fait point déchoir de la priorité de sa saisine, ce n'est que tout autant que les faits et circonstances de la cause n'établissent point de sa part une fraude caractérisée. S'il y a fraude, dans ce cas les tribunaux peuvent, pour indemniser les tiers du dommage qu'elle leur causerait, le priver du bénéfice de la cession faite en sa faveur (2). La simple mauvaise foi, qui est la connaissance,

(1) TROPLONG, *Vente*, nº 901. — DURANTON, t. 16, nº 499. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 555, 1re édit., et t. 4, p. 428, 4e édit. — Douai, 11 fév. 1845. SIREY, 45, 2, 375.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Vente*, nº 900. — Cass., 5 mars 1838. SIREY, 38, 1, 630. — 25 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 982.

nous paraît ainsi insuffisante (1), et nous exigeons qu'elle ait un caractère marqué de dol et de fraude; ce qui est subordonné à l'appréciation des circonstances.

42. Nous devons maintenant indiquer comment et de quel jour les actes sous seing-privé acquièrent date certaine.

Ils ont date certaine, porte l'article 1328, du jour où ils ont été enregistrés; du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits; ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

Nous allons présenter quelques observations sur chacun de ces trois moyens.

Quant à l'enregistrement, point de difficulté. Nous ferons même remarquer que cette circonstance se confond, sous quelque rapport, avec la relation dans un acte public de la substance des actes sous seing-privé.

43. On comprend sans peine comment la mort d'un ou de plusieurs des signataires de l'acte lui fait acquérir date certaine. Il est évident que, du jour de son événement, elle rend toute antidate impossible.

Il importe peu que le signataire décédé ait figuré dans l'acte comme partie contractante, ou seulement comme témoin ou conseil, sans y être personnellement intéressé. La loi, en exigeant le décès de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit, ne s'inquiète nullement de la qualité en laquelle ils ont apposé leur signature. L'antidate est d'ailleurs, dans tous les cas également impossible (2).

Il doit en être ainsi même au cas où la signature n'aurait été mise par un tiers étranger que comme une sorte de visa, précisément en vue de conférer, le cas échéant, date certaine à l'acte.

(1) *Contrà*, DUVERGIER, *Vente*, nos 208 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 680, 1re édit., et t. 8, p. 259, 4e édit. — Cass., 8 mai 1827. SIREY, 27, 1, 453.

La date devient certaine par la mort de l'un des signataires, alors même qu'il n'existerait pas sur les registres de l'état civil un acte de décès régulier, et qu'il y aurait nécessité, pour obtenir un jugement destiné à le suppléer, d'établir le décès au moyen de la preuve testimoniale.

44. Il ne faut point assimiler au cas de mort l'amputation du membre, agent de l'écriture. On dirait vainement que sa perte rend, aussi bien que la mort qui anéantit la personne, toute antidate impossible. Il suffit que l'article 1328 n'en parle point. Il est facile d'ailleurs d'expliquer le silence de la loi. Le fait de l'amputation, une fois établi, peut sans doute démontrer l'impossibilité d'une antidate; mais il n'est point, comme dans le cas de mort, susceptible d'une preuve aussi précise quant à sa date. D'autre part, le signataire prétendu peut, par suite d'un concert frauduleux, s'attribuer et reconnaître comme sienne une signature fausse et contrefaite, émanée après coup d'un tiers étranger. La loi a voulu éviter toutes ces difficultés en s'en tenant au seul cas de mort (1).

Plus encore que l'amputation, la simple paralysie est insuffisante pour conférer à l'acte une date constante. Il est, en effet, moins facile d'en constater avec précision le moment, l'intensité et les résultats, quant à l'impuissance absolue de la personne qui en est atteinte.

45. L'article 1328 ne prévoit que le cas de mort de celui ou de l'un de ceux qui ont souscrit l'acte, c'est-à-dire, suivant les expressions de l'article 1410, d'un ou de plusieurs des signataires du dit acte. La mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont écrit, sans être signataires, ne peut donc lui conférer date certaine. Car un corps d'écriture est loin de caractériser l'identité de la personne, comme le fait une signature, qui, bien qu'elle soit exposée elle-même à un désaveu, marque l'écrit d'un cachet particulier de personnalité propre. Un simple corps

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 242.

d'écriture est, au contraire, par lui-même toujours anonyme, et, pour en reconnaître l'auteur, il faut employer des moyens de vérification préalable, trop incertains et trop dangereux dans leurs résultats.

46. Lorsque leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, les actes sous seing-privé acquièrent immédiatement date certaine. Ils participent sous ce rapport, par l'effet de cette simple relation, de l'authenticité des actes publics.

Mais il importe de bien se fixer sur le sens que la loi attache à ces mots, substance constatée. Il ne s'agit point d'abord d'un dépôt qui aurait été fait d'un acte sous seing-privé dans l'étude d'un notaire. Il acquiert, en effet, par ce dépôt, régulièrement effectué, plus qu'une date certaine; il acquiert le caractère et la force de l'authenticité (1).

Il ne s'agit ici que d'une simple mention, d'une relation dans un acte public, et la loi en indique elle-même le sens en citant comme exemples les procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. Qu'est-ce donc que constater la substance d'un acte? C'est le signaler par la mention de sa nature particulière, de ses clauses principales, de sa date apparente, par l'indication des parties contractantes et signataires, enfin par toutes les circonstances propres à le déterminer d'une manière précise et non équivoque.

Cette relation n'est point un résumé de la teneur de l'acte; elle en est le signalement par l'indication des faits et circonstances qui le caractérisent et le spécifient. La substance d'un acte privé nous paraît donc suffisamment constatée dans un acte public, suivant le sens qu'attache à ces expressions l'article 1328, alors même qu'il est simplement signalé par ses caractères matériels et l'indication des mots par lesquels il commence et se termine, pourvu que ces mentions ne laissent aucun doute sur son identité.

(1) Voy. art. 1317, n° 40.

Mais l'indication de la date seule, sans autres désignations, sera le plus souvent insuffisante. En l'absence d'énonciations plus développées, il ne sera guère possible, dans ce cas, à moins de circonstances particulières qui les rendent inutiles, de reconnaître si l'acte signalé par sa date seulement est le même que celui que l'on oppose plus tard comme ayant acquis date certaine (1).

Mais la substance d'un acte privé est suffisamment constatée lorsqu'on en énonce l'existence, dans un acte public, par les indications les plus complètes et les plus précises, bien qu'on ne le signale que comme constituant une simple convention verbale. Ce subterfuge, employé pour échapper aux droits de timbre et d'enregistrement, est passé dans la pratique, et l'abus en est poussé à ce point que l'on n'hésite même plus à transcrire et à lire de semblables conventions, toujours prétendues verbales. Il faut donc avant tout un acte constatant une convention arrêtée entre les parties, et si l'acte public invoqué ne fait que relater des allégations et des prétentions, cette relation ne satisfait point au vœu de la loi, et est inefficace envers les tiers (2).

47. Quant aux actes publics dans lesquels la substance d'un acte privé peut être régulièrement relatée, nous citerons, outre les procès-verbaux de scellés et d'inventaire, les actes de notaire, d'huissier (3), d'avoué; les jugements et autres actes de justice; les contraintes décernées par les receveurs de l'enregistrement et des domaines (4); les procès-verbaux et états de perquisition, de saisie de pièces de conviction dans les poursuites et instructions criminelles; les actes émanés d'une administration publique, par exemple, une décision

(1) Cass., 23 nov. 1841. SIREY, 42, 1, 134.
(2) Cass., 22 juin 1858. SIREY, 58, 1, 586.
(3) Cass., 22 nov. 1864. SIREY, 65, 1, 380.
(4) Voy. Cass., 23 nov. 1841. SIREY, 42, 1, 134.

ministérielle portant remise des peines encourues pour enregistrement tardif (1).

Cependant, si un acte sous seing-privé était relaté, comme simple convention verbale, dans une requête en défense signifiée d'avoué à avoué, cette relation dans un pareil acte serait insuffisante pour lui faire acquérir date certaine. De semblables mentions, par la nature particulière de l'acte où elles sont consignées, et les circonstances dans lesquelles elles ont lieu, ne constituent que de simples allégations, sans aucun caractère suffisant de certitude (2).

48. Lorsque les scellés ont été apposés, il semble tout naturel d'attribuer à l'acte privé qui a été mis et trouvé sous les scellés date certaine, non pas seulement du jour où il a été mentionné dans le procès-verbal de levée, mais rétroactivement du jour où il a été placé sous les scellés, bien qu'à ce moment sa substance n'ait pas été relatée dans le procès-verbal d'apposition. Car il est évident que, de ce moment-là, il n'a pas été susceptible d'une confection frauduleusement antidatée. Cependant, l'article 1328 est formel; l'apposition des scellés ne suffit pas; il faut la relation de la substance de l'acte privé dans le procès-verbal.

Nous ferons encore une autre observation, commune aux procès-verbaux de scellés et d'inventaire. Le plus souvent, ils durent plusieurs jours, et même les heures de vacation y sont indiquées. Dans ce cas, les actes sous seing-privé acquièrent date certaine, non point simultanément du jour de la clôture définitive du procès-verbal, mais successivement au fur et à mesure que leur substance y est relatée, et suivant l'ordre des dates particulières attribuées à chacune des parties du procès-verbal où cette relation se rencontre.

(1) Riom, 24 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 67.

(2) Grenoble, 26 avril 1849. SIREY, 50, 2, 271. — Rouen, 24 mars 1852. SIREY, 52, 2, 535.

49. L'article 1328 ne s'occupe que du cas où la substance d'un acte privé est constatée dans un acte public. Supposons qu'elle soit relatée dans un autre acte sous seing-privé, et que ce dernier acte ait acquis lui-même date certaine par l'enregistrement, la mort de l'un des signataires ou la relation de sa substance dans un acte public. Le premier acte aura-t-il acquis, par contre-coup, également date certaine? Nous le croyons, parce qu'il est impossible de le séparer du second, et que si celui-ci a acquis date certaine, il communique nécessairement à l'autre qu'il relate cette même certitude de date qui existe incontestablement pour lui. Il en fait foi également à sa date propre.

50. Quoi qu'il en soit, ces trois circonstances, enregistrement, mort de l'un des signataires, relation de la substance de l'acte privé dans un acte public, sont les seules au moyen desquelles un acte sous seing-privé puisse acquérir date certaine. Les expressions mêmes de l'article 1328 établissent que ses dispositions sont limitatives et non simplement démonstratives. En excluant ainsi toute autre circonstance comme propre à conférer aux actes sous seing-privé une date certaine, le législateur a enlevé au juge un pouvoir arbitraire, dont l'exercice eût été incompatible avec les principes de certitude et de fixité qu'il a entendu consacrer (1).

Les cas de maladie (2), d'éloignement (3), d'absence même judiciairement constatée (4), de séquestration et d'emprisonnement de l'un des signataires; l'emploi d'un papier timbré hors d'usage, l'apposition du timbre de la poste (5), ou du

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 680, 1re édit., et t. 8, p. 260, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 131. — FAVARD, Rép., vis *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 4, n° 7. — BONNIER, n° 573. — MARCADÉ, art 1328, n° 4. — Cass., 27 mai 1823. SIREY, 23, 1, 297.

(2) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 242 et 243.

(3) *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 242.

(4) ZACHARIÆ, *ibid.* — *Contrà*, TOULLIER, *ibid.*

(5) ZACHARIÆ, *ibid.*

sceau de toute autre administration publique, sont, en conséquence, absolument inefficaces pour attribuer une date certaine aux actes sous seing-privé.

51. On ne saurait non plus, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, prouver contre les tiers la sincérité de la date d'un acte sous seing-privé, ou l'époque à laquelle aurait été faite la convention ou disposition qu'il renferme, si cet acte n'a point acquis date certaine par l'une des circonstances indiquées par l'article 1328 (1).

Il est même indifférent que cette offre de preuve soit appuyée de la mise en possession, par exemple, de l'acquéreur ou du preneur qui se prévaut d'un titre sans date certaine, à l'encontre de tiers qui invoquent, au contraire, des actes dont la date est constante (2).

Mais si cette offre de preuve, quant à la sincérité de la date de l'acte, ou quant à l'époque à laquelle la convention aurait été réellement passée, se fondait sur un commencement de preuve écrite qui eût lui-même acquis date certaine par l'un des moyens indiqués à l'article 1328, nous croyons qu'alors elle serait recevable. On rentre, en effet, dans ce cas, en ce qui touche la certitude de la date, dans les termes mêmes de notre article; et si l'écrit produit, par exemple, un acte de vente non fait double, ne fait pas par lui-même preuve complète et n'établit qu'un commencement de preuve écrite, il n'en est pas moins vrai, d'une part, qu'il n'y a point d'antidate frauduleuse à craindre, et, d'autre part, que la preuve peut être complétée par tous moyens de droit. L'article 1328 nous

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 261, 4e édit. — Cass., 27 mai 1823. SIREY, 23, 1, 297. — Toulouse, 7 juill. 1831. SIREY, 32, 2, 646. — Grenoble, 9 mai 1833. SIREY, 33, 2, 506. — Douai, 11 août 1837. SIREY, 38, 2, 106. — Rouen, 22 juin 1872. SIREY, 73, 2, 209.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — Nîmes, 27 mai 1840. SIREY, 40, 2, 495. — Douai, 11 août 1837. SIREY, 38, 2, 106.

paraît donc s'appliquer aussi bien à l'écrit privé qui ne fait qu'un commencement de preuve, qu'à l'écrit qui en fournit une pleine et entière, sauf, dans le premier cas, à la compléter régulièrement.

52. Remarquons, au surplus, que l'article 1328 est inapplicable aux matières de commerce. Les juges ont, en conséquence, le pouvoir de s'assurer, même à l'égard des tiers, que la date des actes privés, constatant des conventions ou opérations commerciales, est réelle et sincère, bien qu'elle ne soit devenue certaine par aucuns des moyens ordinaires. Ils peuvent alors se décider par les faits et circonstances de la cause et par de simples présomptions. Ce point est aujourd'hui fixé en doctrine et en jurisprudence (1).

Par application du même principe, la Cour de cassation (2) a même décidé que la preuve qu'un jugement par défaut rendu en matière commerciale avait été exécuté et n'était point, par conséquent, tombé en péremption, pouvait être administrée, même à l'égard des tiers, par tous les moyens que la loi commerciale autorise, tels que déclarations de témoins et livres de commerce.

53. Il peut arriver, et nous en avons vu divers exemples, que deux ou plusieurs actes émanés du même auteur, au profit de personnes différentes, acquièrent ou ont date certaine du même jour, alors qu'ils ont pour effet de contredire, annuler, restreindre ou modifier dans leur exercice les droits qu'ils transmettent ou constituent en faveur de ceux qui les invoquent respectivement. Ce concours d'actes, à la même date, a

(1) TOULLIER, t. 8, n° 244. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 2, n° 246. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 262, 4e édit. — Cass., 4 fév. 1819. SIREY, 19, 1, 384. — 28 janv. 1834. SIREY, 35, 1, 206. — 17 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 1022. — 7 mars 1849. SIREY, 49, 1, 397. — 2 juin 1863. SIREY, 63, 1, 335. — Douai, 19 février 1866. SIREY, 66, 2, 83.

(2) 10 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 380. — Amiens 3 juillet 1868. SIREY, 68, 2, 344.

lieu soit qu'il s'agisse d'actes publics ou d'actes sous seing-privé ayant acquis date certaine.

Tel est le cas où deux personnes ont acquis le même jour la même chose, du même propriétaire, soit qu'il ait vendu chaque fois en personne, ou que les ventes aient été consenties d'un côté par lui et de l'autre par un mandataire, ou par deux mandataires différents. Tel est encore celui où, le même jour, la même personne vend à l'un une chose et confère à d'autres sur la même chose une servitude, un bail, une hypothèque ou tout autre droit réel.

Si les actes indiquent d'une manière précise l'heure à laquelle chacun d'eux a été passé ou a acquis date certaine; s'ils marquent une différence appréciable dans leur temps, par exemple, en énonçant que l'un a été passé le matin et l'autre le soir, dans ce cas la préférence est due à l'antériorité de la date exprimée, à moins que la partie à qui on l'oppose n'établisse qu'il y a eu dol, fraude ou même faux.

Si l'article 2147 dispose que tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur, cette disposition tout exceptionnelle ne saurait être appliquée hors du cas pour lequel elle a été spécialement édictée. D'ailleurs, il n'est pas possible, dans les hypothèses que nous posons, d'admettre en concurrence les divers prétendants-droit, comme on admet les simples créanciers qui ne font que se distribuer contributoirement le gage commun de leurs créances. Il y a donc nécessité d'attribuer à l'un d'eux une préférence sur l'autre, et toute la difficulté consiste à déterminer celui auquel cette préférence doit être accordée, les actes n'indiquant aucune différence d'heure ou de temps dans la même journée.

Indépendamment de toute articulation de mauvaise foi, de dol, de fraude ou de faux, dont la preuve est toujonrs à la charge de celui qui les allègue, toute partie sera recevable à

établir par la preuve testimoniale ou à l'aide de simples présomptions l'antériorité du titre qu'elle invoque. Ce n'est pas, en effet, qu'une semblable prétention ait pour objet et pour résultat d'attribuer à un acte une date certaine, à un moment quelconque, par un moyen autre que ceux qui sont admis par l'article 1328. Sans toucher autrement à la certitude respective des dates qui reste entière, il s'agit uniquement de déterminer, dans le cercle d'heures où elles sont fixées, l'antériorité de l'une sur l'autre. Or, cette détermination en donnant à l'une d'elles plus de précision, n'altère en rien la certitude de l'autre, puisqu'elle demeure toujours fixée, sauf l'incertitude de l'heure, au jour indiqué (1).

La nature des droits transmis ou acquis aux tiers porteurs des différents actes est absolument indifférente pour la solution de la question, et il importe peu qu'il s'agisse de droits identiques ou différents, comme de la vente de la même chose ou seulement d'une vente faite à l'une des parties, et d'un bail ou d'une servitude consentie à l'autre, quant à la même chose. Mais avant d'entrer dans quelques détails, nous croyons devoir jeter un coup d'œil sur une espèce qui a été soumise à la Cour de cassation.

Le 22 décembre 1806, Ducros donne à Fabrit deux fonds de terre à titre d'antichrèse. Le 2 septembre 1811, les héritiers Fabrit cédent et transportent la créance, avec le bénéfice de l'antichrèse, à Simon Thomas. Dans cet acte de cession la créance est évaluée à huit cents francs.

Le 10 décembre 1811, Ducros vend à Tort les fonds remis par lui en antichrèse. Par cet acte de vente la créance Fabrit est évaluée à sept cent vingt-deux francs, et Tort, acquéreur, est chargé de l'acquitter.

Enfin, le 4 juillet 1817, Ducros déclare approuver la cession de 1811, consentie à Simon Thomas, et se reconnaît débiteur de la somme totale de douze cents francs.

(1) Voy. art. 1319, n° 13.

Ces actes de 1811 et 1817 étaient sous signatures privées. Ils ne furent enregistrés, savoir : la vente du 10 décembre 1811, que le 23 décembre 1824, et le règlement du 4 juillet 1817, que le 22 juin 1842.

Mais Ducros était mort avant ce double enregistrement, le 18 octobre 1823. Dès lors son décès avait donné date certaine aux actes antérieurs qu'il avait souscrits.

Dans ces circonstances, les héritiers de Tort, acquéreur, voulant dégager les immeubles, offrent aux héritiers de Simon Thomas, cessionnaire, la somme de sept cent vingt-deux francs réglée par la vente de 1811. Ceux-ci refusent ces offres comme insuffisantes; ils prétendent qu'elles doivent être des douze cents francs réglés par l'acte de 1817; et la cour de Nîmes les déclare, en effet, insuffisantes, par le motif que l'acte du 4 juillet 1817 a acquis date certaine par le décès de Ducros, le 18 octobre 1823, quoiqu'il n'ait été enregistré qu'en 1842, tandis que la vente du 10 décembre 1811 n'a acquis date certaine que le 23 décembre 1824, jour de son enregistrement. En conséquence, elle décide que l'acquéreur est tenu de respecter les engagements pris antérieurement par son vendeur, et les droits conférés par lui à des tiers avant son aliénation.

Il y avait là une contradiction palpable; car il était évident que les deux actes avaient également acquis date certaine au même instant, à partir du décès de Ducros, et que l'antériorité de date ne pouvait se fixer par la comparaison du jour du décès avec la date de l'enregistrement de l'un ou de l'autre titre. Cet arrêt devait être cassé, et il le fut (1).

Mais la Cour de cassation ne dit point dans son arrêt quelle est l'issue par laquelle les juges doivent sortir de l'impasse où ils semblent renfermés? Nous allons l'indiquer.

Cette question de préférence bien plus que d'antériorité de date doit se résoudre par les principes relatifs à la preuve des obligations; et voici comment : Celui qui réclame un droit

(1) Cass., 11 janv 1847. SIREY, 47, 1, 349.

est tenu de le prouver; à défaut de preuve, il succombe dans sa prétention. Or, dans ce concours d'actes qui sont en contradiction et en opposition les uns par rapport aux autres, tout demandeur qui n'est point en possession du droit qu'il prétend faire reconnaître en sa faveur, est dans l'impuissance d'en administrer la preuve, puisque cette preuve est subordonnée à celle de l'antériorité de son titre, et que la simultanéité de dates également certaines exclut jusqu'à l'idée d'une antériorité possible. Sa demande doit être repoussée, comme si son titre avait une date postérieure; car c'est la même chose pour lui d'avoir un acte ayant date postérieure expressément, ou d'en invoquer un qui n'a pas de date certaine antérieure. Dans l'un comme dans l'autre cas, et par les mêmes motifs, les juges n'ont qu'à décider que la demande n'est pas justifiée. Le demandeur perd donc son procès à défaut de preuve, et le défendeur qui est en possession le gagne, non pas parce qu'il établit son droit, mais parce que son adversaire ne prouve pas le sien, *vincit per non jus actoris.*

Ce n'est là, en définitive, qu'un de ces cas si nombreux qui montrent combien la possession est importante dans l'exercice des actions, et qui établissent la vérité pratique de cet axiome, *in pari causâ melior est conditio possidentis;* dans une cause, égale d'ailleurs de part et d'autre, la condition du possesseur est préférable. Nous y voyons encore la preuve du soin avec lequel les juges doivent déterminer les rôles de demandeur et de défendeur, puisque la charge de la preuve et le succès de la cause en dépendent. A ce sujet, nous observerons qu'ils nous ont souvent paru ne pas y attacher une importance suffisante. Plus d'une fois nous les avons vus, au lieu de s'en tenir résolument à ces principes élémentaires qui ont le suprême avantage de sauvegarder leur responsabilité, se laisser entraîner, par des considérations d'équité prétendue, à l'appréciation arbitraire de faits et de circonstances dont le caractère équivoque ne fait naître que le doute, et tend à confondre, par l'incertitude des résultats, toutes les notions de droit et de justice.

54. Faisons maintenant l'application de ce principe à l'espèce que nous venons de rappeler. Les héritiers Thomas, cessionnaires des droits de Fabrit, créancier antichrésiste, n'avaient, en leur qualité de possesseurs et de défendeurs, qu'à attendre le résultat de la preuve qui était à la charge de Tort, demandeur. Ce dernier devait, en cette qualité, prouver l'antériorité de son titre, c'est-à-dire de la vente portant la date du 10 décembre 1811, sur le règlement du 4 juillet 1817. Or, ces deux actes ayant acquis simultanément, par le même fait, par la mort de Ducros, l'un des souscripteurs, date certaine le 18 octobre 1823, il était impossible de prouver l'antériorité de l'un de ces actes sur l'autre; et, à défaut de cette preuve, Tort ne pouvant dégager les immeubles antichrésés qu'en offrant le montant du règlement de 1817, devait forcément être débouté de sa demande.

Pareillement, si deux acquéreurs, deux fermiers de la même chose produisent deux actes ayant acquis date certaine en même temps, par le décès de l'un des souscripteurs, celui-là aura la préférence qui sera en possession, et contre lequel le demandeur ne pourra établir l'antériorité de son titre (1).

Mais le même principe doit-il servir à résoudre cette question? Le mandataire vend un héritage à l'un, le mandant le vend à un autre, le même jour, par un acte également authentique, ou bien ces deux actes de vente, s'ils sont sous seing-privé, acquièrent date certaine du même jour, soit par leur relation dans un acte authentique, soit par leur enregistrement. Les deux acquéreurs sont également de bonne foi, et les actes valables à leur égard (2008-2009). Lequel des deux sera préféré? Sans distinguer entre celui qui a acquis du mandant et celui qui a traité avec le mandataire, ce sera celui qui, suivant son droit, aura établi par tous moyens légaux de preuve l'antériorité de son titre. Dans ce cas, en effet, à la différence de celui où les actes n'acquièrent date certaine que

(1) Douai, 3 août 1870. SIREY, 70, 2, 273.

par le décès du signataire commun, il y a une antériorité légalement possible de l'un des actes sur l'autre, et il ne reste plus qu'à l'établir.

Mais si cette antériorité n'est pas prouvée et qu'il y ait doute, ce sera le défendeur qui devra être préféré, parce que le demandeur, qui n'est pas en possession, ne peut avoir de droits qu'en établissant l'antériorité de son titre, dont nous supposons qu'il n'administre point la preuve.

La question étant ramenée à ces termes, on voit que le point de fait n'est pas sans influence; et, nous le répétons, les juges peuvent toujours l'apprécier pour y trouver la preuve d'une antériorité, lorsqu'elle est possible et saisissable (1).

55. Que si aucune des parties n'avait été mise en possession ou qu'elle n'établît point l'antériorité du titre invoqué par elle, la préférence serait due à celle qui la première aurait demandé au promettant la délivrance de la chose ou l'exécution du contrat. Car celui-ci, régulièrement obligé, devait livrer immédiatement la chose au stipulant qui en poursuivait la tradition. Autrement, il serait maître de déterminer, à son choix, une cause de préférence en faveur de l'un et au préjudice de l'autre, en refusant de livrer la chose, malgré la demande régulière formée par l'un des stipulants, pour en faire, au contraire, la tradition à l'autre.

A défaut de demande en délivrance, la préférence devrait se régler par la priorité de la demande de séquestre formée par l'un des stipulants. Ce dépôt judiciaire équivaut, en effet, dans son intention, à l'égard de celui qui le provoque, à une demande de mise en possession, soit que celui qui le demande doive, aux termes de son titre, recevoir immédiatement délivrance de la chose, ou n'en prendre possession que dans un délai déterminé, alors même que l'autre stipulant, qui est resté inactif, doive être mis tout de suite en possession.

(1) Voy. art. 1138, n° 51. — TROPLONG, *Transcript.* n^{os} 192 et suiv.

L'autre partie prendrait même vainement possession de la chose, après que son adversaire a demandé la délivrance ou provoqué le séquestre. Elle ne pourrait l'invoquer comme fondement d'une cause de préférence en sa faveur, en sa qualité de défenderesse, au préjudice de l'autre stipulant qui a pris l'initiative d'une demande de délivrance ou de séquestre. La possession dont elle entend alors se prévaloir n'est qu'un fait matériel, sans caractère juridique, sans portée légale. Autrement, elle servirait, comme moyen de collusion et de fraude, à consacrer les plus flagrantes injustices.

Que si l'on nous objecte qu'en subordonnant ainsi les questions de préférence à la priorité des poursuites, nous en faisons en quelque sorte un prix de vitesse, il nous suffira de répondre qu'il n'est nullement extraordinaire, en droit, que les diligences d'un créancier soient pour lui une cause de préférence. En y regardant même de près, il est facile de se convaincre que ce principe, surtout en ce qui touche le payement des obligations, est la plus ferme garantie de l'exécution des contrats.

56. Cependant, s'il s'agissait d'une somme d'argent sur laquelle des droits fussent conférés et acquis à diverses personnes, par actes passés à la même date, il n'y aurait point exclusion des autres par l'un des ayants-droit. Tous viendraient en concurrence, contributoirement, dans la proportion de leurs droits.

Tel est le cas où plusieurs cessionnaires ont fait signifier ou accepter leurs cessions respectives le même jour, sans indication des heures, ou bien celui où une saisie-arrêt a été faite le jour même de l'acceptation ou de la signification d'une cession, sans que les actes marquent aucune différence dans les heures (1). C'est qu'alors les droits respectivement acquis

(1) DURANTON, t. 16, n° 503. — TROPLONG, *Vente*, n^{os} 903 et 928. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 554, 1re édit., et t. 4, p. 430, 4^{e} édit. — Bruxelles, 30 janv. 1808. SIREY, 7, 2, 1253.

ou transmis ne s'excluent pas nécessairement, et qu'ils peuvent concourir.

Du reste, nous ne voyons pas pourquoi celui qui prétend que son acte est antérieur ne serait pas admis à en établir l'antériorité, à l'aide de témoins ou de présomptions (1), puisqu'il se borne à en fixer, dans les termes de sa date, le moment véritable avec plus de précision.

57. Certains actes de procédure peuvent également avoir été accomplis le même jour, sans qu'ils marquent, par l'indication des heures, aucune antériorité de l'un sur l'autre. Par exemple, un avoué forme une demande en péremption, et, le même jour, l'avoué adverse fait un acte interruptif. La péremption est acquise ou non, suivant que la demande est antérieure ou postérieure à cet acte. Ce sera donc à l'avoué demandeur en péremption auquel on l'oppose, à établir que sa demande a été formée la première. En se prévalant de l'acte de procédure qu'il a accompli, l'avoué adverse ne propose pas, en effet, une exception proprement dite qu'il doive personnellement justifier, par la raison que la péremption n'a pas lieu de plein droit. C'est, en conséquence, à celui qui la demande à prouver que le bénéfice lui en est acquis. Mais il peut établir l'antériorité de sa demande même au moyen d'enquête (2).

ARTICLE 1329.

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

ARTICLE 1330.

Les livres des marchands font preuve contre eux; mais

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, *ibid.*
(2) TOULLIER, t. 9, nº 223. — Cass., 15 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 25.

celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

Sommaire.

1. On ne peut se faire un titre à soi-même.
2. Exception en faveur des livres de commerce.
3. Ils font preuve entre commerçants pour faits de commerce,
4. Pourvu qu'ils soient régulièrement tenus.
5. Le livre journal est le livre essentiel. Utilité des livres auxiliaires.
6. Distinction entre les commerçants et non commerçants.
7. Le fait doit être du commerce respectif des contractants.
8. Résumé des trois conditions exigées.
9. Le juge a la faculté d'admettre ou non comme faisant preuve les livres de commerce.
10. Les livres irrégulièrement tenus ne font pas foi.
11. De leur production en justice.
12. Article 1329. Il autorise la délation du serment supplétif au marchand,
13. Mais seulement en ce qui concerne les fournitures faites,
14. Et pourvu que les livres soient régulièrement tenus.
15. Distinction, quant à la nécessité du serment supplétif.
16. Les livres de commerce ne forment point un commencement de preuve écrite en faveur du marchand demandeur.
17. Du cas où le défendeur offre d'ajouter foi aux registres.
18. Les registres des marchands font preuve contre eux,
19. Sauf preuve contraire.
20. La foi qui leur est due est indivisible.
21. Des arrêtés de compte sur les livres de commerce.

COMMENTAIRE.

1. C'est un principe que nous aurons à développer sous les articles suivants, qu'on ne doit point ajouter foi à l'écriture par laquelle on prétend se donner un tiers pour débiteur, en se faisant un titre à soi-même; *exemplo perniciosum est ut ei scripturæ credatur quâ unusquisque sibi debitorem constituit* (1).

2. La loi admet cependant une exception en faveur des livres

(1) L. 7, C. *De probat.*

de commerce, mais en la soumettant à de certaines conditions que nous expliquerons plus loin. Nous devons, en effet, commencer par indiquer ce qui concerne la tenue de ces livres; et, si nous trouvons dans le Code civil les principes relatifs à la foi qui leur est due, c'est au Code de commerce que nous devons recourir, quant à l'obligation et à la tenue de ces sortes d'écritures. Voici ses dispositions :

ART. 8. « Tout commerçant est tenu d'avoir un livre journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison, le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

» Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie. »

ART. 9. « Il est tenu de faire, tous les ans, sous seing-privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. »

ART. 10. « Le livre journal et le livre des inventaires seront paraphés et visités une fois par année.

» Le livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.

» Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge. »

ART. 11. « Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus, seront cotés, paraphés et visés, soit par un des juges des tribuaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais.

» Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans. »

Ces dispositions ne font que reproduire les articles 1, 2, 3, 4, 5, 7 et 8, titre 3, de l'ordonnance du mois de mars 1673.

L'article 8, C. comm., parle d'autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. Quels sont ces livres? Il y a d'abord le grand-livre, ou livre de compte, qui se tient, non point par ordre de dates, mais par articles de marchandises qui ont fait le sujet des opérations, ou par indication des personnes avec lesquelles des opérations ont eu lieu. Ce livre de compte est divisé en deux parties, l'un de débit et l'autre de crédit, *doit* et *avoir*. D'un côté on porte en débit les ventes faites, les billets, lettres de change et valeurs fournies à la personne que l'article du livre concerne; et de l'autre on porte en crédit les payements faits et les valeurs fournies par cette même personne. Ce livre contient, en un mot, autant de comptes individuels et séparés qu'il y a de personnes avec lesquelles le marchand ou commerçant est en relation d'affaires. La balance ou solde de chacun de ces comptes établit sa situation passive ou active à leur égard, suivant qu'il est débiteur ou créancier, c'est-à-dire suivant que les articles portés au crédit sont supérieurs ou inférieurs à ceux portés au débit.

Il y a encore le livre de caisse où le commerçant mentionne d'un côté l'argent qu'il reçoit et de l'autre celui qu'il paye. Ce registre constate le mouvement des fonds à leur entrée et à leur sortie en caisse.

Chaque commerçant peut tenir, en outre, pour la commodité de sa gestion et dans la forme qui lui paraît la plus convenable, d'autres livres et registres, tels que répertoires, états de marchandises et comptes de matière, livres des profits et pertes, carnet d'échéances.

Mais ces trois livres, livre journal, grand-livre et livre de caisse, indépendamment du livre de copies de lettres, du registre des inventaires et de la liasse des lettres missives reçues, ces trois livres suffisent généralement pour qu'un marchand ou commerçant puisse se rendre compte du mouvement de ses opérations et de la situation de ses affaires.

Cependant, si son commerce a une grande extension, un

développement considérable, il sera, s'il veut connaître sa position exacte à un moment donné, toujours dans la nécessité de se livrer à un long travail de recherches pour réunir les éléments épars et disséminés dans ses livres, dont le résumé seul peut établir sa véritable et réelle situation. Les besoins d'une comptabilité sinon plus exacte dans ses résultats, du moins plus précise dans sa conclusion, ont donc fait introduire, surtout dans la banque, la tenue des livres en partie double. Un contrôle mutuel des opérations, un tableau synoptique des affaires, une balance quotidienne des comptes, une expression arithmétique de la situation, une comptabilité constamment à jour; tels sont les inappréciables avantages de cette méthode, aujourd'hui vulgarisée dans le commerce. Par elle, en effet, chaque opération est saisie à son origine, immédiatement classée à son ordre et définie dans ses résultats, pour ainsi dire sous la dictée même du fait; de telle sorte que les comptes ainsi établis peuvent être tous les jours comparés, balancés, soldés, et que chaque compte particulier peut être à tout instant jugé dans son ensemble et dans chacun de ses articles.

Du reste, nous le répétons, le livre journal est le livre essentiel, indispensable, au point de vue où nous l'apprécions ici, c'est-à-dire sous le rapport de la force probante des livres et registres de commerce.

3. Les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (12, C. comm.). Peu importe, d'ailleurs, qu'ils soient écrits de la main du commerçant ou de celle d'un tiers, commis, employé ou autre (1).

Cette disposition pose ainsi une triple distinction. Les livres sont-ils ou non régulièrement tenus? Le débat est-il engagé entre commerçants ou non commerçants? S'agit-il ou non de

(1) DURANTON, t. 13, n° 198.

faits de commerce? Examinons chacun de ces points particuliers. Mais indiquons d'abord sur quelles considérations est fondée la loi due aux livres de commerce régulièrement tenus.

Comme exception aux règles ordinaires du droit, les dispositions de l'article 12, C. comm., se justifient par la nature des relations que le commerce établit entre les personnes qui le pratiquent. On ne comprend guère, en effet, comment les marchands et commerçants pourraient être astreints à régler entre eux toutes leurs transactions et opérations commerciales par des actes particuliers revêtus de leurs signatures privées. L'activité et le mouvement du commerce ne se prêtent pas, ou du moins ne se prêtent que très difficilement à de semblables complications. D'autre part, comme la loi impose à chaque commerçant l'obligation de tenir certains livres et registres avec une régularité dont elle détermine elle-même les conditions, celui qui fait avec lui un acte de commerce, s'il ne prend la précaution de constater d'une manière spéciale son opération, est censé lui donner mandat de l'établir lui-même sur ses livres et registres personnels, à la seule condition qu'ils seront tenus régulièrement et conformément à la loi. Ajoutons que les deux parties devant respectivement tenir des livres de commerce, il s'établit entre eux un contrôle mutuel de leurs constatations.

4. Mais il faut qu'ils soient régulièremeut tenus, suivant les prescriptions des articles 8, 10 et 11, C. comm. Leur régularité est la condition essentielle de la foi qui leur est due.

Et ici il ne s'agit pas d'une régularité relative, mais bien d'une régularité absolue. Il ne suffirait pas que les livres fussent régulièrement tenus en ce qui concerne les articles en débat, relativement à la personne avec laquelle se meut la contestation. Il faut que les registres, dans tout leur contenu, quelles que soient la différence d'articles et la diversité de personnes, remplissent toutes les conditions prescrites de régularité. Quelquefois même une simple régularité relative

est, à raison de son caractère exceptionnel, de nature à exciter de légitimes soupçons d'une confection frauduleuse pour le besoin de la cause.

Il importerait peu, cependant, que les registres antérieurs ou même les registres en cours d'exercice fussent irrégulièrement tenus, quant aux articles qui précèdent ceux en contestation, si, à partir de ceux-ci, ils sont tenus avec l'exactitude et la régularité que la loi exige. Réciproquement, cette régularité et cette exactitude postérieures et tardives ne couvriraient pas le vice d'irrégularité, en ce qui concerne les articles précédents. Car il convient de n'apprécier les livres et registres que dans la partie où sont relatés avec d'autres les divers éléments du débat. Ce n'est pas, toutefois, que les tribunaux ne puissent tirer argument, contre leur force probante, des inexactitudes et irrégularités qui peuvent exister dans les parties qui précèdent ou dans celles qui suivent. Mais elles ne fournissent qu'un argument de fait, de la nature des simples présomptions dont l'appréciation leur appartient souverainement. Que si, au contraire, les registres étaient irrégulièrement tenus dans la partie même où sont relatés les articles en contestation, il en résulterait un argument de droit, une présomption légale qui s'opposerait à ce que le juge les admît, sans le concours d'autres circonstances, comme faisant preuve des faits qu'ils énoncent.

5. Le livre journal est, à proprement parler, le seul qui fasse foi en justice. C'est à lui surtout que s'appliquent les dispositions relatives à la tenue des livres de commerce. Le livre des copies de lettres a sans doute son importance; mais elle n'est que secondaire, et il ne sert, le plus souvent, qu'à résoudre des difficultés accessoires, par exemple, celles qui s'élèvent sur la conclusion d'un marché, ses clauses et conditions particulières. Il importe alors de consulter la correspondance, et d'y puiser les éléments nécessaires pour fixer le juge sur les circonstances et les détails de l'opération.

Mais si le registre des copies de lettres peut être utilement employé pour compléter, expliquer, développer les diverses énonciations du livre journal, il ne saurait être invoqué pour le suppléer à l'égard d'un fait qui y serait omis, et dont la preuve n'existerait que dans la correspondance des parties.

A plus forte raison, les livres simplement auxiliaires sont-ils insuffisants pour combler les lacunes, suppléer les omissions, couvrir les irrégularités du livre journal (1). Vainement la partie qui les invoque demanderait à les produire. Les juges pourraient, sans s'arrêter aux présomptions de fait qui en résultent, rejeter cette offre de production, dont le premier résultat serait d'établir l'irrégularité et l'inexactitude du livre essentiel et indispensable. Mais s'ils étaient, au contraire, invoqués à l'appui de ses énonciations, comme en contenant l'explication et le développement, ils ne feraient alors qu'ajouter à sa force probante.

6. Si les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge comme faisant preuve des faits qu'ils énoncent, foi ne leur est pas due indistinctement à l'égard de toutes personnes. Il faut distinguer entre celles qui sont marchandes et celles qui ne le sont pas. Cette distinction ressort des termes de l'article 12, C. comm., et de ceux de l'article 1329, C. civ. Le premier ne parle, en effet, que des commerçants, tandis que le second dispose que les registres de marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées. A l'égard de ces dernières, on rentre donc sous l'empire du principe général que nul ne peut, par sa propre écriture, se faire un titre à soi-même. Il n'existe pour elles aucunes des considérations qui ont fait attribuer aux registres des commerçants force de preuve entre personnes exerçant le commerce. Le marchand qui traite avec elles doit en conséquence, pour la constatation

(1) TOULLIER, t. 8, n° 366, 387. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 1, n° 260.

de ses fournitures et autres opérations, se conformer aux règles du droit commun relatives à la preuve des contrats.

Il faut entendre ici par personnes non marchandes celles qui ne font point de l'exercice du commerce leur profession habituelle, suivant la définition qu'en donne l'article 1, C. comm. Les livres des commerçants ne font point, dès lors, preuve contre les personnes non marchandes, soit que leurs énonciations se rapportent à une convention purement civile, ou qu'elles relatent une opération également commerciale de la part de celui qui n'est point réputé commerçant (1). Réciproquement, les livres du non commerçant n'ont d'autre valeur, à l'égard des personnes marchandes, que celle que la loi attribue aux livres et papiers domestiques, alors même que l'opération qu'ils constatent est commerciale de part et d'autre. La qualité des personnes domine ainsi la nature propre de l'opération; et, nonobstant le caractère commercial de l'acte, s'il n'est intervenu entre commerçants, il n'y a point lieu à l'exception dont nous apprécions la portée.

Il suffit que la personne qui traite avec un commerçant soit non marchande elle-même au moment où elle contracte, pour que l'article 12, C. comm., cesse d'être applicable. Il importe peu qu'antérieurement elle ait exercé le commerce, si elle a cessé de l'exercer, et que même elle ait contracté à une époque où la cessation de son commerce et son changement de profession n'étaient pas encore généralement connus du public.

7. Mais il ne suffit pas d'être commerçant; il faut encore qu'il s'agisse de faits de commerce. Or, suffira-t-il, pour l'application de l'article 12, C. comm., que l'acte constitue un fait de commerce personnel à l'une des parties? Faut-il, au contraire, qu'il constitue un fait de commerce réciproque, commun aux deux contractants? Nous n'hésitons point à nous prononcer dans ce dernier sens.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 681, 1re édit., et t. 8, p. 269, 4e édit.

Les expressions de l'article 12, C. comm., ne peuvent, en effet, s'entendre que d'opérations également commerciales de part et d'autre, de telle sorte que chaque partie fait, en contractant, un acte de son commerce respectif. Si les registres de commerce, régulièrement tenus, font preuve de leurs énonciations entre commerçants, c'est surtout à raison du contrôle qu'ils permettent d'exercer sur les uns au moyen des autres. Or, dans notre hypothèse, ce contrôle disparaît, du moins le plus souvent, puisque, de la part de l'une des parties, il n'y a pas sur ses registres une relation suffisamment explicative du fait qui ne constitue à son égard qu'une opération purement civile. Il doit sans doute y être énoncé comme constituant, par exemple, un article de dépenses pour la maison; mais cette énonciation, faite en termes vagues et généraux, manque de précision et de clarté.

D'ailleurs, et cette raison nous semble péremptoire, il y a ici un rapport direct entre les règles de la compétence et les principes de la preuve. La contestation est, en effet, de la compétence des tribunaux civils, bien qu'elle s'agite entre commerçants, à l'égard de celui qui n'a point fait personnellement un acte de commerce. Par rapport à lui, le fait étant purement civil, les débats auxquels il donne lieu ne ressortissent point de la juridiction commerciale. Il nous semble donc qu'il y aurait contradiction, si après avoir appliqué les principes de la loi civile quant à la compétence, on appliquait ceux de la loi commerciale quant à la preuve. Car il ne faut pas perdre de vue que les dispositions de l'article 12, C. comm., sont exceptionnelles, qu'elles ne sont faites que pour les contestations commerciales proprement dites (1).

8. Telles sont donc les trois conditions exigées : les registres doivent être régulièrement tenus; le débat doit exister entre

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 683, n^te 7, 1^re édit., et t. 8, p. 271, n^te 9, 4^e édit. — *Contrà,* TOULLIER, t. 8, n° 386. — PARDESSUS, *Droit commercial,* t. 1, n° 258.

commerçants, et, en outre, pour fait relatif à leur commerce respectif. Il s'ensuit que l'article 12, C. comm., est inapplicable entre commerçants pour faits étrangers à leur commerce, et entre non commerçants de profession, même pour faits constituant des actes de commerce. Car il faut que la qualité des personnes concoure avec la qualité du fait (1).

9. Moyennant la réunion de ces trois conditions, les livres de commerce peuvent être admis par le juge pour faire preuve. Remarquez ces expressions, peuvent être admis; ce n'est donc qu'une faculté de sa part, en vertu de laquelle il peut les admettre ou les rejeter, suivant les circonstances et les faits de la cause.

Ce n'est pas qu'ils ne fassent point, en principe, foi des énonciations qui y sont consignées. Ils en font, au contraire, preuve complète, et c'est pour cela que le juge peut les admettre comme formant un titre juridiquement parfait, sans qu'il ait besoin de fortifier leur autorité probante à l'aide d'autres preuves ou présomptions. Lors donc qu'ils sont admis pour faire preuve, ils suffisent par eux-mêmes pour fonder et motiver la décision.

Mais si le juge ne les admet point, il ne peut le faire qu'en infirmant, par l'appréciation des faits et circonstances, la foi qui leur est due. Dans ce cas, il doit motiver sur l'existence de présomptions contraires son refus de les admettre comme établissant une preuve régulière et complète.

Tel est, en effet, le caractère de la foi due aux livres de commerce, même régulièrement tenus, que la preuve qui en résulte peut toujours être combattue par la preuve contraire, soit au moyen de titres produits, soit à l'aide de témoignages oraux ou de simples présomptions. S'agissant de matière commerciale, on est toujours admis à prouver contre et outre leurs énonciations. Ainsi s'expliquent les expressions de l'article 12, C. comm., quand il dit que les livres de commerce, régulièrement

(1) TOULLIER, t. 8, n° 386.

rement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve. Il signifie seulement que la foi qui leur est due peut être infirmée par la preuve contraire, et de là résulte pour le juge la faculté de les admettre ou de les rejeter.

10. « Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés, ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des faillites et banqueroutes. » Telles sont les dispositions de l'article 13, C. comm.

Ainsi, lorsqu'une partie produira des livres régulièrement tenus, et que l'autre n'en présentera que d'irréguliers, cette dernière ne pourra se prévaloir des énonciations qu'ils contiennent en sa faveur, sauf, néanmoins, aux juges le droit d'apprécier les diverses circonstances et présomptions qui en établissent d'ailleurs la sincérité (1).

Il en sera de même au cas qu'elle n'en produise pas du tout, soit qu'elle déclare ne pas en avoir, les avoir perdus ou ne pas vouloir les représenter. Celle qui produit des registres réguliers doit obtenir gain de cause, si aucune circonstance n'en vient combattre et détruire les énonciations.

Si les livres des deux parties sont tenus avec une égale régularité, et qu'ils soient conformes, la preuve est, pour-ainsi dire, doublement faite. Mais s'ils sont contradictoires, le juge ne peut, en présence de livres qui font également preuve de leurs constatations, donner aux uns la préférence sur les autres. Car la foi qui leur est respectivement due contrebalance et neutralise la preuve. La demande n'étant pas justifiée doit, dès lors, être rejetée. Mais le juge peut se décider par l'appréciation des autres éléments de preuve, soit qu'ils résultent de titres, de registres auxiliaires, de témoignages ou de simples

(1) Cass., 3 janv. 1860. SIREY, 60, 1, 380. — 26 juill. 1869. SIREY, 70, 1, 15. — 23 juill. 1873. SIREY, 74, 1, 12.

présomptions (1). Le plus léger poids mis dans l'un des plateaux de la balance suffit pour en rompre l'équilibre. Il pourrait enfin déférer le serment supplétif à l'une ou à l'autre des parties; car la demande ou exception n'est ni complètement justifiée, ni totalement dénuée de preuve.

11. Nous passons à la production en justice des livres de commerce.

« La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite (14, C. comm.). Telles étaient aussi les dispositions de l'ordonnance de 1673, article 9, titre 3. »

ART. 15. « Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. »

ART. 16. « En cas que les livres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire. »

Tout d'abord se présente une remarque essentielle : c'est qu'il doit être question d'opérations commerciales et non civiles. Car les articles que nous venons de transcrire se rapportent aux matières qui sont traitées dans le Code de commerce. Si donc l'opération est simplement civile, la représentation des livres ne peut être demandée, ni ordonnée d'office (2). Du moins, elle ne peut l'être qu'à l'égard de celui de la part duquel elle constitue un acte de commerce, soit qu'il les invoque en sa faveur, ou que son adversaire les invoque contre lui.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 384.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 381.

Mais il suffit que la contestation ait, par rapport à lui, un caractère commercial, et il est indifférent qu'elle ait été portée devant un tribunal civil ou un tribunal de commerce. Car la force probante des livres de commerce est indépendante de la nature de la juridiction saisie.

Nous observerons enfin que la faculté, pour l'une ou l'autre partie, d'en demander la communication, ou pour le juge, de l'ordonner d'office, s'exerce également, soit qu'ils fassent une preuve complète pour ou contre le commerçant, conformément aux articles 12, C. comm., ou 1330, C. civ., ou qu'ils autorisent seulement la délation du serment supplétif, conformément à l'article 1329, C. civ.

L'ordonnance de 1673, titre 3, article 10, portait également qu'au cas qu'un négociant ou un marchand voulût se servir de ses livres, journaux et registres, ou que la partie offrît d'y ajouter foi, la représentation pouvait en être ordonnée pour en extraire ce qui concerne le différend.

Cette représentation des livres peut même être ordonnée dans le cas où il existerait un titre public ou privé contre celui dont on demande que les livres soient rapportés, ou contre celui qui en demande la représentation. Leur communication peut être utile, soit qu'ils confirment ou contredisent le titre invoqué, en établissant, par exemple, l'existence d'un payement ultérieur (1).

Elle est, au surplus, purement facultative de la part du juge, qui peut l'ordonner ou non, suivant les circonstances de la cause et la précision des allégations produites par les parties. Les termes de l'article 15 sont formels à cet égard; ils attribuent au juge, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire.

Le demandeur peut lui-même offrir la représentation de ses livres, à l'appui de sa demande, comme le défendeur celle des siens, à l'appui de son exception, sans préjudice du droit pour

(1) Toullier, t. 8, nos 373 et 374. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 1, no 259.

l'un et pour l'autre, si l'opération est également commerciale, de demander la production des registres de son adversaire.

Ce n'est pas seulement des livres essentiels et indispensables que la représentation peut être demandée par les parties ou ordonnée d'office par le juge. Il en est de même des simples livres auxiliaires. Car, bien qu'ils ne fassent point foi comme les autres, ils peuvent fournir de précieux et utiles renseignements pour la décision de la cause, soit qu'ils confirment, expliquent ou contredisent les énonciations du livre journal. Mais leur non communication ne fournirait, en cas que leur existence fût reconnue ou constatée, qu'un argument de fait contre la demande ou l'exception de la partie qui refuse de les représenter, si d'ailleurs elle produit ses livres indispensables régulièrement tenus.

Alors même qu'une partie demande la représentation des livres de commerce de son adversaire, avec offre d'y ajouter foi, le juge n'est pas tenu de l'ordonner. Il demeure investi à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire (1).

Mais si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie (17, C. comm.). Et il n'y a pas ici à distinguer entre les livres indispensables et les livres auxiliaires. Peu importe le caractère des livres dont la représentation a été ordonnée sur la demande de l'une des parties avec offre d'y ajouter foi. Le refus de les représenter constitue son adversaire en suspicion de mauvaise foi et de fraude, et autorise le juge à déférer le serment supplétif.

Mais ce n'est que dans le cas d'offre d'ajouter foi aux livres et de refus de les représenter, que le serment supplétif peut être déféré à l'autre partie. Si cette offre n'est pas faite, le refus de représentation n'autorise point la délation du serment d'office, sauf au juge à en tirer argument contre celui qui

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 684, n^te 9, 1^re édit., et t. 8, p. 273, n^te 13, 4^e édit. — Cass., 20 août 1818. SIREY, 19, 1, 236. — 4 fév. 1828 SIREY, 28, 1, 99. — 13 août 1833. SIREY, 33, 1, 614.

refuse de les communiquer. Mais si, d'ailleurs, et indépendamment de ce refus, les conditions exigées par l'article 1367 existent, il peut alors être déféré; et même le refus de représenter les livres peut en autoriser la délation, pourvu qu'il constitue un commencement de preuve, par suite de l'appréciation qui en a été préalablement faite, d'après les faits de la cause.

12. L'article 1329, après avoir disposé que les registres des marchands ne font point preuve contre les personnes non marchandes, ajoute ces mots : sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. Quel est le sens de cette réserve? Si on l'applique au serment décisoire, elle n'a absolument aucun sens, car ce serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (1358, 1360). Elle doit donc s'entendre de la faculté attribuée au juge de déférer à la partie qui représente ses livres de commerce, le serment supplétif pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (1366). Tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence (1), et les rédacteurs du Code civil ont entendu les maintenir (2).

Mais ce n'est pour le juge qu'une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances (3). Il n'est point tenu, par cela seul que des livres de commerce régulièrement tenus sont représentés, de déférer le serment supplétif au commerçant demandeur. Il doit d'abord apprécier sa moralité, sa probité, ses habitudes, celles du défendeur, la nature et

(1) Dumoulin, sur la loi 3, C. *De reb. credit.* — Pothier, *Oblig.*, n° 719.

(2) Toullier, t. 8, n° 368. — Duranton, t. 13, n° 196. — Pardessus, *Droit commercial,* n° 257. — Zachariæ, t. 5, p. 682, 1re édit., et t. 8, p. 270, 4e édit. — Maleville, art. 1329. — Merlin, Rép., v° *Preuve,* sect. 2, § 2, art. 2, n° 5.

(3) Cass., 22 juillet 1872. Sirey, 74, 1, 73.

l'importance des fournitures prétendues, la vraisemblance des besoins allégués, la modicité ou l'exagération du compte, ses rapports avec la fortune et la position du défendeur, l'usage dans lequel sont les parties l'une de vendre et l'autre d'acheter au comptant ou à crédit, en un mot, toutes les circonstances qui établissent l'exactitude des livres et le fondement de la demande. Que si, au contraire, les faits de la cause, avec quelque régularité apparente que les livres soient tenus, fournissent des présomptions défavorables au demandeur, le juge doit, usant du pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué à cet égard, se bien garder de lui déférer le serment supplétif, et rejeter immédiatement ses prétentions comme n'étant point justifiées.

13. Le serment supplétif ne peut, du reste, être déféré contre la partie non marchande qu'en ce qui concerne des fournitures à elle faites par le commerçant. Il ne saurait être déféré à l'occasion d'une obligation autre que celle résultant de marchandises fournies, alors même qu'étant mentionnée sur ses livres elle se référât à son commerce. La réserve exprimée dans l'article 1329 se rapporte, en effet, aux termes de sa disposition principale qui ne s'occupe que de fournitures; et, comme elle constitue en faveur du commerce une dérogation aux principes du droit commun, il convient de ne pas lui donner une extension qui ne résulte pas de ses termes précis. Mais quant aux fournitures portées sur les registres, le serment supplétif peut être déféré au commerçant, aussi bien sur le fait de la livraison que sur le prix des marchandises et le non payement de la dette.

Le serment ne pourra donc pas être déféré d'office au marchand lorsqu'il s'agira, soit de l'existence d'un prêt, du remboursement d'une dette, ou de toute autre obligation qui n'a pas pour cause des fournitures faites au non commerçant (1).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 682, n^tr 2, 1^re édit., et t. 8, p. 270, n^tr 2, 4^e édit.

14. L'article 1329, en autorisant le juge à déférer au marchand demandeur le serment supplétif, en conséquence de la représentation de ses livres, ne dit point formellement que ces livres doivent être régulièrement tenus. On ne saurait douter, néanmoins, que leur régularité ne soit la condition essentielle de la délation du serment. Les dispositions de notre article se complètent, en effet, par celles de l'article 13, C. comm., suivant lesquelles les livres indispensables pour lesquels les formalités prescrites n'ont pas été observées, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus. Si donc les livres produits ne sont point tenus régulièrement, ils sont insuffisants par eux-mêmes pour autoriser le juge à déférer d'office le serment supplétif (1), sauf à en motiver la délation sur d'autres éléments juridiques.

15. Lorsque le montant des fournitures prétendues se renferme dans les limites où la preuve testimoniale est admissible, le juge peut admettre la prétention du marchand demandeur, conformément aux principes généraux du droit quant à la preuve, en se décidant par les présomptions qui naissent des registres produits et des diverses circonstances de la cause, sans qu'il soit tenu de déférer au demandeur le serment supplétif. Et, dans ce cas, la preuve testimoniale et les simples présomptions étant supposées admissibles, il s'ensuit qu'il n'y a pas à distinguer si les registres du commerçant sont régulièrement ou irrégulièrement tenus.

Alors, au contraire, que le litige est de telle importance que la preuve testimoniale n'est pas admissible envers le défendeur, le juge ne peut, si la demande n'est pas d'ailleurs justifiée autrement que par les livres de commerce, adjuger les prétentions du demandeur sans lui avoir préalablement déféré le serment supplétif, soit pour en faire dépendre la décision du procès, ou pour déterminer le montant de la con-

(1) Toullier, t. 8, n° 368.

damnation. Les livres ne font pas, en effet, preuve contre le défendeur, et autorisent seulement la délation du serment d'office.

16. Mais cette question se rattache elle-même à une autre question plus générale, qui est celle de savoir si les livres de commerce, régulièrement tenus, établissent un commencement de preuve par écrit au profit du marchand demandeur, de manière à rendre, conséquemment, admissibles la preuve testimoniale et les simples présomptions. Plusieurs auteurs (1) pensent que les livres de commerce ont cette efficacité. Telle était l'opinion des auteurs sous notre ancien droit qui, du reste, ne donnait point, comme le Code civil, la définition du commencement de preuve par écrit (2). D'autres, au contraire (3), et, à notre sens, avec beaucoup plus de raison, soutiennent qu'ils permettent seulement au juge de déférer d'office le serment supplétif à la partie demanderesse.

Voici l'argumentation des premiers : ils disent (4) que, si la loi permet expressément de déférer au marchand demandeur le serment supplétif à l'appui de ses livres, lorsqu'il existe en leur faveur vraisemblance et présomption de bonne foi, on doit en conclure qu'elle permet implicitement, par une raison *a fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*, à l'appui de l'écriture; 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 étrangères et désin-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 369, et t. 9, n° 70. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 682, 1re édit., et t. 8, p. 270, 4e édit.

(2) Voy. DUMOULIN, *Comm.*, liv. 4, tit. 1, *in Cod.* — DANTY, sur BOICEAU, p. 2, ch. 8. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — POTHIER, *Oblig.*, n° 772.

(3) AUBRY et RAU sur Zachariæ, *ibid.*, nte 3, 1re édit., et t. 8, p. 270, nte 4, 4e édit. — BONCENNE, *Procédure civile*, t. 4, p. 184. — BONNIER, n° 633. — MARCADÉ, art. 1330, n° 2.

(4) Voy. TOULLIER, t. 9, n° 70.

téressées, témoignage qui ne lie point les juges, et qui peut, d'ailleurs, être balancé par les témoins que le défendeur est toujours en droit de faire entendre. Or, en permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins. On peut enfin ajouter que le juge ne pouvant déférer le serment d'office que sous ces deux conditions, 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuve, il suit nécessairement de la faculté qui lui a été accordée par l'article 1329, que le législateur n'a pas considéré comme totalement dénuée de preuve la demande dont un commerçant établit le fondement par ses propres registres; qu'au contraire, il a considéré ces registres, pourvu qu'ils soient régulièrement tenus, comme constituant un commencement de preuve qui ne peut être que d'une preuve écrite.

Cette argumentation est plus spécieuse qu'exacte; car la conclusion que tirent les auteurs dont nous combattons l'opinion, ne résulte point nécessairement du principe posé par le législateur. De ce qu'il autorise la délation du serment supplétif, il ne s'ensuit point qu'il ait considéré les livres de commerce comme établissant immédiatement, contre les personnes non marchandes, un commencement de preuve écrite, qui permet l'admission de la preuve testimoniale ou de simples présomptions.

Le principe est, en effet, que les livres de commerce, même régulièrement tenus, ne font point preuve dans ce cas; et, si le juge a la faculté de déférer le serment d'office au demandeur, ce n'est là qu'une exception aux règles générales du droit commun. Or, toute exception doit être strictement renfermée dans ses termes. Pour décider le contraire, il faudrait, ce n'est pas, que le législateur eût expressément déclaré que les livres de commerce constituent, au profit du demandeur qui les représente en justice, un commencement de preuve par écrit.

Il a sans doute reconnu dans leurs énonciations certains éléments de vraisemblance et de présomption; mais il y a loin

de là à un commencement de preuve écrite, tel que le caractérise l'article 1347. La loi n'appelle ainsi que les actes émanés de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rendent vraisemblable le fait allégué. Les livres de commerce, considérés sous le rapport de leur force probante, ne rentrent point dans les termes de cette disposition, puisqu'ils émanent seulement de celui qui s'en prévaut à l'appui de ses prétentions. Que si, toutefois, ils sont considérés comme rendant vraisemblable le fait des fournitures prétendues, à l'égard des personnes non commerçantes, ce n'est que pour autoriser le juge à déférer au demandeur le serment d'office ; et ils ne sont point investis pour cela, à quelque point de vue qu'on les apprécie, de l'autorité probante qui s'attache à un commencement de preuve par écrit proprement dite. Nous reconnaissons que les termes de l'article 1347 ont un tel caractère de généralité, que la définition qu'ils contiennent est, en quelque sorte, illimitée, en ce sens que tout acte, quels que soient sa nature et son caractère, peut constituer un commencement de preuve écrite. Mais elle est, au contraire, parfaitement limitée et restreinte, en ce sens que cet acte doit émaner de la personne contre laquelle la demande est formée. Les dispositions de l'article 1347 repoussent ainsi elles-mêmes les conséquences que l'on entend tirer de l'article 1329.

Quant à l'argument tiré du plus au moins, c'est-à-dire des inconvénients et des dangers du serment supplétif comparés à ceux des témoignages oraux et des simples présomptions, il s'en faut beaucoup qu'il soit concluant. Il n'est, en effet, à tout prendre, qu'une critique de l'article 1329, et l'on oublie, dans la conclusion que l'on en déduit, que, si le législateur a le pouvoir arbitraire d'édicter une disposition, le juge n'a pas le même pouvoir dans l'interprétation et l'application de la loi.

17. Si la partie aux livres de laquelle la personne non marchande offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge n'a qu'à rejeter immédiatement sa demande, sans qu'il ait à

déférer le serment d'office à aucune des parties ; au demandeur, parce qu'il ne le peut que sur la représentation de ses livres régulièrement tenus ; au défendeur, parce qu'il n'existe aucune sorte de preuve ni de présomption contre lui.

Mais si les livres étaient représentés et qu'ils fussent tenus régulièrement, la partie non marchande qui a déclaré s'en rapporter d'avance à leurs énonciations, devrait être condamnée, par suite de cette reconnaissance anticipée, et sans qu'il fût besoin de déférer au demandeur le serment supplétif.

Elle pourra néanmoins, bien qu'elle ait offert d'y ajouter foi, être admise à prouver que les livres ont été faits, revus et amendés frauduleusement pour le besoin de la cause ; et cette preuve faite entraînerait le rejet de la demande pour tous les articles dont la sincérité ne serait pas légalement établie.

Mais lorsqu'une partie a offert d'ajouter foi aux livres de son adversaire, sans subordonner sa confiance à aucune condition expresse ou tacite de leur régularité, il est indifférent qu'ils soient régulièrement ou irrégulièrement tenus ; il suffit qu'aucune circonstance n'établisse la fausseté ou la fraude de leurs énonciations. Leur irrégularité seule est alors insuffisante pour rendre inefficace l'offre d'y ajouter foi.

Cette offre peut même, dans certains cas, valoir comme commencement de preuve par écrit, qui autorise le juge à la compléter par témoignages ou par présomptions. Car elle émane de la partie contre laquelle la demande est formée, et, d'autre part, elle peut, suivant les circonstances de la cause, rendre vraisemblable le fait allégué.

18. Si les livres des marchands ne font point preuve à leur profit, excepté entre commerçants, pour faits de leur commerce respectif, ils font cependant preuve contre eux (1330). Ils sont, par l'effet d'une présomption toute naturelle, censés ne porter sur leurs registres les articles qui les constituent débiteurs que parce qu'ils sont sincères et exacts.

Et, comme la loi n'établit à cet égard aucune distinction, ils

font foi contre eux, en faveur de commerçants ou de non commerçants, soit que leurs énonciations se réfèrent à des opérations et conventions commerciales ou civiles, à des obligations qui ont une cause autre que des achats, ventes ou livraisons de marchandises (1).

Ces énonciations ne laissent pas de faire foi contre eux, bien qu'elles émanent d'une main étrangère, même de celui qui s'en prévaut (2), s'il est constant que le livre représenté est bien le leur, et que, suivant une présomption toute naturelle, les mentions dont s'agit y ont été inscrites par leur ordre, sous leur approbation, de leur aveu et consentement.

Il importe même peu que les livres soient régulièrement ou irrégulièrement tenus. Ils ne cessent pas de faire preuve contre eux. Autrement, ils se feraient un titre de leur faute et de leur négligence (3).

19. Cette preuve, du reste, peut être détruite par la preuve contraire. Mais c'est à eux qu'incombe la charge d'établir que les énonciations consignées sur leurs livres sont le résultat d'une erreur ou d'une inadvertance. Et cette preuve peut être administrée soit au moyen de titres, de témoins ou de présomptions.

20. Lorsque les livres des marchands sont invoqués contre eux, la foi qui leur est due est indivisible. Celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à ses prétentions (1330), soit qu'ils aient été tenus régulièrement ou non (4). Leurs énonciations constituent, en effet, de la part du marchand demandeur ou défendeur, un

(1) Voy. Cass., 17 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 401.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 723. — Bourges, 14 juill. 1851. SIREY, 51, 2, 737.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 683, 1re édit., et t. 8, p. 271, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 198. — Rouen, 23 mai 1825. SIREY, 26, 2, 6. — Cass., 7 mars 1837. SIREY, 37, 1, 940.

(4) TOULLIER, t. 8, n° 388.

aveu qui ne peut être divisé contre lui, à raison de la foi indivisible due à l'écriture (1), à moins qu'elle ne soit d'ailleurs combattue par les autres documents de la cause (2).

21. Il arrive fréquemment que les marchands font signer sur leurs livres, après règlement de compte et relevé des divers articles, les personnes auxquelles ils ont fait des fournitures. Il y existe alors, de la part de ces dernières, une véritable promesse qui, pour être valable, doit être assortie d'un *bon pour* ou *approuvé,* suivant les dispositions de l'article 1326, à moins que le signataire ne soit dans le cas de l'une des exceptions prévues par le même article.

Article 1331.

Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un payement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

Sommaire.

1. Sens des mots, registres et papiers domestiques.
2. Ils ne font point titre pour celui qui les a écrits.
3. Ils font foi contre lui dans deux cas. Opinion de Pothier modifiée.
4. Il n'y a pas de termes sacramentels pour les mentions exigées.
5. Hors ces cas, ils peuvent tout au plus former un commencement de preuve écrite.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 723.

(2) Cass., 7 nov. 1860. Sirey, 61, 1, 708. — 30 mars 1869. Sirey, 69, 1, 244.

6. Ils ne peuvent établir la preuve d'une obligation pour celui qui les a écrits,
7. Ni d'une interruption de prescription par le payement qu'ils mentionnent.
8. Suite, quant aux hospices, communautés et établissements publics.
9. Les papiers domestiques doivent être écrits de la main du père de famille.
10. Des énonciations biffées et raturées. Distinction.
11. Les registres et papiers domestiques ne font foi que sauf preuve contraire.
12. Si leur communication peut être demandée en justice.
13. Des écritures sur feuilles volantes ; quittances, promesses ; etc...
14. Des lettres missives et du secret des correspondances confidentielles.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1331 s'occupe de la foi due aux registres et papiers domestiques. Mais il faut d'abord se fixer sur le sens de ces expressions.

Le mot registre a par lui-même un sens suffisamment clair. Mais les termes, papiers domestiques, ont en apparence une signification très générale qu'il importe de préciser. Il ne faut point entendre par là toute sorte de papiers sur lesquels le père de famille aurait consigné et relaté les actes, faits et conventions se rapportant à son administration domestique. Le mot, registre, qui précède ceux de papiers domestiques, doit servir à en déterminer le sens. Ils expriment donc les livres, cahiers, tablettes, notes, quelles qu'en soient la forme et la tenue, qui, sans constituer des registres proprement dits, s'en rapprochent néanmoins par une destination semblable. Quel que soit donc le nom qu'on leur donne, si le père de famille est dans l'habitude d'y inscrire et relater les actes et opérations qui concernent la gestion de ses affaires privées; si, par la régularité et la suite de leur rédaction, la consistance de leur format, le soin apporté à leur conservation, ils sont véritablement destinés à garder le souvenir des actes de son

administration, et à le mettre à même de s'en rendre compte, alors ils doivent être classés parmi les papiers domestiques, dans le sens que la loi attache ici à ces expressions. Mais telles ne sont pas les simples feuilles volantes, dont nous nous occupons plus loin (1).

2. Avec quelque régularité qu'ils soient tenus, les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits (1331), soit pour établir sa libération ou l'existence d'une créance à son profit. Les dispositions de notre article sont ainsi l'expression de la règle que nous avons déjà rappelée, que nul ne peut se faire, par sa propre écriture, un titre à soi-même.

Elles sont en même temps conformes à celles de l'article 1329, relatives aux registres des marchands à l'égard de personnes non marchandes. Mais, à la différence de celui-ci, il ne contient aucune réserve concernant la délation du serment supplétif; et, du silence de la loi sur ce point, il résulte que le juge n'est point autorisé à déférer le serment d'office à celui qui invoque des registres et papiers domestiques, quelque réguliers qu'ils soient (2). Il peut seulement en tenir compte pour compléter une preuve qui résulte déjà d'autres présomptions et documents (3).

Quant à leur inefficacité comme moyen de faire titre en faveur de celui qui les a écrits, il n'y a aucune distinction à faire, suivant leurs qualités, entre les personnes à qui ils sont opposés, depuis que la loi du 2 août 1868 a abrogé l'article 1781 du Code civil relatif aux réclamations de la part de domestiques ou d'ouvriers. Jusqu'alors ils faisaient preuve de la libération du maître, puisqu'il était cru, sur son affir-

(1) Toullier, t. 8, n° 399. — Bonnier, n° 604.

(2) Toullier, t. 8, n° 400. — Duranton, t. 13, n° 621. — Cass., 2 mai 1810 Sirey, 10, 1, 246.

(3) Cass., 10 mai 1842. Sirey, 42, 1, 635. — 1er mai 1848. Sirey, 48, 1, 501. — 31 mai 1881. Sirey, 82, 1, 200.

mation, pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

3. Mais les registres et papiers domestiques ne doivent-ils pas au moins faire foi contre celui qui les a écrits? Ici encore l'article 1331 diffère de l'article 1330. Suivant ce dernier article, les livres des marchands font preuve contre eux. Au contraire, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, seulement dans les deux cas que nous allons examiner :

1° Dans tous les cas où ils expriment formellement un payement reçu (1331), c'est-à-dire lorsque leurs mentions tendent à la libération du débiteur de celui qui les a écrits; car ce mot, payement, doit être pris dans son sens le plus général (1);

2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation (1331).

Cette dernière disposition a été également empruntée à Pothier (2), dont l'opinon n'a point été, d'ailleurs, adoptée tout entière par les rédacteurs du Code civil. En effet, après avoir distingué, avec Boiceau (3), le cas auquel les mentions des registres et papiers domestiques tendent à obliger envers quelqu'un celui qui les a écrits, et le cas auquel elles tendent, au contraire, à libérer le débiteur, il ajoute : « Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre, Boiceau pense que si cette reconnaissance, faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait une preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers; et que si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui doit être fortifiée de quelque indice.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 724. — TOULLIER, t. 8, n° 402.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 724.
(3) *De la preuve*, p. 2, ch. 8, n° 14.

» Je trouve plausible cette distinction de Boiceau; mais, par une autre raison que celles qu'il a alléguées, lorsque la note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal n'est pas signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait; ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que, me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, et de faire mention du payement que j'avais fait. Mais lorsque j'ai signé cette note, ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance; elle doit donc lui en servir.

» Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preuve du prêt, dans le cas auquel je serais prévenu par la mort; comme lorsque j'ai déclaré, par cette note, que celui qui m'avait fait le prêt n'avait pas voulu recevoir de billet de moi; la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de la dette contre moi et mes héritiers. »

Ainsi s'exprime Pothier, et l'on voit déjà combien son opinion diffère des dispositions de l'article 1331. En effet, alors même que la note est signée, si elle ne contient pas la mention expresse qu'elle est destinée à suppléer le défaut du titre, elle ne peut valoir comme preuve complète. Il suffit que le législateur moderne n'ait pas reproduit l'opinion contraire de Pothier, pour qu'il soit censé, par cela même, l'avoir repoussée. Il ne faut pas perdre de vue enfin que nous sommes ici en présence de dispositions exceptionnelles (1).

4. Si le registre doit contenir la mention expresse que la note a été fait pour suppléer le défaut du titre, il n'y a point de termes sacramentels exigés (2).

(1) DURANTON, t. 13, n° 206. — ZACHARIÆ, t. 5. p. 685, n° 1 1re édit., et t. 8, p. 275, nte 4, 4e édit.

(2) DURANTON, t. 13, n° 206.

Il est ensuite indifférent qu'elle exprime ou non la raison pour laquelle il n'existe point de titre. Et, sous ce rapport encore, il y a une notable différence entre les dispositions du Code et l'opinion de Pothier, qui semble, par les cas qu'il cite, vouloir que le motif du défaut de titre soit exprimé dans l'annotation.

5. Telles sont les conditions sous lesquelles foi est due aux registres et papiers domestiques. La foi qui leur est due est, comme on voit, fort limitée, à raison même de la nature des écrits auxquels elle s'applique. Car leur destination n'est point de fournir un titre à des tiers contre celui qui les tient dans son intérêt exclusivement personnel. Ce n'est donc que dans des cas exceptionnels et tout spéciaux qu'ils sont investis de quelque force probante.

Si, par exemple, ils ne contenaient pas la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre, ils ne pourraient alors fournir qu'un commencement de preuve par écrit, qui autorise bien l'admission de la preuve testimoniale et des simples présomptions (1), mais qui a besoin d'être complété par elles (2).

6. Hors les deux cas spécialement prévus par l'article 1331, les registres et papiers domestiques ne peuvent faire foi des faits qu'ils relatent. Ainsi, ils sont insuffisants pour établir une obligation au profit de celui qui les a écrits, alors même qu'ils constatent la libération du débiteur, et que c'est dans les énonciations relatives au payement reçu que le créancier prétendu cherche la preuve de son droit. Tel est le cas où, sur une demande en reddition de compte, le défendeur produit ses registres et fonde sur eux une demande reconventionnelle. S'ils font foi contre lui, en tant qu'ils constatent la libération du demandeur, ils ne forment point titre à son profit,

(1) TOULLIER, t. 8, n° 403.
(2) Cass., 27 avril 1831. SIREY, 31, 1, 277.

de manière à le constituer créancier. Et, voulût-on assimiler à un aveu indivisible la production de ses registres, cet aveu, qui se borne à l'objet de la demande, ne saurait former en sa faveur un titre de créance (1).

7. Ici se présente une question plus délicate. On sait que le payement d'une partie du capital, des intérêts ou des arrérages, contient reconnaissance de la dette et interrompt la prescription. Or, si le débiteur duquel le créancier a négligé de retirer des contre-quittances dénie les payements qu'on lui oppose comme actes interruptifs de la prescription, son adversaire sera-t-il admis à se prévaloir des notes mises sur ses registres et papiers domestiques, et à prétendre que, faisant foi contre lui de la libération du débiteur, ils font preuve contre ce dernier de l'interruption de la prescription? Nous ne croyons pas que cette prétention soit aujourd'hui fondée.

Il est vrai que notre ancienne jurisprudence admettait l'interruption résultant de la mention des payements effectués sur les seuls registres et papiers domestiques du créancier, à moins que le débiteur à qui ils étaient opposés ne prouvât que ces énonciations avaient été mises faussement et par fraude, pour écarter la prescription (2). Voici la raison qu'en donne le président Favre (3) : Ces sortes d'écrits prouvent, en effet, dit-il, principalement et directement le payement reçu contre celui de qui ils émanent. Conséquemment, ils font preuve en faveur de ce dernier de l'interruption de la prescription, qui est plutôt de droit que de fait. Or, beaucoup de choses sont permises par voie de conséquence, qui ne le sont point directement et par elles-mêmes.

Quant à Dunod, il rattache son opinion surtout à des consi-

(1) Cass., 16 déc 1833. SIREY, 34, 1, 123.

(2) FAVRE, C. liv. 7, t. 13, déf. 24. — DESPEISSES, t. 1, p. 443. — DUNOD, *Prescript.*, p. 171 et 172. — MERLIN, Rép., v^is *Interruption de prescription*, n° 8.

(3) *Ibid.*

dérations d'équité. « Comment, dit-il, et par qui se prouvera le payement des arrérages, si le débiteur le nie (1)? C'est une négative qui ne demande aucune preuve; le créancier sera donc chargé de prouver le payement. Rien n'est plus difficile, car les payements des intérêts de rentes et des prestations annuelles se font souvent en secret. Le créancier donne sa quittance, et ne se fait point donner d'assurance du payement. Il est bien juste de lui accorder quelque faveur dans ces circonstances, et de ne pas user contre lui de la rigueur des lois. Dans cette rigueur, le livre de raison du créancier, qui porte les payements qu'il a reçus, ne devrait pas les prouver. L'on admet cependant cette preuve par équité, lorsqu'il s'agit seulement d'empêcher la prescription, qu'il conste de la dette, que le créancier est homme de probité, et particulièrement si l'on ne se sert de son livre de raison qu'après sa mort, arrivée avant la prescription prétendue acquise. »

Tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence, et ce serait par eux qu'il faudrait aujourd'hui décider les questions se rattachant à des faits antérieurs au Code civil.

Quant à la loi nouvelle, elle ne nous paraît pas les avoir consacrés. En effet, bien que les registres et papiers domestiques puissent, dans leurs énonciations constatant un payement reçu, être opposés par le débiteur à celui qui les a écrits, néanmoins si le créancier invoquait ce payement, dénié par le débiteur, pour en induire une reconnaissance interruptive de la prescription, il se ferait en réalité un titre de ses propres écrits, et violerait ainsi les dispositions de l'article 1331. Leurs énonciations, bien loin de tourner à la libération du débiteur, seul cas où elles puissent faire preuve, tendraient, au contraire, à son obligation, et, au lieu de faire foi contre le créancier, fourniraient une preuve en sa faveur.

Vainement le président Favre cherche à éluder ce résultat, si manifestement contraire à l'esprit de la loi, en disant que

(1) Page 171.

bien des choses sont permises par voie de conséquence, qui ne le sont point directement et par elles-mêmes. Ce principe est vrai, mais seulement dans le cas où le résultat indirect auquel on arrive ne contient aucune violation de dispositions restrictives ou prohibitives. Or, tel n'est point le cas où nous sommes placé; car la conséquence à laquelle on est conduit par l'application de ce principe, viole la disposition principale de la loi, en autorisant le créancier à se faire un titre, à son profit, d'une énonciation qui ne peut faire titre qu'en faveur du débiteur, comme preuve de sa libération. Il convient donc d'appliquer ici le principe contraire, qu'on ne peut faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

Quant aux considérations d'équité invoquées par Dunod, il est d'abord permis d'y répondre par les dangers de la fraude et de la mauvaise foi. Car rien n'est plus facile au créancier que de se créer, après coup, une reconnaissance interruptive de la prescription, en sacrifiant une partie de sa créance, sous forme et sous prétexte d'à-compte reçu, soit sur le capital, les intérêts ou arrérages. Ces prétendues raisons d'équité sont d'ailleurs bien peu considérables. Outre les moyens ordinaires et si nombreux d'interruption, le créancier peut en effet, soit exiger un titre nouvel s'il s'agit d'une rente, soit retirer du débiteur des contre-quittances, soit enfin exercer contre lui une simple action en reconnaissance de la dette (1).

8. On comprend que, sous notre ancien droit, les livres et registres des hospices et communautés suffisaient comme les registres et papiers domestiques, et même à plus forte raison, pour faire preuve contre le débiteur des payements d'arrérages de rente qui y étaient mentionnés. Il ne paraissait pas vraisemblable que le receveur se fût chargé en recette de sommes qui ne lui auraient pas été réellement payées. Pothier (2) atteste que telle était la jurisprudence du Châtelet

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 621. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 215. — Cass., 11 mai 1842. SIREY, 42, 1, 719.

(2) *Rentes*, n° 164.

d'Orléans; mais en disant qu'elle lui paraît raisonnable, il ajoute que, néanmoins, elle n'est pas sans difficulté.

Les lois intermédiaires n'ont rien changé à ces principes. La loi du 28 mars 1790, titre 3, article 3, déclare, en effet, que les contestations relatives à l'existence ou à la quotité des droits énoncés dans l'article 1, seront décidées d'après les statuts, coutumes et règles observés jusqu'alors; et la loi du 28 floréal an III, les a consacrés par les articles 1 et 3 d'une manière plus formelle, en disposant que l'existence du droit pouvait être justifiée par des indications résultant des registres, sommiers et carnets, appuyés de simples indices tirés de quelques actes publics. Nul doute donc que, pour les rentes anciennes, les registres des receveurs des hospices et communautés ne puissent être invoqués comme constatant les payement d'arrérages énoncés, faits antérieurement au Code civil, et comme établissant, par suite, une reconnaissance interruptive de la prescription (1).

Mais en est-il de même quant aux énonciations de payements postérieurs à la promulgation de nos Codes? Le Code civil n'a-t-il apporté aucune modification aux anciens principes? On ne saurait douter que le législateur moderne ne les ait repoussés, et il n'en faut point d'autre preuve que son silence même. Notre ancienne jurisprudence sur ce point étant fondée sur des maximes contraires aux règles générales, il suffit que le Code n'ait point formellement consacré une semblable exception en faveur des corporations et communautés, pour qu'elles se trouvent aujourd'hui placées, de même que les simples particuliers, quels qu'ils soient, sous l'empire du droit commun.

Il n'y a même lieu de fonder aucune distinction sur la qualité de la personne chargée de recevoir et de constater les payements. S'agit-il d'un receveur, économe, trésorier, per-

(1) Cass., 24 mai 1832. SIREY, 32, 1, 439. — *Contrà,* Bourges, 26 août 1839. SIREY, 42, 1, 534.

cepteur (peu importe le nom), revêtu d'un caractère public, soit que ses fonctions lui aient été directement conférées par l'autorité, ou qu'il ait été désigné ou nommé par le conseil d'administration de l'établissement? Sa gestion est-elle soumise à un contrôle particulier ou aux règles générales de la comptabilité publique? Dans ce cas même, on ne peut dire que ses livres et registres, pourvu qu'ils soient régulièrement tenus, font foi des payements qu'ils énoncent pour et contre le débiteur, soit qu'il les oppose comme preuve de sa libération, ou qu'on les invoque contre lui comme preuve d'une reconnaissance interruptive de la prescription. De semblables registres, bien qu'émanés d'un fonctionnaire ou d'un agent public, doivent, par rapport aux tiers, être assimilés à des livres et papiers domestiques dont la tenue n'est soumise à aucun contrôle, et où l'intérêt personnel a une part exclusive.

Tels sont les registres des receveurs des communes, hospices ou bureaux de bienfaisance, des trésoriers des fabriques (1) et autres établissements publics.

S'agit-il, au contraire, de corporations, communautés laïques ou religieuses, administrant elles-mêmes leurs finances par des agents étrangers ou pris dans leur sein, sans autre contrôle que celui qu'elles exercent elles-mêmes, conformément à leurs statuts particuliers, approuvés ou non par l'autorité publique? Dans ce cas, les livres et registres de leurs receveurs ou administrateurs ne font, plus évidemment encore, jamais foi que comme registres et papiers domestiques. Ils n'émanent, en effet, que d'agents, de mandataires privés, sans aucun caractère public, et qui, pour être chargés de la gestion d'un corps moral, n'en représentent pas moins un intérêt purement individuel.

Il est vrai que, pour soutenir le contraire, on prétend qu'il n'est pas présumable qu'ils se soient chargés en recette de sommes qui ne leur auraient pas été réellement versées; que,

(1) Toullier, t. 9, nº 103.

bien loin d'avoir un intérêt quelconque à énoncer des faits faux, ils sont, au contraire, personnellement intéressés à ne constater que la vérité sur leurs registres. Ces raisons manquent de portée. On pourrait les appliquer au père de famille lui-même, en disant que, ses livres domestiques faisant foi contre lui des payements qu'ils énoncent, il a intérêt à n'y mentionner que des recettes réellement effectuées. On pourrait les appliquer surtout, avec tout autant de raison, au gérant, au mandataire d'un simple individu. Ainsi généralisées, ces considérations perdent évidemment toute leur force; car elles vont directement contre les dispositions de la loi.

Mais au fond elles pèchent de vérité. Un receveur, un administrateur, ne peut-il pas, en effet, mentionner faussement des payements prétendus sur ses livres de recettes, afin de masquer sa propre négligence et d'échapper à la responsabilité encourue? N'a-t-il pas alors intérêt à faire revivre une créance prescrite, au prix même du léger sacrifice qu'il fait des à-comptes portés en recette? Le plus souvent même ne lui en est-il pas fait remise? Les annales judiciaires n'ont offert que de trop fréquents exemples de ces fraudes pieuses, œuvres d'iniquité collectives, qui semblent n'engager particulièrement personne, et dans la consommation desquelles leurs auteurs ne voient que le moyen, consacré d'ailleurs par la sainteté de l'intention, de se rendre eux-mêmes plus sûrement justice, en déchargeant à la fois la conscience de leurs prétendus débiteurs. Il ne suffirait pas que le jurisconsulte dénonçât de pareilles fraudes à la conscience publique, s'il n'en démontrait en même temps l'impuissance (1).

9. A la différence des livres de commerce, les registres et papiers domestiques doivent, pour faire preuve en justice, être écrits de la main du père de famille. Dans les deux cas mêmes où ils sont admis comme faisant foi des faits qu'ils rela-

(1) TOULLIER, t. 9, n° 103.

tent, si leurs énonciations sont écrites de la main d'un tiers étranger, fût-il le fils ou la femme de celui à qui on les oppose, ils cessent de faire foi (1). « En déclarant que les registres et papiers domestiques, dit la Cour de cassation (2), ne font point un titre pour celui qui les a écrits, mais qu'ils font foi contre lui, lorsqu'ils énoncent formellement un payement reçu, l'article 1331 fait clairement entendre que la force de preuve qu'il attache à ces registres et papiers, contre celui à qui on les oppose, n'existe qu'autant que les énonciations de payement qu'on y trouve sont écrites de sa main. » Et, hors ce cas, elles ne valent même pas comme commencement de preuve par écrit.

Du reste, ils sont censés émanés de lui s'ils sont écrits par un intendant, un gérant, un administrateur, un mandataire chargé de leur rédaction (3). Si même ils sont écrits partie de sa main, partie de celle d'un tiers, on doit supposer que celui-ci n'a été que l'agent, le représentant du premier. Il convient, en effet, de tenir compte, en pareille circonstance, des habitudes du père de famille et des faits particuliers de la cause. Si, par exemple, le papier non écrit de sa main a été trouvé réuni, enliassé avec d'autres émanés de lui, cette circonstance établit en sa faveur une présomption très forte de mandat ou de ratification de son écriture. Il en serait autrement s'il avait été trouvé seul, isolé dans un lieu autre que celui où le père de famille avait l'habitude de renfermer ses registres et papiers domestiques.

10. Quelle sera la valeur des énonciations qui y sont écrites, si elles sont biffées, raturées, cancellées? Une distinction doit être faite. Les registres et papiers domestiques constatent-ils un payement reçu, tendent-ils à établir la libération du débi-

(1) Duranton, t. 13, n° 205. — Zachariæ, t. 5, p. 685, 1re édit., et t. 8, p. 276, 4e édit.

(2) 9 nov. 1842. Sirey, 43, 1, 704.

(3) Cass., 14 juin 1872. Sirey, 72, 1, 261.

teur, ils ne laissent pas de faire foi contre celui qui les a écrits, comme si l'écriture en était demeurée intacte. C'est qu'il ne doit pas être au pouvoir du créancier ou de ses héritiers de détruire la preuve acquise au débiteur de sa libération (1).

Mais s'il s'agit d'une annotation, avec mention expresse qu'elle est destinée à suppléer le défaut du titre en faveur du créancier, elle cesse d'avoir aucune valeur, lorsqu'elle est biffée et barrée. Elle établit, dans ce cas, ou que l'engagement est resté imparfait, ou qu'il a été acquitté depuis. Le prétendu créancier, en s'en rapportant à la bonne foi du débiteur du soin de constater la créance sur ses livres et papiers domestiques, s'en est, par cela même, également remis à sa discrétion, quant à la manière d'établir sa libération personnelle (2).

Dans tous les cas, si l'écriture était biffée, raturée, de manière qu'elle se trouvât entièrement illisible, elle n'aurait forcément aucune espèce d'efficacité. Seulement la partie qui prétendrait avoir à se plaindre de ce que cette écriture a été ainsi rendue illisible, pourrait en tirer argument contre son adversaire, et en inférer une présomption de fait en sa faveur, dans tous les cas où les simples présomptions sont admissibles comme moyens légaux de preuve.

A ce sujet, nous observerons, avec les auteurs, combien il est imprudent, de la part du débiteur, de se contenter, pour preuve de sa libération, d'une simple annotation sur les registres et papiers domestiques de son créancier, puisqu'il est au pouvoir de ce dernier de la rendre complètement inefficace (3).

11. Bien que la loi déclare que les registres et papiers domestiques font preuve, dans certains cas et sous certaines conditions, des faits qui y sont énoncés, ce n'est pas cependant

(1) DURANTON, t. 13, n° 208. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 686, 1re édit., et t. 8, p. 276, 4e édit. — Cass., 9 janv. 1865. SIREY, 65, 1, 63.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 724. — DURANTON, t. 13, n° 207. — ZACHARIÆ, *ibid.* — MARCADÉ, art. 1331, n° 2.

(3) DURANTON, t. 13, n° 208. — ZACHARIÆ, *ibid.*

que celui à qui on les oppose ne puisse établir aucune preuve contraire à leurs énonciations, soit au moyen de témoins, soit à l'aide de présomptions simples. De pareils écrits ne sont point de la classe de ceux contre et outre la teneur desquels une semblable preuve soit interdite. Ils font preuve seulement en ce sens que la partie qui s'en prévaut n'a aucune autre preuve à administrer, et qu'ils forment en sa faveur un titre parfait sur lequel le juge peut fonder la condamnation de son adversaire. Mais ce dernier peut toujours en établir l'inexactitude ou la fausseté, en fournissant la preuve de ses allégations contraires, à l'aide de témoins ou de présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit (1).

Ainsi, bien que la mention formelle d'un payement reçu continue à valoir, quoiqu'elle soit cancellée et raturée, le propriétaire des registres et papiers domestiques, où elle est relatée, pourra établir, par témoins ou par présomptions, qu'il n'a point reçu en réalité de payement, et que cette énonciation, dont son débiteur s'empare comme d'une preuve de libération acquise en sa faveur, est le résultat de l'erreur, de l'inadvertance, de la précipitation; et il pourra invoquer, comme première présomption de fait à l'appui de ses prétentions, cette circonstance qu'elle se trouve biffée et barrée.

12. Le Code civil n'a point, comme le Code de commerce, en ce qui concerne les livres des marchands, de disposition formelle qui autorise les parties à demander, ou le juge à ordonner d'office la représentation des registres et papiers domestiques. Faut-il en conclure que cette représentation ne peut être ni demandée, ni ordonnée? Plusieurs auteurs (2) se sont élevés contre cette conséquence, et ont soutenu que la partie qui peut invoquer les registres domestiques de son adversaire est, par cela même, autorisée à les faire représenter,

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 690, 1re édit, et t. 8, p. 277, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 404. — DURANTON, t. 13, n° 210. — MARCADÉ, art. 1331, n° 6.

lorsque leur existence est établie, sans quoi la loi serait imparfaite.

Il est vrai que les lois romaines contenaient en ce sens des règles formelles; *non est novum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit* (1), il n'est pas nouveau que le défendeur à qui l'on demande une somme d'argent réclame la communication des livres du créancier pour y puiser la preuve de la vérité. Les lois romaines obligeaient donc le créancier à représenter ses livres domestiques, et, s'il s'y refusait, sa demande pouvait être rejetée au moyen de l'exception de dol, *doli exceptione submoveri* (2). Il y avait, toutefois, cette différence entre la position du demandeur et celle du défendeur, que si, quant au dernier, l'équité voulait qu'il pût demander la représentation des livres du demandeur, celui-ci n'était point également autorisé à la réclamer, parce qu'il ne peut fonder le principe de sa demande sur les registres et titres du défendeur (3). Et c'est de là, sans doute, que vient cette maxime : *Nemo cogitur edere contrà se;* nul ne peut être régulièrement contraint de produire contre soi les titres qu'il a en sa possession (4), ainsi que cet autre axiome : *Actor reo non reus actori edit*; le demandeur communique au défendeur, et non celui-ci au premier.

Mais ces dispositions, appropriées aux mœurs et aux usages des Romains, ne sauraient aujourd'hui entrer dans notre législation française, qui, ne prescrivant point la tenue de registres domestiques, n'en fait, quand ils existent, que des titres tout personnels à celui qui les a écrits. On prétendrait vainement rattacher les règles du droit romain, à cet égard, aux principes supérieurs d'équité naturelle qui doivent toujours servir de complément au droit. Elle ne constituent, en effet, à proprement parler, que des règles de procédure qui se rappor-

(1) L. 5, C. *De edendo.*
(2) L. 8, C. *De edendo.*
(3) L. 8, C. *De edendo.*
(4) MERLIN, Rép., v° *Compulsoire,* § 2.

tent à la manière de prouver les engagements. Le silence du Code civil sur ce point équivaut donc à la prohibition absolue du droit, pour les parties, de demander la représentation des registres domestiques, et de la faculté, pour le juge, de l'ordonner d'office. Il n'y a enfin aucune distinction à faire entre le cas où c'est le défendeur qui la demande pour y trouver la mention du payement qu'il allègue, et celui où c'est le demandeur qui la réclame pour y puiser l'énonciation qui, suivant lui, est destinée à suppléer en sa faveur le défaut de titre (1). Ainsi, il ne suffit pas de dire, comme la Cour de cassation, que les juges ne sont pas tenus d'en ordonner la représentation (2); il est plus exact et plus vrai qu'ils n'en ont pas le pouvoir.

Dès lors, on prétend que la loi est imparfaite, que l'article 1331 manque de sanction, puisqu'il n'accorde un droit que pour le condamner aussitôt à l'impuissance dans son exercice, en refusant à la partie intéressée le moyen d'obtenir la représentation des registres et papiers domestiques, qui, cependant, sont reconnus comme faisant preuve en sa faveur. Cette objection, exagérée dans ses termes, manque d'exactitude.

Les dispositions de notre article recevront, en effet, leur exécution toutes les fois que les registres et papiers domestiques seront librement et volontairement représentés. Elles pourront ensuite être également exécutées dans les divers cas où, suivant leurs droits (820, C. civ.; 909, 930, C. pr.), les créanciers, fondés en titre exécutoire ou autorisés par permission du juge, auront fait apposer les scellés sur les effets de leur débiteur, et constater dans l'inventaire l'existence et la teneur des registres et papiers domestiques trouvés sous les scellés (943). Il en sera de même encore lorsque les scellés ayant été apposés, ils y auront formé opposition, encore

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 686, n^te 7, 1^re édit., et t. 8, p. 276, n^te 16, 4^e édit.

(2) 15 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 424.

qu'ils n'aient ni titre exécutoire, ni permission du juge (821, C. civ.; 926, 927, C. pr.).

Mais si, sans justifier d'ailleurs d'aucune qualité de créanciers, des tiers prétendent requérir l'apposition ou la levée des scellés, ou s'y opposer, en se bornant à alléguer que les registres et papiers domestiques du défunt ou de l'absent mentionnent en leur faveur un acte de libération de leur part, ou contiennent une annotation destinée à suppléer, à leur profit, leur défaut de titre de créance, nous ne croyons pas qu'une semblable allégation puisse fonder leur intervention aux scellés et à l'inventaire (1). Quelque soit leur intérêt, il ne suffit pas, si la loi n'en a point fait résulter un droit formel en leur faveur, pour les autoriser à s'immiscer dans les secrets de la famille. Or, le Code civil, aussi bien que le Code de procédure, n'a nulle part consacré ce droit prétendu qui ne se fonde que sur l'allégation d'un simple intérêt, non préalablement justifié.

Il est enfin quelques autres cas où l'article 1331 recevra son application. Tels sont ceux où, dans le cours d'une instance, le demandeur ou le défendeur demande la communication des pièces dont la propriété est commune entre lui et son adversaire qui les détient, ou dont il est propriétaire personnellement. Or, sont réputés appartenir à celui qui en réclame la communication, les livres, notes, registres et autres papiers du tiers qui a administré tout ou partie des biens du premier, en qualité de gérant, de mandataire, d'administrateur, de receveur, en tant que ces livres et papiers établissent les faits de son administration. D'autre part, sont communs entre les héritiers et les légataires, ou entre les associés, les titres d'une succession ou d'une société (2). Les parties s'en doivent réciproquement la communication. Il en est de même des livres, papiers et registres que l'une des parties aurait tenus

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 211. — TOULLIER, t. 8, n° 404.
(2) Toulouse, 9 juin 1877. SIREY, 78, 1, 444.

dans un intérêt commun, afin d'y établir les opérations et actes dont il doit être rendu compte. Tels sont les livres de colonage, que le propriétaire est dans l'habitude de tenir, autant dans l'intérêt de son colon que dans le sien, en quelque sorte dans un intérêt de société. Mais, hors ces cas, qui sont moins une exception que la consécration du droit même de propriété, nul ne peut être régulièrement contraint de produire contre soi des titres qu'il a en sa possession (1).

13. Quant aux écritures sur feuilles volantes, elles ne sauraient certainement avoir, à raison de leur défaut de fixité et de stabilité, la même autorité que les énonciations des registres domestiques. Elles ne peuvent, en aucun cas, toutes seules et indépendamment de tout complément de preuve, faire foi de leurs énonciations.

Mais ne peuvent-elles pas constituer, au moins, un commencement de preuve? Il convient de distinguer à cet égard, ainsi que le fait Pothier (2), entre celles qui tendent à établir la libération d'un tiers, et celles qui constatent une obligation à la charge de la personne qui les a écrites.

S'agit-il, par exemple, d'une quittance non signée, écrite de la main du créancier; elle ne fera point, en général, foi complète du payement qu'elle relate, alors même qu'elle se trouve en la possession du débiteur. On peut croire, ajoute Pothier, qu'elle n'a été remise au débiteur que comme un simple modèle, dont il se proposait d'apprécier la forme et la teneur avant de réaliser le payement. Mais si les autres circonstances de la cause tendent à établir que ce n'est que par omission que la quittance, d'ailleurs parfaite, datée et toute simple, n'a pas été signée par le créancier, elle peut former un commencement de preuve écrite qui autorise l'admission de tous autres

(1) Merlin, Rép., v° *Compulsoire*, § 2. — Voy. Cass., 17 fév. 1869. Sirey, 69, 1, 160.

(2) *Oblig.*, n° 725.

moyens de preuve, et la délation du serment supplétif à la partie qui se prétend libérée (1).

Que si cette quittance se trouve en la possession du créancier, on comprend que cette circonstance en affaiblit singulièrement l'autorité, et qu'il est alors plus raisonnable de penser qu'elle n'a été rédigée et même signée d'avance que dans l'attente d'un payement qui n'a pas été effectué. Car, si ce payement avait eu réellement lieu, le créancier qui l'avait déjà dressée dans ce but n'aurait pas manqué de la remettre au débiteur, ni celui-ci de la retirer (2).

Quant aux écritures non signées sur feuilles volantes, qui tendent à établir une obligation à la charge de la personne de laquelle elles émanent, alors même qu'elles sont en la possession de celui envers lequel l'obligation est prétendue contractée, elles ne font point preuve de l'engagement. On doit, en effet, naturellement présumer que la convention est restée imparfaite et à l'état de simple projet (3). Il faudrait un concours de circonstances toutes particulières pour qu'elles pussent établir un commencement de preuve écrite. Elles peuvent, néanmoins, être considérées et prises comme telles, puisqu'elles rentrent exactement dans la définition donnée par l'article 1347. Mais les tribunaux doivent se montrer fort sévères dans l'appréciation des écrits sur simples feuilles volantes.

Les billets et promesses, quelque parfaits qu'ils soient dans leur forme, ne font non plus aucune foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession, bien qu'ils ne soient ni raturés ni quittancés. A moins de circonstances tout exceptionnelles, on doit présumer, dans ce cas, qu'il les avait écrits d'avance, dans l'espérance que l'engagement rece-

(1) POTHIER, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 357. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 690, 1re édit., et t. 8, p. 278, 4e édit. — Voy. Dijon, 19 février 1873. SIREY, 74, 2, 14.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 350.

(3) POTHIER, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, n° 357.

vrait son entière perfection, ou qu'il les a retirés des mains du créancier, en signe de sa libération, après les avoir acquittés (1).

14. Il nous reste à parler des lettres missives. Comme la loi n'a déterminé nulle part le degré de foi qui leur est due, excepté dans les matières commerciales (109, C. comm.), les juges demeurent investis à leur égard d'un pouvoir souverain d'appréciation. Ils peuvent, en conséquence, les rejeter ou les admettre, suivant les circonstances, selon qu'elles leur paraissent n'établir aucune preuve, ou constituer un commencement de preuve écrite, qu'il reste à parfaire au moyen de témoins ou de présomptions (2).

La seule difficulté théorique qui puisse être soulevée, en ce qui touche les lettres missives, est relative à leur communication en justice. En principe et par le fait même de leur réception, elles deviennent la propriété de celui à qui elles ont été destinées et adressées. Néanmoins, cette propriété n'est pas absolue, et il n'en résulte point un droit de disposition pleine et entière. Si, en effet, la lettre est tout à fait confidentielle, si le secret a été recommandé à la personne à qui elle a été remise, son droit de propriété est subordonné lui-même, dans son exercice, aux conditions de discrétion et de secret qui lui ont été imposées. Elle ne pourra donc, contrairement à la volonté de celui qui la lui a adressée, la représenter et la communiquer en justice. Autrement, elle violerait par une révélation indiscrète, le contrat qui la lie, et commettrait, en manquant ainsi à ses devoirs, la plus perfide et la plus odieuse trahison de la confiance privée (3).

Mais si la lettre est une simple lettre d'affaires, si elle ne

(1) DURANTON, t. 13, n° 194. — TOULLIER, t. 8, n° 349.

(2) Cass., 31 mai 1842. SIREY, 42, 1, 490. — 3 fév. 1873. SIREY, 73, 1, 313.

(3) Voy. Toulouse, 6 juillet 1880. SIREY, 81, 2, 115, — Cass., 9 fév. 1881. SIREY, 81, 1, 193.

rattache à l'existence ou à l'interprétation d'engagements juridiques, si elle doit servir à expliquer les rapports et les relations des parties dans les actes, conventions ou dispositions qu'il s'agit d'apprécier, elle peut alors régulièrement être produite et communiquée en justice par celui auquel elle a été adressée, bien que son adversaire s'y oppose, et qu'en l'écrivant il ne l'ait pas destinée à une semblable divulgation.

Quant aux tiers, les lettres confidentielles sont, à leur égard, inviolables, et ils ne peuvent s'en prévaloir en justice, ni les produire comme fondement ou preuve de leurs droits prétendus, contre le vœu de celui à qui elles sont adressées, ou lorsqu'il en a été illégalement dessaisi (1). Il suffit que celui qui en est propriétaire s'y oppose, pour que la communication n'en puisse être demandée ni ordonnée. Le secret des lettres doit être alors inviolablement observé.

Mais si la personne à qui la lettre a été adressée consent à sa communication en justice, ce consentement de sa part lève tous les obstacles, et les tiers sont, dès lors, autorisés à en faire usage, comme elle en a le droit elle-même.

Il ne saurait même y avoir d'exception, quant à la nécessité du consentement de la personne à qui les lettres ont été adressées, dans le cas où les tiers qui demandent la communication et la production de la correspondance, prétendent y trouver la preuve d'un concert frauduleux dont ils se disent victimes. Ces allégations de dol et de fraude, quelque fondées qu'elles puissent paraître de leur part, n'autorisent point le juge à ordonner la violation du secret des lettres, et à ménager ainsi, au profit des tiers, des moyens d'attaque ou de défense contre

(1) MERLIN, Rép., v° *Lettre*, n° 6. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 290, 4e édit. — Cass., 4 janv. 1821. SIREY, 22, 1, 33. — 12 juin 1823. SIREY, 23, 1, 394. — 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705. — 5 avril 1853. SIREY, 53, 1, 649. — 5 mai 1858. SIREY, 58, 1, 535. — 21 juill. 1862. SIREY, 62, 1, 926. — 26 juillet 1864. SIREY, 65, 1, 33. — Rouen, 23 mars 1864. SIREY, 64, 2, 143. — Dijon 11 mai 1870. SIREY, 72, 2, 38. — Rennes, 26 juin 1874. SIREY, 75, 2, 34. — Cass., 23 mai 1875. SIREY, 75, 1, 197.

ceux-là mêmes au préjudice desquels cette violation aurait eu lieu (1). Si la Cour de Riom (2) a décidé le contraire, ce n'est que par suite des circonstances particulières de la cause, telles que la divulgation antérieure de la correspondance, la communication qui en avait été faite à d'autres par les intéressés, et l'autorisation tacite d'en faire usage qui était censée en résulter de la part de quelques-uns d'entre eux.

Lorsque la lettre est entièrement confidentielle; que le secret a été recommandé au correspondant, ou que cette recommandation, sans être expresse, résulte du contenu de la lettre; que, par exemple, sa publication est de nature à nuire à l'honneur, à la considération soit de celui qui l'a écrite, ou de sa famille, ou de personnes étrangères qu'il doit ménager, il ne suffirait pas, pour que les tiers fussent admis à la produire en justice, que celui auquel elle a été adressée y consentît personnellement. Il faut, en outre, le consentement de celui qui l'a écrite et envoyée. Mais ce consentement peut être tacite, c'est-à-dire résulter d'actes de sa part qui impliquent et supposent son adhésion. Car il ne suffirait pas qu'il ne s'y opposât point; il faut que son consentement soit rapporté d'une manière ou d'une autre. Dans le cas contraire, nonobstant le consentement de la personne à qui la lettre a été adressée, le juge doit en refuser la communication, et en maintenir le secret, soit qu'il résulte d'une recommandation expresse, ou de la nature purement confidentielle de l'écrit (3).

Bien qu'en principe les lettres confidentielles soient inviolables à l'égard des tiers, et que ceux-ci ne puissent s'en prévaloir en justice contre la volonté de ceux à qui elles ont été adressées, cependant, si celui qui les invoque les détient sans fraude, et qu'elles aient été écrites dans son intérêt personnel (4), ou dans un intérêt qui lui est commun avec la per-

(1) Nancy, 11 mars 1869. SIREY, 69, 2, 113.

(2) 8 janv. 1849. SIREY, 49, 2, 460.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 291, 4e édit.

(4) Cass., 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705. —, Lyon, 16 fév. 1854. SIREY, 54, 2, 420.

sonne à qui elles ont été adressées (1), elles peuvent alors régulièrement être produites en justice, sans le consentement de cette dernière, et constituer un commencement de preuve par écrit.

ARTICLE 1332.

L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

Sommaire.

1. Des annotations au dos, à la marge ou à la suite du titre.
2. L'article 1332 ne s'applique qu'aux mentions libératoires.
3. Opinion de Pothier rejetée par les rédacteurs du Code. Controverse.
4. Comment le débiteur peut prouver qu'elles émanent du mandataire du créancier. Moyens de preuve admissibles.
5. En quel sens le titre doit-il être toujours resté en la possession du créancier?
6. Ces annotations peuvent, au besoin, établir un commencement de preuve écrite.
7. Les mentions datées et signées n'ont pas plus de valeur que les autres.
8. Hypothèse prévue par le § 2 de l'article 1332. Vices de rédaction.
9. Les mentions libératoires ne font foi que sauf preuve contraire. Moyens de preuve alors admissibles.
10. Des annotations barrées, supprimées, effacées.
11. Des mentions écrites au dos à la suite ou à la marge du titre, tendant à établir une obligation. Distinctions.
12. Des quittances.
13. Suite. Questions diverses d'interprétation.
14. Les quittances en forme sont un titre parfait proprement dit.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 622, 1re édit., et t. 8, p. 292, 4e édit. — Cass., 19 juill. 1843. SIREY, 44, 1, 236.

COMMENTAIRE.

1. Il arrive fréquemment que le créancier appose sur le titre constitutif de sa créance certaines annotations, soit à la suite, à la marge ou au dos de l'acte. Il semble alors que ces annotations fassent, à son égard, partie intégrante de son titre, puisqu'il ne peut désormais être produit sans qu'elles le soient en même temps. Or, quelle en est la valeur, comme éléments juridiques de preuve? C'est ce que détermine l'article 1332.

« L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos du titre (authentique ou privé), qui est toujours resté en sa possession, fait foi, dit-il, quoique non datée ni signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. » Nous devons insister sur chacune des diverses conditions sous lesquelles ces mentions, ni datées ni signées, sont admises à faire foi en justice des faits qu'elles énoncent.

2. Nous remarquerons d'abord que notre article ne s'applique qu'à l'écriture qui tend à établir la libération du débiteur, par exemple, un payement reçu. Alors donc qu'elle tend à établir une obligation à la charge du créancier de qui elle émane, elle cesse de faire foi, et peut tout au plus être admise comme formant contre lui un commencement de preuve écrite. Ainsi, l'article 1332 n'est applicable qu'aux mentions libératoires, et, par ces expressions, il faut entendre seulement celles qui mentionnent un payement de tout ou partie de la dette, une remise ou une réduction du capital ou des intérêts, le résultat d'une compensation légale ou conventionnelle, en un mot, la libération partielle ou totale du débiteur.

3. Mais ces annotations libératoires elles-mêmes ne font foi contre le créancier que sous certaines conditions qui résultent formellement du texte de l'article 1332. Il faut que l'écriture émane du créancier, et, en outre, que le titre soit toujours resté en sa possession.

Cependant Pothier (1) pensait que les quittances écrites au dos ou au bas du titre faisaient une pleine preuve du payement, non-seulement lorsqu'elles étaient écrites de la main du créancier, mais encore de quelque main qu'elles fussent écrites, fût-ce même de celle du débiteur, parce que, dit-il, il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si ces payements ne lui avaient pas été faits effectivement. Le texte de l'article 1332 suffit pour établir que le législateur moderne n'a pas entendu consacrer cette opinion de Pothier.

Plusieurs auteurs (2), qui ont écrit sous le Code civil, ne laissent pas, néanmoins, de penser qu'elle doit être encore maintenant suivie; et, comme les termes formels de l'article 1332 repoussent une semblable doctrine, ils n'hésitent pas à accuser le législateur d'inexactitude dans l'expression de son intention véritable. On conviendra que c'est un moyen commode d'interprétation, que celui qui consiste à prêter d'abord au législateur sa propre pensée, et à en trouver ensuite la consécration dans une disposition qui exprime tout le contraire, en se bornant à dire que le législateur s'est trompé dans sa rédaction. Mais, au moins, la discussion législative de l'article 1332 établit-elle qu'il ait entendu consacrer l'opinion de Pothier? Il n'en est rien, et le contraire résulte plutôt des changements de rédaction qui ont été opérés.

L'article du projet était ainsi conçu : « L'écriture sous seing-privé mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en la possession du créancier, quoique non datée ni signée par celui-ci, fait foi, alors qu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise au dos, ou en marge, ou à la suite d'un double, d'un titre ou d'une quittance qui est entre les mains du débiteur. » On voit en quoi

(1) *Oblig.*, n° 726.

(2) DURANTON, t. 13, n° 213. — TOULLIER, t. 8, n° 353. — BONNIER, n° 609.

cette rédaction diffère de celle qui a été définitivement adoptée. La différence consiste surtout dans l'addition de ces mots, mise par le créancier ; et l'on ne saurait en faire abstraction dans l'explication de notre article.

Il est sans doute possible que le législateur moderne ait eu l'intention de suivre l'opinion de Pothier, et qu'il ait, par inadvertance, exigé que l'écriture émanât également du créancier, lorsque le titre est resté en sa possession, bien que cette condition ne soit indiquée par Pothier (1), et ne dût l'être conséquemment, dans le second paragraphe de l'article 1332, que pour le cas où le titre est entre les mains du débiteur. Quoi qu'il en soit, nous sommes aujourd'hui en présence d'un texte clair et formel. Il exige, dans le premier comme dans le second cas, que l'écriture émane du créancier. Et vainement on alléguera une intention soi-disant contraire de la part du législateur, laquelle, d'ailleurs, est loin d'être prouvée par les débats préparatoires ; il suffira de répondre que, s'il est permis de l'invoquer pour interpréter une disposition obscure et ambiguë, on ne peut la substituer arbitrairement à une disposition nette et précise, alors surtout que cette disposition est de droit rigoureux.

N'est-il pas, au surplus, possible d'expliquer et de justifier les changements de rédaction qu'a subis l'article 1332? Les dispositions du Code civil ne sont-elles pas préférables à l'opinion de Pothier? Remarquons en effet, d'abord, qu'il s'agit ici de la foi due à une écriture qui, à défaut de signature, ne constitue pas un acte proprement dit. Elle n'a donc pas, par elle-même, la même foi qui est due à un acte en forme et régulier, ou, du moins, elle ne fait preuve du fait qu'elle énonce que dans la mesure et sous les conditions déterminées par la loi. Or, n'est-ce pas déjà une grande concession faite à l'écriture non signée, que de lui reconnaître une autorité pleinement probante, lorsqu'elle émane du créancier ; et ne

(1) *Oblig.*, n° 728.

serait-ce pas s'exposer au danger de consacrer le dol et la fraude, que d'attribuer la même foi à l'écriture qui émane d'un tiers étranger, ou même du débiteur lui-même? La seule raison que Pothier donne de son opinion, c'est qu'il est plus probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire la mention d'un payement reçu sur le billet qui était en sa possession, si le payement ne lui avait pas été fait. Cette considération n'est certainement pas sans valeur, et l'argument de fait qu'on en tire n'est pas sans quelque portée. Mais cette circonstance a très bien pu paraître au législateur moderne insuffisante pour établir une présomption légale de payement en faveur du débiteur, lorsque l'écriture qui le mentionne au dos, à la marge ou à la suite du titre, n'émane pas du créancier. Divers accidents, tels que l'absence, la maladie, la connivence d'un tiers, une soustraction frauduleuse, peuvent faire sortir, momentanément et à son insu, son titre de sa possession, et ménager par là au débiteur le moyen d'y mentionner de sa main ou de celle d'un tiers les faits de libération qu'il se propose d'invoquer plus tard. Le danger est même plus grave, si l'on suppose que le créancier est illettré. Ainsi peuvent s'expliquer et se justifier les dispositions de l'article 1332 (1).

Ajoutons que le débiteur pourra toujours demander au créancier des explications sur l'écriture et les circonstances de ces mentions libératoires, et que les réponses fournies par ce dernier seront souvent de nature à constituer un commencement de preuve par écrit; par exemple, au cas où il reconnaîtrait que ces mentions ont été écrites par un tiers ou par le débiteur lui-même, de son aveu et consentement. Il ne reste plus qu'à compléter ce commencement de preuve par les présomptions résultant des circonstances de la cause. Mais remarquons bien que la preuve se fait alors d'après les principes ordinaires, et en dehors des dispositions de l'article 1332.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 687, n^te 9, 1^re édit., et t. 8, p. 279, n^te 18, 4^e édit. — MARCADÉ, art. 1332, n° 3.

4. Que si l'écriture mise à la suite, à la marge ou au dos du titre émane d'un tiers, le débiteur sera, toutefois, bien fondé à offrir la preuve que ce tiers n'a agi que comme mandataire du créancier (1). Mais ce sera à lui à prouver préalablement l'existence d'un mandat exprès ou tacite ; et alors l'annotation libératoire fera preuve du fait qu'elle énonce en sa faveur, comme si elle émanait du mandant lui-même.

Il sera même admis à établir le mandat, à l'aide d'autres éléments légaux de preuve que ceux qui seraient exclusivement recevables dans le cas où il s'agirait de prouver directement le fait de libération mentionné à la suite, à la marge ou au dos du titre; c'est-à-dire qu'il ne lui faudra pas nécessairement une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit, et que la preuve testimoniale ou les simples présomptions seront légalement suffisantes. Vainement lui objecterait-on qu'il demande à prouver indirectement outre et contre le contenu du titre, en offrant la preuve d'un mandat dont l'existence prouvée peut seule donner foi aux mentions libératoires écrites de la main d'un tiers; qu'il doit, conséquemment, se conformer aux principes généraux concernant la preuve, puisque, autrement, il aurait un moyen facile d'éluder les prohibitions de la loi, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale. La vérité est qu'ils se trouve dans l'une des exceptions prévues par la loi, et que s'il a pu se procurer une preuve écrite du fait de libération qu'il allègue, en payant directement entre les mains de son créancier, il est toujours en droit, comme tiers auquel il n'a pas été possible de s'en procurer une preuve par écrit, d'établir l'existence du mandat qu'il dit être intervenu entre son créancier et l'auteur de l'annotation, soit au moyen de la preuve testimoniale, soit à l'aide de simples présomptions. Moyennant la preuve de ce mandat, la mention est censée émanée du créancier lui-même, puisqu'il a été représenté par son mandataire, et foi lui est due tout

(1) Toullier, t. 8, nº 354.

comme s'il s'agissait d'une quittance dont la régularité fût parfaite quant à la forme.

5. La seconde condition exigée par l'article 1332 pour que les mentions libératoires fassent foi en faveur du débiteur, c'est que le titre soit toujours resté en la possession du créancier. A ce sujet, nous remarquerons d'abord que, dans l'opinion de Pothier, il fallait bien que le titre se trouvât et fût toujours resté en la possession du créancier, puisque cet auteur admettait comme preuve de libération les mentions écrites même par un tiers ou par le débiteur lui-même, et qu'il ne les admettait qu'à raison même de cette possession non interrompue. Mais on comprend que, le Code civil n'admettant que les annotations libératoires émanées du créancier, cette continuité de possession doit naturellement avoir aujourd'hui une moins décisive influence. Nous croyons donc que ce n'est que par inadvertance et irréflexion que le législateur moderne a répété les expressions de Pothier, dont il venait cependant de repousser la doctrine. Mais la loi est formelle, et il ne s'agit plus que d'en fixer le véritable sens.

Ses termes qui, de la possession non interrompue du titre par le créancier, font une condition de la foi due aux annotations libératoires, ne laissent pas d'avoir leur importance. Ils ne servent pas seulement à caractériser l'hypothèse pour laquelle le paragraphe 1^er^ de l'article 1332 a été édicté, tandis que le second paragraphe prévoit le cas où la pièce qui porte ces mentions est entre les mains du débiteur. Ils ont encore une autre portée ; et voici la seule signification que nous puissions leur donner.

La possession actuelle du titre par le créancier fait supposer de droit sa possession ancienne et non interrompue. Ce sera donc à lui qu'incombera la charge de prouver qu'il n'a pas toujours été en possession du titre, et que l'acte a passé momentanément, dans tel ou tel but, dans les mains de tiers étrangers. Or, que doit-on entendre ici par tiers? Rigoureuse-

ment, on ne devrait pas considérer comme tels ceux auxquels le créancier aurait remis son titre pour en opérer le recouvrement; car ils sont ses mandataires, et, en cette qualité, ils sont réputés posséder pour lui-même, de telle sorte que le titre est censé être toujours resté en sa possession. Il semble, cependant, que ce soit la seule hypothèse dans laquelle on puisse trouver quelques raisons capables de justifier et d'expliquer les dispositions de notre article. En effet, lorsque le créancier aura remis son titre à un tiers pour en opérer le recouvrement, après y avoir apposé, suivant un usage assez ordinaire, à la marge, au dos ou à la suite, un pour acquit, une quittance, une mention libératoire quelconque, les annotations perdront naturellement une grande partie de leur autorité. Il est alors à présumer qu'effectivement ces mentions n'y ont été mises que dans la pensée que le payement aurait réellement lieu; et la rentrée du titre dans les mains du créancier fait supposer qu'il n'a pas été effectué. Voilà pourquoi les annotations cessent, dans ce cas, de faire preuve complète de la libération du débiteur (1).

Mais cette explication, si elle se borne là, ne nous satisfait pas pleinement. Si, en effet, ces mentions cessent alors de faire foi, ce n'est pas seulement parce que le titre n'est pas toujours resté en la possession du créancier; c'est encore et surtout parce que ce titre est sorti de ses mains dans un but particulier, pour une destination spéciale, qui tend à infirmer la présomption de droit résultant en faveur du débiteur de l'existence de ces annotations. Il ne suffira donc pas que le créancier établisse que le titre est sorti de ses mains; il faudra qu'il explique, en outre, pourquoi, comment il en est sorti, et que l'interruption même de sa possession se rattache à une opération qui avait pour objet le recouvrement de la créance.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 687, n^te 9, 1^re édit., et t. 8, p. 279, n^te 18, 4^e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 353. — DURANTON, t. 13, n^os 214 et 215.

Ce n'est que dans ce cas, et avec le concours de ces explications, que les mentions libératoires cessent de faire foi contre lui.

Entendues autrement, les dispositions de l'article 1332 conduiraient à des conséquences que la raison ne peut admettre. Supposez que le créancier se soit dessaisi de son titre, par exemple, pour une communication en justice, par suite d'un dépôt volontaire ou nécessaire, d'une remise en nantissement, d'un mandat général d'administration, par tout autre motif enfin que le recouvrement de la créance; il serait souverainement déraisonnable de prétendre, sous le seul prétexte qu'il n'en a pas toujours conservé la possession, que les mentions libératoires ne font pas preuve en faveur du débiteur. Il est plus vrai alors qu'il est toujours resté en possession du titre par les mains des tiers qui, ne le possédant que pour lui et en son nom, ont, en fait et en droit, continué sa possession personnelle.

La vérité de nos observations devient encore plus sensible, si l'on suppose que les mentions existaient déjà sur le titre, et se référaient à des faits accomplis, lorsque la possession du créancier a été interrompue. Enfin, si elles n'y ont été mises que depuis qu'il a recouvré et continué ensuite, sans interruption, la possession de son titre, elles font incontestablement foi en faveur du débiteur.

C'est par application du même principe que nous avons décidé plus haut que les mentions écrites par le mandataire du créancier font également foi de la libération, bien que, évidemment, ce dernier ne soit point, dans ce cas, toujours resté en possession de son titre. Mais ici encore le mandataire a possédé pour lui, et la cause de l'interruption de sa possession ne se rattache, par son objet, à aucune circonstance particulière qui affaiblisse la foi due à ces annotations libératoires.

6. Au surplus, dans le cas même où elles ne font pas preuve complète, elles peuvent suffire pour former un commencement

de preuve écrite, qui permet au débiteur de la compléter au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions ordinaires. Ce point ne saurait souffrir aucune difficulté.

7. L'article 1332 ne parle que d'écritures non datées ni signées par le créancier. Quant à celles qui seraient datées et signées, elles n'ont ni plus ni moins d'autorité que les premières, lorsque le titre se trouve en la possession du créancier. C'est ce qui résulte de ses termes, qui établissent virtuellement une assimilation exacte entre les unes et les autres, puisqu'il déclare formellement ne faire aucune distinction au préjudice de celles qui ne sont ni datées ni signées, nonobstant cette absence de date et de signature.

8. Le second paragraphe de notre article prévoit une hypothèse différente. Il suppose le cas où l'acte qui contient les annotations libératoires est entre les mains du débiteur. Mais sa rédaction, ainsi que la remarque en a été faite par tous les auteurs (1), est incorrecte et obscure. « Il en est de même, dit-il, de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur. » Il serait beaucoup plus exact de dire....., à la suite d'une quittance ou du double d'un titre, pourvu que ce double se trouve entre les mains du débiteur. Car les quittances ne se délivrent point en double, et notre article semble supposer le contraire. Voilà un premier vice manifeste de rédaction.

D'autre part, ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur, semblent en faire une condition essentielle de la foi due aux annotations libératoires qui existent sur le double d'un titre, de telle sorte que, si ce double était entre les mains du créancier, elles cesseraient de faire foi. Dans tous les cas, une semblable interprétation, ainsi que nous l'expli-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 353. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 689, n^te 10, 1^re édit., et t. 8, p. 281, n^te 19, 4^e édit. — MARCADÉ, art. 1332.

quons plus bas, serait entièrement erronée. Enfin, le texte de notre article semble décider que les annotations mises par le créancier au dos ou à la suite d'une quittance, ne font foi que si la quittance, comme le double du titre, est en la possession du débiteur. C'est encore là une erreur d'interprétation.

Reprenons, en effet, maintenant, l'hypothèse de notre paragraphe. Il s'agit toujours de mentions écrites par le créancier, et tendant à établir la libération du débiteur. Mais ces mentions libératoires, au lieu d'être mises à la suite, en marge ou au dos du titre le sont à la suite, en marge ou au dos d'une quittance ou du double d'un titre, tel qu'un acte de vente, ou d'échange. Or, suivant l'article 1332, ces annotations font également preuve de la libération du débiteur, quand la quittance ou le double du titre se trouvent en sa possession. Ce point est incontestable.

Et il doit en être de même lorsque les annotations sont écrites par le mandataire du créancier, ainsi que nous l'avons déjà expliqué, ou lorsque la quittance ou le double du titre se trouvent en la possession du mandataire, du dépositaire ou de tout autre détenteur au nom et à la place du débiteur.

Quant au double du titre, s'il est en la possession du créancier, et qu'il y soit toujours resté, on retombe alors dans l'hypothèse prévue par le premier paragraphe de notre article, et les annotations qui y ont été écrites par le créancier auquel il appartient, font preuve de la libération du débiteur, conformément à l'interprétation que nous avons donnée plus haut de ces dispositions (1).

Que si les annotations sont écrites par le créancier ou son mandataire sur le double appartenant au débiteur (et telle est l'hypothèse spéciale du second paragraphe de notre article), elles ne font pas foi de la libération de ce dernier, dans le cas où le double n'est pas en sa possession. La loi suppose alors que le créancier a retenu le titre, parce que le débiteur

(1) DURANTON, t. 13, n° 218. — ZACHARIÆ, *ibid.*

n'a pas réalisé l'acte de libération en vue duquel le double avait été remis (1).

Quant aux annotations mises par le créancier sur une quittance en forme précédemment fournie, elles font foi lorsqu'elles tendent à établir la libération du débiteur, indistinctement, soit que la quittance se trouve entre les mains du créancier ou du débiteur. Vainement dirait-on, pour établir qu'elles ne font foi que lorsque la pièce est en la possession du débiteur, qu'elles ont été écrites en vue d'un fait de libération qui n'a pas été consommé, et que c'est pour cela que le créancier a gardé la quittance (2). Cette présomption est toute naturelle lorsqu'il s'agit d'une quittance principale destinée à être remise au débiteur. Mais il n'en est plus ainsi dans le cas où une quittance de cette nature préexiste et porte à sa suite une annotation nouvelle libératoire. La présomption est alors que cette mention n'y a été mise qu'à la suite et en conséquence du payement consommé. Aussi, l'article 1332 n'exige-t-il pas que cette quittance se trouve en la possession du débiteur, comme il le veut pour le double du titre qui appartient au débiteur. Sur ce point, son texte est formel, malgré son amphibologie apparente. Car il est impossible, et il serait absurde, au point de vue de son texte littéral, d'appliquer à la quittance ces mots, pourvu que le double soit entre les mains du débiteur (3).

Il y a donc, en résumé, à distinguer d'abord entre la quittance et le double du titre, et ensuite entre le double du titre qui appartient au créancier et celui qui appartient au débiteur. C'est ce double seul qui doit être aux mains du débiteur pour faire foi de sa libération. Ainsi entendu, le second paragraphe n'est point en contradiction avec le premier, quoi qu'en dise M. Toullier, qui l'entend d'une manière différente (4).

(1) MARCADÉ, art. 1332, n° 4.

(2) MARCADÉ, art. 1332, n^os 4 et 5.

(3) DURANTON, t. 13, n° 218. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 688, 1re édit., et t. 4, p. 280, 4e édit.

(4) T. 8, n° 353.

9. Bien que l'article 1332 dispose que les mentions libératoires écrites par le créancier à la suite, à la marge ou au dos du titre qui est toujours resté en sa possession, ou d'une quittance antérieure, ou du double d'un titre qui se trouve entre les mains du débiteur, font foi de la libération de ce dernier, cependant ces expressions ne signifient point que le créancier auquel elles sont opposées ne puisse, sans le secours d'un commencement de preuve par écrit, prouver contre et outre leur teneur, en établissant, au moyen de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, qu'elles n'ont été écrites par lui que par erreur ou inadvertance. Elles forment sans doute, par elles-mêmes, un titre suffisant; mais elles ne constituent point un acte proprement dit, pas plus que les registres et papiers domestiques.

Cette observation est d'une vérité plus sensible, lorsqu'elle s'applique à l'écriture mise sur le titre qui est toujours resté en la possession du créancier, parce que alors cette écriture est un fait simplement unilatéral de la part de ce dernier, et que, conséquemment, elle ne peut être invoquée par le débiteur comme un titre parfait, tel que le serait une quittance ou tout autre acte dont la rédaction témoignerait d'un commun accord entre les parties.

Quant aux mentions libératoires écrites par le créancier sur une quittance ou le double d'un titre qui se trouve entre les mains du débiteur, on voudrait vainement les placer sur une autre ligne, et, par suite, empêcher le créancier d'établir par témoins ou par présomptions, sans commencement de preuve écrite, qu'elles sont le résultat d'une erreur de sa part (1). De ce que la quittance ou le double du titre est dans les mains du débiteur, il ne s'ensuit nullement que les mentions qui s'y trouvent au dos, à la suite ou à la marge, constituent un acte régulier proprement dit, en l'absence de la signature du créan-

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 5, p. 691, n^te 14, 1^re édit., et t. 4, p. 282, n^le 23, 4^e édit.

cier, car c'est elle seule qui forme le titre parfait. Il résulte, il est vrai, de sa possession, qu'il a accepté ces annotations, et, sous ce rapport, on peut dire que l'écriture n'est pas l'œuvre spontanée du créancier, qu'elle a tous les caractères extérieurs d'un fait conventionnel. Mais elle ne les a, après tout, que comme elle peut les avoir, c'est-à-dire sans l'autorité qui s'attache à la signature. Du reste, le débiteur aura à se reprocher, s'il est obligé, à défaut d'une preuve suffisante de sa libération, de payer deux fois, de ne pas avoir exigé une quittance plus régulière et signée.

10. Les annotations mises par le créancier sur le titre qui est toujours resté en sa possession ne cessent pas de faire foi en faveur du débiteur, quoiqu'elles aient été raturées et barrées. Elles forment à son profit un droit acquis au fait de libération qu'elles constatent (1); mais le créancier à qui on les oppose peut tirer de cette circonstance un argument de fait pour infirmer la foi qui leur est due.

Que si elles sont barrées et raturées de manière à être complètement illisibles, elles n'ont dès lors, nécessairement, aucune espèce de valeur (2). Elles ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit, autorisant le serment supplétif, sauf au débiteur à provoquer et à obtenir, de la part du créancier, quelque aveu ou déclaration qui lui en tienne lieu (3).

Il en serait de même au cas où le débiteur allèguerait que le créancier a supprimé une annotation libératoire, soit en coupant la partie du papier où elle était écrite, soit en faisant disparaître l'écriture au moyen de procédés chimiques. Ce fait d'altération, fût-il prouvé, n'équivaudrait pas à un commen-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 726. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 689, 1re édit. — DURANTON, t. 13, n° 221. — *Contrà*, TOULLIER, t. 8, n° 356. — ZACHARIÆ, t. 8, p. 281, nte 21, 4e édit.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.*

(3) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 216.

cement de preuve écrite, si d'ailleurs les explications ou déclarations du créancier ne fournissaient quelque vraisemblance. Autrement, le débiteur arriverait indirectement à prouver par témoins ou présomptions, contrairement aux prohibitions de la loi, un fait de libération qu'il ne pourrait pas établir ainsi directement. C'était à lui à retirer une quittance en forme, et à ne pas se contenter de semblables mentions.

Si l'écriture mise par le créancier sur la quittance ou le double qui se trouve en la possession du débiteur était effacée, raturée ou barrée, elle n'aurait aucune valeur. Car on doit naturellement présumer que les ratures ont eu lieu, parce que le fait énoncé ne s'est pas accompli, et qu'autrement le débiteur, possesseur de la pièce, ne l'eût pas souffert. L'état matériel de l'acte proteste ainsi contre la quittance qu'on prétendrait en induire (1), à moins que le débiteur ne prouve que les ratures ont été faites imprudemment ou malicieusement par un tiers.

11. Le Code ne s'est point occupé des écritures non signées qui, étant mises à la suite, à la marge ou au dos du titre ou du double du titre, tendent à établir, non plus la libération du débiteur, mais une obligation. Quelle sera la valeur de ces sortes d'écritures?

Nous renvoyons d'abord à ce que nous avons dit plus haut (2) des renvois et apostilles; puis nous ferons, d'après Pothier (3), une distinction : Si ces écritures ont un rapport, une relation avec le titre principal, et qu'elles soient écrites de la main de l'obligé, elles font foi contre lui, comme faisant partie intégrante de l'acte. Tel est le cas où, à la suite d'une obligation pécuniaire que j'ai contractée envers vous, j'ajoute de ma main, sans signer, que je reconnais vous devoir, en outre, la somme de... ou les intérêts de la somme déjà due.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 727. — DURANTON, t. 13, n° 220.
(2) Art. 1325, n° 2.
(3) *Oblig.*, n° 728.

Il en serait de même si, à la suite d'un acte de vente ou de bail, il était écrit de la main du vendeur ou du bailleur, que telle chose est comprise dans le contrat; ou, de la main de l'acheteur ou du preneur, que le prix est porté à la somme de..., ou qu'il s'oblige, en outre, à telle ou telle autre chose. Ce *postscriptum* ferait foi contre la partie de laquelle il émane, au même titre que l'acte principal lui-même, qu'il complète et explique (1).

Mais si ces mentions étaient écrites de la main de celui qui se prétend créancier, ou de la main d'un tiers étranger, elles ne pourraient obliger celui à la charge duquel elles établissent une obligation, quelque relation qu'elles aient avec l'acte. Elles ne feraient même pas foi dans le cas où le titre à la suite duquel elles ont été mises, serait en la possession de l'obligé. Si Pothier (2) exprime l'opinion contraire, ce n'est là qu'une conséquence de sa doctrine, non reproduite par les rédacteurs du Code, et que nous avons déjà combattue, au sujet des mentions libératoires.

Quant aux autres écritures non signées, qui se trouvent à la suite, en marge ou au dos d'un acte, et n'ont avec lui aucune espèce de relation, elles n'ont d'autre valeur que celles que nous avons attachée aux énonciations écrites sur simples feuilles volantes (3). Elles ne peuvent, en conséquence, valoir que comme commencement de preuve par écrit, si elles émanent de celui auquel on les oppose.

12. Le Code civil a également gardé un silence absolu sur les quittances. On entend par là tout acte authentique ou sous seing-privé destiné à constater l'exécution totale ou partielle d'un engagement, et, par suite, la libération du débiteur. Lorsque ces actes ont lieu sous signature privée, ils ne sont soumis à aucune condition de forme particulière. Il

(1) Toullier, t. 8, n° 355. — Duranton, t. 13, n° 222.
(2) *Oblig.*, n° 728.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 729.

suffit que le créancier qui reçoit payement y apposé sa signature.

Mais leur teneur donne souvent lieu, dans la pratique, à des questions très délicates d'interprétation, qui toutes, en définitive, se résument dans des questions de quotité et d'application. Qu'est-ce que le débiteur a payé? Sur quelle dette le payement doit-il s'imputer?

13. Lorsque la quittance exprime la cause de la dette et le montant de la somme payée, aucune difficulté ne saurait s'élever, soit qu'elle énonce ou non la date.

Mais elle est également valable lorsqu'elle n'exprime aucune cause; lorsqu'elle est, par exemple, conçue dans ces termes : Reçu d'un tel la somme de..., Limoges, le 7 mars 1851. Seulement, il peut y avoir lieu à une question d'imputation, ou à une répétition de l'indû en totalité ou en partie.

Elle peut aussi exprimer la cause de la dette sans énoncer la somme payée : Reçu d'un tel ce qu'il me doit pour vente de tel héritage. Cette expression de la cause contient imputation, et en même temps réserve des autres créances.

Mais s'il s'agit d'obligations consistant en arrérages de loyers, de rentes ou fermages, et que la quittance ne soit pas datée, on peut alors se demander quels sont les arrérages censés payés. La quittance, à défaut de date exprimée, ne vaut que pour un terme, à moins qu'elle n'exprime la somme ou ne spécifie les termes acquittés. Le débiteur ne serait même pas admis à prouver par témoins ou par présomptions qu'il a payé plus d'un terme, parce que, si le créancier est en faute pour ne pas avoir daté sa quittance, le débiteur est lui-même en faute également pour ne pas l'avoir exigée plus régulière et plus complète. Il faudrait, du moins, des circonstances toutes particulières pour qu'elle pût être considérée comme établissant un commencement de preuve écrite, autorisant la délation du serment supplétif ou l'ad-

mission de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires (1).

Que si la quittance est datée, bien qu'elle n'énonce point la somme, elle vaut pour tous les arrérages échus à sa date, ceux à échoir demeurant réservés.

Quelquefois, cependant, la quittance contient virtuellement une date. Par exemple, si elle est donnée par l'héritier du créancier, ou à l'héritier du débiteur, elle a date, au moins, du jour de la mort du créancier ou du débiteur, et fait foi, dès lors, du payement de tous les arrérages échus à cette époque.

Que si la quittance non datée a acquis date certaine, soit par l'enregistrement ou sa relation dans un acte authentique, elle ne vaudra pas pour cela pour tous les termes antérieurs à celui où elle a acquis date certaine (2). Car alors il dépendrait du débiteur de lui donner une portée plus étendue en ajournant son enregistrement. La question de sa date vraie entre les parties demeure donc entière.

Si la quittance, sans mention de date ni expression de somme, énonce qu'elle a été donnée pour tous les arrérages dus pour cause de bail, elle peut alors valoir comme quittance complète et finale.

Ce que nous venons de dire des arrérages pour rentes ou loyers est applicable aux obligations payables en plusieurs termes successifs. Car il s'agit également de savoir, dans ce cas, à quels termes s'applique la quittance.

La quittance peut encore n'exprimer ni le montant de la somme payée, ni la cause de la dette acquittée, et être conçue en ces termes vagues et généraux : Reçu de tel tout ce qu'il me doit. Si elle contient l'expression d'une date, elle comprend tout ce qui était dû à cette époque, soit que le créancier ait retenu ou remis ses titres de créance, à l'exception, toutefois,

(1) Voy. cep. TOULLIER, t. 8, n° 405. — DURANTON, t. 13, n° 229.
(2) *Contrà,* DURANTON, t. 13, n° 226.

des dettes non exigibles ni échues alors, et de celles dont le débiteur n'avait point connaissance, ou dont il n'était point tenu personnellement, comme obligé principal, mais seulement comme caution simple ou solidaire, sauf à lui à établir le contraire, même par présomptions; car la quittance peut constituer en sa faveur un commencement de preuve écrite.

Si la quittance n'énonce point de date, le débiteur pourra lui en assigner une, soit au moyen des livres et papiers domestiques du créancier, soit au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions ordinaires, parce que les termes généraux dans lesquels l'acte est conçu sont de nature à établir un commencement de preuve écrite qui rend vraisemblable le fait de la libération.

Alors même que la quittance énonce la cause : Reçu de tel tout ce qu'il me doit pour les causes de la vente de tel héritage, elle ne comprend pas, néanmoins, la totalité de la dette, mais seulement les termes alors échus, et non ceux à échoir. Car il n'est pas à présumer que le débiteur ait payé avant terme, sauf à lui à établir le contraire, même par simples présomptions.

Mais si elle était ainsi conçue : Reçu de tel le prix de telle vente; reçu ma dot ou celle de ma femme, elle comprendrait indéfiniment tout le prix, toute la dot, sans distinction entre les termes alors échus et ceux à échoir. Ces expressions de prix et de dot en supposent l'intégralité (1).

14. Nous ajouterons, en terminant, que les quittances en forme datées et signées, énonçant la somme payée et les causes de la dette, forment un titre régulier proprement dit, qui fait preuve complète de la libération du débiteur, et contre et outre le contenu duquel le créancier ni le débiteur ne peuvent rien prouver, si ce n'est conformément aux principes généraux relatifs à la preuve. Les quittances parfaites ont, sous ce rap-

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, nos 746 et suiv. — TOULLIER, t. 8, no 405. — DURANTON, t. 13, no 223 et suiv.

port, une plus grande autorité probante que les simples mentions libératoires, qui se trouvent, soit dans les registres ou papiers domestiques, ou qui sont écrites au dos, à la marge ou à la suite du titre, du double du titre ou d'une quittance antérieure. Celles-ci peuvent être combattues par témoins ou par présomptions, ainsi que nous l'avons expliqué, tandis que les autres ne peuvent l'être que suivant les règles que nous examinerons bientôt.

§ III. *Des Tailles.*

Article 1333.

Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.

Sommaire.

1. Des tailles. Elles sont improprement une preuve littérale.
2. Foi qui leur est due lorsqu'elles sont corrélatives à leurs échantillons.
3. Débat possible sur la valeur convenue de chaque coche.
4. Leur remise vaut quittance.
5. *Quid*, quand la taille ou l'échantillon n'est pas représenté?
6. La taille n'autorise point, en l'absence de l'échantillon, la délation du serment supplétif.
7. Il peut y avoir encore à débattre sur le prix des fournitures et prestations.
8. La taille n'équivaut pas à un arrêté de compte interruptif de la prescription.
9. Des jetons, cachets, cartes, bons, etc...

COMMENTAIRE.

1. Ce n'est que très improprement, comme nous allons le voir, que la loi assimile les tailles à la preuve littérale. Et, si cette assimilation a été faite à cause de la preuve qui en

résulte, on peut, avec tout autant de raison, considérer comme preuve écrite les signes, les symboles convenus qui servent à marquer l'existence d'un fait juridique ou la délimitation des propriétés. Les tailles ne sont, en effet, qu'un signe matériel et symbolique des engagements contractés.

On prend une baguette en bois de grosseur suffisante; on la fend par égale moitié; une partie, qu'on appelle la taille, reste aux mains du créancier; l'autre, qu'on nomme échantillon, est remise au débiteur. Au moment de chaque fourniture ou prestation, on réunit les deux morceaux de la taille, de manière qu'ils s'adaptent et coïncident exactement, et, lorsque ce rapprochement est opéré, on fait avec un couteau, sur la ligne de contact, une coche transversale qui entaille en même temps les deux moitiés de la baguette. Le nombre des coches indique le montant des fournitures ou prestations; et, comme on ne peut cocher séparément la taille et l'échantillon, il n'y a point de fraude à craindre de la part de l'une ou de l'autre partie.

Les coches faites sur les tailles peuvent, suivant la convention des parties et la diversité de leurs figures, avoir une signification différente. Dans l'usage, la coche toute droite vaut une unité; dans la forme d'un V, elle vaut cinq, et dans la forme de l'X, elle vaut dix. C'est comme une écriture en chiffres romains.

Les tailles sont ainsi une sorte d'arithmétique toute matérielle. Elles ont été, dans les temps d'ignorance et de barbarie, les premiers livres de compte et les premiers rôles de perception des impôts. Aujourd'hui, elles ne sont usitées que pour constater des fournitures de détail ou des prestations successives, telles que livraison de pain, de vin, de viande ou autres denrées, ou bien encore des journées d'ouvriers et de manœuvres.

Suivant les uns (1), cette taille, *talea*, cette petite branche

(1) VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations*, ch. 18 et 84. — DUCANGE, v° *Tallia*.

coupée, *ramus incitus* (1), aurait elle-même, à raison de sa destination primitive, donné son nom à un ensemble de contributions diverses. Mais suivant d'autres, et dans ce dernier sens, l'étymologie de ce mot, taille, dérive de ce qu'autrefois les seigneurs, comprenant dans leurs profits de justice des redevances irrégulières et innommées, avaient soin de les indiquer dans les actes par cette expression indéterminée et générale : *et cætera his similia... vel alia talia.* D'où les praticiens ont fait, en latin, *tallia*, et en français, taille (2).

2. « Les tailles corrélatives à leurs échantillons, porte l'article 1333, font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. » Le rapprochement et la corrélation de la taille avec son échantillon forment ainsi une preuve complète, une sorte de preuve écrite, comme faisait autrefois la charte-partie, à quelque somme que les fournitures ou prestations s'élèvent.

Si la taille et l'échantillon ne s'accordent point, il n'y a preuve faite que jusqu'à concurrence du moindre chiffre, à moins qu'il ne soit établi, ce qui peut l'être par l'examen de la pièce, qu'un certain nombre de coches a été frauduleusement effacé sur l'un ou l'autre des morceaux de bois.

J'ai vu un exemple d'un autre genre de fraude. Le fournisseur avait un couteau à double lame, et, pour chaque fourniture, il faisait ainsi deux coches à la fois. Le débiteur serait certainement admis, dans ce cas, à prouver par témoins la filouterie dont il se prétendrait victime.

3. Il peut encore se présenter des difficultés sur la valeur des coches. Celui qui a fait les fournitures peut dire que chaque coche signifie un kilogramme ou une tourte de pain, tandis que le débiteur prétend qu'elle signifie une quantité moindre. De pareilles questions se résoudront le plus souvent

(1) Voy. Ducange, v° *Talea* ou *Talia*.
(2) Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, p. 495.

par l'usage, et, en cas qu'il ne puisse être d'aucun secours, comme les tailles n'offrent qu'un certain nombre de coches, sans indication de leur valeur, ce sera au demandeur à prouver par témoins ou par présomptions ses prétentions à cet égard.

4. Lorsque le débiteur s'est acquitté, la taille lui est remise, en signe de sa libération, comme le serait un titre écrit.

5. Si, sous prétexte qu'il n'a pas été fait de taille ou qu'il a perdu sa pièce, celui qui a reçu les fournitures ou prestations ne représente pas l'échantillon, le créancier peut établir qu'il a fait effectivement ces fournitures et prestations, si elles sont déniées, et qu'il se servait, d'accord avec son débiteur, d'une taille pour en constater la quantité. Dès lors, la taille peut toute seule, en l'absence de l'échantillon, faire foi au profit du fournisseur (1).

Que si, au contraire c'est ce dernier qui ne représente point sa taille, alléguant qu'il l'a perdue ou qu'on n'en a point tenu, le débiteur qui produit l'échantillon pourra prouver que les fournitures lui étaient faites d'après une taille; et moyennant cette preuve, l'échantillon pourra être admis comme faisant foi en sa faveur. Du reste, cette preuve ne vient, de la part du débiteur, que comme preuve contraire, destinée à combattre celle que le demandeur doit commencer lui-même, en cette qualité, par administrer à l'appui de sa demande.

Mais on ne saurait, en alléguant l'emploi d'une taille qui n'est point appatronnée à l'échantillon, puisqu'il n'est point représenté, éluder les prohibitions de la loi civile quant à la preuve testimoniale. Celui qui a fait les fournitures ne pourra donc établir l'emploi et l'usage d'une taille, dont l'existence est déniée, qu'en se conformant aux principes généraux relatifs à la preuve. La preuve testimoniale ne sera admissible de

(1) TOULLIER, t. 8, n° 409. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 691, 1re édit., et t. 8, p. 282, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1333, n° 3.

sa part, que lorsque le montant des fournitures ou leur nature commerciale rendra ce genre de preuve recevable à l'égard de l'autre partie. Nous ne saurions, en effet, donner un autre sens à ce que dit M. Toullier (1) sur l'admissibilité de la preuve testimoniale. Lors donc que le montant des fournitures excèdera la somme de cent cinquante francs, et qu'elles ne seront point de nature commerciale à l'égard de l'autre partie, celle qui représente la taille ne peut, sans un commencement de preuve par écrit, établir qu'elle était, ainsi que son adversaire, dans l'usage de se servir d'une taille pour constater les fournitures et prestations faites. Autrement, le créancier arriverait indirectement à prouver par témoins une obligation dont la preuve ne pourrait être ainsi directement administrée.

6. Il ne faut point non plus assimiler les tailles aux registres des marchands, et les admettre, en conséquence, comme formant un commencement de preuve qui autorise le juge, en cas que l'échantillon ne soit point représenté, à déférer le serment supplétif à celui qui a fait les fournitures (2). L'article 1333 ne reconnaît, en effet, de force probante à la taille que lorsqu'elle est corrélative à son échantillon. Autrement, elle n'est entre les mains de celui qui la représente qu'une sorte de titre qu'il a pu se créer à lui-même, et que par suite, il ne peut invoquer en sa faveur, sans justification préalable. Rappelons, enfin, que la faculté de déférer le serment d'office, d'après l'article 1329, est tout exceptionnelle, et ne peut être étendue d'un cas à un autre, au moyen d'une analogie d'ailleurs fort éloignée.

7. Les tailles corrélatives aux échantillons constatent bien le montant des fournitures, mais elles n'en établissent point le prix. Le débat, sur ce point, reste donc entier entre les par-

(1) T. 8, n° 409.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 691, n^te 1, 1^re édit., et t. 8, p. 283, n^te 3, 4^e édit. — MARCADÉ, art. 1333, n° 3. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 235. — BONNIER, n° 616.

ties. Ce sera au demandeur, comme tel, à l'établir, la preuve contraire demeurant réservée au défendeur. Mais cette preuve pourra être faite, indépendamment de l'usage qui, en cette matière, a une très grande autorité, tant par témoins que par présomptions; car la corrélation des tailles avec les échantillons, jointe aux autres reconnaissances de fait émanées des parties, établira toujours, en cas de besoin, un commencement de preuve écrite.

8. Les tailles corrélatives aux échantillons ne sauraient, au surplus, équivaloir à un arrêté de compte ayant pour effet de faire cesser de courir la prescription abrégée, applicable aux créances pour fournitures et autres prestations, suivant les articles 2271, 2272 et 2274, C. civil. Cette assimilation est complètement inexacte. Les tailles, en effet, forment simplement une preuve particulière de la dette, et n'impliquent par elles-mêmes aucun arrêté de compte (1). Il reste donc encore à l'établir.

On objecterait vainement que le Code range les tailles sur la même ligne que la preuve littérale, et que la prescription ne ne peut, dès lors, atteindre les fournitures qu'elles constatent, pas plus que lorsqu'il y a un acte, une reconnaissance ou promesse écrite. Nous nous bornerons à répondre qu'elles ne forment que très improprement une sorte de preuve par écrit, et que si la loi semble établir entre elles une espèce d'assimilation, ce n'est que quant à la foi qui leur est due; et encore, sous ce rapport, cette assimilation manque-t-elle d'exactitude. Il est vrai que le paragraphe 3, relatif aux tailles, est placé sous la section concernant la preuve littérale; mais le législateur moderne n'a fait que suivre l'ordre de Pothier. Or, cet auteur (2) dit simplement des tailles, qu'elles tiennent lieu d'écritures et font une espèce de preuve littérale.

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 236.
(2) *Oblig.*, n° 730.

9. Les tailles ne sont pas l'unique moyen en usage pour constater des fournitures, des prestations quelconques. Dans la pratique, on emploie également, en leur attribuant telle valeur ou signification tacitement convenue ou formellement exprimée, des cachets, des jetons, des cartes, des bons imprimés ou manuscrits, signés ou non, ou simplement paraphés ou scellés, qui sont remis au fournisseur ou prestataire en signe et en échange de ses livraisons de fournitures ou de ses prestations, pour être ensuite restitués au débiteur à l'époque du payement.

S'agit-il de bons manuscrits, signés ou paraphés? Ils peuvent constituer, entre les mains du créancier, un titre parfait de sa créance, ou simplement un commencement de preuve écrite. On rentre alors pleinement dans les principes de la preuve littérale proprement dite.

S'agit-il, au contraire, de tous autres signes ou symboles? Comme, en cas de contestation, ils ne font aucune foi ni de l'existence ni du montant de l'engagement, le demandeur est dans la nécessité de justifier ses prétentions, conformément aux principes généraux de la preuve, soit par témoins et par présomptions, soit au moyen d'une preuve littérale ou d'un commencement de preuve par écrit, suivant l'exigence des cas. Et ce ne sera qu'après avoir préalablement établi, par l'un de ces moyens, la convention arrêtée entre lui et son adversaire, touchant l'usage, l'emploi et la valeur de ces signes et symboles, qu'il pourra les invoquer et les produire comme pièces justicatives du montant de sa créance.

§ 4. *Des Copies des Titres.*

Article 1334.

Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Sommaire.

1. Les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre original,
2. Sans distinction.
3. Les juges ne peuvent refuser d'ordonner la représentation de l'original existant.
4. La partie qui la demande n'a pas à s'inscrire en faux.
5. Rapprochement des articles 45 et 1334.
6. Comment et par qui se fait la preuve que l'original n'existe plus?
7. L'officier dépositaire du titre est contraignable par corps.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent, nous nous sommes exclusivement occupé des titres originaux, des conditions de leur validité et de la foi qui leur est due. En règle générale, ils sont les seuls actes qui fassent régulièrement et par eux-mêmes foi en justice, et qui soient investis d'une pleine force probante. Les simples copies, quelle qu'en soit la forme, n'ont point la même autorité.

Toutefois, une distinction est nécessaire, et elle est consacrée par les dispositions du Code civil. Il s'agit de distinguer le cas où le titre original subsiste et celui où il n'existe plus.

« Les copies, porte l'article 1334, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. » Cette disposition est presque littéralement extraite de Pothier (1). Alors, en effet, que le titre original subsiste, comme les copies doivent lui être de tous points et absolument conformes, la partie à qui on les oppose peut se borner à dire que leur conformité n'est point démontrée, et qu'elle ne peut l'être que par la représentation du titre original. Elle a, en conséquence, sous ce seul prétexte, le droit de l'exiger, sans avoir besoin de s'inscrire en faux contre la copie qu'on lui oppose. Si le titre est produit,

(1) *Oblig.*, n° 731.

il fait alors seul foi, la copie ne pouvant faire foi elle-même que de ce qui y est contenu.

2. Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à établir entre les diverses espèces de copies. Qu'il s'agisse d'une expédition simple, ou d'une grosse revêtue de la formule exécutoire, certifiée ou non conforme à l'original, légalisée ou non par l'officier public compétent, écrite sur papier timbré ou sur papier ordinaire, tirée en présence des parties ou en leur absence après leur appel régulier ou non ; qu'il s'agisse enfin d'un acte notarié ou autre, si l'original subsiste, on peut toujours en exiger la représentation, à quelque époque que remonte sa passation.

3. Les juges ne peuvent même refuser de l'ordonner, en prétendant que la copie produite est régulière, qu'elle offre toutes garanties d'exactitude et de sincérité, que les circonstances établissent sa parfaite conformité avec le titre original, qu'enfin la demande aurait pour résultat, si elle n'était rejetée, de prolonger sans utilité la durée du procès et d'entraver la marche de la justice (1).

Mais si les différences signalées entre la copie et le titre étaient absolument insignifiantes, il y aurait lieu de passer outre.

Il devrait en être de même au cas où le titre original étant entre les mains d'un fonctionnaire étranger, sa représentation ne serait pas possible devant les tribunaux français, sauf à eux à prendre toutes autres voies convenables et possibles, afin de vérifier la conformité de la copie avec l'original existant.

4. La partie qui demande la représentation du titre original n'est pas tenue, ainsi que nous l'avons énoncé, quelle que soit la régularité de la copie produite quant à la forme, de s'ins-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 692, 1re édit., et t. 8, p. 284, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1829. SIREY, 29, 1, 305.

crire préalablement en faux contre elle. Il s'agit, en effet, seulement de procéder à une vérification pour s'assurer de la conformité de la copie avec le titre original ; et comme elle ne doit, après tout, faire foi que de ce qui y est contenu, elle n'est investie d'aucune force probante contre laquelle il y ait nécessité de se pourvoir par la voie extraordinaire de l'inscription de faux (1).

5. Il semble cependant exister sur ce point une exception en faveur des extraits des registres de l'état civil. L'article 45 dispose, en effet, que ces extraits, délivrés conformes aux registres et légalisés par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera, font foi jusqu'à inscription de faux. La même force probante qui est attachée aux registres des actes de l'état civil, est donc attachée aux extraits de ces registres, pourvu qu'ils soient régulièrement légalisés, s'ils sont produits hors de l'arrondissement, et, dans tous les cas, délivrés conformes. Mais, pour cette dernière condition de conformité, ils rentrent dans les dispositions générales de l'article 1334. Car, pour en vérifier l'existence, il faut bien rapprocher les extraits rapportés et prétendus conformes des registres originaux d'où ils ont été tirés, si ces registres existent (2). Or, pour obtenir cette vérification, la partie qui la demande n'est pas obligée de se pourvoir au préalable en inscription de faux. Cette voie n'est exigée que pour le cas où, les registres n'existant plus, les extraits qui en ont été régulièrement délivrés font foi eux-mêmes des faits qu'ils constatent. Que si, au contraire, les registres subsistent, c'est alors contre eux, et non contre les simples extraits, que l'inscription de faux est dirigée.

6. Le droit d'exiger la représentation du titre original, con-

(1) Cass., 15 juill. 1829. SIREY, 29, 1, 305.

(2) ZACHARIÆ, t. 1, p. 147, 1re édit. — DURANTON, t. 1, n° 299. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1334, n° 2. — BONNIER, n° 744. — DEMOLOMBE, t. 1, n° 318. — ZACHARIÆ, t. 1, p. 221, 4e édit.

formément à l'article 1334, est subordonné, dans son exercice, à la condition que ce titre subsiste. Il se présente donc, et avant tout, une question relative à la vérification de ce fait préalable. Par cela seul que c'est une simple copie que l'on produit, il est évident qu'un original a dû préexister; or, cet original est censé existant tant qu'il n'est pas prouvé qu'il ne subsiste plus. Celui qui produit la copie et prétend qu'elle fait foi est tenu, conséquemment, aussitôt que sa conformité avec le titre original est contestée, et que la représentation en est exigée par son adversaire, d'établir que ce titre n'existe pas. Comme la copie qu'il invoque n'a de force probante qu'au défaut de l'original, c'est à lui qu'incombe la charge de prouver l'existence du fait sous la condition duquel sa demande ou son exception doit être justifiée.

Comment se fera maintenant la preuve de la non existence du titre original? La loi n'exige point que celui qui invoque la copie établisse précisément le fait particulier qui en a amené la perte ou la destruction (1). Il lui suffit de prouver par tous moyens ordinaires, soit par titres ou par témoins, que l'acte original ne se trouve plus au lieu où le dépôt a dû en être effectué. Cette preuve faite équivaut à celle de la non existence. Le titre qui a disparu de manière à ne pouvoir être retrouvé, est ainsi réputé ne plus exister. Réduite à ces simples termes, la preuve de la non existence du titre original est toujours extrêmement facile de la part de celui qui n'en produit qu'une copie, tandis, au contraire, que si on exigeait de lui l'administration d'une preuve assortie d'explications et de détails sur l'événement qui en a occasionné la disparition ou la perte, on lui demanderait, le plus souvent, d'accomplir l'impossible.

7. Ajoutons que, avant la loi du 22 juillet 1867 qui l'a supprimée en matière commerciale et civile, la contrainte par corps avait lieu contre tous officiers publics pour la repré-

(1) Zachariæ, t. 5, p. 592, n^te 3, 1re édit., et t. 8, p. 284, n^te 3, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 240. — Cass., 10 nov. 1830. Sirey, 30, 1, 398.

sentation de leurs minutes, c'est-à-dire de leurs actes originaux, quand elle était ordonnée (2060).

ARTICLE 1335.

Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : — 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original; il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque. — 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, 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, peuvent, au 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 peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. — 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été 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, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. — 4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

Sommaire.

1. De la foi due aux grosses ou premières expéditions. Expressions synonymes.
2. Suite.

3. Pourquoi elles font la même foi que l'original qui n'existe plus.
4. Des copies tirées par l'autorité du magistrat.
5. Des copies figurées suivant l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI.
6. Des copies tirées en présence des parties et de leur consentement.
7. Les copies ne font foi qu'à l'égard des parties appelées ou consentantes.
8. Utilité et valeur de la mention dans la copie des formalités observées.
9. Des copies expressément approuvées.
10. Des autres copies.
11. Des copies anciennes. De la preuve de leur ancienneté.
12. Les copies récentes ne font qu'un commencement de preuve par écrit.
13. Des copies irrégulièrement tirées sur la minute.
14. La copie peut être opposée à qui l'original pourrait l'être, s'il existait.
15. Des copies de copies. Distinction à l'égard des grosses tirées sur une première grosse déposée, et des copies tirées du consentement des parties.
16. Résumé. Comparaison de la rédaction des §§ 1 et 2.
17. Si les copies qui font foi sont opposables aux tiers.
18. *Quid*, si des copies différentes, faisant également foi, sont respectivement produites?
19. Si les copies font la même foi que l'original, l'inscription de faux est obligatoire.
20. Elles n'emportent pas voie parée d'exécution, si elles n'ont été délivrées en forme exécutoire.
21. Effets des copies servant de commencement de preuve par écrit.
22. Les copies de copies valent comme renseignement. Exception.
23. Des copies informes.
24. L'article 1335 est inapplicable aux actes sous seing-privé,
25. Et aux actes délivrés en brevet.

COMMENTAIRE.

1. Quelle force probante est attachée aux copies, lorsque le titre original n'existe plus? Sur cette question, notre article établit plusieurs distinctions qui ont été, pour la plupart, empruntées à Pothier (1).

Les grosses ou premières expéditions font, dit-il, la même

(1) *Oblig.*, nos 732 et suiv.

foi que l'original. Ces mots, grosses ou premières expéditions, ne signifient pas deux espèces différentes de copies. Les termes, ou premières expéditions, ne sont mis en opposition apparente avec le mot, grosses, que pour lui servir de définition ou d'explication. On entend, en effet, par grosses, les premières expéditions d'un acte public, revêtues de la formule exécutoire. Si l'article 1335 rapproche ces deux expressions, c'est que, sous notre ancienne jurisprudence, on disait, grosse, en pays de droit coutumier, et, en pays de droit écrit, première, seconde expédition (1). Le Code civil n'a fait que consacrer, afin d'être plus intelligible, ces deux locutions également usitées lors de sa promulgation et encore aujourd'hui.

La foi due aux grosses ou premières expéditions s'explique par le caractère particulier de ces sortes de copies. Leur délivrance n'est, à vrai dire, que le complément du mandat et de la mission du fonctionnaire qui a reçu la minute de l'acte. Car elles sont nécessaires aux parties, afin de poursuivre l'exécution de leurs engagements respectifs, la force d'exécution parée n'appartenant qu'à elles seules. Leur titre, quelque régulier qu'il fût dans la forme, quelque valable qu'il fût au fond, perdrait une grande partie de son efficacité, si elles ne pouvaient, au moyen d'une simple copie délivrée en la forme exécutoire, poursuivre l'exécution de leurs obligations respectives, sans avoir besoin de recourir à la justice pour en obtenir d'abord la consécration. Les grosses ou premières expéditions ont donc en elles-mêmes une puissance et une autorité qui influent sur la force probante qui leur appartient à ce titre.

Quelques auteurs (2) pensent cependant que l'article 1335 prévoit deux espèces différentes de copies ; les grosses d'abord, et, en outre, les premières expéditions, qui ne diffèrent de celles-ci qu'en ce qu'elles ne sont point délivrées dans la forme

(1) BRETONNIER, Quest. de droit, v° *Grosse*, t. 1, p. 289 et 293. — Voy. FERRIÈRE, *Science parfaite des notaires*, liv. 16. ch. 1.

(2) TOULLIER, t. 8, n^os^ 421, 426. — DURANTON, t. 13, n° 243.

exécutoire. Les remarques philologiques que nous venons de faire répondent déjà à cette opinion. Il en résulte, en effet, que ces expressions de grosses et de premières expéditions sont absolument synonymes, et signifient uniquement un seul et même genre de copies. Dans le langage ordinaire, qui est ici le langage légal, consacré par un usage ancien, les mots de premières expéditions s'appliquent aux grosses, c'est-à-dire aux copies écrites en caractères plus gros que la minute, et délivrées dans la forme exécutoire. On les appelle ainsi premières expéditions, soit parce qu'elles constituent le genre de copies le plus important et que la partie a le plus d'intérêt à se faire délivrer avant toute autre, soit parce qu'une semblable copie ayant été remise à la partie une première fois, il ne peut plus lui en être régulièrement délivré une autre pareille, également dans la forme exécutoire, sans l'accomplissement de certaines formalités.

2. L'article 26 de la loi du 25 ventôse an XI porte qu'il sera délivré une grosse à chacune des parties intéressées, afin qu'elles puissent se contraindre réciproquement aux engagements respectifs qu'elles ont contractés l'une envers l'autre. Le notaire doit, en outre, faire mention de cette délivrance sur la minute, et l'article ajoute qu'il ne peut en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute. L'article 844, C. pr., a régularisé et expliqué les voies à prendre en pareil cas. En voici les dispositions : « La partie qui voudra se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, présentera, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui interviendra, elle fera sommation au notaire pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées, pour y être présentes ; mention sera faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que la somme pour laquelle

on pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en partie. »

D'après l'article 854 du même Code, une seconde expédition exécutoire d'un jugement ne sera délivrée à la même partie, qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu. Seront observées, en outre, les formalités prescrites pour la délivrance des secondes grosses des actes devant notaires.

Dans l'esprit de la loi comme dans le sens littéral de son texte, les mots, grosses et premières expéditions, caractérisent donc également les copies d'actes publics délivrées dans la forme exécutoire, par opposition aux autres espèces de copies qui, tirées avant ou après la délivrance d'une grosse ou première expédition, n'emportent point voie parée d'exécution.

Le texte même de l'article 854, C. pr., fournit un puissant argument en faveur de notre système d'interprétation. Il appelle, en effet, expédition exécutoire, la copie d'un jugement faite dans des termes emportant exécution parée. Ces mots, grosses, premières expéditions, expéditions exécutoires, sont donc absolument synonymes, ou plutôt, s'il y a entre eux quelque différence de signification, elle tient seulement à la nature de l'acte copié. Ainsi, les termes de grosses ou de premières expéditions s'appliquent indifféremment aux actes notariés, tandis que ceux de premières expéditions ne s'appliquent qu'aux jugements et titres autres que les actes notariés. Mais la condition essentielle est toujours que les copies, quelque soit l'officier public duquel l'acte original émane, soient délivrées dans la forme exécutoire.

3. Pourquoi le législateur n'a-t-il attaché qu'à ces sortes de copies la même force probante qu'aux titres originaux? Nous en avons déjà indiqué les raisons; c'est, d'une part, que le fonctionnaire qui les délivre ne fait, quand il consomme cet acte complémentaire, que continuer l'exercice de ses fonctions;

et, d'autre part, que cette copie délivrée dans la forme exécutoire devant servir à poursuivre l'exécution de l'acte, il y a présomption légale qu'elle a été faite dans toutes les conditions propres à assurer cette exécution ; qu'elle est, conséquemment, en parfaite conformité avec le titre original, qui, n'existant plus, ne peut être représenté.

On comprend sans peine que la même autorité ne s'attache point aux autres espèces de copies, qui, n'étant point revêtues de la formule exécutoire, et n'étant point destinées à servir pour des poursuites en exécution, n'ont été remises aux parties intéressées que pour leur rappeler le souvenir de leurs conventions et engagements. Ces copies, fussent-elles les seules et les premières délivrées, circonstance d'ailleurs difficile à constater, puisqu'il n'en est pas fait mention sur la minute, ces copies ne sauraient faire la même foi que le titre original, quelques garanties qu'elles offrent sous le rapport de leur régularité.

La prudence conseille donc, lorsqu'on prend expédition d'un acte, de se la faire délivrer en forme exécutoire, et de ne point se contenter d'une simple copie, quand bien même elle serait littéralement une première expédition. Si, dans le moment de sa délivrance, elle paraît suffire pour la constatation du fait, il y a, néanmoins, un intérêt très réel à avoir la voie parée d'exécution, puisqu'on peut procéder par commandement, et, par exemple, interrompre par ce moyen une prescription (1).

4. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il n'existe plus, les copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées (1335).

Remarquons bien les conditions sous lesquelles ces copies sont investies de force probante. Elles doivent être tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées. Le concours de ces conditions est indispensable. A cet effet, requête est présentée au président du tribunal, qui rend

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 243, en note.

ordonnance portant que tel jour, à telle heure et en tel lieu, copie sera délivrée par le notaire, et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver. En conséquence, sommation leur est adressée, et la copie est délivrée au réclamant, soit qu'elles se présentent ou non. La copie ainsi délivrée est, dit Pothier (1), une copie qu'on appelle copie en forme.

Telle est la marche ordinairement suivie. Mais rien ne s'oppose à ce que les parties procèdent par voie de citation et de débat contradictoire en justice. Seulement, le demandeur s'expose à supporter personnellement, suivant les circonstances, les frais d'instance, comme frustratoires ou illégitimes, si le défendeur n'a élevé aucune contestation. Dans ce cas, le jugement qui intervient et ordonne la délivrance de la copie, remplace l'ordonnance du président.

Les parties peuvent enfin, lors de la délivrance de la copie, collationner l'expédition à la minute, et procéder à cet égard conformément à l'article 852, C. pr.

5. Aux copies tirées par l'autorité du magistrat, il convient d'assimiler celles que les notaires doivent figurer, aux termes de l'article 22 de la loi du 25 ventôse an XI. Cet article est ainsi conçu : « Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi et en vertu d'un jugement. Avant de s'en dessaisir, ils en signeront et dresseront une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le commissaire du tribunal civil de leur résidence, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jusqu'à sa réintégration. » Ces dernières expressions ne permettent pas de douter que la copie figurée, bien que les parties n'aient point été présentes ni même appelées, ne fasse la même foi que la minute, et ne la remplace parfaitement. Elle n'a même été faite que dans ce but.

6. Font également la même foi que l'original, lorsqu'il

(1) *Oblig.*, n° 732.

n'existe plus, les copies qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque (1335). Le concours de ces deux conditions est nécessaire. Il ne suffirait pas que les parties fussent présentes, si elles n'y avaient donné leur consentement; à plus forte raison, si elles avaient expressément déclaré faire toutes réserves et protestations, et ne se présenter que pour obéir à la sommation. Car la copie ne tire sa force que de la convention tacitement intervenue entre elles, pourvu qu'elles soient capables de contracter (1).

Mais il ne nous paraît pas indispensable qu'elles donnent un consentement exprès et formel. Leur adhésion sera le plus souvent tacite et résultera de leur seule présence (2).

7. Si, lorsque la copie est tirée par l'autorité du magistrat, quelques-unes des parties seulement ont été présentes ou dûment appelées; ou bien si, lorsqu'elle est tirée sans l'autorité du magistrat, quelques-unes des parties seulement se sont présentées, et ont donné leur consentement, la copie ne fait alors la même foi que l'original qu'à l'égard de celles qui ont été régulièrement appelées, ou qui ont comparu et donné leur adhésion. Quant aux autres, elle n'a, à leur égard, d'autre valeur que celle que déterminent les dispositions suivantes de l'article 1335.

8. Comme les copies délivrées, dans les deux cas précédents, ne font foi que parce qu'elles ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou en présence des parties et de leur consentement réciproque, il importe, bien que la loi ne l'exige point, qu'elles énoncent et relatent l'accomplissement de ces conditions. Le notaire, ou tout autre officier public, fera donc sagement de le mentionner dans la copie qu'il délivre, et surtout d'y annexer les actes de procédure qui le constatent.

(1) Toullier, t. 8, n° 454.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 735.

La mention de l'ordonnance du juge et des sommations adressées aux parties n'est pas, en effet, par elle-même, une preuve complète que les formalités voulues ont été remplies. La partie contre laquelle on se prévaut de la copie peut exiger, nonobstant cette mention, le rapport des pièces de procédure.

Si elles ne peuvent être rapportées, Pothier (1) pense qu'il suffit d'une antiquité de dix ans pour faire présumer que toutes les formes ont été observées. Il se fonde sur ce principe, que le laps de dix ans suffit pour établir la présomption légale de l'accomplissement des formes exigées, *ad solemnitatem præsumendam*. Mais ce principe n'a été nulle part consacré dans nos Codes, et encore moins dans l'article 1335. En effet, si cet article détermine une ancienneté capable de donner aux copies la même force probante que l'original, il indique celle de trente ans. Or, tant qu'on ne prouve pas l'accomplissement des conditions sous lesquelles une copie peut faire foi, on ne peut dire qu'on produit une copie régulière. Dès lors, on retombe sous l'application des dispositions suivantes. Le rapport des procédures pouvant être exigé tant que la copie ne fait pas foi par elle-même, c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas ancienne, il n'y a ainsi que le laps de trente ans qui puisse dispenser de leur production, sauf aux juges à apprécier les circonstances qui empêchent cette justification, et à tenir, d'après les faits de la cause, les formalités pour régulièrement remplies.

Si la copie ne contenait pas la mention de l'ordonnance du président, ni des sommations adressées aux parties, on pourrait toujours y suppléer par l'apport des pièces; et même, à leur défaut, comme il s'agit de formalités extrinsèques, on pourrait établir la preuve de leur accomplissement par témoins et par présomptions, la copie valant d'ailleurs, dans tous les cas, comme commencement de preuve par écrit sur le fond même des droits et obligations des parties intéressées.

(1) *Oblig.*, n° 732. — TOULLIER, t. 8, n° 459.

Si la copie mentionne qu'elle a été délivrée en présence et du consentement réciproque des parties, cette mention, relative aux circonstances de la délivrance de l'expédition, n'est point protégée par la même force probante qui s'attache à l'original. La partie à laquelle on l'oppose peut se borner à en contester simplement l'exactitude. Mais si l'officier public avait dressé un acte régulier de la présence et du consentement réciproque des parties, la constatation de ce fait serait revêtue du sceau de l'authenticité.

Lorsque la copie ne contient aucune mention de la présence ni du consentement réciproque des parties, conditions auxquelles sa force probante est subordonnée, celui qui l'invoque est néanmoins admis à en faire la preuve au moyen d'éléments extrinsèques, pris en dehors de l'expédition elle-même. Comme elle peut au moins servir de commencement de preuve par écrit, la preuve peut même en être administrée à l'aide de moyens qui seraient inadmissibles s'il s'agissait d'établir l'existence du fait ou de la convention.

9. Alors même que les copies n'ont pas été délivrées conformément aux prescriptions de l'article 1335, cependant elles ne laissent pas de faire la même foi que l'original, à l'égard des parties qui ont apposé de leur main, au bas, au dos ou à la marge, une approbation expresse. Elles tirent alors leur force probante de la convention et reconnaissance des parties.

10. Quant aux copies qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, 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, elles peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes (1335).

Ces dispositions sont fondées sur les principes mêmes qui régissent les attributions des officiers publics, en ce qui concerne l'authenticité de leurs actes. Lorsqu'ils délivrent à une

partie copie d'un acte, outre qu'ils n'agissent point sur les réquisitions de toutes les parties intéressées, ils ne peuvent attester qu'une seule chose, à savoir, qu'il existe un original dont ils tirent une copie, sans qu'il soit en leur pouvoir de certifier que ce titre original est régulier et parfait. La copie ne saurait donc faire la même foi que lui (1).

11. Cependant, lorsque les copies sont anciennes, elles peuvent, en cas de perte des originaux, faire également foi. La raison en est que ces copies témoignent au moins de l'existence et de la teneur d'un original, et que leur ancienneté empêche de supposer qu'elles aient été délivrées par complaisance, par fraude et pour le besoin de la contestation actuelle. Il est juste, d'ailleurs, que le temps, qui supprime les autres moyens de preuve, supplée lui-même la force probante des actes (2).

Les copies sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans (1335). La condition de ce laps de temps est absolue, et n'admet aucune distinction, quelle que soit la matière dont il s'agisse. Sous notre ancien droit, cependant, Dumoulin (3), et Pothier (4) qui le cite, pensaient que dix ans pouvaient suffire pour faire présumer l'accomplissement des formes requises pour la solennité des actes, à moins qu'il ne s'agît d'un préjudice considérable pour autrui. Une semblable opinion ouvrait ainsi, dans son application, une très large place à l'arbitraire des tribunaux. Dans les cas ordinaires, ils exigeaient le laps de trente ou quarante ans, et, dans les questions concernant des droits qui n'admettaient qu'une prescription immémoriale et centenaire, l'acte n'était, suivant eux, réputé

(1) DUMOULIN, *Coutume de Paris*, § 8, glose 1, nos 48, 62 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, no 736.

(2) DUMOULIN, *ibid.*, no 41. — POTHIER, *Oblig.*, no 737. — TOULLIER, t. 8, no 433. — Cass., 1er août 1866. SIREY, 66, 1, 431.

(3) *Ibid.*, nos 81 et suiv.

(4) *Oblig.*, no 737.

ancien que lorsqu'il passait cent ans. Écartant toutes ces distinctions, le Code n'admet qu'un délai uniforme de trente ans.

Ce délai est tout à fait indépendant de l'ancienneté du titre original, et ne date que du jour de la délivrance de la copie ou expédition (1). Si cette date y est indiquée, cette mention qui la relate est protégée par la même foi qui est due au corps de la copie. Ce n'est pas que la partie à laquelle on l'oppose soit tenue de s'inscrire en faux contre elle. Elle peut se borner à en contester simplement l'exactitude et la sincérité. Mais c'est à elle à prouver, d'après les circonstances, qu'elle n'est ni exacte, ni sincère.

Si, au contraire, la date de sa délivrance n'est point relatée dans la copie, la partie qui s'en prévaut peut, par tous moyens de droit, établir la date réelle à laquelle elle prétend que la pièce a été délivrée. Mais c'est à elle à faire cette preuve. Si nous l'admettons à établir, par toute espèce de moyens et par la seule appréciation des circonstances, l'ancienneté de la copie, c'est que cette copie même sert déjà, dans tous les cas, fût-elle d'apparence récente, de commencement de preuve par écrit sur l'existence des faits, dispositions et conventions qu'elle rapporte (2).

12. Si les copies ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit (1335). Elles sont réputées récentes, soit que leur date ait été déterminée par l'appréciation des circonstances, ou qu'elle ait été expressément indiquée par l'officier public.

13. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été 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, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit (1335).

(1) Dumoulin, *ibid.*, n° 41. — Toullier, t. 8, n° 434.
(2) Cass., 10 nov. 1830. Sirey, 30, 1, 398.

La loi suppose ici une copie irrégulièrement tirée d'un acte original, puisqu'elle l'a été par tout autre que l'officier public exclusivement compétent pour la délivrer. Ce cas doit se présenter rarement, parce que la loi défendant aux notaires et aux greffiers de se dessaisir de leurs minutes, on ne voit guère comment des copies pourraient être délivrées par d'autres. Il suffit, néanmoins, que ce cas ne soit pas absolument impossible, pour qu'il ait dû entrer dans les prévisions du législateur.

Ce n'est pas qu'il s'agisse ici, pas plus que dans les dispositions précédentes, de copies qui auraient été tirées et délivrées par de simples particuliers. La loi suppose toujours qu'elles émanent d'officiers publics qui ont procédé en cette qualité, sans être cependant compétents pour en faire une délivrance régulière. C'est dans cette hypothèse qu'elle décide que ces copies ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Elle ajoute, quelle que soit leur ancienneté. Est-ce à dire qu'elles ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit que lorsqu'elles sont anciennes, lorsqu'elles ont trente ans? Nous ne le pensons pas. Ces expressions, quelle que soit leur ancienneté, ne sont, en effet, placées ici que pour marquer la différence qui existe entre les copies dont le législateur s'occupe dans ce paragraphe, et celles dont il vient de s'occuper dans le paragraphe précédent. Elles ne signifient donc qu'une chose, à savoir, que, à la différence de certaines copies qui peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes, celles-là, même anciennes, n'ont point une égale force probante, et ne peuvent jamais servir que de commencement de preuve par écrit. Mais alors même qu'elles ne sont pas anciennes, qu'elles sont récentes, elles peuvent encore servir, à ce titre, comme les autres (1).

14. Il est indifférent que l'acte dont il est produit une copie

(1) TOULLIER, t. 8, n° 437.

émane ou non de la partie à laquelle on l'oppose. Il suffit qu'il puisse être opposé, si l'original était représenté, à celui contre lequel on entend s'en prévaloir. L'article 1335 contient, en effet, une exception à l'article 1347, touchant les conditions ordinairement exigées pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit. Nous verrons bientôt que l'article 1336 contient lui-même une exception semblable (1).

15. Quant aux copies de copies, elles peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements (1335). Leur force probante est ainsi infiniment restreinte; et le pouvoir d'appréciation discrétionnaire, abandonné sur ce point aux tribunaux, permet de ne faire aucune distinction entre les copies de copies, quelles qu'elles soient, qui auraient été prises par un simple particulier, soit même par l'une des parties intéressées, et celles qui auraient été tirées et délivrées par un officier public, quel qu'il soit. Il est vrai que les copies tirées par de simples particuliers ne font point foi, et ne peuvent jamais servir de commencement de preuve par écrit; mais le peu d'autorité que la loi attache aux copies de copies, comme moyens de preuve, fait que les juges peuvent facilement passer sur leur irrégularité quant à la forme, sauf à eux à les apprécier au fond, avec plus ou moins de rigueur, suivant les circonstances.

N'y a-t-il cependant aucune distinction à faire entre les copies de copies? Aucune d'elles, quelle qu'elle soit, ne peut-elle jamais servir qu'à titre de simples renseignements? L'article 844, C. pr., suppose le cas où une partie veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée; et il indique les formalités à accomplir pour se faire délivrer régulièrement cette seconde grosse. Que cette pièce soit donc tirée, confor-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 433, et t. 9, n° 71. — *Contrà,* BONCENNE, t. 4, p. 181.

mément à la loi, par forme d'ampliation sur une première grosse déposée; elle fera, suivant nous, la même foi que la première grosse dont elle est une copie, et qui, valant minute, fait également la même foi que le titre original. Cette seconde grosse, ainsi tirée par forme d'ampliation, est, en effet, délivrée en forme exécutoire; et, vainement elle emporterait voie parée d'exécution, si elle ne faisait la même foi que le titre original, conformément aux dispositions de l'article 1335, § 1er. De sa force exécutoire, on doit donc conclure à la foi qui lui est due (1), sans préjudice, toutefois, du droit qu'a la partie qui conteste, d'attaquer au fond l'acte qu'on lui oppose, à moins qu'il n'y ait eu, de sa part, approbation, confirmation ou exécution volontaire.

Mais si la copie n'avait pas été tirée conformément à l'article 844, C. pr., alors même qu'elle l'eût été sur une première grosse, laquelle fait cependant la même foi que l'original, elle ne pourrait être considérée que comme simple renseignement.

Cette exception, fondée sur ce que l'ampliation d'une première grosse déposée a été tirée par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, est la seule que nous puissions admettre. Supposons, en effet, une copie qui, d'après les dispositions de l'article 1335, § 1er, fait la même foi que l'original. Une seconde copie est tirée sur cette première, en présence des parties et de leur consentement réciproque. Elle ne fera cependant pas foi, car elle n'est qu'une copie de copie, tandis que notre article exige que la copie soit tirée par l'officier public, en cette qualité dépositaire de la minute, et sur la minute elle-même. Elle ne vaudra donc toujours que comme simple renseignement, jusqu'à ce que la partie qui s'en prévaut établisse qu'elle a été réellement délivrée en présence des autres parties et de leur consentement. Dès lors, elle tirera de

(1) DURANTON, t. 13, n° 250. — Voy. TOULLIER, t. 8, n°s 439 et suiv.

la convention prouvée des parties une force probante qu'autrement elle n'aurait pas, et pourra valoir comme commencement de preuve par écrit, suivant l'article 1347.

Mais cette copie de copie ne pouvant par elle-même servir d'aucun commencement de preuve par écrit, la partie qui l'invoque ne peut établir qu'elle a été délivrée du consentement réciproque de ses adversaires, qu'à l'aide des moyens de preuve qui seraient exclusivement admissibles pour établir la convention que la copie relate. Autrement, il serait par trop facile d'éluder les prohibitions de la loi en matière de preuve testimoniale.

16. En résumant les dispositions de l'article 1335, on voit qu'elles rangent les copies de titre en trois catégories, sous le rapport de la force probante qui leur appartient. Les unes font la même foi que les titres originaux; les autres ne servent que de commencement de preuve par écrit; les dernières, enfin, ne peuvent être considérées que comme simples renseignements, et encore suivant les circonstances.

Avant d'apprécier les conséquences de cette gradation dans la foi qui leur est due, comme moyens de preuve, nous devons donner quelques explications sur une différence de rédaction qui se remarque dans les termes des paragraphes 1^er^ et 2^e^ de l'article 1335. S'occupant des copies comprises dans le paragraphe 1^er^, il dit qu'elles font foi; et, quant à celles dont il traite dans le paragraphe 2^e^, il dit qu'elles peuvent faire foi.

Cette différence de rédaction signifie-t-elle que les juges peuvent admettre ou rejeter, comme faisant foi, les copies de la seconde espèce? La loi a-t-elle voulu leur accorder, à cet égard, une faculté dont ils peuvent user ou ne pas user, suivant les circonstances? Nous pensons, au contraire, que ces mots, peuvent faire foi, sont synonymes de ceux-ci, font foi. Ainsi, d'ailleurs, s'expliquait Pothier (1), auquel ont été empruntées les principales dispositions de l'article 1335. Appli-

(1) *Oblig.*, n° 737.

quées aux copies de titres, ces expressions, peuvent faire foi, indiquent leur propriété, leur autorité, comme éléments de preuve, sans impliquer, de la part du juge, la faculté discrétionnaire de les admettre ou de les rejeter. Si le législateur avait entendu s'écarter de l'opinion de Pothier, il aurait certainement employé une rédaction différente pour caractériser le pouvoir arbitraire qu'il conférait au juge. Les tribunaux ne peuvent donc refuser d'admettre comme faisant foi, jusqu'à preuve contraire, les copies anciennes délivrées conformément au paragraphe 2 de l'article 1335.

17. Dans tous les cas où les copies de titres authentiques sont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre original, il n'est pas douteux qu'à l'égard des contractants, leurs héritiers et ayants-cause, elles sont investies de la même force probante. Elles remplacent, quant à eux, l'original, et font foi pleinement comme il ferait lui-même, s'il était produit.

Mais en est-il de même à l'égard des tiers? Dumoulin (1) pensait que, dans ce cas, la copie avait bien, comme preuve, la même autorité que l'original entre contractants, et devait produire ses effets à la date même de cet original, dont elle est un exemplaire; mais qu'à l'égard des tiers, les faits et la convention énoncés dans la copie ne pouvaient être reportés à la date du titre original, mais seulement à la date de la copie tirée et délivrée. Il en donne pour raison que, si la copie a été tirée par l'autorité du magistrat, il y a acte judiciaire, chose jugée, dont l'autorité ne s'étend pas aux tiers qui n'ont pas été parties en cause, et que, si la copie a été tirée du consentement réciproque des parties, il y a convention, contrat qui ne peut non plus préjudicier aux tiers.

L'on ajoute (2) que le notaire, par exemple, ne pouvant rendre témoignage authentique que des faits qui se sont

(1) *Ibid.*, nos 37 et suiv.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 430.

accomplis en sa présence, et dont il a acquis la perception et la connaissance par ses sens propres, il est hors d'état, lorsqu'il se borne à délivrer une copie de titre, d'imprimer le sceau de l'authenticité à des faits et énonciations constatés dans un acte préexistant. D'où la conséquence que la copie ne fait foi, comme le titre original, qu'à partir du moment où elle a été délivrée, et que, par suite, elle ne constitue que de ce moment-là le juste titre qui doit servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Quelque spécieuses que soient les raisons sur lesquelles s'appuie cette distinction entre les personnes à l'égard desquelles les copies sont reçues comme faisant foi, nous ne saurions, cependant, l'admettre. En disposant que, moyennant le concours de certaines conditions, les copies font la même foi que le titre original qui n'existe plus, le législateur nous semble avoir établi entre elles et ce titre une assimilation parfaite. Les termes de la loi sont absolus, et repoussent toute distinction. Il ne serait plus exact de prétendre que les copies font la même foi que les originaux, si elles ne pouvaient quant aux faits, dispositions et conventions qui y sont relatés, être reportées à la date des originaux eux-mêmes; car ceux-ci auraient, sous le rapport de la force probante, une autorité et une portée que les copies n'auraient pas.

Quant aux objections tirées des effets tout personnels de la chose jugée et des conventions privées, elles nous semblent déplacées ici, et prises tout à fait en dehors de l'esprit de la loi. Si le législateur exige, pour que la copie fasse la même foi que l'original, qu'elle soit délivrée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties, c'est uniquement afin de s'assurer, par l'intervention du juge ou l'accord des parties intéressées, de l'exacte conformité de la copie avec le titre original. Les solennités judiciaires et le pacte privé n'ont d'autre but et d'autre résultat que de garantir l'existence de ce fait. Or, du moment que cette conformité de la copie avec l'original est assurée aux yeux de la loi, la copie a la même

valeur que l'original, fait la même foi que lui. Les principes concernant les effets de la chose jugée ou des conventions particulières, sont ainsi, dans l'esprit général de la loi, complètement étrangers à la stipulation des garanties spéciales qu'exige l'article 1335.

Ce point nous paraît d'autant moins susceptible d'être contesté, que le même article admet, indépendamment de toute formalité judiciaire, et en dehors de tout consentement donné par les parties, les grosses ou premières expéditions et même les copies anciennes comme faisant la même foi que l'original. Dans ce cas, M. Toullier (1) est obligé d'accorder à ces copies anciennes la même force contre un étranger que contre celui qui a été partie au contrat copié, l'article 1335 ne faisant aucune distinction entre les personnes qui ont été parties au contrat et celles qui ne l'ont pas été. Or, sur quoi est fondée la foi due à la copie, si ce n'est sur sa conformité présumée avec le titre original? Cette présomption de conformité n'est-elle pas plus forte lorsque la copie a été tirée par l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties?

Les observations qui précèdent répondent elles-mêmes à l'objection déduite de ce que l'officier public qui délivre la copie, ne sauraient authentiquement certifier l'existence des faits, déclarations et conventions insérés dans l'acte original. Ce point est incontestable; mais telle n'est pas la question. Il s'agit, en effet, uniquement de savoir si cet officier public, supposé d'ailleurs compétent pour délivrer la copie, en certifie suffisamment la conformité avec le titre original. Or, la question, posée dans ces termes, est résolue par la loi elle-même, puisqu'elle admet la copie comme faisant la même foi que l'original.

Résumons-nous donc, et disons que toutes les fois que les copies, expéditions ou ampliations font la même foi que les originaux qui n'existent plus, elles valent elles-mêmes comme

(1) T. 8, n° 433.

minutes, et doivent être reportées, pour les faits, déclarations, dispositions et conventions qu'elles relatent, non pas à la date de leur délivrance, mais à celle de l'original dont elle reproduisent un exemplaire réputé de tous points conforme. Cette conclusion sera d'une vérité plus sensible, si l'on suppose qu'il s'agit de dispositions testamentaires dont les effets doivent se reporter au jour du décès du testateur.

De là ces conséquences faciles à déduire : c'est que les copies constituent, à la date de l'acte original, et non point seulement du jour où elles ont été tirées (1), un juste titre suffisant pour prescrire par dix ou vingt ans; qu'elles constatent enfin, à l'égard des tiers, en faveur de ceux qui s'en prévalent, la même antériorité de titre que si l'acte original lui-même était produit (2).

Tout ceci n'est cependant rigoureusement vrai que dans le cas où la copie fait généralement et absolument foi, comme le titre original, à l'égard de toutes parties. Supposons donc qu'elle ne fasse foi qu'à l'égard de quelques-unes seulement, parce qu'elles ont été seules dûment appelées, ou qu'elles ont seules donné leur consentement. Dans ce cas, la conformité de la copie avec l'original n'étant pas justifiée par rapport à tous, elle ne fera foi, à l'égard des tiers, que lorsque le commencement de preuve par écrit qui en résulte aura été régulièrement complété. Mais, aussitôt que le complément de preuve aura été administré, elle vaudra, par rapport à eux, de même que le titre original. Que si ce complément de preuve n'a pas lieu, elle fera foi seulement dans la mesure des droits que la partie qui s'en prévaut a à faire valoir contre ceux à l'égard desquels elle est investie d'une pleine force probante.

18. Il peut arriver que chaque partie produise une copie qui présente des variantes dans sa rédaction, et que, néan-

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 244.

(2) Voy. DURANTON, t. 13, n° 244. — MARCADÉ, art. 1335, n° 1. — BONNIER, n° 747.

moins, cette copie fasse également foi, conformément à l'article 1335. Il appartient alors au juge de déterminer, d'après les circonstances, quelle est celle qui doit être crue préférablement. Si, par exemple, l'une des copies produites a été tirée en présence des parties et de leur consentement réciproque, elle devra l'emporter sur celles qui auraient été tirées par l'autorité du magistrat, à moins qu'elle n'eussent été collationnées par le magisirat lui-même, conformément à l'article 852, C. pr. A plus forte raison, devra-t-elle être préférée aux grosses ou premières expéditions, et aux copies simplement anciennes. Les différences de contexte pourront, au surplus, servir elles-mêmes à rectifier les erreurs et réparer les omissions qui auraient été commises dans l'expédition de telle ou telle copie.

Toutes choses parfaitement égales, le doute devra s'interpréter contre le demandeur, parce qu'il n'administre pas la preuve dont la charge lui incombe.

19. Lorsque les copies sont admises par la loi comme faisant la même foi que le titre original, la partie qui les attaque doit s'inscrire en faux contre elles, de même que si le titre original lui-même était produit. Comme elles ont été délivrées par un officier public compétent, elles sont marquées, comme les originaux, du sceau de l'authenticité.

20. Mais dans le cas même où elles font la même foi que les originaux, elles n'emportent voie parée d'exécution que si elles sont délivrées dans la forme exécutoire, c'est-à-dire si elles constituent régulièrement des grosses ou premières expéditions. Le créancier, sans cesser d'avoir un titre parfait, sous le rapport de la force probante, ne peut alors agir par voie d'exécution parée, et doit, pour être admis à intenter de pareilles poursuites, faire reconnaître judiciairement ses droits. Le jugement qui les consacrera formera son titre exécutoire.

21. Lorsque les copies sont simplement admises comme

servant de commencement de preuve par écrit, elles n'ont d'autre effet que de rendre admissibles tous moyens ordinaires de preuve, tels que les témoignages et les présomptions, dans le cas même où ce genre de preuve serait sans elles inadmissible. Mais elles ne forment qu'un commencement de preuve qui a besoin d'être complété; et, comme elles ne constituent point par elles-mêmes un titre parfait, elles ne peuvent toutes seules fonder une condamnation. Elles ne forment point non plus, en faveur de celui qui s'en prévaut, un juste titre qui puisse servir de fondement à la prescription de dix ou vingt ans.

Que si deux copies différentes dans leur teneur étaient produites concurremment, dont l'une fît la même foi que l'original, et dont l'autre ne servît que de commencement de preuve écrite, cette dernière pourrait néanmoins prévaloir, moyennant un complément de preuve légalement administrée, soit par témoins, soit par présomptions.

Au surplus, les juges ne sont point obligés d'admettre ces copies comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils peuvent les admettre ou les rejeter comme telles, suivant les circonstances de la cause et l'état de leurs convictions (1). Car il faut toujours qu'elles rendent vraisemblable le fait allégué. Cette condition, indiquée par l'article 1347, est essentielle et commune à tout élément présenté comme constituant un commencement de preuve par écrit. Il ne suffit donc pas qu'une copie soit produite; le juge a encore le droit et le devoir d'apprécier les probabilités et les vraisemblances qui en résultent en faveur de l'existence du fait allégué.

22. Quant aux copies de copies qui peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements, elles ne sauraient être légalement et utilement invoquées que lorsque le fait qu'il s'agit d'établir est susceptible d'être prouvé

(1) DURANTON, t. 13, nº 246.

par témoins ou par présomptions. Si ces moyens de preuve étaient inadmissibles, les copies de copies ne seraient d'aucun secours, puisqu'elles ne sont admises que comme simples renseignements, comme établissant des présomptions, des indices plus ou moins légers ou considérables.

Cependant, si les parties avaient respectivement invoqué comme fondement de leurs droits une simple copie de copie, chacune d'elles l'interprétant en sa faveur, et prétendant y puiser la preuve du droit par elle réclamé, les tribunaux pourraient prendre pour base de leur décision la pièce produite, puisque les parties s'en sont fait un titre commun (1).

23. Les copies informes tirées par une personne non publique ne font aucune foi, et ne peuvent même jamais servir de commencement de preuve par écrit. Le Code ne s'en occupe pas et les abandonne, par son silence, à l'appréciation des juges qui peuvent, suivant les circonstances, y voir des indices, des présomptions plus ou moins graves (2).

Mais on pourrait, comme au cas où il s'agit de copies de copies, s'en prévaloir contre la partie qui les aurait elle-même produites et invoquées, comme établissant le fondement de ses droits prétendus (3).

24. L'article 1335 ne s'occupe que des copies d'actes publics et authentiques. Les copies d'actes sous seing-privé n'ont aucune foi, à moins qu'elles ne soient tirées par les parties elles-mêmes, et revêtues des mêmes formalités que la loi exige pour la régularité du titre original. Mais alors ces prétendues copies sont de véritables originaux, et en ont toute la force probante.

Les copies des actes privés, qui seraient tirées par des notaires, ne font également aucune foi, et ne peuvent même servir

(1) Cass., 17 déc. 1838. SIREY, 39, 1, 317.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 740.
(3) DUMOULIN, *ibid.*, n° 36. — TOULLIER, t. 8, n° 444.

de commencement de preuve par écrit, à moins que ces actes n'aient été préalablement déposés dans une étude, de manière à être revêtus eux-mêmes du caractère de l'authenticité. Nous avons expliqué plus haut (1) sous quelles conditions ce dépôt devait être effectué, pour que l'acte privé prît rang parmi les actes authentiques.

25. Quant aux actes que les notaires délivrent en brevet, les copies qui en seraient tirées plus tard, même sous forme de grosses exécutoires (2), soit par le notaire qui a reçu l'acte, soit par tout autre notaire dépositaire, ne sauraient jamais faire la même foi que l'original. Elles peuvent, tout au plus, servir de simples renseignements, sans qu'elles puissent même être considérées comme établissant un commencement de preuve par écrit. Comme elles n'ont pas été tirées sur une minute déposée, le brevet étant remis au créancier, et n'étant pas susceptible de dépôt, elles ne rentrent point dans les termes du paragraphe 3 de l'article 1335.

Elles feraient, cependant, la même foi que le titre original, dans le cas, mais c'est le seul, où le brevet aurait été, toutes parties présentes ou dûment appelées, déposé comme minute dans une étude de notaire, soit de celui qui a reçu l'acte ou de tout autre. On rentre alors pleinement dans les dispositions de l'article 1335, suivant les distinctions qu'il établit. Les copies qui en seront tirées plus tard feront donc, suivant les cas, soit la même foi que l'original, soit simplement un commencement de preuve par écrit.

Mais il ne paraît même pas que la partie qui veut obtenir une expédition d'un brevet non régulièrement déposé, puisse invoquer les dispositions de l'article 844, C. pr. (3). Cet article suppose, en effet, que l'acte existe encore ou du moins a existé en minute, puisqu'il s'agit d'une deuxième grosse, soit sur

(1) Art. 1317, n° 40.
(2) Toullier, t. 8, n° 422.
(3) *Contrà*, Toullier, *ibid.*

minute, soit sur grosse déposée. Le notaire dessaisi du brevet n'a, d'ailleurs, désormais aucune qualité pour en délivrer une expédition. Sous aucun rapport donc, on n'est dans les termes de cet article 844. C'est au porteur du brevet à s'en contenter comme d'un titre original parfait.

ARTICLE 1336.

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 faite 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. — Lorsque, 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.

Sommaire.

1. Différence entre l'article 1336 et l'opinion de Pothier.
2. Suite.
3. Suite.
4. Les juges ne sont pas obligés d'admettre, dans tous les cas, la transcription comme établissant un commencement de preuve par écrit.
5. Les conditions exigées par l'article 1336 sont irritantes.
6. Il est inapplicable aux actes sous seing-privé.
7. Des relations des registres de l'enregistrement.
8. Distinction. Espèce jugée.
9. Suite. Conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.
10. Les articles 1335 et 1336 n'excluent pas les moyens ordinaires d'établir l'existence d'un acte.
11. Ils sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1336 décide une question controversée dans notre ancien droit, et il la décide dans le sens de Pothier (1). Boiceau (2) pensait que la copie entière et littérale d'un acte sur les registres publics faisait au moins un commencement de preuve écrite, qui devait rendre admissible la preuve testimoniale. Mais Danty considérait cette question comme souffrant beaucoup de difficulté. Pothier admettait bien la preuve testimoniale, mais moyennant le concours de deux conditions. Il voulait, d'abord, qu'il fût constant que les minutes de tous les actes passés par le notaire, dans l'année dans laquelle on prétendait que l'acte avait été fait, ne se trouvaient point. Jusque-là notre article est parfaitement d'accord avec l'opinion de Pothier.

Mais il ajoute une alternative toute favorable au demandeur qui se prévaut de la transcription. Il veut, au moins, que l'on prouve, si les minutes de l'année ne sont pas toutes perdues, que la perte de la minute de l'acte a été faite par un accident particulier. La preuve de ce fait offre, en effet, une suffisante garantie, et les dispositions du Code sont, sur ce point, un équitable tempéramment apporté à l'opinion trop rigoureuse de Pothier.

2. D'un autre côté, l'article 1336 exige une seconde condition toute nouvelle. Il veut qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date, c'est-à-dire à la date qui lui est assignée dans la transcription. Que si ce répertoire n'était pas représenté, on offrirait vainement de prouver l'accident particulier qui en a occasionné la perte. Les termes de la loi sont clairs; ils exigent qu'il existe un répertoire. C'est donc sa représentation qui est exigée, sans

(1) *Oblig.*, n° 738.
(2) *De la preuve*, p. 1, ch. 11.

qu'elle puisse être suppléée par la preuve de l'accident particulier qui en a causé la perte. Il faut enfin ne pas perdre de vue que ce n'est que par exception, et contrairement aux principes du droit commun, que la transcription d'un acte peut servir de commencement de preuve par écrit. Raison de plus pour s'en tenir rigoureusement au texte de notre article.

3. Pothier voulait, et c'était sa seconde condition, que le demandeur offrît de faire la preuve de l'existence de l'acte par les témoins qui auraient été présents lorsque l'acte a été fait, ou du moins qui auraient entendu les parties en convenir. Et il ne suffirait pas, ajoute-t-il, que le demandeur prouvât qu'on a vu l'acte entre ses mains; car ces témoins qui voient l'acte ne savent pas si cet acte est véritable, ni s'il est revêtu de ses formes. Ainsi, Pothier n'exigeait pas exclusivement et avant tout l'audition en témoignage des témoins instrumentaires, mais bien de toutes personnes indifféremment qui avaient été présentes à la convention, sans participer autrement à l'œuvre du notaire qui recevait l'acte.

L'article 1336 s'écarte, en ce point, de l'opinion de Pothier. « Il sera nécessaire, dit-il, que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. » On ne peut donc se dispenser de les entendre, alors même que l'on produirait d'autres personnes qui, sans avoir servi de témoins instrumentaires, auraient été présentes lorsque la convention a été faite.

Mais en parlant de leur audition, la loi n'entend pas demander l'impossible. On serait donc dispensé de les entendre, si les témoins instrumentaires, bien qu'encore vivants, étaient en état de démence, en cas de récusation légale, absents sans nouvelles, ou dans des pays étrangers et lointains.

Moyennant le concours de ces conditions : preuve de la perte de toutes les minutes de l'année, ou de l'accident qui a causé la perte de la minute, représentation du répertoire, et, en conséquence, audition des témoins instrumentaires, la

transcription sur les registres publics servant de commencement de preuve par écrit, tous autres moyens de preuve, témoignages et présomptions, deviennent dès lors admissibles. Et, parmi les témoins entendus, ceux qui ont vu l'acte entre les mains de telle ou telle partie seront sans doute les plus importants, bien qu'il n'aient pu, à la rigueur, en apprécier la sincérité et la régularité.

4. Alors même que les conditions exigées par notre article se trouvent concourir, les juges ne sont point obligés d'admettre la transcription sur les registres publics comme constituant un commencement de preuve par écrit. Ils conservent le droit de vérifier si, d'après les circonstances et les faits particuliers de la cause, cette transcription rend vraisemblable l'existence du fait allégué. Ils ont donc la faculté d'admettre, où de rejeter, comme insuffisant et imparfait, le commencement de preuve par écrit que le demandeur prétend en faire résulter.

D'un autre côté, pour en faire un titre régulier de condamnation, ils doivent le compléter au moyen de témoignages ou de présomptions.

5. Si les conditions exigées par l'article 1336 n'existent point, les juges, quel que soit le pouvoir discrétionnaire que la loi leur accorde quant à l'appréciation des éléments constitutifs d'un commencement de preuve par écrit, ne peuvent admettre la transcription comme formant un commencement de preuve de ce genre. Les termes de notre article sont formellement exclusifs, et posent des conditions irritantes.

Vainement on prétendrait n'attribuer aux juges que la faculté de voir, suivant les circonstances, dans la transcription, un commencement de preuve par écrit. L'exercice purement facultatif de ce pouvoir arbitraire manque ici de toute espèce de fondement. Car on ne peut, sous aucun rapport, le faire rentrer dans les termes de l'article 1347, qui donne la définition de ce que la loi entend par commencement de preuve par

écrit. La transcription d'un acte sur les registres publics, quelques garanties d'exactitude et de sincérité qu'offre le fonctionnaire qui l'accomplit, ne constitue point, en effet, un acte par écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée. Il faudrait donc, pour y attacher ce degré de force probante, le concours de quelque élément particulier qui rentrât spécialement dans les termes de l'article 1347.

6. La transcription d'un acte sous seing-privé ne peut jamais servir de commencement de preuve par écrit. La raison en est évidente : c'est que, dans ce cas, il est impossible d'accomplir les conditions exigées par l'article 1336 (1), dont les termes mêmes ne comprennent que les seuls actes des notaires.

7. Les dispositions de cet article sont inapplicables à la simple relation d'un acte sur les registres de l'enregistrement. Les actes n'y sont, en effet, relatés que sommairement et par extraits. Ces relations ne présentent donc point des garanties suffisantes d'exactitude et de sincérité, et ne sauraient être assimilées à la transcription, qui est une copie entière et littérale.

Elles ne rentrent point davantage dans la définition que l'article 1347 donne du commencement de preuve par écrit. Car elles ne constituent point d'acte écrit émanant de la personne à qui on l'oppose. Il est vrai que la transcription elle-même ne rentre point non plus dans les termes de cette définition générale. Mais, ainsi que nous l'avons remarqué, les dispositions de l'article 1336 sont exceptionnelles, et ne doivent pas être appliquées à des cas différents, sous prétexte d'une analogie qui même est imparfaite. La relation d'un acte sur les registres de l'enregistrement, quelque vraisemblable qu'elle rende l'existence de cet acte, ne peut donc être invoquée que comme une présomption plus ou moins grave, et ne constitue point un commencement de preuve par écrit, alors même que

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 693, 1re édit., et t. 8, p. 284, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 255.

les deux conditions exigées par l'article 1336 seraient également accomplies (1).

Quant aux actes sous seing-privé, les relations des livres de l'enregistrement qui les concernent sont encore plus évidemment inefficaces pour former un commencement de preuve par écrit, puisque les conditions exigées par l'article 1336, au cas de transcription, ne peuvent jamais concourir. Ce principe a été appliqué au cas d'un testament olographe (2), et d'un acte de nantissement qui même avait été transcrit en entier sur les registres de l'enregistrement (3).

8. Cependant, s'il s'agissait d'un acte public, et que cet acte eût été transcrit en entier sur ces registres, ou que sa relation y fût assez complète et assez détaillée pour équivaloir à une véritable transcription, et que toutes les conditions exigées par l'article 1336 se trouvassent réunies, la relation sur les registres de l'enregistrement pourrait alors servir de commencement de preuve par écrit. On rentre, en effet, dans ce cas, dans les termes de notre article.

Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, dans l'espèce suivante: La dame Teulon, mère d'un enfant naturel dont elle attribuait la paternité au sieur Coste, forme contre ce dernier une demande de pension alimentaire. A l'appui de sa demande, elle représente l'acte de naissance, du 25 brumaire an XII, dans lequel il était dit que l'enfant avait été reconnu comme fils du sieur Coste, par le sieur Astruc, porteur d'une procuration spéciale de ce dernier. Cet acte constatait, en outre, que l'original de la procuration passée en brevet devant notaire, le 6 vendémiaire précédent, avait été remis à l'officier

(1) Toullier, t. 9, n° 72. — Zachariæ, t. 5, p. 693, 1re édit., et t. 8, p. 285, 4e édit. — Locré, t. 2, p. 283, 403 et 520, — Marcadé, art. 1336, n° 2. — Bonnier, n° 754. — Grenoble, 5 juill. 1845. Sirey, 46, 2, 387. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 235.

(2) Lyon, 22 fév. 1831. Sirey, 31, 2, 280.

(3) Aix, 21 fév. 1840. Sirey, 50, 2, 570. — Voy. encore Cass., 28 déc. 1858. Sirey, 59, 1, 909.

de l'état civil, et par lui annexé à l'acte de naissance. Mais cette procuration ne se trouvait plus dans le registre.

Coste, qui avait désavoué sa paternité par acte authentique dès le 12 novembre 1807, renouvela ce désaveu et prétendit qu'il n'avait jamais donné mandat de faire la reconnaissance dont on se prévalait contre lui. La dame Teulon demanda alors à faire preuve de l'existence de ce mandat, et elle produisit 1° un extrait du registre de l'enregistrement, ainsi conçu : du 18 vendémiaire an XII, enregistré procuration en blanc pour reconnaître un enfant dont est enceinte Jeanne Teulon; 2° un extrait du répertoire du notaire qui avait reçu la procuration.

La Cour de Montpellier considéra ces pièces comme constituant un commencement de preuve par écrit, qui rendait, dès lors, admissibles la preuve testimoniale et les présomptions simples.

Sur le pourvoi de Coste, la Cour de cassation (1) « établit qu'en fait il est reconnu et constaté 1° qu'il existe un répertoire en règle du notaire, constatant que la procuration a été faite à la même date; 2° qu'au lieu d'en conserver la minute et d'en délivrer l'expédition, le notaire en remit l'acte en brevet, et que, paraphé par le mandataire, remis par lui à l'officier de l'état civil, l'acte ne fut cependant pas déposé au greffe du tribunal, double circonstance d'où il résulte la perte de l'acte; 3° que la relation de l'enregistrement de la procuration portée sur les registres fait mention expresse et littérale de sa date, du nom de Bernard Coste, mandant, et de l'objet de l'acte, ce qui équivaut, dans l'espèce, à une transcription entière de cet acte. »

Elle décide, en conséquence, que, dans ces circonstances et d'après les faits reconnus constants, la Cour d'appel a pu, dans l'espèce, sans violer les dispositions de l'article 1336, considérer la preuve testimoniale comme admissible.

La Cour de cassation s'est évidemment préoccupée des cir-

(1) 16 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 642.

constances particulières de la cause. Il ne faut donc pas exagérer les conséquences de sa décision, et en induire qu'on puisse admettre les relations des registres de l'enregistrement comme équivalant, dans tous les cas et sans distinction, à la transcription dont parle notre article. Si de semblables relations peuvent être ainsi considérées, ce n'est que dans des cas particuliers et dans des circonstances tout exceptionnelles.

9. Telle est la première et la principale conséquence de l'arrêt que nous venons de rapporter. Mais il en contient d'autres qui, pour être secondaires, n'en méritent pas moins d'être signalées.

Ainsi, quand l'article 1336 exige la preuve de l'accident particulier qui a occasionné la perte de la minute, il ne veut pas dire que l'on doit précisément établir le fait spécial par suite duquel la minute a été détruite ou adirée. Il suffit d'expliquer les principales circonstances auxquelles il convient de rattacher la perte ou la destruction de cette pièce, sans qu'on soit tenu d'en préciser les détails accessoires.

Il est ensuite indifférent que la transcription ait eu lieu ou non d'une manière obligatoire, sur des registres spécialement affectés à cette destination, comme au cas de donation, d'aliénation d'immeubles, ou de substitution fidéicommissaire. La transcription ne cesse pas d'avoir sa valeur, comme élément de preuve, bien qu'elle ait été faite sans nécessité sur des registres publics où l'acte ne devait être rapporté que par extrait, tels que ceux de l'enregistrement.

Alors même que la transcription n'est pas entière et littérale, la relation de l'acte, si elle en rapporte tous les éléments essentiels, peut, suivant les circonstances, équivaloir à une transcription véritable, sans qu'il y ait à tenir compte de différences peu importantes.

Que si, par exemple, la relation de l'acte sur les registres de l'enregistrement ne mentionne pas les témoins instrumentaires, on peut, néanmoins, établir quels étaient ces témoins,

pour les faire entendre, s'ils existent, ou suppléer leur témoignage, s'ils sont décédés, par tous moyens ordinaires de preuve (1).

10. En admettant les copies d'un titre original, ou sa transcription sur les registres publics, comme remplaçant le titre original lui-même, ou comme établissant son existence, suivant les distinctions et sous les conditions qu'ils déterminent, les articles 1335 et 1336 n'excluent point les autres moyens ordinaires d'établir l'existence de faits et de conventions qui auraient été constatés par écrit, en cas de perte du titre qui servait de preuve littérale. L'article 1348 introduit, pour ce cas, une exception aux prohibitions concernant la preuve testimoniale, et autorise le créancier qui a perdu son titre écrit à prouver la perte qu'il allègue, en justifiant qu'elle a été la suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Mais telle est alors la situation du créancier, qu'il est tenu de faire une preuve entière et complète, sans avoir en sa possession aucun des éléments prévus par ces deux articles qu'il puisse invoquer.

Ce ne sont pas seulement les actes constatant des conventions, mais encore ceux contenant des dispositions testamentaires, dont l'existence peut ainsi être établie. Par exemple, bien qu'un testament authentique ne soit pas représenté, ni aucune copie ou expédition régulière, les juges peuvent, néanmoins, en reconnaître l'existence et en ordonner l'exécution, en se fondant, soit sur les aveux et déclarations de celui par le fait duquel on prétend qu'il s'est adiré, soit sur l'existence d'une copie signifiée par huissier, à une date plus ou moins ancienne, à l'occasion d'une contestation antérieure (2).

11. Les articles 1335 et 1336 sont inapplicables aux exploits et actes d'huissier. Les termes mêmes dans lesquels leurs dis-

(1) Cass., 16 fév. 1837. SIREY, 37, 1, 642.
(2) Cass., 3 mai 1841. SIREY, 41, 1, 720.

positions sont conçues indiquent que ces actes sont en dehors de leurs prévisions. On ne peut donc suppléer la représentation des originaux ni par les extraits des registres de l'enregistrement, ni par leur transcription sur des registres publics, ni même par la production de l'une des copies. En admettant que de pareils éléments de preuve fussent suffisants pour établir l'existence de l'original, ils sont impuissants et inefficaces pour justifier qu'il a été fait régulièrement et suivant les conditions de forme déterminées par la loi (1). Mais il reste toujours l'article 1348, dont les dispositions générales doivent être appliquées quand cesse l'application de l'article 1336.

§ V. *Des Actes récognitifs et confirmatifs*

Article 1337.

Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. — Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

Sommaire.

1. Titre primordial et récognitif.
2. Les actes de reconnaissance peuvent être envisagés à un triple point de vue.

(1) Boncenne, t. 2, p. 242. — Chauveau, sur Carré, *Quest.*, 337 *bis*. — Cass., 1er août 1810. Sirey, 14, 1, 81. — *Contrà*, Bordeaux, 9 mai 1848. Sirey, 48, 2, 549.

3. Comme moyens de preuve. Aperçus historiques. Distinction.
4. Suite.
5. De la relation du titre primordial.
6. Elle n'empêche pas d'en ordonner la représentation, s'il existe.
7. Il faut toujours en revenir au titre primordial.
8. Les parties peuvent convenir que la représentation du titre primordial ne pourra être exigée.
9. L'acte récognitif n'existe que par l'intention de reconnaître. Des reconnaissances incidentes.
10. Des changements, additions et différences dans l'acte récognitif. Distinction.
11. Quand il y a changement?
12. Le second paragraphe de l'article 1337 s'applique à toute espèce de modifications.
13. Du cas où il y a plusieurs reconnaissances conformes.
14. Le juge a alors la faculté de dispenser de la représentation du titre primordial.
15. Ce n'est pas qu'il s'agisse, dans ce cas, de prescription.
16. L'exception s'applique même au cas de changements et de différences.
17. Critiques exagérées de l'article 1337.
18. Les reconnaissances peuvent, en tout cas, former un commencement de preuve écrite,
19. Même lorsqu'il s'agit de changements. De l'intention d'innover.
20. En quels cas le titre récognitif peut l'emporter sur le titre primordial.
21. L'article 1337 ne s'applique qu'au cas où il existe un titre primordial.
22. Il est inapplicable en matière de commerce.
23. Les actes récognitifs sont soumis aux conditions générales.
24. Pour reconnaître, il faut avoir la capacité de disposer.
25. Des actes récognitifs considérés comme moyen d'interrompre la prescription.

COMMENTAIRE.

1. Le titre primordial, ainsi que son nom l'indique, est l'acte écrit qui, le premier et dès le principe, constate l'existence d'une obligation. Le titre récognitif, au contraire, est celui par lequel une personne déclare qu'elle est tenue envers une autre d'une obligation préexistante.

2. Les actes portant reconnaissance d'engagements anté-

rieurs doivent être envisagés à un triple point de vue, 1° comme moyens de prouver l'existence de l'obligation; 2° comme moyens d'en opérer la confirmation; 3° enfin, comme moyens d'en interrompre la prescription. Les conditions essentielles à leur efficacité sont différentes, suivant qu'il s'agit d'en faire résulter la preuve ou la confirmation de l'engagement, ou l'interruption de la prescription.

Le même acte peut, au surplus, produire ce triple effet. On comprend, en effet, parfaitement que le débiteur peut, en même temps qu'il reconnaît envers le créancier l'existence d'un engagement antérieur, confirmer cet engagement, soit en lui donnant une force nouvelle ou une force qu'auparavant il n'avait pas, et, en même temps encore, interrompre la prescription qui courait à son profit, au moyen de cet acte de reconnaissance et de confirmation.

L'article 1337 ne s'occupe des actes récognitifs que comme moyens de prouver l'existence d'une obligation préexistante. Considérés comme moyens de confirmer une obligation, ils rentrent dans les dispositions des articles suivants. Envisagés enfin comme moyens d'interrompre la prescription, ils font le sujet de l'article 2248. Nous avons ainsi, en les caractérisant par leurs effets, les actes recognitifs, les actes confirmatifs et les actes interruptifs.

3. Considérés comme moyens de preuve, les actes récognitifs ont, dans la pratique de notre droit moderne, une importance beaucoup moins considérable qu'autrefois. Sous notre ancien droit, les concessions féodales et ecclésiastiques, les emphytéoses, les baux à rente et autres engagements de la même espèce, aujourd'hui moins fréquents et pour la plupart inusités ou même abolis, fournissaient, sans sortir de l'ordre des intérêts privés, de nombreux sujets d'application aux principes concernant les actes récognitifs. D'autre part, et dans un ordre d'intérêts plus élevés, l'octroi de la part des rois, des seigneurs ou du clergé, de chartes, de franchises, d'im-

munités, de priviléges et de grâces, ramenait nécessairement, dans la pratique, les questions relatives aux actes portant reconnaissance, à leurs conditions quant à la forme et à leur efficacité quant au fond.

Le droit canonique posa le premier en cette matière, comme en plusieurs autres, les principes juridiques. C'est à lui que Dumoulin (1) emprunta sa théorie des actes récognitifs et confirmatifs; et Pothier (2) l'a reproduite en la résumant. Ce dernier auteur a servi de guide au législateur moderne.

L'opinion de ces auteurs, ainsi que les dispositions de l'article 1337, repose sur ce principe qui lui sert de point de départ : c'est que toute reconnaissance suppose une obligation préexistante; que le titre récognitif ne fait qu'en déclarer et reconnaître l'existence, sans rien innover, sans rien étendre ni rien diminuer des dispositions du titre primordial.

Passant aux conséquences de ce premier principe, le droit canonique en déduisait que les actes simplement récognitifs n'ajoutaient rien à la validité du titre primordial; qu'ils ne lui donnaient point une force nouvelle, s'il n'était valable dès le principe, à moins qu'il ne fût établi que le débiteur avait eu l'intention d'en réparer les vices, et de lui donner une valeur que, sans cette confirmation, il n'avait pas.

Nous retrouverons ce principe et ces conséquences dans les dispositions du Code civil; mais nous ne pouvons nous empêcher de remarquer ici la confusion qu'ils tendent, tout d'abord, à établir, et qu'ils avaient effectivement établie dans notre ancien droit, entre les actes simplement récognitifs et les actes confirmatifs. Ce n'est pas que les nombreux points de contact par lesquels ces actes se touchent n'aient contribué eux-mêmes, surtout dans la pratique, à établir cette confusion contre laquelle les auteurs et les tribunaux ne se sont pas toujours garantis. Mais il importe de les distinguer avec soin;

(1) *Paris*, § 8, glose 1, nos 84 et suiv.
(2) *Oblig.*, nos 742 et suiv.

et c'est à la théorie qu'il appartient de leur restituer leurs caractères propres, et de marquer les différences essentielles qui les séparent. Il en résulte, en effet, des conséquences pratiques fort importantes.

Partant du principe que nous venons de rappeler, Pothier distinguait donc, d'après Dumoulin et les canonistes, deux espèces de titres récognitifs ou reconnaissances : celles qu'ils appellent *ex certâ scientiâ*, et celles qu'ils nomment *in formâ communi*.

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ*, appelées aussi *in formâ speciali*, étaient celles où la teneur du titre primordial était relatée. Elles équipollaient à ce titre.

Les reconnaissances *in formâ communi* étaient celles où la teneur du titre primordial n'était pas relatée. Ces reconnaissances (nous copions Pothier qui cite lui-même Dumoulin), servaient seulement à confirmer le titre primordial et à interrompre la prescription; mais elles ne confirmaient le titre primordial qu'autant qu'il était vrai; elles n'en prouvaient point l'existence, et elles ne dispensaient point le créancier de le rapporter.

Dumoulin (1) marque plus énergiquement les différences qui distinguaient les deux espèces de reconnaissances. Il y a, suivant lui, cette différence entre elles, que la confirmation donnée *in formâ communi* ne prouve point l'existence du titre prétendu confirmé, tandis que la confirmation donnée *ex certâ scientiâ* en fait foi. C'est que celle-là a un caractère de présupposition et de condition, et que celle-ci est pure et simple et certaine. Quand celui qui confirme le fait *in formâ communi*, sans relater tout au long, *ad longum*, la teneur du titre primordial, il se réfère à ce titre seulement en tant qu'il est régulier, légitime et valable. Et alors il n'apparaît pas qu'il ait eu l'intention de l'approuver purement et simplement, mais

(1) *Ibid.*, n° 88.

uniquement dans la présupposition et sous la condition qu'il n'est entaché d'aucun vice, *si ita sit* (1).

4. Ces aperçus reposent, à coup sûr, sur un grand fonds de vérité. Aussi, l'opinion de Pothier et de Dumoulin a-t-elle été, au moins dans ce qu'elle a d'essentiel et de principal, consacrée par l'article 1337. « Les actes récognitifs, dit-il, ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. »

Un simple acte de reconnaissance, authentique ou sous seing-privé, en tant qu'il est considéré comme moyen de preuve, est donc insuffisant par lui-même pour établir l'existence d'une obligation préexistante qui a été le sujet d'un titre primordial. C'est toujours à ce dernier titre qu'il faut en revenir, en vertu de cette maxime qui domine la matière des reconnaissances : à savoir, que la rénovation simple du titre ne produit, au fond, aucune innovation dans l'engagement.

5. Mais il y a exception quand la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans le titre récognitif. Ce dernier acte fait alors pleine foi de l'existence de l'obligation ; et, s'il est en forme exécutoire, bien que l'acte primordial n'ait point la même force, il emporte voie parée d'exécution, comme s'il était le seul titre constitutif de la dette.

Que doit-on entendre par la relation spéciale de la teneur du titre primordial? Bien évidemment la loi n'exige point, comme Dumoulin le voulait, que ce titre soit reproduit en entier et transcrit littéralement, tout au long, *ad longum*, dans le titre récognitif. La relation de la teneur d'un acte n'en est ni la copie ni la transcription entière et littérale. Si les expressions de l'article 1337 ne l'établissaient point suffisamment par elles-mêmes, il suffirait, pour s'en convaincre, de remarquer que la loi vient de s'occuper, dans les dispositions qui précèdent, de la copie et de la transcription des actes, choses différentes en elles-mêmes et dans l'expression.

(1) POTHIER, *Constitution de rente*, n° 151.

La teneur de l'acte primordial sera donc censée relatée, lorsque le titre récognitif, sans en reproduire littéralement le contexte, en rapportera les dispositions, en énonçant la nature de l'obligation, son montant, les choses qui en font le sujet, son exigibilité, la date et les autres circonstances du titre primitif qui la constitue. Il est vrai que les canonistes et Dumoulin exigeaient, dans le cas de la confirmation qu'ils appelaient en forme spéciale, la reproduction entière de la teneur du titre. Mais, pour établir que l'article 1337 n'est pas aussi rigoureux, il nous suffit d'observer d'abord qu'il ne s'agit point ici d'actes confirmatifs, mais seulement d'actes récognitifs, considérés comme moyens de prouver l'obligation dont ils présupposent l'existence. D'autre part, Pothier, qui a servi de guide aux rédacteurs du Code, se borne à exiger que la teneur du titre primordial soit relatée. Il n'y a ainsi, entre l'expression de son opinion et la rédaction de l'article 1337, d'autre différence que l'insertion du mot, spécialement. Mais ce terme lui-même, qui ne donne pas une portée sensiblement différente à notre article, semble n'y avoir été inséré que pour mieux caractériser les conditions de forme que doivent réunir les reconnaissances dites *in formâ speciali*. Ajoutons enfin que, pour les actes confirmatifs proprement dits, l'article 1338 exige seulement que la substance de l'obligation s'y trouve rapportée.

Il sera donc pleinement satisfait aux prescriptions de l'article 1337, lorsque l'acte de reconnaissance mentionnera le titre primordial, en énonçant ses dispositions de manière à ne laisser aucun doute sur son existence, son identité, et à suffire lui-même pour préciser et déterminer la portée de l'engagement (1). Dès lors, il importe peu que le titre récognitif soit ancien ou récent. La foi qui lui est due est indépendante de sa date.

(1) Toullier, t. 8, n° 484, et t. 10, n° 334. — Zachariæ, t. 2, p. 448, 1re édit., et t. 8, p. 288, 4e édit. — Bonnier, n° 738. — Cass., 15 avril 1867. Sirey, 1867, 1, 240. — *Contrà*, Marcadé, art. 1337, n° 4.

Mais il serait irrégulier et inefficace comme acte de reconnaissance, si la relation du titre primordial ne résultait pas expressément de sa rédaction même. Vainement on prétendrait en compléter la relation inexacte ou incomplète, à l'aide d'éléments étrangers pris en dehors des termes dans lesquels il est conçu.

Il s'ensuit que les tribunaux ont, sur ce point, un pouvoir assez étendu d'interprétation, puisqu'il leur appartient d'apprécier, suivant les circonstances, si les termes de l'acte récognitif contiennent ou non une relation suffisante du titre primordial. Mais, dans l'exercice de ce pouvoir d'interprétation, ils doivent ne pas perdre de vue qu'il ne suffirait point, pour satisfaire aux prescriptions de la loi, d'énoncer, par forme de résumé ou d'extrait succinct, les principales dispositions du titre primordial. Il n'est pas vrai alors que sa teneur soit spécialement relatée, puisque le titre récognitif est insuffisant pour établir, au défaut du titre primitif, les conditions et la portée de l'engagement. S'agit-il, par exemple, d'un acte de vente, il y a nécessité de mentionner le vendeur et l'acquéreur, la chose vendue, le montant du prix, les conditions du payement, toutes les circonstances enfin qui sont de nature à caractériser et spécifier l'obligation.

6. Alors même que le titre récognitif relate spécialement la teneur du titre primordial, et dispense en conséquence de sa représentation, quand il est adiré, néanmoins, s'il est établi, par l'aveu du créancier ou par tout autre moyen de preuve, que ce titre primordial existe, la représentation non-seulement peut, mais encore doit en être ordonnée par le juge, sur la demande de l'une ou de l'autre partie. Régulièrement, en effet, l'acte récognitif ne dispense pas de la production du titre primitif, et, s'il le remplace, ce n'est que sous certaines conditions de forme, et seulement au cas où il est perdu. Telle est l'opinion de Pothier (1), qui suppose, quand il dit que les reconnais-

(1) *Oblig.*, n° 743.

sances faites *in formâ speciali* équipollent au titre primordial et en prouvent l'existence, que ce titre est effectivement adiré. Les rédacteurs du Code ont suivi trop fidèlement la doctrine de cet auteur, pour qu'on puisse admettre qu'en ce point ils s'en soient écartés.

L'application du second paragraphe de l'article 1337 suppose elle-même que le titre primordial peut au moins être représenté, puisqu'il dispose que ce que le titre récognitif contient de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. Comment, en effet, serait-il possible d'exécuter cette disposition, si, sous le seul prétexte que l'acte récognitif est en forme, celui qui s'en prévaut pouvait se dispenser de produire le titre primitif, dont l'existence est démontrée par son propre aveu ou par tout autre moyen régulier de preuve? En l'absence de ce titre, tout rapprochement, toute comparaison est impossible, et le second paragraphe de l'article 1337 demeure sans application et sans sanction. D'ailleurs, comme le font remarquer les annotateurs de M. Zachariæ (1), la partie qui s'oppose à la représentation du titre primordial qui existe, n'aurait d'autre intérêt que celui de profiter des changements que l'acte récognitif contient à son avantage. Or, cet intérêt est illégitime aux yeux de la loi, puisque ces changements ne doivent produire aucun effet.

7. Il faut donc, autant que cela est possible, en revenir au titre primordial, soit qu'il n'existe qu'un seul acte récognitif régulier, soit qu'il en existe plusieurs irréguliers, conformes ou différents entre eux. Le législateur est tellement pénétré de cette pensée, que les simples actes de reconnaissance, quelle qu'en soit la forme, n'ont d'autre objet que de déclarer et reconnaître, sans aucune innovation, l'obligation préexistante, qu'il dispose que ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet (1337).

(1) T. 2, p. 449, n^te 10, 1^re édit., et t. 8, p. 288, n^te 12, 4^e édit.

Ces dispositions sont absolues comme la présomption qui leur sert de principe. Les actes simplement récognitifs doivent donc toujours être réduits aux termes et aux proportions de l'acte primordial, auquel ils sont censés ne vouloir ni ne pouvoir, conformément à l'intention présumée des parties, rien ajouter ni rien retrancher. Mais remarquons que ce n'est là qu'une présomption de droit. Nous aurons à développer plus loin cette observation que, pour le moment, nous nous bornons à consigner.

8. Les parties peuvent, au surplus, valablement convenir, en passant un acte récognitif, que la représentation du titre primordial ne pourra être exigée. Cette renonciation au droit de se prévaloir des dispositions de l'article 1337, ne concernant que des intérêts purement privés, n'est contraire, ni à l'ordre public, ni aux prohibitions de la loi. Elle doit donc produire ses effets, alors même, par exemple, qu'il s'agirait d'une rente qu'on dit entachée de féodalité, et abolie, en conséquence, par l'article 5 de la loi du 25 août 1792 (1).

9. Mais pour que l'acte récognitif, qui relate spécialement la teneur du titre primordial, puisse dispenser de la représentation de ce dernier titre, il faut qu'il ait été fait réellement dans le but et avec l'intention de reconnaître l'obligation préexistante. Si cette prétendue reconnaissance ne se rencontrait que par forme d'énonciation incidente, dans un autre acte qui a été dressé dans une autre intention que de déclarer et reconnaître l'engagement, elle ne vaudrait point comme acte récognitif.

Tel est le cas où le débiteur d'une rente retire quittance des arrérages qu'il paye, en y faisant ou en y laissant insérer que c'est pour telle rente, constituée tel jour, au capital de... Comme cette énonciation n'a pour objet que de causer la quittance, et non de reconnaître la rente principalement, la quit-

(1) Cass., 5 déc. 1837. SIREY, 38, 1, 72.

tance ne fait pleine foi que du payement des arrérages, et non de l'existence de la rente; ou plutôt elle ne fait foi de l'existence de la rente, qu'en ce qui concerne le fait particulier du payement qui y est constaté. Ainsi, il en résulte que le prétendu débiteur ne s'est point obligé pour l'avenir, mais qu'il ne peut agir en répétition de l'indû, qu'à la charge par lui de prouver que la rente n'était pas actuellement due. Si, en effet, on peut légitimement induire du payement que celui qui l'opérait croyait, à ce moment-là, effectivement devoir, ainsi qu'il l'a fait ou laissé exprimer dans l'acte, néanmoins, on ne peut en conclure qu'il ait eu l'intention de s'engager irrévocablement pour l'avenir, alors que des circonstances particulières l'ont plus tard détrompé de sa fausse croyance (1).

Du reste, on ne peut disconvenir que la quittance contenant une semblable reconnaissance, bien qu'elle ne fasse pas toute seule pleine foi, ne puisse contribuer à établir la preuve de l'existence de l'obligation, lorsqu'elle est jointe à d'autres documents. Elle constitue même un commencement de preuve par écrit (2).

Observons, toutefois, qu'il ne faut point considérer comme purement incidente toute reconnaissance qui aurait été intercalée, par forme d'énonciation, dans un autre acte, et par cela seul qu'elle y aurait été ainsi intercalée. Il importe peu, en effet, qu'elle se trouve dans un autre acte, si elle y a été insérée principalement dans le but et avec l'intention de reconnaître l'obligation préexistante, et de s'y engager pour l'avenir. Mais il faudra toujours, pour qu'elle vaille comme titre récognitif parfait, qu'elle relate spécialement la teneur du titre primordial. La solution de cette question est donc elle-même, on le comprend sans peine, subordonnée à l'appréciation des circonstances.

(1) DUMOULIN, *De usuris*, *Quest.* 20, n° 20. — POTHIER, *Constitution de rente*, n° 153.

(2) POTHIER, *ibid.*

10. Quant aux changements, additions et différences qui peuvent se trouver dans un acte récognitif, Pothier (1) fait cette distinction : Si le débiteur s'est obligé à plus ou à quelque chose de différent, il doit, suivant lui, en être déchargé, en rapportant le titre primordial et en faisant reconnaître l'erreur qui s'est glissée dans la reconnaissance. Il faut même toujours en revenir au titre primordial, quand même l'erreur se serait continuée dans une longue suite de reconnaissances.

Si, au contraire, le débiteur a reconnu pour moins qu'il n'est porté par le titre primordial, et s'il y a plusieurs reconnaissances conformes qui remontent à trente ans, le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus.

Remarquons ce dernier motif donné par Pothier. Ce n'est donc pas comme titres récognitifs que les reconnaissances suppléent le titre primordial, et dispensent de sa représentation; c'est seulement en vertu de la prescription acquise à son profit que le débiteur est libéré de tout ce que les actes récognitifs portent en moins dans ses engagements. Aussi, M. Duranton (2) a-t-il raison de dire qu'il ne voit pas pourquoi Pothier, dont il paraît d'ailleurs adopter la distinction, exige qu'il y ait plusieurs reconnaissances conformes, puisque la prescription seule suffit.

MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (3) paraissent même aller encore plus loin et pousser à l'extrême la distinction de Pothier, quand ils disent que si l'acte récognitif diffère de l'acte primordial, les additions ou les changements qu'il contient à la charge du débiteur ne produisent aucun effet. Ils semblent ainsi distinguer entre les changements opérés à la charge ou au profit du débiteur, et en faire profiter indistinc-

(1) *Oblig.*, n° 744, et *Constitution de rente*, n° 150.
(2) T. 13, n° 262. — MARCADÉ, art. 1337, n° 5, en note.
(3) T. 2, p. 450, 1re édit. — MARCADÉ, art. 1337, n° 5.

tement ce dernier, nonobstant la représentation du titre primordial, soit qu'il existe un seul ou plusieurs actes récognitifs remontant même à moins de trente ans.

Quant à nous, nous ne saurions admettre cette distinction entre les changements en plus et les changements en moins, entre ceux qui sont à la charge du débiteur et ceux qui sont à sa décharge. On peut, il est vrai, présumer tout d'abord que le législateur moderne n'a pas entendu s'écarter de l'opinion de Pothier, auquel il paraît avoir emprunté les dispositions de l'article 1337. Et cette considération aurait sans doute une grande valeur, s'il s'agissait de l'interprétation d'un texte qui présentât quelque obscurité. Mais si les termes de la loi sont clairs, on ne peut leur faire violence au point de leur substituer une simple opinion d'auteur, sous le seul prétexte que c'est à cette source que la loi a dû être puisée.

Or, le texte du paragraphe 2 de l'article 1337 nous semble repousser la distinction que l'on propose, d'autant mieux que, si le législateur du Code eût voulu la consacrer, on peut croire, avec raison, qu'ayant sous les yeux l'opinion de Pothier, il se serait autrement exprimé. S'il se bornait à dire que ce que les titres récognitifs contiennent de plus que le titre primordial n'a aucun effet, on pourrait, à coup sûr, tirer de cette rédaction un argument décisif en faveur de la distinction que nous combattons, et dire, en conséquence, que les seuls changements et additions qu'ils contiennent, à la charge du débiteur, sont réputés non avenus. Mais il ajoute que ce qui s'y trouve de différent n'a aussi aucun effet. Ces expressions sont générales; elles signifient toute modification, toute différence, quelle qu'elle soit, au profit ou au préjudice de l'un ou de l'autre des contractants, sans qu'il y ait à faire, à cet égard, aucune distinction.

Nous savons bien que l'on peut dire que la cause de la libération est favorable, que les lois inclinent toujours du côté du débiteur. Mais cette considération est ici déplacée et contredite par l'esprit général de la loi en matière de reconnaissances.

Voici, en effet, d'abord, quelle est la situation respective des parties : Le débiteur invoque l'acte récognitif, qui contient en sa faveur des changements en moins; le créancier oppose l'acte primordial, qui contient des différences en plus. Le débiteur invoque donc une exception de libération ; or, comme demandeur en son exception, il doit la justifier. Est-elle prouvée et justifiée par cela seul qu'il produit un acte récognitif? Nullement; car cet acte est en contradiction avec le titre primordial; et telle est, en matière de reconnaissances, la pensée dominante et la présomption générale de la loi, que les parties, en faisant un acte récognitif, ont eu seulement l'intention de reconnaître et de déclarer l'obligation préexistante, sans y apporter au fond aucuns changements, aucunes additions, aucunes modifications, soit en plus, soit en moins. Comme la contradiction qui existe entre le titre primordial et le titre récognitif s'explique, dans l'esprit de la loi, par une présomption d'erreur, c'est donc toujours au titre primitif qu'il faut recourir. La condition des parties reste ainsi égale, et cette égalité nous paraît beaucoup plus conforme aux principes de droit et d'équité, qu'une distinction arbitraire que repoussent en même temps et le texte et l'esprit de la loi (1).

11. C'est encore une conséquence des principes généraux du droit, en cette matière, qu'il ne convient d'admettre des différences entre le titre récognitif et le titre primordial, que lorsqu'elles y sont formellement et particulièrement exprimées. Si la reconnaissance était conçue en termes généraux, et qu'elle rappelât, par des expressions spéciales, certains effets du titre primitif, ces énonciations ne devraient pas être considérées comme emportant des changements et des dérogations.

12. On a prétendu que les dispositions de l'article 1337, § 2, ne s'appliquent point aux clauses et conditions acces-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 489. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 286, 4e édit.

soires, nouvelles et différentes, telles que celles qui concernent un cautionnement, la solidarité, une garantie quelconque; mais qu'elles s'appliquent seulement aux modifications et innovations qui se réfèrent à l'objet principal de l'obligation établie dans le titre primordial (1). Cette distinction nous semble arbitraire, et les termes absolus de notre article la repoussent. Ils déclarent de nul effet tout ce que le titre récognitif contient de plus ou de différent. Or, on ne saurait contester que ces clauses relatives au cautionnement, à la solidarité, à une garantie, bien qu'elles soient accessoires, soit qu'elles s'y trouvent en plus ou en moins, constituent quelque chose de différent qui doit demeurer sans effet, à moins qu'il ne soit établi par les circonstances que les parties ont volontairement consenti ces modifications et entendu qu'elles fussent exécutées.

13. Telles sont les dispositions générales de l'article 1337. Venons maintenant aux exceptions.

« Néanmoins, ajoute-t-il, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. » Trois conditions doivent ainsi concourir.

Il faut plusieurs reconnaissances, deux au moins, conformes l'une à l'autre; de telle sorte que, si les titres récognitifs étaient alternativement différents entre eux, et qu'il ne s'en rencontrât pas deux au moins de suite qui fussent conformes, la première condition voulue par notre article ferait défaut.

Mais, par conformité, l'on ne doit pas entendre une identité littérale et textuelle. Les actes ne laissent pas d'être conformes, bien que leur rédaction ne soit pas identique, si les dispositions qu'ils contiennent sont exactement les mêmes, sans additions ni changements appréciables, sans opposition ni contradiction entre elles.

(1) Toulouse, 5 avril 1838. SIREY, 39, 2, 380.

Il faut, en outre, que les titres récognitifs soient soutenus de la possession, c'est-à-dire que la possession que les parties exercent de leurs droits respectifs, doit être conforme aux dispositions des reconnaissances. Cette conformité de la possession avec le titre donne à celui-ci une force plus grande, et une autorité qu'il n'aurait pas comme titre simplement récognitif. Le fait vient alors confirmer et corroborer les énonciations de l'acte.

L'une au moins des reconnaissances doit enfin avoir trente ans de date. Son ancienneté en fait présumer la sincérité et l'exactitude, en même temps qu'elle fait présumer la perte ou la destruction du titre primordial.

Si l'acte récognitif mentionne sa date, cette énonciation fait foi entre les parties, leurs successeurs et ayants-cause, suivant les principes que nous avons développés plus haut, en ce qui concerne la foi due aux actes authentiques ou sous signature privée.

Si l'acte récognitif ne relate point sa date, il appartient aux tribunaux de la déterminer et d'en fixer l'ancienneté, d'après l'appréciation des circonstances.

Le temps déterminé pour qu'un acte récognitif soit réputé ancien, sert lui-même de mesure à la durée de la possession qui doit le soutenir. La possession doit donc, comme le titre, remonter à trente ans. Autrement, si elle avait une durée moindre, il serait inexact de dire que la reconnaissance est soutenue de la possession.

14. Moyennant le concours de ces trois conditions, pluralité de reconnaissances conformes, ancienneté de l'une d'elles au moins remontant à trente ans, possession conforme et trentenaire à l'appui, le créancier peut être dispensé de représenter le titre primordial. Mais ce n'est pour le juge qu'une faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances. Alors donc que le créancier allègue que le titre primordial est détruit ou adiré, cette allégation peut ne pas suffire

pour le dispenser de produire le titre primitif. Le juge, appréciant les faits de la cause et vérifiant la vraisemblance de cette assertion, a la faculté de le dispenser ou non de le représenter, d'admettre ou non, en conséquence, les actes récognitifs comme faisant la même foi que l'acte primordial. Même dans ce cas, les actes de reconnaissance ne sont donc pas pleinement et absolument investis de force probante.

15. En exigeant que les reconnaissances soient soutenues de la possession, et que l'une d'elles ait trente ans de date, pour que le créancier puisse, malgré l'irrégularité des actes récognitifs, être dispensé, suivant les circonstances, de représenter le titre primordial, l'article 1337 ne veut pas dire qu'il existe, en ce cas, une prescription quelconque en faveur de l'une ou de l'autre des parties. Il n'y a de rapport avec la prescription proprement dite, qu'en ce qui concerne le fait de la possession qui appuie le titre, et le délai de trente ans qui constitue l'ancienneté de la reconnaissance. Quant aux autres conditions de la prescription, elles sont parfaitement étrangères aux dispositions de l'article 1337. Il ne saurait donc être question d'interruption ni de suspension de prescription. C'est qu'il ne s'agit ici que de déterminer, en dehors des règles ordinaires de la prescription, le degré de force probante dont est investi un titre récognitif.

Ce n'est pas cependant qu'une véritable prescription ne puisse être acquise et invoquée par l'une ou l'autre des parties. Mais elle le sera indépendamment des titres respectivement produits, et conformément aux principes qui en fixent les règles particulières. L'article 1337 est alors sans application, et la prescription accomplie, non-seulement dispense le créancier ou le débiteur de représenter le titre primordial ou récognitif, mais encore interdit au juge le pouvoir d'en exiger la représentation, puisqu'ils sont, l'un et l'autre, frappés d'inefficacité ou plutôt d'extinction. Il est donc fort important de distinguer la prescription proprement dite des conditions

exigées par l'article 1337, pour l'application de l'exception qu'il consacre.

16. Mais quelle est la portée de cette exception? On est d'accord pour reconnaître qu'elle s'applique incontestablement au cas où les actes récognitifs ne relatent point spécialement la teneur du titre primordial. Il peut alors être suppléé à ce titre, au moyen de plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date.

Mais cette exception ne s'applique-t-elle pas également au cas où les actes récognitifs contiennent quelque chose de plus ou de différent que le titre primordial? On en conteste ici l'application, et, à l'appui de ce système d'interprétation, on dit (1) que le troisième paragraphe de l'article 1337 a été littéralement emprunté à Pothier (2); que l'exception qu'il consacre ne s'appliquait qu'au cas où l'acte récognitif avait été rédigé *in formâ communi,* sans relater la teneur du titre primordial; qu'il est difficile de croire que le législateur du Code civil lui ait donné, en en conservant le texte littéral, une extension que Pothier lui refusait; que, si ce troisième paragraphe clot l'article 1337, ce n'est que par suite d'une erreur de rédaction, car sa place est immédiatement après le premier paragraphe, puisqu'il doit en être, comme dans Pothier, la suite et l'exception.

Ces considérations historiques sur les sources où ont été puisées les dispositions finales de l'article 1337, ont sans doute une grande importance, et nous essayerions vainement d'en méconnaître l'autorité. Cependant, sans cesser de reconnaître tout ce que les sources de notre Code offrent d'important et d'utile pour son interprétation, nous ne cesserons de répéter que, avant tout et après tout, il faut s'attacher au texte de la loi, au sens naturel et simple de ses dispositions. Qu'importe que le législateur moderne n'ait point exprimé l'intention de

(1) TOULLIER, t. 8, nos 486 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 450, 1re édit.
(2) *Oblig.*, no 743.

modifier et de changer les anciens principes? Si les termes dans lesquels est conçue la loi nouvelle ne les consacrent pas formellement, s'ils en expriment de différents ou même de contraires, il faut bien se soumettre et se résigner à les accepter.

Or, il nous semble qu'on fait violence au texte de l'article 1337, lorsqu'on veut restreindre la portée de ses dernières dispositions. Nous n'en voulons d'autre preuve que le changement qu'on est forcé d'opérer dans la distribution de ses paragraphes. De quel droit en intervertir ainsi l'ordre et le classement, alors surtout que cette interversion amène des résultats aussi graves? Si elle se justifiait par le besoin d'échapper à une conséquence d'une révoltante injustice ou d'une choquante absurdité, nous comprendrions ce mode d'interprétation, tout violent qu'il paraisse. Mais cette excuse manque ici complètement. Car le sens que nous entendons donner au troisième paragraphe de l'article 1337 n'a rien que de très juste et de très équitable, ainsi que nous allons le montrer.

Il nous semble donc que l'exception qu'il consacre s'applique, non-seulement au cas où l'acte récognitif ne relate pas la teneur du titre primordial, mais encore au cas où il contient quelque chose de plus et de différent. Le terme, néanmoins, qui commence le dernier paragraphe, en même temps qu'il marque son rapport avec les dispositions qui précèdent, annonce, en effet, une exception à ces mêmes dispositions. Il ne fait aucune distinction entre elles; il se rattache à l'une et à l'autre pour les compléter et les expliquer. Et, chose remarquable! alors qu'il semble se lier par des rapports plus prochains et plus immédiats, du moins dans le sens grammatical, au paragraphe qui le précède immédiatement, c'est ce même paragraphe que l'on supprime pour le rejeter à la fin de l'article, comme une disposition absolue, indépendante, et n'admettant aucune exception. Le texte et la distribution des paragraphes de l'article 1337 résistent donc à une interprétation semblable.

Mais pourquoi le législateur moderne a-t-il ainsi modifié l'opinion de Pothier, en lui donnant une portée plus considérable? Pourquoi!... Il nous suffirait d'abord de répondre que la difficulté même d'expliquer et de justifier ces changements ne les empêcherait pas d'exister. Mais cette difficulté n'existe point. On a adressé, en effet, de vives critiques aux dispositions de notre article. On s'est même ingénieusement appliqué à en éluder, autant que possible, l'application rigoureuse (1). Toute exception à la sévérité de ses dispositions est donc favorable, et doit être favorablement accueillie. Or, n'est-ce pas une disposition bien rigoureuse, qui même peut le plus souvent, si elle n'est équitablement tempérée, contrarier les principes d'équité et de justice, que celle qui se trouve dans le second paragraphe de l'article 1337, et d'après laquelle la loi ne reconnaît aucun effet à ce que le titre récognitif contient de plus ou de différent que le titre primordial?

Nous verrons plus loin si cette disposition n'est point susceptible, dans son application, d'autres restrictions et de nouveaux tempéraments. Nous nous bornons ici à demander s'il n'est pas équitable et juste que, dans certaines circonstances, le titre récognitif, qui contient des additions et changements, puisse équipoller au titre primordial, et dispenser celui qui se prévaut de la reconnaissance de représenter ce dernier titre. Eh bien, c'est cette exception que la loi nouvelle, moins rigoureuse et plus équitable que l'opinion de Pothier, a entendu consacrer dans le troisième paragraphe de l'article 1337. Appliqué aux actes récognitifs qui contiennent des changements en plus ou en moins, il signifie donc que, bien qu'en principe ces changements n'aient aucun effet, néanmoins, s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date, les tribunaux

(1). Voy. MALEVILLE, sur l'art. 1337. — TOULLIER, t. 10, nos 313, 331. — DURANTON, t. 13, n° 263. — DELVINCOURT, t. 2, p. 391. — ZACHARIÆ, t. 8, p. 286, 4e édit.

auront la faculté de ne pas exiger la représentation du titre primordial. Ainsi, les reconnaissances pourront, par elles-mêmes, le suppléer, et avoir par leur conformité, leur ancienneté et l'appui de la possession, même sans qu'il y ait de prescription proprement dite, une pleine et entière force probante. Dans ces termes, l'exception dont il s'agit nous paraît aussi conforme aux principes de justice et d'équité qu'au texte même de l'article 1337.

17. Nous venons de dire que ses dispositions avaient été l'objet de vives critiques. On a prétendu, en effet, que, dans leur sévérité, elles étaient en opposition avec les principes qui déterminent la foi due aux actes publics ou sous seing-privé, ainsi qu'à l'aveu; qu'en exigeant la relation dans l'acte récognitif de la teneur du titre primordial, ou le concours de plusieurs reconnaissances conformes et soutenues de la possession, en n'attribuant enfin aucun effet aux changements et additions, l'article 1337 était en désaccord avec les articles 1319, 1320, 1322, 1356, C. civil; que ce défaut d'harmonie entre les dispositions du Code résultait de ce que le législateur moderne avait emprunté l'article 1337 aux ouvrages de Pothier, sans faire attention que ce savant auteur avait confondu les actes de reconnaissance avec les actes de confirmation, et appliqué à la force probante des premiers des règles qui ne s'appliquaient qu'à ceux-ci, alors, cependant, que Dumoulin avait pris soin de les distinguer (1).

Ces critiques, fondées à quelques égards, ne laissent pas d'être empreintes d'une certaine exagération. L'article 1337 n'est point, en effet, autant du moins qu'on le prétend, en opposition avec les principes consacrés par d'autres articles du Code. Quand on lui reproche de n'attacher de force pleinement probante aux actes récognitifs que sous des conditions d'une

(1) Voy. TOULLIER, t. 10, nos 313 et suiv.; 327-330. — MARCADÉ, art. 1337.

rigueur excessive, on ne tient pas suffisamment compte, d'une part, de la nature spéciale des reconnaissances, et, d'autre part, des tempéraments et restrictions dont les dispositions de notre article, si sévères en apparence, sont néanmoins susceptibles. Répétons-le donc : s'il exige la relation de l'acte primordial dans l'acte récognitif; si, à défaut de cette relation, il veut plusieurs reconnaissances conformes, anciennes et soutenues de la possession; s'il écarte comme étant sans effet tous changements et additions, c'est que dans sa pensée, les parties se bornant à reconnaître l'obligation préexistante, sont présumées, par cela même, avoir entendu s'en référer, dans tous les cas, au titre primordial, qui n'était ni altéré, ni modifié, ni suppléé par l'acte récognitif. Telle a été la pensée du législateur, et les dispositions de l'article 1337 y sont conséquentes.

Nous comprendrions la justesse des critiques dont elles ont été l'objet, si elles étaient tellement rigoureuses et absolues, que toute espèce de force probante, à un degré quelconque, fût déniée aux actes récognitifs ne remplissant pas les conditions déterminées. Une inefficacité aussi radicale serait bien faite pour choquer les principes du droit et de l'équité; mais tel n'est point le sens de l'article 1337.

18. Alors même qu'en l'absence des conditions voulues, les reconnaissances ne font pas foi pleine et entière, et n'équipollent pas au titre primordial, dont la représentation peut toujours être exigée, elles ne sont pas, néanmoins, destituées de toute espèce de force probante. Elles valent toujours, du moins, comme commencement de preuve par écrit, et rendent, en conséquence, admissibles tous autres moyens de preuve. Les juges peuvent ainsi, dans tous les cas, admettre, à ce titre, les actes récognitifs, sauf à eux à exiger de la partie qui les invoque, le complément de preuve dont elle est tenue.

Peu importe qu'il n'existe alors qu'un seul acte de reconnaissance, que cet acte unique ne soit même pas soutenu de la possession. Il ne laisse pas de valoir, puisqu'il en réunit

toutes les conditions, comme commencement de preuve par écrit; et il ne reste plus qu'à le compléter au moyen de témoignages ou de présomptions.

19. Les actes de reconnaissance contiennent-ils, par rapport à l'acte primordial, quelques changements en plus ou en moins, quelques additions ou réductions; ils pourront encore prévaloir sur le titre primitif, pourvu que la partie qui les invoque établisse clairement, par tous les moyens ordinaires de droit, que l'intention commune des contractants a été d'introduire ces innovations et modifications dans leurs engagements.

L'article 1337 est enfin inapplicable lorsqu'il résulte évidemment, soit des circonstances de la cause, soit des termes de l'acte récognitif, que les parties ont entendu faire une novation proprement dite, et substituer le nouveau titre à l'ancien, qui demeure dès lors frappé d'extinction (1).

20. En subordonnant à certaines conditions la force probante des actes récognitifs, notre article ne fait donc que reconnaître l'antériorité et la supériorité du titre primordial considéré comme tel. Mais la présomption légale établie en sa faveur n'est point tellement exclusive et absolue, qu'elle écarte toute preuve contraire. Si le titre récognitif, en l'absence des conditions exigées, apparaît avec une force relativement moindre, il peut néanmoins devenir un titre complet et parfait, au préjudice même du titre primordial qui est représenté, toutes les fois que le commencement de preuve qui en résulte est parachevé par tous les moyens ordinaires de droit. Mais ce complément de preuve en est la condition essentielle. Ainsi tempéré dans son application, l'article 1337 peut-il être accusé de violer les principes qui régissent la foi due aux actes publics ou sous signature privée?

21. Il résulte de ses termes qu'il est inapplicable au cas où

(1). Toullier, t. 8, n° 488. — Zachariæ, t. 2, p. 448 et 450, 1re édit., et t. 8, p. 287, 4e édit. — Marcadé, art. 1337, n° 6.

il n'a jamais existé de titre primordial. L'acte de reconnaissance est primitif lui-même, puisqu'il est le premier qui constate l'engagement. Il fait donc pleine foi par lui-même, conformément aux règles qui déterminent la force probante des actes publics ou sous seing-privé.

22. Les dispositions de l'article 1337 sont enfin inapplicables en matière de commerce. Telle est la conséquence du principe qu'en cette matière les juges peuvent se décider par la preuve testimoniale et les présomptions ordinaires (1).

23. Les actes récognitifs sont, quant à leur forme, soumis aux conditions générales que la loi exige pour la régularité et la validité des actes privés ou publics, sans préjudice des conditions spéciales exigées par l'article 1337.

24. Pour reconnaître valablement, il faut avoir la capacité de disposer de ses droits (2). L'acte récognitif émané d'un incapable serait donc soumis à une action en nullité ou en rescision.

25. Nous avons examiné jusqu'à présent les actes récognitifs au point de vue où l'article 1337 les considère lui-même, c'est-à-dire comme moyen de prouver l'existence d'une obligation préexistante. Considérés comme moyen d'interrompre la prescription, ils ont un caractère spécial, des effets particuliers, et sont soumis à des conditions différentes.

En principe général, les actes de reconnaissance interruptifs de la prescription demeurent soumis aux règles ordinaires de l'aveu. Les dispositions de l'article 1337 leur sont, en conséquence, inapplicables.

La reconnaissance interruptive peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle résulte d'actes écrits, soit qu'il s'agisse d'actes entre vifs ou testamentaires, soit qu'ils rem-

(1) Cass., 29 déc. 1835. SIREY, 36, 1, 751.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 743.

plissent ou non les conditions exigées par les articles 1337 et 1338. Elle est tacite lorsqu'elle résulte de faits qui supposent nécessairement, de la part du reconnaissant, un aveu implicite de son obligation.

Expresse ou tacite, elle n'a pas besoin, pour produire effet, d'être acceptée par le créancier. Il suffit qu'il ne la répudie pas pour qu'il puisse incessamment s'en prévaloir. Les actes récognitifs, au contraire, en tant qu'ils sont considérés comme moyens de preuve, constituent des faits qui présentent un caractère conventionnel, et ont besoin, pour produire effet, d'être contractuellement acceptés comme tels.

A la différence des simples actes récognitifs, qui doivent émaner de personnes capables de s'obliger, les actes interruptifs sont valables, bien qu'ils n'émanent pas de personnes capables de contracter, de disposer de leurs droits ou d'y renoncer (1). Comme une semblable reconnaissance n'a pas même pour objet de fournir, au moyen d'un acte écrit, la preuve d'une obligation préexistante et déjà constatée, on ne peut dire, la prescription n'étant point acquise, que le reconnaissant contracte une obligation ou fait une renonciation quelconque. Il n'y a donc point lieu, de sa part, à action en nullité ou en rescision.

L'article 2263 nous offre un exemple de reconnaissance considérée comme interruptive de la prescription, quand il dispose qu'après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir, à ses frais, un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants-cause. Mais nous n'insisterons pas davantage sur cette matière, qui appartient au titre de la prescription.

Article 1338.

L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en res-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 447, 1re édit.; et t. 2, p. 355, 4e édit.

cision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. — A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. — La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers.

Sommaire.

1. Ce qu'est la confirmation.
2. Elle diffère de la reconnaissance.
3. Il ne s'agit point ici de la ratification prévue par l'article 1998. Observations.
4. Suite.
5. Quels engagements peuvent être confirmés.
6. Suite. Obligations naturelles.
7. Origine des divers vices qui peuvent entacher une obligation. Règle générale.
8. Vices d'objet et de cause. Distinction.
9. Exemples. Usure. Contrat pignoratif. Louage de services à vie.
10. Vices de forme.
11. Distinction entre la confirmation de l'acte et la confirmation de l'obligation.
12. Il faut qu'il existe une obligation.
13. Du défaut de signature de l'officier public ou de la partie.
14. De la preuve de l'obligation confirmée.
15. A quelle époque la confirmation peut avoir lieu utilement.
16. Vices de forme, de capacité et de consentement.
17. Des actes des mineurs. Confirmation du tuteur ou curateur.
18. Des actes des femmes mariées. Confirmation du mari. Si elle oblige la femme.
19. Vices d'objet et de cause.
20. Vices d'objet. Exemples.
21. Vices de cause. Modifications au contrat de mariage.

22. De la confirmation des conventions matrimoniales.
23. Suite. Donation par contrat de mariage. Exécution.
24. Traité intervenu entre le tuteur et le pupille.
25. Des obligations sans cause ou sur fausse cause.
26. De la lésion.
27. Principe de la confirmation.
28. Conditions auxquelles sont soumis les actes confirmatifs.
29. Ils doivent en justifier par eux-mêmes.
30. Ils peuvent, au fond, être entachés de quelque vice.
31. *Quid*, si l'acte ne mentionne point le vice ou l'intention de le réparer?
32. Tous moyens de preuve sont alors admissibles.
33. *Quid*, s'il ne mentionne qu'un seul vice?
34. *Quid*, s'il existe plusieurs vices?
35. Suite.
36. Connaissance du vice. Distinction entre la partie et ses successeurs. Article 892.
37. Qui doit prouver le concours des conditions exigées ou leur défaut?
38. Distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.
39. Les juges peuvent apprécier les circonstances.
40. Pour confirmer, il faut être capable de s'obliger.
41. L'exécution doit être volontaire.
42. Quand elle vaut confirmation tacite.
43. Peu importe qu'elle soit totale ou partielle. Ses caractères.
44. Ce qu'elle comprend.
45. De l'intention d'exécuter manifestée simplement.
46. Article 892. Il rentre dans le droit commun. *Quid* pour la lésion?
47. La confirmation expresse ou tacite n'a pas besoin d'acceptation.
48. De la confirmation par acte testamentaire.
49. La confirmation expresse ou tacite emporte renonciation à l'action en nullité.
50. Mais le confirmant peut agir d'un autre chef ou en une autre qualité.
51. Ce que signifient ces mots, sans préjudice du droit des tiers? Ancien droit. Opinion des auteurs. Distinction entre les nullités absolues et relatives.
52. Distinction proposée par Basnage.
53. Autre distinction entre l'hypothèque et l'aliénation.
54. Questions particulières. La prescription de l'action rétroagit envers tous.
55. Ce qu'on doit entendre ici par tiers.
56. La confirmation n'est point un titre nouveau. Conséquences.
57. Elle peut être opposée aux tiers qui ont contracté postérieurement.

58. Discussion. Elle n'a pas d'effet rétroactif envers les tiers qui ont auparavant acquis des droits dans le temps intermédiaire.
59. Les tiers exercent l'action dans le temps fixé pour la prescription.
60. De la ratification dans les termes de l'article 1998.
61 De l'espèce de confirmation résultant de l'exception de garantie.

COMMENTAIRE.

1. Confirmer une obligation, c'est littéralement lui donner de la force, soit qu'il s'agisse de lui communiquer une force plus grande que celle qu'elle avait déjà, ou une force nouvelle qu'elle n'avait pas encore. La confirmation suppose ainsi l'existence d'une obligation qui n'est pas parfaite sous le rapport de la force juridique, puisqu'elle a besoin d'être fortifiée. Or, ce défaut de force tient à l'existence de quelque vice dont elle est entachée, soit dans la forme, soit au fond, et qui la soumet à une action en nullité ou en rescision. La confirmation d'une obligation est donc l'acte par lequel on efface ou l'on couvre les vices existants, de manière à la rendre désormais inattaquable par voie de rescision ou de nullité.

2. A la différence des actes de reconnaissance, qui ne sont relatifs qu'aux moyens de prouver l'existence d'une obligation antérieure, les actes de confirmation se réfèrent à la valeur et à l'efficacité juridiques de l'engagement. Ce n'est pas qu'il ne puissent eux-mêmes être considérés comme moyens de preuve, comme constituant des actes de reconnaissance; mais alors ils doivent, comme tels, pour être réguliers et valables, réunir toutes les conditions exigées par l'article 1337, indépendamment de celles que prescrit l'article 1338. Pour valoir à la fois comme récognitif et comme confirmatif, le même acte devra donc satisfaire, en même temps, aux dispositions particulières qui lui sont applicables en l'une et l'autre qualité. Il ne vaudra qu'à l'un ou à l'autre titre seulement, soit comme confirmation, soit comme reconnaissance, suivant qu'il réunira les

conditions voulues par l'article 1338, ou celles exigées par l'article 1337.

Mais si l'acte de confirmation ne vaut lui-même, en même temps, comme acte de reconnaissance, il est de toute nécessité que l'obligation à laquelle il s'applique soit établie par d'autres moyens de preuve.

Les actes récognitifs et confirmatifs ont du reste cette puissance commune; ils sont également interruptifs de la prescription.

Par elle-même, la confirmation ne contient qu'une renonciation au droit de se prévaloir des vices dont l'obligation était entachée, et qui la soumettaient à une action en nullité ou en rescision. Elle ne renferme aucune espèce de novation; mais elle peut venir accessoirement à une novation proprement dite.

3. La confirmation dont s'occupe l'article 1338 suppose que celui qui confirme a été personnellemeut partie dans l'obligation, ou y a été représenté par ses auteurs. Il ne faut donc pas la confondre avec la ratification des engagements contractés au nom d'un tiers, sans pouvoir ni mandat régulier. Il est vrai que notre article parle d'acte de confirmation ou ratification, et que ce dernier mot s'applique spécialement à l'approbation qu'un tiers donne aux engagements pris, en son nom, par un autre qui n'avait ni mandat ni pouvoir. Mais on ne doit pas y attacher ici cette signification rigoureuse. Cette expression est, en effet, considérée, dans notre article, comme synonyme de celle de confirmation. Cette interprétation résulte de son texte même, puisqu'il applique la confirmation ou ratification à une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision. Or, on ne peut dire qu'on a une action en nullité ou en rescision contre d'autres obligations que celles où l'on a été personnellement partie, ou représenté par ses auteurs. Alors, au contraire, qu'il s'agit d'engagements contractés par un tiers, sans pouvoir ni mandat, celui au nom

duquel ils ont été pris n'a qu'à les repousser comme *res inter alios acta,* sans qu'il ait à exercer, pour en être délié, aucune action en nullité ou en rescision proprement dite.

L'article 1338 est donc inapplicable aux ratifications qui peuvent être données à ces engagements. Elles sont régies exclusivement par les dispositions de l'article 1998 (1), d'après lequel le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà du mandat, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Cette espèce d'approbation ou de confirmation, qui est la ratification proprement dite, n'a, sous ce rapport, rien de commun avec la confirmation dont nous nous occupons ici. Alors que celle-ci est soumise à certaines conditions de forme, celle-là n'est assujettie à aucune espèce de formalités. Soit qu'elle résulte d'actes, d'écrits quelconques ou de faits, il suffit qu'il en résulte clairement et nécessairement la preuve que le tiers au nom duquel l'engagement a été pris sans mandat et sans pouvoir, a eu l'intention de se l'approprier et de l'accepter, comme s'il l'avait consenti et souscrit lui-même.

Cette confirmation, expresse ou tacite, couvre toutes les irrégularités résultant du défaut ou de l'excès de mandat et de pouvoir. Tant qu'elle n'est pas rescindée ou annulée pour un motif quelconque, elle tient lieu de pouvoir et de mandat, *ratihabitio mandato æquiparatur;* et celui qui l'a donnée ne peut plus attaquer l'acte, en prétendant qu'il a été fait par un tiers sans pouvoir ni qualité.

Mais si, indépendamment du vice résultant de l'excès ou du défaut de pouvoir, l'acte était infecté d'un autre vice, ce vice

(1) TOULLIER, t. 8, n° 491. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 451, n^te 3, 1re édit., et t. 4, p. 261, n^te 4, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 265. — TROPLONG, *Mandat,* n° 608. — FAVARD, Rép., v^is *Acte récognit. et conf.*, sect. 2, n° 1, — Cass., 25 déc. 1815. SIREY, 16, 1, 243. — Bordeaux, 8 août 1870. SIREY, 71, 2, 10. — Cass., 1^er juin 1880. SIREY, 80, 1, 405.— 11 novembre 1879. SIREY, 81, 1 165.— 13 juin 1883. SIREY, 84, 1, 184.

ne pourrait être réparé qu'au moyen d'une confirmation donnée dans les termes de l'article 1338 (1).

La confirmation de cet article et la ratification de l'article 1998 ont, toutefois, ces deux points communs; c'est qu'elles ont, l'une et l'autre, pour objet de conférer à l'acte une plus grande force obligatoire, et qu'elles produisent également des effets rétroactifs entre les parties, sans que, néanmoins, ils aient lieu au préjudice des tiers, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

4. Ces premières explications données, voyons quelles obligations sont susceptibles de confirmation, soit qu'il s'agisse seulement de la confirmation de l'article 1338, ou, en outre, de la ratification de l'article 1998. Car les principes que nous allons développer sont communs à l'un et à l'autre cas; et si une obligation n'était pas en elle-même susceptible de confirmation, elle ne pourrait être ratifiée ou le serait vainement. Du moment, en effet, que l'on considère l'engagement en soi, le point de vue où l'on se trouve placé est le même, soit qu'il s'agisse d'une obligation où celui qui confirme a été partie par soi ou par ses auteurs, ou bien d'une obligation contractée en son nom par un tiers sans pouvoir ni mandat. Seulement, dans ce dernier cas, la ratification précède ou est censée précéder la confirmation, puisque, avant de réparer les vices dont l'obligation est atteinte au fond et en elle-même, il faut commencer par se l'approprier. Mais on peut, sans aucun doute, ratifier et confirmer par le même acte, et purger ainsi les vices de différente espèce qui affectent l'obligation.

Tel acte vaut comme ratification dans le sens de l'article 1998, qui est insuffisant pour valoir comme confirmation dans le sens de l'article 1338. Après avoir ratifié l'acte où l'on n'a pas été partie, on peut être encore dans le cas de le confirmer à raison des vices dont il est atteint; et, si cette première

(1) DURANTON, t. 13, n° 266.

ratification a ses conditions propres, la confirmation, qui la suit, a aussi les siennes. Alors revient la question de savoir si l'engagement qui a été ratifié est susceptible de confirmation. Car, de ce qu'on l'a accepté, de ce qu'on se l'est approprié, comme si on l'avait souscrit et consenti soi-même, il ne s'ensuit pas que ces vices intrinsèques soient réparés. On est seulement entré dans un cas de confirmation proprement dite, si l'acte en est lui-même susceptible.

5. Toute confirmation ou ratification présuppose l'existence d'un engagement, mais suppose, en même temps, qu'il n'a pas une pleine force juridique contre celui envers lequel le prétendu créancier veut en poursuivre l'exécution. Il faut donc, avant tout, qu'un engagement existe, auquel puisse s'appliquer, régulièrement, l'acte de confirmation ou de ratification. S'il n'en existe aucun, ou s'il est réputé inexistant, toute confirmation est impossible, puisqu'elle manque d'assiette. On ne saurait, en effet, confirmer le néant. Telles sont les conventions faites sans intention de s'obliger, par forme de plaisanterie, *jocandi causâ*, ou avec un enfant, un fou, soit lorsqu'il n'y a pas accord de volontés entre les parties, ou lorsque le prédécès de l'une d'elles, avant l'acceptation de l'autre, a prévenu et empêché toute formation du contrat (1).

6. Mais il ne suffit pas qu'une obligation existe; il faut, en outre, qu'elle puisse obtenir, au moyen de la confirmation ou ratification, toute la force d'une obligation civile, juridiquement parfaite. Ainsi, on ne peut confirmer les simples obligations naturelles, bien qu'elles puissent faire l'objet d'une novation, en devenant la cause d'une obligation civile (2). C'est surtout dans son application aux obligations de cette espèce que la maxime, *qui confirmat nihil dat*, offre un caractère plus sensible de vérité.

(1) Cass., 13 nov. 1849. SIREY, 49, 1, 753.
(2) Voy. art. 1271, n° 10.

Une confirmation pure et simple n'ajouterait donc rien à l'obligation simplement naturelle, et ne la relèverait pas de son inefficacité. Cette impuissance de l'acte confirmatif est si vraie, que même l'exécution partielle d'une obligation naturelle ne la convertit pas en une obligation civile, et que cette exécution, bien qu'en général elle vaille confirmation, empêche, tout au plus, le débiteur de répéter, comme indû, ce qu'il a payé, sans autoriser le créancier à réclamer, par les voies de droit, le payement du surplus que son adversaire est toujours en droit de lui refuser (1).

Si l'obligation naturelle avait été, par l'effet d'une novation régulière, convertie en une obligation civile, elle vaudrait alors en cette dernière qualité. Mais son efficacité juridique résulterait de la novation seule, et non d'une prétendue confirmation. Si, indépendamment du caractère de l'obligation naturelle qui lui a servi de principe, l'acte de novation était lui-même entaché de quelque vice qui le soumît à une action en nullité ou en rescision, il serait alors, comme tout autre, susceptible de confirmation ou de ratification.

7. Les vices dont une obligation peut être entachée au fond se rapportent à quatre origines différentes. Il y a les vices de consentement, de capacité, d'objet et de cause. Nous allons les examiner successivement, et voir quels sont ceux qui ne peuvent être réparés par aucun acte de confirmation ou de ratification.

Nous posons, tout d'abord, cette règle générale; c'est que toutes obligations contre lesquelles la loi admet une action en nullité ou en rescision, peuvent être indistinctement confirmées, soit que le vice tienne au fond ou à la forme, soit que la nullité soit relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre et d'intérêt publics. Les explications dans lesquelles nous

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 259 et 451, 1re édit., et t. 4, p. 9, et p. 262, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 6, n° 391. — MARCADÉ, art. 1338, n° 2.

allons entrer serviront de développement et de confirmation de cette règle, même sur les points où nous aurons à signaler certaines exceptions.

Les vices de consentement, tels que l'erreur, la violence, le dol; ceux de capacité, tels que le mariage, la minorité, l'interdiction, produisent une nullité relative, qui ne peut être opposée que par celui de la part duquel ces vices existent. Ils peuvent incontestablement être réparés au moyen d'un acte de confirmation.

8. Quant aux vices concernant l'objet qui fait la matière de l'obligation, comme ils se rattachent, quels qu'ils soient, à l'indisponibilité de la chose, aussi longtemps que cette indisponibilité dure, ils ne peuvent être régulièrement effacés.

Il en est de même des vices de cause qui entachent l'obligation, soit parce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux prohibitions de la loi. Comme la nullité dont l'obligation est frappée se fonde sur des motifs d'intérêt général, tant que ces motifs subsistent, l'engagement ne peut être valablement confirmé par aucune des parties. Le même vice qui l'infecte se communiquerait, à l'instant même, à l'acte de confirmation (1).

Alors donc que le vice est perpétuel, la nullité résiste à toute confirmation, et les bonnes mœurs, l'ordre public, la loi, réclament incessamment contre tous actes par lesquels les parties prétendraient donner à leur engagement une validité que l'illégitimité de sa cause ne comporte pas.

Mais on comprend que nous n'entendons point parler ici des autres vices résultant seulement de la fausseté de la cause ou de son défaut. Rien ne s'oppose, en effet, dans ce cas, à ce que l'acte soit valablement confirmé ou ratifié. L'action en nullité à laquelle donnent lieu ces vices de cause peut être couverte,

(1) TOULLIER, t. 7, n° 561. et t. 8. n° 515. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 453, 1re édit., et t. 4, p. 263, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 271.

comme dans les cas ordinaires. La cause même de la confirmation ou de la ratification supplée la cause de l'acte auquel elles s'appliquent, et elles emportent ainsi renonciation à se prévaloir des vices dont cet acte était entaché. Il en sera de même en cas d'exécution volontaire avec connaissance, toute voie de répétition de l'indû se trouvant dès lors fermée (1). Aussi, n'y a-t-il que la cause illicite qui fasse obstacle aux actes de confirmation expresse ou tacite.

9. Tel est l'engagement de payer des intérêts usuraires (2). Telle est la convention par laquelle le créancier serait autorisé à disposer du gage sans les formalités prescrites (2078), ou devrait devenir propriétaire de la chose donnée en antichrèse, par le seul défaut de payement au terme convenu (2088).

Si ce contrat exorbitant d'antichrèse avait été, en fraude de la loi, déguisé sous les apparences d'un contrat pignoratif, les actes de confirmation intervenus sur ce contrat n'auraient pas plus d'efficacité. Le vice de la cause ne serait pas purgé. Les juges pourraient seulement s'autoriser de l'existence d'actes confirmatifs, pour reconnaître que le contrat, argué de simulation et de fraude, constitue, au contraire, un acte sincère de vente, sous faculté de rachat, et avec relocation au profit du vendeur. Ce n'est donc pas qu'il y ait confirmation; car le vice qui entache l'acte a une cause perpétuelle qui s'y oppose; mais l'acte prétendu confirmatif peut être apprécié sous le rapport de la sincérité et de la bonne foi du contrat. Si, nonobstant tout acte de confirmation, il est prouvé que l'acte d'aliénation constitue un contrat pignoratif, réellement fait en fraude des prohibitions de la loi, il reste encore soumis à l'action en nullité, comme le serait la clause interdite par l'article 2088. La confirmation, loin de couvrir le vice, ne fait

(1) Toullier, t. 6, n° 180.

(2) Cass., 22 juin 1830. Sirey, 30, 1, 409. — 31 déc. 1833. Sirey, 34, 1, 104. — Limoges, 22 juillet 1873. Sirey, 73, 2, 180.

ainsi que le perpétuer, et le seul moyen d'assurer la transmission de la propriété dans les termes du contrat, c'est, non pas de tenter une confirmation impossible, mais de refaire entièrement la convention.

Les actes de confirmation ou d'exécution volontaire qui en tiennent lieu peuvent eux-mêmes, suivant les circonstances, valoir alors comme emportant une véritable novation par rapport au contrat primitif. Car rien ne s'oppose à ce que le débiteur aliène, au profit de son créancier, par un acte régulier et valable, la chose qu'il lui a remise en nantissement.

N'est jamais non plus susceptible de confirmation, l'acte de louage par lequel une personne aurait engagé à vie ses services, contrairement aux prohibitions de l'article 1780. Mais il est inutile de citer de plus nombreux exemples sur un point aussi incontestable, et qui se rattache d'ailleurs à la question de savoir à quelle époque un acte peut être régulièrement confirmé, question que nous examinerons bientôt.

10. Les vices dont nous venons de parler sont intrinsèques, inhérents à l'obligation elle-même. Mais il en est d'autres qui lui sont extrinsèques. Ce sont ceux qui se réfèrent à l'acte destiné à la constater, à en établir la preuve.

Il n'y a pas de doute que ces vices ne puissent eux-mêmes être couverts et purgés par un acte de confirmation. Si l'article 1338, en parlant seulement des actions en nullité ou en rescision, semble s'occuper exclusivement des vices intrinsèques de l'obligation, il doit cependant être entendu dans un sens plus large. Il suffit, en effet, de le rapprocher de l'article 1340 pour être convaincu qu'il s'applique également aux vices extrinsèques, inhérents à l'acte destiné à fournir la preuve de l'obligation, et que la confirmation emporte indistinctement renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit tout autre exception. Si l'on donnait à ses dispositions l'interprétation étroite que nous repoussons, on ne comprendrait pas comment les actes de confirmation auraient plus de portée, à l'égard des

donations, pour lesquelles cependant le législateur s'est montré plus sévère, puisqu'elles ne peuvent être efficacement confirmées et ratifiées que par les héritiers ou ayants-cause du donateur. Enfin, l'article 1325 ne fait qu'appliquer à un cas spécial les dispositions générales de l'article 1338.

11. Mais il importe, avant tout, de distinguer la confirmation qui s'applique aux vices de l'acte de celle qui se rapporte aux vices de l'obligation. L'acte considéré comme moyen de preuve est, en effet, tout différent de l'engagement; il peut être valide, tandis, au contraire, que le contrat est sujet à rescision ou à nullité; être nul et irrégulier, tandis que l'engagement est régulier et valable. Confirmer l'acte quant à la forme, ce n'est donc pas confirmer l'obligation quant au fond; mais alors que l'on confirme expressément ou tacitement l'obligation, on renonce, par cela même, à faire valoir les vice de l'acte (1).

Cette distinction entre l'acte et l'obligation va nous servir encore à résoudre plusieurs questions délicates, relatives au point de savoir quand et comment les vices de l'acte sont susceptibles de confirmation et de ratification. Il est une vérité simple et générale qui les domine toutes; c'est qu'on ne peut confirmer ou ratifier que ce qui a une existence réelle, quoique le fait juridique auquel s'applique la confirmation manque, à raison d'un vice quelconque, de toute la force nécessaire. Il faut donc qu'un engagement existe au fond, pour qu'on puisse, quant à la forme, faire un acte efficace de confirmation. Car, vainement on confirmerait l'acte, s'il n'existait aucun engagement qui pût acquérir, par ce moyen, la force dont il était auparavant destitué. La confirmation peut bien suppléer la force juridique, mais elle ne saurait suppléer l'existence même d'un engagement; ou bien, si elle produisait cet effet, ce ne serait plus une confirmation proprement dite, mais une véritable création d'engagement jusque-là inexistant. Les condi-

(1) Toullier, t. 8, n° 492.

tions d'existence de ce dernier fait n'ont rien de commun avec les règles de la confirmation. Autre chose, en effet, contracter en principe une obligation nouvelle, autre chose en confirmer une préexistante.

Lorsqu'il s'agit de confirmer un acte, quant à sa forme, il faut donc que, nonobstant son invalidité et son irrégularité comme moyen de preuve, il existe, au fond, une obligation qui soit en elle-même susceptible de confirmation et de ratification. Si, néanmoins, il est établi, quels que soient les vices dont l'acte est entaché, qu'il existe une obligation qui puisse être confirmée, l'acte peut alors l'être valablement. Mais comme il est supposé irrégulier, et qu'à raison de son irrégularité il ne fait pas une foi complète, il y a nécessité d'établir la preuve de l'obligation à l'aide d'autres éléments. La confirmation concourra, dès lors, elle-même, comme en étant inséparable, à établir l'existence de l'engagement au fond. Mais ce n'est pas là confirmer une obligation inexistante; c'est seulement confirmer une obligation dont il n'existait pas auparavant une preuve régulière et parfaite, ou plutôt confirmer simplement l'acte destiné à fournir la preuve de son existence.

12. Mais, pourvu qu'il existe en réalité une obligation, peu importe la nature du vice dont l'acte public ou privé est atteint. Soit que ce vice consiste dans l'omission de l'une des formalités prescrites à peine de nullité, ou même dans l'omission la plus grave de toutes, dans le défaut de signature de l'officier public ou des parties contractantes, l'acte peut toujours être confirmé.

Cependant, par suite d'une confusion qu'il importe de dissiper, on a souvent considéré comme n'existant point, et comme n'étant point, par suite, susceptibles de confirmation ni de ratification, certains engagements qui étaient relatés, soit dans des actes publics nuls pour omission de la signature du notaire, et d'ailleurs inefficaces comme actes sous signature privée à défaut de la signature de l'obligé, soit dans des actes

sous signature privée nuls pour inobservation des formalités prescrites, ou même pour défaut de signature des parties obligées ou de l'une d'elles. Ce système a été présenté par M. Merlin (1), adopté par la Cour de cassation (2), vivement critiqué par M. Toullier (3), et rétracté plus tard par M. Merlin lui-même (4).

Ce n'est pas que nous adoptions les raisons sur lesquelles ces auteurs se sont fondés pour admettre que, dans le cas que nous supposons, l'obligation peut être efficacement confirmée. Ils partent, en effet, de ce principe faux de tous points, que l'on peut valablement confirmer une obligation réellement inexistante. Peut-être encore cette opinion n'est elle-même que le résultat d'une confusion dans les termes. Veut-on dire que les obligations dont la loi ne reconnaît point l'existence, à défaut d'une preuve régulière, sont néanmoins susceptibles de confirmation ? D'accord ; c'est précisément ce que nous voulons établir ici. Mais prétend-on, au contraire, que l'on peut utilement et régulièrement confirmer des obligations qui, en réalité, n'existent point, soit parce qu'elles n'ont aucune existence aux yeux de la loi, soit parce qu'elles manquent des conditions essentielles à la forme même des conventions, telles que l'accord des parties et l'intention de s'obliger, alors, nous sommes obligé de repousser une opinion qui nous semble contraire aux principes de la confirmation (5).

Quelle que soit, en effet, l'irrégularité de l'acte public ou privé destiné à constater la convention, il ne s'ensuit pas toujours que l'obligation n'existe point réellement, et qu'elle doive être réputée inexistante. L'insuffisance de la preuve ne signifie

(1) Rép., v° *Ratification*, n° 9.
(2) 27 mars 1812. SIREY, 12, 1, 369.
(3) T. 6, n° 180, et t. 8, n° 518.
(4) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 3.
(5) Voy. *Conf.*, LOCRÉ, t. 12, p. 284, 523, 585. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 451, 1re édit., et t. 4, p. 262, nte 8, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 271.

pas l'inexistence du contrat. Dans le cas même où l'acte n'est point signé des parties ou de l'une d'elles, ce défaut de signature, bien qu'il entraîne la nullité de l'acte comme élément de preuve, n'a point cependant, indistinctement, pour conséquence de faire réputer l'obligation inexistante. Loin de là, elle peut, malgré l'insuffisance ou l'absence complète de la preuve, avoir au fond une existence très réelle. Elle est inexistante aux yeux de la loi, en ce sens seulement que son existence n'est pas légalement justifiée.

Il faut donc toujours en revenir à cette règle essentielle : Existe-il, oui ou non, en réalité, un engagement, et cet engagement est-il en lui-même susceptible de confirmation? Dès lors, une distinction devient nécessaire, en fait, dans l'appréciation de l'acte. Le défaut de signature de l'officier public ou des parties contractantes, est-il simplement le résultat de la négligence, de l'ignorance ou de l'impuissance de ceux qui devaient le signer? Dans ce cas, malgré la nullité de l'acte, l'obligation qui y est relatée n'en existe pas moins, pourvu qu'elle réunisse, d'ailleurs, toutes les conditions intrinsèques essentielles à son existence. Il résultera seulement de l'irrégularité du titre qu'il ne formera pas une preuve légale et complète de l'obligation. Mais il ne s'ensuit pas que cette obligation, qui a une existence réelle, ne puisse être régulièrement confirmée et ratifiée (1), soit qu'il s'agisse, par exemple, d'une transaction par acte sous seing-privé (2), ou d'un acte d'échange par acte public, alors que les circonstances de la cause ne permettent pas de douter que la convention n'ait été arrêtée et consommée (3).

13. Mais, le plus souvent, le défaut de signature, soit de l'officier public, soit des parties contractantes, réagira sur l'existence même de l'engagement. Ainsi, lorsqu'une partie

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*
(2) Cass., 19 déc. 1820. SIREY, 22, 1, 198.
(3) Pau, 17 déc. 1821. SIREY, 22, 2, 142.

refuse de signer l'acte qui doit établir la preuve de la convention qu'elle est sur le point de conclure, ce refus de signature équivaut à un refus de consentement. Dès lors, il n'y a pas convention, et aucune obligation n'existe qui soit susceptible de confirmation ou de ratification. La jurisprudence en offre de très nombreux exemples, qui viennent eux-mêmes confirmer la distinction que nous proposons. Dans les diverses espèces où les Cours ont refusé d'admettre comme efficaces et valables les actes prétendus de confirmation, il n'y avait point de convention définitivement arrêtée, conséquemment point d'obligation existante. Les arrêts prennent soin de le constater; car cette constatation en fait est leur justification en droit. Ainsi, lorsqu'ils repoussent les actes de confirmation, qui résultent au surplus, le plus souvent, d'une exécution volontaire, soit qu'il s'agisse d'actes publics ou privés, auxquels il manque la signature du notaire, soit de quelques-unes ou de l'une seulement des parties, ils énoncent que, jusqu'à la perfection de l'acte, les contractants ont pu changer de volonté (1); que l'acte, se trouvant aux termes d'un simple projet, n'était pas obligatoire (2); que son imperfection le range dans les termes d'un simple projet, qui n'a rien de définitif à l'égard de chacune des parties (3); qu'on ne produit qu'un acte informe, duquel il ne résulte aucune obligation; que, sous prétexte de confirmation, on créerait un titre exécutoire (4); qu'il n'y avait plus de vente, et qu'un nouvel accord était nécessaire (5); que l'acte ne présente qu'un projet de partage resté imparfait et sans force...; qu'on ne ratifie pas un partage qui n'existe pas (6); que l'acte est relaté dans une minute informe; qu'il n'a jamais revêtu le caractère d'acte

(1) Bourges, 27 avril 1823. SIREY, 24, 2, 34.
(2) Toulouse, 18 janv. 1828. SIREY, 29, 2, 133.
(3) Grenoble, 15 nov. 1834. SIREY, 35, 2, 188.
(4) Bourges, 24 fév. 1832. SIREY, 32, 2, 539.
(5) Cass., 26 juillet 1832. SIREY, 32, 1, 492.
(6) Cass., 6 juillet 1836. SIREY, 36, 1, 876.

sous signature privée, et que, par suite, il n'a pu produire les effets attachés à ce titre (1).

L'imperfection et l'irrégularité de l'acte fournissent ainsi les premiers indices de l'inexistence de la convention. Mais les parties ont toujours le droit de prouver que, quelque soit l'état informe de leur titre, il existait bien réellement une convention qui pouvait être et a été confirmée. Alors se présente une question préalable de preuve ; car, avant de parler de confirmation, il faut commencer par prouver l'engagement auquel on prétend l'appliquer. Or, cette preuve ne pouvant résulter du titre que nous supposons irrégulier et informe, on doit la puiser dans des éléments étrangers et extérieurs à cet acte. Autrement, on se trouverait enfermé dans une sorte de cercle vicieux, puisqu'on ferait valoir l'acte prétendu de confirmation, au moyen de l'obligation soi-disant préexistante, en même temps qu'on ferait valoir cette obligation par la confirmation ou l'exécution volontaire, sans autrement prouver l'une indépendamment et séparément de l'autre.

14. Quant aux moyens de preuve admissibles pour établir l'existence de l'obligation que la confirmation présuppose, ce sont ceux qui, abstraction faite de l'acte réputé sans force probante, seraient admissibles d'après les principes ordinaires du droit. Il faudra donc, suivant la nature et l'importance de l'engagement allégué et prétendu confirmé, soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve par écrit, si la preuve par témoins ou par présomptions est interdite. Mais les actes de confirmation et d'exécution volontaire pourront eux-mêmes fournir d'utiles éléments, et servir à prouver tout à la fois et l'obligation et sa confirmation.

Que si la partie qui prétend que l'obligation a été confirmée soutenait qu'un nouvel accord est intervenu pour suppléer la convention, qui est restée à l'état de simple projet n'ayant

(1) Douai, 7 janv. 1836. SIREY, 37, 2, 137.

rien de définitif ni d'obligatoire, telle du moins qu'elle apparaît dans l'acte informe qui est représenté; dans ce cas, cette partie ne serait également autorisée à prouver l'existence de ce nouvel accord, que conformément aux règles générales du droit. Bien qu'elle allègue des faits de confirmation ou d'exécution volontaire, si la convention qu'elle offre de prouver n'est pas susceptible d'être prouvée par témoins, elle devra produire une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit. Autrement, sous prétexte de confirmation, elle arriverait à éluder les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale (1).

15. Voyons maintenant à quelle époque une obligation peut être utilement confirmée ou ratifiée.

En règle générale et absolue, les actes de confirmation et de ratification ne peuvent efficacement intervenir, que lorsque la partie de qui ils émanent peut régulièrement et valablement contracter l'obligation à laquelle ils s'appliquent, sous les divers rapports du consentement, de la capacité, de l'objet et de la cause. On conçoit, dès lors, que le temps de la confirmation varie, suivant la nature des vices dont l'obligation se trouve entachée.

16. Lorsqu'il n'existe que des vices de forme, c'est-à-dire des vices qui entachent l'acte considéré comme moyen de prouver l'engagement, la confirmation peut avoir lieu immédiatement; car les vices dont il s'agit, ne se rapportant qu'à la preuve, peuvent être incessamment purgés et couverts.

Quant aux vices de consentement, ils rendent inefficace toute confirmation qui interviendrait avant que leur cause eût cessé. Une obligation viciée d'erreur, de dol, de violence, ne peut donc être régulièrement confirmée que du jour où le dol et l'erreur ont été découverts, ou du jour où la violence a cessé (1115). Si elle était donnée plus tôt, elle serait entachée

(1) Cass., 26 juill. 1832. SIREY, 32, 1, 492.

des même vices que l'obligation, et ne ferait que les perpétuer, sans modifier en rien le point de départ de la prescription décennale de l'action en rescision ou en nullité à laquelle est soumise l'obligation.

S'il s'agit d'un vice de capacité, l'obligation ne pourra être confirmée par les femmes mariées qu'après la dissolution du mariage; par les interdits, qu'après la mainlevée de l'interdiction; par les mineurs, qu'après leur majorité (1311); par les personnes soumises à un conseil judiciaire, qu'après la levée de la défense qui leur avait été faite de procéder sans conseil; par les personnes en état de démence de fait, sans interdiction, soit qu'elles aient été placées ou non dans des établissements d'aliénés, que du jour seulement où elles ont pleinement recouvré leur raison.

Cependant, s'il s'agissait de simples actes d'administration de la nature de ceux qui rentrent dans les pouvoirs des mineurs émancipés et des femmes séparées de biens, ils pourraient, quoique faits avant l'émancipation ou la séparation de biens, être valablement confirmés après, sans attendre la majorité ou la dissolution du mariage. Comme ils peuvent valablement contracter de semblables obligations, le mineur et la femme peuvent les confirmer.

17. Ici se présentent plusieurs questions. Si le mineur a contracté seul, comme le tuteur est chargé de l'administration de ses biens, et que c'est lui qui, en sa qualité, contracte personnellement pour le mineur, il peut seul valablement confirmer et ratifier l'engagement, lequel vaut dès lors comme si, dès le principe, il avait été pris par le tuteur (1). Mais le tuteur n'a ce droit que tant que dure la tutelle.

Si cet engagement exige pour sa validité l'accomplissement de certaines formalités spéciales, il suffira que le tuteur les fasse accomplir ultérieurement, pour que la convention se

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 2, n° 518.

trouve régulièrement confirmée. Il est ainsi suppléé à l'incapacité du mineur et à l'inobservation des formes prescrites.

Quant aux actes faits par les mineurs émancipés et les personnes soumises à un conseil judiciaire, en dehors de leur capacité personnelle, sans l'assistance de leur curateur ou conseil, ils ne peuvent les confirmer, leur incapacité durant, que sous cette assistance et moyennant l'accomplissement, suivant les cas, des formalités exigées. Vainement même leur curateur ou conseil prétendrait-il les confirmer et ratifier seul, en leur donnant ensuite son approbation; cette confirmation, soit qu'elle soit expresse ou tacite, est inefficace, si le mineur émancipé ou le prodigue n'y a personnellement concouru. Tel est, en effet, le caractère de l'incapacité de ces derniers, qu'ils contractent par eux-mêmes en leur nom, et qu'ils sont simplement assistés, à la différence des mineurs en tutelle, de leur curateur ou conseil. Ils doivent donc intervenir en personne dans les actes qui les intéressent, sans qu'ils puissent être plus tard dépouillés du droit d'agir en rescision ou en nullité par le fait de tiers, qui, en dehors de leur mission de simple assistance, n'ont ni qualité ni pouvoir pour les obliger.

Si les curateur ou conseil avaient agi seuls, comme ils n'en avaient pas le droit, le mineur émancipé et le prodigue pourraient sans doute confirmer et ratifier, mais seulement, tant que dure leur incapacité, sous l'assistance de leur curateur ou conseil. Car ils ne peuvent, par leur propre fait, s'ils n'y sont régulièrement habilités, renoncer à l'action en nullité ou en rescision qui leur appartient.

18. Nous devons appliquer des principes analogues aux actes faits par les maris ou leurs femmes.

Ainsi, le défaut d'autorisation maritale et la nullité qui en résulte sont-ils réparés par la confirmation ou ratification donnée ultérieurement par le mari, alors même qu'elle aurait eu lieu sans le concours de sa femme? La même controverse qui existait sur cette question, sous notre ancien droit, existe

encore aujourd'hui sous le Code civil. Les uns (1) pensaient que cette confirmation couvrait, à l'égard de toute personne, la nullité. Pothier (2), après avoir énoncé que, en principe, la confirmation donnée par le mari, après l'acte, ne devrait point couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation, parce que l'obligation de la femme est absolument nulle, et que le néant n'est pas susceptible de confirmation, admet, néanmoins, que la femme, ni ses héritiers, ne peuvent plus attaquer l'acte depuis que le mari l'a confirmé, et que si cette confirmation ne produit pas d'effets rétroactifs, *ex tunc*, elle vaut du moins du jour où elle a été donnée, *ex nunc*. Pothier fonde la validité de cette autorisation maritale sur ce que les parties étant censées persévérer dans leur volonté, tant qu'il n'apparaît pas d'une intention contraire, l'approbation du mari ne fait que donner plus de force et d'efficacité à leur consentement. Aussi, ajoute-t-il « que si, avant l'autorisation, l'une ou l'autre partie était morte ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait déclaré un changement de volonté, l'autorisation qui serait depuis interposée par le mari ne pourrait plus rétablir l'acte, et que l'acte, rétabli par l'autorisation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, n'étant valable que de ce jour ». Nous nous bornons à remarquer, sur cette opinion de Pothier, que les obligations contractées par les femmes, sans autorisation, ne sont point, sous le Code civil, frappées, comme autrefois, d'une nullité absolue, mais seulement d'une nullité relative.

Cependant, d'autres auteurs pensaient que la ratification postérieure du mari ne couvrait point la nullité de l'acte et ne le rendait point valable (3). Nous trouvons, dans les annota-

(1) CHARONDAS, *Coutume de Paris*, art. 233. — LEBRUN, *Traité de la Communauté, sec.* 5, nos 7 et suiv. — LEPRÊTRE, *Cent.* 2, ch. 16 et 20.

(2) *De la puissance maritale*, n° 74.

(3) ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Autorisation*, sect. 2, n° 2. — LAPEYRÈRE, *Lettre* D, n° 100, et *Lettre* A, n° 87.

tions de Lapeyrère, des observations parfaitement justes à cet égard. Elles nous semblent non moins fondées sous le Code civil que sous notre ancien droit. « Pour la décision, dit-il, il faut remarquer la distinction qui se fait par tous les docteurs, ou la coutume désire tel consentement (celui du mari) comme autorité, ou comme solennité, ou bien comme simple consentement. Si, comme autorité, ils disent que l'acte qui se fait sans icelle est nul, parce que la personne qui le fait n'a pas d'habilité pour cela. Si, comme solennité, l'acte ne vaut pas non plus, parce que ce qui est essentiel à l'acte y défaut. Que si, comme simple consentement, l'acte se rend parfait en quelque temps que la personne consente, parce que c'est son intérêt : il est donc nécessaire, dans les deux premiers cas, que l'autorisation se fasse *in rem præsentem et in ipso actu,* autrement ce n'est pas satisfaire au désir de la coutume... »

« Paul de Castre, ajoute-t-il, fait une distinction décisive de notre question. Ou bien, dit-il, la coutume désire le consentement du mari, afin qu'il ne reçoive aucun préjudice du contrat que la femme pourrait faire; ou elle le désire, afin que la femme même n'abuse pas de son bien, et ne reçoive aucun dommage de tel contrat. Au premier cas, il décide que le mari peut, en tout temps, *consentire vel ante actum, vel in ipso actu, vel post actum;* mais, au second cas, il faut que le consentement donne la vigueur et la force à l'acte, qui, autrement, n'en peut avoir. Les termes de la coutume montrent assez que c'est pour l'avantage de la femme, aussi bien que pour celui du mari, qu'elle a désiré tel consentement, puisqu'elle dit que, tant au respect de la femme que du mari, le contrat sera nul, pour ôter toute ambiguité; car, autrement, on eût pu demeurer dans le doute, si tel consentement regardait l'intérêt de la femme ou celui du mari... »

Enfin, notre auteur conclut : « Si la coutume avait résolu la nullité en faveur du mari, l'intérêt du mari cessant, la nullité cesserait; mais, étant ici introduite en faveur de la femme,

laquelle demande le rétractement de l'acte qu'elle a fait par fragilité, la nullité ne cesse pas. »

Nous avons donné quelques développements à cette citation, parce que la question y est parfaitement posée, et les raisons de décider très ingénieusement déduites.

Sous le Code civil, même dissentiment entre les auteurs et les arrêts. Les uns repoussent (1), tandis que les autres admettent (2) l'autorisation ou la confirmation donnée plus tard par le mari seul, comme suffisante pour couvrir d'une manière absolue, à l'égard de toute personne, la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale. Quant à nous, nous croyons que cette confirmation est inefficace à l'égard de la femme ; et voici sur quelles raisons nous fondons notre opinion.

Dans le projet du Code civil, l'article 217 contenait un second paragraphe, ainsi conçu : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Cet article ayant été renvoyé à la section de législation, il arriva que, lors de sa rédaction définitive, ce paragraphe fut entièrement supprimé, sans que les travaux préparatoires du Code fassent connaître les motifs de cette suppression (3). Chaque opinion, dès lors, s'en empare pour expliquer, à son point de vue, ces changements de rédaction. Ainsi, celle que nous combattons s'en autorise elle-même, et les auteurs qui la soutiennent pré-

(1) MERLIN, Rép., v° *Autorisation maritale*, sect. 6, § 3, n° 2. — DURANTON, t. 2, n° 518. — TOULLIER, t. 2, n° 648. — BENOÎT, *Dot*, t. 1, n° 224. — Rouen, 18 nov. 1825. SIREY, 26, 2, 271. — Cass., 12 fév. 1828. SIREY, 28, 1, 356. — Grenoble, 26 juill. 1828. SIREY, 29, 2, 28. — Cass., 26 juin 1839. SIREY, 39, 1, 878. — Paris, 23 fév. 1849. SIREY, 49, 2, 145. — Paris, 12 mai 1859. SIREY, 59, 2, 561. — Douai, 10 déc. 1872. SIREY, 73, 2, 139.

(2) ZACHARIÆ, t. 3, p. 344, 1re édit., et t. 5, p. 165, nte 118, 4e édit. — DELVINCOURT, t. 1, p. 159. — PROUDHON, t. 1, p. 269. — VAZEILLE, *Mariage*, t. 2, nos 379 et suiv. — Colmar, 28 nov. 1816. SIREY, 17, 2, 145.

(3) Voy. LOCRÉ, t. 4, p. 394, 397 et 431.

tendent que la suppression du paragraphe proposé a eu lieu parce qu'il était inutile, en présence des principes généraux qui régissent la matière des confirmations. Il nous semble, au contraire, que cette suppression, opérée lors de la rédaction définitive, indique, de la part du législateur, l'intention de ne point consacrer la disposition particulière qui, dans le principe, avait été arrêtée. Elle avait, néanmoins, son importance, en présence de la controverse qui existait dans la jurisprudence et parmi les auteurs. Car nous verrons bientôt que les principes généraux, en matière de confirmation, sont loin de résoudre la difficulté dans le sens où le paragraphe supprimé le décidait formellement.

On argumente encore de l'ordre dans lequel l'article 217 exige, soit le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; et l'on dit que le législateur, en rejetant tout à fait à la fin ces mots, son consentement par écrit, n'exige point que ce consentement soit donné au moment même de l'acte, que, conséquemment, un consentement postérieur est suffisant pour couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale. A l'appui de cette interprétation, on invoque encore un changement de rédaction qu'à subi l'article 217. Il était primitivement terminé par ces mots : sans le consentement par écrit, ou le concours du mari dans l'acte. Ces dernières expressions sont aujourd'hui simplement interverties. Mais cette interversion peut-elle fonder l'interprétation que l'on donne à cet article? Elle ne nous semble pas avoir une portée aussi considérable.

La rédaction primitive était, en effet, amphibologique; il en résultait en apparence que le consentement par écrit du mari, aussi bien que son concours, devait être établi dans l'acte au sujet duquel il était accordé; de telle sorte que l'article 217 semblait exclure comme irrégulier tout consentement, même par écrit, qui aurait été donné antérieurement à l'acte ou séparément. A coup sûr, une semblable interprétation eût été complètement erronée. Or, sa rédaction actuelle n'a eu d'autre

objet que de montrer clairement et sans équivoque, que le consentement écrit du mari pouvait être accordé et établi en dehors de l'acte, et sans qu'il y concourût personnellement. Mais de ce que le mari peut donner son consentement, par acte séparé, soit avant, soit au moment même où la femme contracte, il ne s'ensuit point qu'il puisse également donner, après coup, sans qu'elle y concoure, une autorisation régulière. L'article 217 et les circonstances de sa rédaction définitive ne peuvent donc résoudre la question.

Est-elle du moins résolue, et en quel sens, par les principes généraux relatifs à la confirmation expresse ou tacite? En tant qu'elle emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre un acte, la confirmation n'oblige que celui de qui elle émane, dans la mesure de son intérêt et de ses droits personnels. Il s'agit donc de savoir, pour la décision de notre question, si l'autorisation maritale a été exigée, à peine de nullité de l'engagement de la femme, en considération de l'intérêt exclusif du mari ou de la femme, ou, en même temps, de l'un et de l'autre. S'il est vrai que la nullité de l'acte ne soit fondée que sur l'intérêt personnel et privé du mari, sur le seul défaut de son consentement, il n'y a pas de doute que le mari ne puisse couvrir cette nullité par son approbation et sa confirmation expresse ou tacite, à quelque époque qu'il donne son consentement, pourvu que ce soit pendant la durée du mariage.

Mais c'est précisément ce principe que nous contestons. Il y a une grande divergence d'opinions entre les auteurs sur le point de savoir sur quelles considérations est fondée la nécessité de l'autorisation maritale. Est-elle exigée dans l'intérêt seul du mari, dans l'intérêt commun des époux, dans l'intérêt particulier de la femme? N'envisager que l'un de ces intérêts, ce serait n'apprécier la question que d'une manière très incomplète. L'incapacité de la femme mariée est, sans aucun doute, la conséquence immédiate et nécessaire du fait même du mariage et de la puissance maritale. Mais cette puissance

n'attribue pas seulement au mari des droits à la déférence et à la soumission de sa femme; elle lui impose, en outre, des devoirs de protection et de surveillance envers cette dernière, et envers la société conjugale elle-même. L'autorisation maritale est donc exigée pour garantir, soit les intérêts personnels du mari, soit les intérêts particuliers de la femme, soit les intérêts communs qui naissent de leur union. L'incapacité personnelle de la femme tient ainsi autant à la condition subordonnée qui lui est faite dans le mariage, qu'aux devoirs d'assistance et de protection dont le mari n'est tenu envers elle que parce que, à raison de sa faiblesse personnelle, elle est censée hors d'état de défendre convenablement, soit ses intérêts individuels, soit ceux de l'union conjugale. Aussi, est-elle rangée personnellement au nombre des incapables, et la nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, peut-elle être opposée par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers (225).

Ici viennent les judicieuses annotations de Lapeyrère. Ce n'est pas que l'autorisation du mari soit exigée comme solennité de l'acte; elle l'est seulement, soit comme autorité pour habiliter la femme, soit comme simple consentement pour donner à l'acte la force et la vigueur qu'autrement il n'aurait pas. Mais comme elle est requise dans l'intérêt de la femme aussi bien que dans celui du mari, ce dernier peut sans doute valablement confirmer seul l'acte consenti par sa femme, en ce qui le concerne; mais il ne peut, par cette confirmation ultérieure, la priver du bénéfice de l'action en nullité ouverte en sa faveur. Il y a pour elle un droit acquis, dont elle ne peut être dépouillée sans sa participation et malgré elle. Comme la nullité de son engagement est fondée sur son incapacité, et que son incapacité même se rattache à des considérations relatives à ses intérêts particuliers, la confirmation ultérieure donnée par son mari seul, sans son concours, ne peut lui être opposée comme emportant, de sa part, renonciation aux moyens et exceptions que, de son chef, elle pouvait invoquer.

Ainsi se concilient les droits et les intérêts individuels de l'un et de l'autre; en confirmant l'engagement pris par sa femme, sans autorisation, le mari renonce à toute action en nullité, en ce qui le concerne personnellement; mais, quant à la femme, il n'en résulte pour elle, puisqu'elle n'y a point concouru, aucune forclusion, ni renonciation.

De là plusieurs conséquences : Si l'acte que la femme a accompli sans autorisation est un de ceux que le mari peut consommer seul, tel que l'aliénation des choses dépendantes de la communauté, le louage de ses biens propres ou dotaux, dans ce cas, il peut seul, et sans le concours de sa femme, valablement le confirmer ou ratifier. Il ne fait alors que s'approprier, comme s'il l'avait consenti lui-même, l'acte émané de sa femme; et cette dernière n'a aucune action en nullité à exercer.

D'autre part, la femme ne peut donner une confirmation valable, sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, qu'après la dissolution du mariage, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte qu'une femme séparée peut consentir seule, auquel cas elle peut donner une confirmation valable, après sa séparation de biens, puisqu'alors elle est capable de contracter ce même engagement qu'elle ratifie.

Il en est de même des actes que le mari aurait accomplis seul, alors que le concours de sa femme était nécessaire.

Les actes de confirmation émanés de la femme ne sont opposables au mari, lorsqu'il a un intérêt personnel à la nullité de l'engagement, que lorsqu'ils ont eu lieu de son consentement et sous son autorisation. Ainsi, on ne peut se prévaloir contre le mari, ses héritiers et ayants-cause, de la confirmation donnée par la femme après la dissolution du mariage, ou durant le mariage, sous la seule autorisation de justice. Une semblable confirmation n'emporte renonciation que de la part de la femme, sans qu'elle enlève au mari le droit de poursuivre, suivant son droit et ses intérêts, l'action en nullité qui lui appartient de son chef.

Quelle que soit, du reste, l'opinion à laquelle on s'arrête sur notre question, il n'est pas douteux que le mari ne puisse d'aucune façon valablement confirmer, après la dissolution du mariage, les actes passés par sa femme sans son autorisation. Ses héritiers et ayants-cause ne le peuvent non plus qu'en ce qui concerne leurs droits et intérêts particuliers. La puissance maritale, de laquelle seule pourrait découler ce pouvoir que nous lui contestons, même durant le mariage, cesse, en effet, aussitôt que l'union conjugale est dissoute.

Et même durant le mariage, si la femme, régulièrement autorisée de justice, avait introduit une action en nullité, le mari prétendrait vainement confirmer seul et sans son concours l'acte attaqué. L'introduction de l'action constitue, au profit de la femme, un droit acquis à la nullité de son engagement (1).

19. Si, pour les vices de consentement et de capacité, il doit nécessairement arriver une époque où ils peuvent être régulièrement réparés, il n'en est pas indistinctement ainsi lorsqu'il s'agit de vices d'objet ou de cause. Souvent, en effet, ces vices produisent une nullité perpétuelle qui ne peut jamais être couverte, et que la volonté seule des contractants ne peut effacer à aucune époque. Mais il arrive souvent aussi que le vice de l'objet ou de la cause n'est que temporaire, alors même que la nullité qui en résulte est d'ordre ou d'intérêt public. La cause qui produisait le vice venant à cesser, l'engagement peut dès lors être valablement confirmé et ratifié.

Nous ne saurions énumérer ici les diverses espèces d'obligations qui peuvent être entachées d'un vice perpétuel d'objet ou de cause. Qu'il nous suffise de rappeler ce principe général et absolu, que le vice de l'objet ou de la cause est perpétuel et produit une nullité indélébile, toutes les fois que la cause sur laquelle il est fondé ayant une durée indéfinie, l'indisponibilité de la chose, les bonnes mœurs, les prohibitions de la loi,

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 345, 1re édit., et t. 5, p. 167, 4e édit.

l'ordre public ou l'intérêt général réclament incessamment, et résistent à tout acte de confirmation ou de ratification.

Le vice est, au contraire, seulement temporaire et d'une durée limitée, lorsque la cause qui le produit doit cesser à une certaine époque. L'engagement devient dès lors, puisque rien ne s'y oppose, susceptible de confirmation.

20. Nous nous bornerons à citer ici quelques exemples d'engagements de cette dernière espèce, en commençant par ceux qui sont entachés d'un vice d'objet.

La loi prohibe et annule tous traités faits sur succession future. Cependant, comme le vice du contrat n'est que temporaire, et qu'il cesse à l'ouverture de la succession, on peut, à partir de ce moment-là, valablement confirmer l'engagement. L'indisponibilité de la chose ayant cessé, le vice du contrat peut être purgé et couvert (1). Que si l'on prétend rattacher, sous certains rapports, à des considérations de morale et de décence publiques la nullité des traités faits sur succession future, ces considérations cessant elles-mêmes après l'ouverture de la succession, le vice de l'acte devient susceptible de réparation.

Aussi, ne saurions-nous admettre la doctrine que la Cour de Paris (2) a consacrée dans l'espèce suivante : un fils, dans la prévision de la mort de son père, traite avec sa belle-mère et ses propres enfants de ses droits successifs éventuels. Les actes constatant cette convention sont dressés et signés à l'avance; la date seule est laissée en blanc, et, ainsi qu'il avait été convenu, les parties la remplissent immédiatement après le décès du père. Tout en prononçant la révocation de cette convention comme faite en fraude des droits des créanciers du fils, la Cour en déclare, en outre, la nullité comme constituant le pacte prohibé sur succession future. C'est en ce point

(1) TOULLIER, t. 8, n° 516. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 455, 1re édit., et t. 4, p. 265, 4e édit.

(2) SIREY, 63, 2, 56.

que nous ne pouvons approuver la décision rendue. En effet, dans l'intention même des contractants, la convention n'avait son caractère définitif et obligatoire qu'au moyen de la date qui devait être apposée à l'acte seulement après le décès. Or, en subordonnant ainsi son efficacité à un complément qui ne devait intervenir qu'après l'ouverture de la succession, bien loin d'éluder les prohibitions de la loi, ils se conformaient à ses dispositions, et l'inscription de la date ne faisait que compléter un accord jusque-là demeuré forcément à l'état de simple projet. Dans tous les cas, et en supposant que dès le principe le pacte fût définitivement arrêté, et que sous ce rapport l'inscription de la date n'eût rien à y ajouter, au moins fallait-il reconnaître qu'elle contenait l'expression d'une volonté persistante, et emportait dès lors ratification de la part de la partie du fait ou du consentement de laquelle elle avait eu lieu.

Il en est de même des actes contenant aliénation des biens dotaux. Comme leur inaliénabilité cesse après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers peuvent alors valablement les confirmer et ratifier. Mais tout acte de confirmation qui aurait lieu plus tôt, même après la séparation de biens, serait sans efficacité, comme emportant renonciation à l'inaliénabilité de la dot (1).

21. Les vices de cause nous offrent eux-mêmes des exemples analogues. Ainsi, les articles 1396 et 1397 prononcent la nullité des contre-lettres par lesquelles les époux modifient leurs conventions matrimoniales, sans observer les formalités prescrites. Cette nullité, fondée sur des considérations d'intérêt public, ne peut sans doute, tant que dure le mariage, être couverte par aucun acte de confirmation de la part des époux ou de tous autres; mais après sa dissolution, la contre-lettre peut être régulièrement confirmée (2).

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage,* nos 3563 et suiv.

(2) MERLIN, Rép., vis *Convention matrim.,* § 2. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 454, 1re édit., et t. 4, p. 265, 4e édit. — Metz, 26 nov. 1823. SIREY, 26, 2, 27.

22. L'article 1398 veut que le mineur habile à contracter mariage soit assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. A défaut de cette assistance, le contrat de mariage est nul relativement au mineur, qui peut seul se prévaloir de la nullité (1). Mais comme des considérations d'intérêt public ont déterminé le législateur à exiger que le contrat de mariage ait un caractère d'irrévocabilité et d'immutabilité qui garantisse à la fois les droits des époux entre eux et ceux des tiers à leur égard, la nullité ne peut être efficacement couverte qu'après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse opposer aucun acte de confirmation expresse ou tacite, qui serait intervenu pendant sa durée. Autrement, si, durant le mariage, les époux pouvaient valablement le confirmer, il dépendrait d'eux de lui enlever son caractère essentiel d'irrévocabilité et d'immutabilité; en un mot, d'avoir ou de n'avoir pas de contrat de mariage.

Un autre argument, en faveur de notre opinion, se tire du point de départ de la prescription décennale à laquelle est soumise l'action en nullité de ce contrat. Comme elle ne court pas entre époux (2253), elle ne commence à courir que du jour de la dissolution du mariage et non de la majorité (2). Or, il y a un rapport intime entre l'époque où la prescription commence à courir, et celle où la nullité peut être couverte au moyen d'actes de confirmation. En effet, la prescription est fondée sur la présomption que le silence des parties vaut confirmation et ratification tacite. En ne faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, la loi suppose donc qu'il n'a pu auparavant intervenir entre les époux aucun acte qui puisse couvrir la nullité de leur contrat de mariage (3).

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 395, 1re édit., et t. 5, p. 246, 4e édit. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 288. — Voy. 1125, n° 6.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 286.

(3) Riom, 23 juin 1853. SIREY, 54, 2, 37. — Cass., 13 juill. 1857. SIREY, 57, 1, 801.

Elle annule donc et anéantit tout acte de confirmation émané d'eux, comme ayant été arraché à la faiblesse et à l'imprévoyance, et comme manquant, par suite, des conditions nécessaires.

Aussi, a-t-il été décidé que, si les vices de forme dont est entaché un contrat de mariage peuvent être réparés par des actes de confirmation ou d'exécution volontaire après la dissolution du mariage (1), ils ne pouvaient l'être durant le mariage, soit par le silence des époux, soit même par leur consentement formel (2).

23. Que l'on suppose encore un contrat de mariage rédigé par acte sous seing-privé, et conséquemment nul (1394). Aucune confirmation n'est valable entre époux pendant le mariage. Le payement même d'une partie de la dot constituée à l'un d'eux ne vaudrait pas confirmation de la part du constituant. Il pourrait, nonobstant cette exécution volontaire, refuser le payement du surplus; et, après sa mort, ses héritiers auraient le même droit (3).

Mais cette nullité se rattache autant aux dispositions de l'article 1340, relatives aux actes de donation, qu'à celles de l'article 1395, qui concernent les contrats de mariage. Aussi, pensons-nous que, si ce payement fait par le constituant, en connaissance de cause, ne confirme point la constitution de dot, il vaudrait néanmoins confirmation, s'il avait été fait par ses héritiers, et que, dans tous les cas, il empêche, pour ce qui a été payé, l'action en répétition de l'indû. En ce point s'applique l'article 1340; mais, quant aux époux, aucun acte

(1) Cass., 31 janvier 1833. SIREY, 33, 1, 471. — 29 juillet 1856. SIREY, 57, 1, 824. — Nîmes, 12 nov. 1863. SIREY, 63, 2, 251. — Cass., 10 avril 1866. SIREY, 66, 1, 190.

(2) RODIÈRE et PONT, t. 1, n° 158. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 288. — Caen, 9 mai 1844. SIREY, 45, 2, 76. — Nîmes, 6 août 1851. SIREY, 51, 2, 613. — Cass., 6 avril 1858. SIREY, 59, 1, 17.

(3) Pau, 18 juin 1836. SIREY, 36, 2, 546.

de confirmation n'est valable de leur part, avant la dissolution du mariage.

24. Nous sommes déjà autorisé à poser ce principe général, que si le vice de l'acte tient à une présomption légale d'erreur, de dol et de fraude, résultant de l'inobservation des formalités prescrites, ce même vice se communique aux actes de confirmation et d'exécution, tant que le principe n'en est pas effacé; de telle sorte que ces actes ne peuvent valoir comme confirmation ni ratification, et que l'action de la partie à laquelle on les oppose ne peut être éteinte que par le laps de temps nécessaire pour la prescription à laquelle elle est spécialement soumise. Ce principe, qui se déduit des observations qui précèdent, est confirmé par un nouvel exemple, que nous empruntons aux comptes de tutelle.

L'article 472 prononce la nullité de tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'ayant-compte, dix jours au moins avant le traité. Tout acte de confirmation d'un traité ainsi fait en contravention aux dispositions de cet article, ne peut donc être valable, s'il n'est intervenu après l'accomplissement des conditions qu'il prescrit. Cet acte de confirmation est, en effet, entaché lui-même du même vice que le traité auquel il s'applique, soit qu'il s'agisse d'une ratification tacite ou expresse (1).

« Aux termes de l'article 472, dit la Cour de cassation (2), tout traité qui peut intervenir entre le tuteur et le pupille devenu majeur est nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives...

(1) ZACHARIÆ, t. 1, p. 237, et t. 2, p. 455, 1re édit., et t. 1, p. 494, et t. 4, p. 265, 4e édit. — Lyon, 31 déc. 1832. SIREY, 33, 2, 173. — Grenoble, 15 nov. 1837. SIREY, 38, 2, 180. — *Contrà*, Limoges, 8 mai 1835. SIREY, 36, 1, 946.

(2) Cass., 5 juin 1850. SIREY, 50, 1, 714.

L'action en nullité n'étant ouverte qu'après la majorité du pupille, elle peut être exercée tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu, et quelque soit l'âge du pupille, à moins que l'action n'ait été légalement prescrite. Elle ne peut cesser d'exister par la connaissance que le pupille, devenu majeur, pouvait avoir de ses droits et de sa juste position à l'égard du tuteur, puisque, aux termes de l'article 472, la présomption légale de la connaissance de ses droits n'existe, pour le pupille devenu majeur, que par le fait même de la reddition du compte de tutelle, détaillé et accompagné de la remise des pièces justificatives. L'exécution donnée au traité n'en change pas le caractère, le vice dont l'acte lui-même est atteint se communiquant aux actes d'exécution, tant que la cause en subsiste. L'action en nullité ne saurait être prescrite tant que l'action du mineur contre son tuteur en reddition de compte de tutelle n'est pas prescrite elle-même par le laps de temps déterminé par l'article 475. »

25. On s'est demandé si une obligation sans cause ou sur une fausse cause peut être valablement confirmée. Cette question peut indifféremment se résoudre par l'affirmative ou la négative, suivant le point de vue auquel on se place. Il importe donc de s'entendre, et, pour cela, quelques courtes explications sont nécessaires.

Non, sans doute, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut être confirmée, parce que, aux termes de l'article 1131, elle ne peut avoir aucun effet, qu'elle est frappée d'une nullité radicale, réputée même inexistante, et que ce qui n'existe pas n'est point susceptible de confirmation ni d'exécution qui en tienne lieu (1).

Mais c'est en ce sens seulement que la confirmation expresse ou tacite est impuissante à en couvrir le vice, si elle ne supplée elle-même l'absence ou la fausseté de la cause, de manière

(1) Bordeaux, 24 déc. 1844. Sirey, 45, 2, 356.

à donner désormais à l'obligation une cause réelle et licite. Il est incontestable que, dans ce cas, le vice se continue dans l'acte de confirmation, quel qu'il soit.

L'obligation sans cause ou sur cause fausse peut, au contraire, être valablement confirmée et ratifiée, et sa confirmation ou exécution volontaire emporte renonciation à en opposer la nullité, si, de la part de l'obligé qui la confirme et ratifie, il y a eu intention de couvrir le vice en suppléant une cause véritable et licite d'engagement. Il existe, en effet, dès lors, une cause capable de fonder l'obligation, et il importe peu à sa validité qu'elle y soit ou non exprimée, pourvu qu'en réalité elle existe. Car une obligation n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. Ce n'est pas à un autre titre que les actes déguisés et simulés, sans fraude envers la loi, doivent être exécutés de la manière dont les parties ont entendu qu'ils le fussent, lorsqu'ils ont une cause licite et réelle (1).

L'exécution volontaire n'empêche alors fort souvent que la répétition comme indû de ce qui a été payé, sans donner action pour le surplus au prétendu créancier (2).

Lorsqu'il s'agit de la confirmation d'une obligation qui, dans le principe, était sans cause ou sur cause fausse, la question de sa validité et de son inefficacité se réduit donc à un point de fait. Si la confirmation, dans l'intention de celui de qui elle émane, n'a pas eu pour effet de suppléer le défaut ou la fausseté de la cause, elle demeure inefficace, et ne répare pas le vice. Que si, au contraire, le confirmant a entendu substituer une autre cause réelle, même purement gratuite, la confirmation vaut et emporte renonciation à opposer la nullité de l'engagement. Mais alors c'est au créancier qui s'en prévaut à établir, d'après les circonstances, qu'elle réunit toutes les conditions essentielles à son efficacité.

(1) TOULLIER, t. 6, n° 180, et t. 8, n° 521.
(2) DURANTON, t. 13, n° 281.

26. Il est un vice de cause qui se rattache, sous certains rapports, au défaut et à la fausseté de cause; c'est la lésion, qui n'est, à tout prendre, qu'une insuffisance de cause. Ce vice peut de même être couvert par une confirmation expresse ou tacite, et il peut l'être immédiatement; car, de sa nature, il ne s'oppose pas à ce que la partie obligée, moyennant le concours de certaines conditions que nous expliquerons bientôt, confirme et ratifie tout de suite son obligation, quelque lésionnaire qu'elle puisse être.

Nous observerons seulement que si la confirmation résulte d'une exécution volontaire, les juges devront se montrer d'autant plus sévères dans l'appréciation des conditions essentielles à tout acte confirmatif, que la lésion constitue un vice d'une espèce particulière, qui se mélange souvent d'erreur et de dol, et dont, conséquemment, la partie obligée ne se rend pas toujours un compte parfaitement exact. Cette observation se comprendra mieux par les explications qui vont suivre.

27. Les règles relatives à la confirmation, soit quant au fond, soit quant à la forme, reposent toutes sur ce principe, que chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur; *regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare* (1).

L'article 1338 dit lui-même qu'elle emporte renonciation. Or, comme toute renonciation doit se faire en connaissance de cause, toute confirmation expresse ou tacite doit également avoir lieu en connaissance du vice dont l'acte est entaché, et avec l'intention de le couvrir. Telles sont les conditions essentielles de toute confirmation ou ratification, et les dispositions de notre article n'ont d'autre objet, quand elles règlent la forme de l'acte destiné à la constater, que de mieux assurer la preuve de leur concours et de leur accomplissement.

28. L'acte de confirmation ou de ratification, dit-il, n'est

(1) L. 29, C. *De pactis*

valable que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

Remarquons bien que ces dispositions ne régissent que la forme de l'acte, et ne concernent nullement la validité de la confirmation au fond. Cette distinction conduit à des conséquences importantes.

L'acte de confirmation, soit authentique ou sous seing-privé, doit donc relater la substance de l'obligation, c'est-à-dire qu'il doit, en l'énonçant, la désigner de manière qu'elle ne puisse être confondue avec aucune autre. L'article 1338 n'exige que la relation de la substance de l'obligation, tandis que l'article 1337 exige la relation de la teneur du titre. Il suffira donc, pour satisfaire aux prescriptions de notre article, de relater l'engagement, quelque succincte et résumée qu'en soit la mention, soit par sa nature, son nom, sa qualification, ou même simplement sa date, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur son identité.

L'article 1338 exige, en outre, la mention du motif de l'action en rescision, soit qu'il se tire du fait ou du droit (1), afin qu'il soit bien établi que l'acte de confirmation a eu lieu en connaissance.

Il faut enfin qu'on y trouve l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. C'est cette intention qui donne à l'acte toute sa valeur. Il n'y aurait qu'un fait inefficace et stérile, si la partie de laquelle émane l'acte prétendu de confirmation, n'avait en réalité jamais eu l'entention de couvrir le vice.

29. Le concours de ces diverses conditions doit résulter de l'acte même de confirmation. Il doit lui-même fournir la preuve de leur accomplissement. Ce n'est pas qu'il y ait aucune expression sacramentelle exigée. Il suffit que les termes de

(1) Cass., 20 avril 1859. SIREY, 60, 1, 961.

l'acte, quels qu'ils soient, ne permettent pas de douter que le confirmant n'ait eu l'intention de couvrir les vices de son obligation en parfaite connaissance de cause.

Il appartient, du reste, à la Cour de cassation de contrôler, au point de vue de la question de droit, l'appréciation que les juges du fond ont faite des actes produits et invoqués comme satisfaisant aux conditions prescrites par la loi (1).

30. L'acte de confirmation peut, indépendamment de son irrégularité quant aux énonciations qu'il doit contenir, être entaché au fond d'un vice quelconque, tel que celui d'erreur, de dol, de violence, d'incapacité. Il est alors sujet lui-même à une action en nullité ou en rescision, et a besoin d'être confirmé.

Dans le cas même où il serait plus tard rescindé ou annulé, il ne laisserait pas de produire certains effets considérables. La rescision ou annulation ne remettra pas toujours les parties au même et semblable état que s'il n'avait jamais eu lieu: car il peut impliquer, de la part du créancier, certains faits qui peuvent exercer quelque influence sur l'action en nullité ou en rescision que l'acte prétendu de confirmation avait pour objet de couvrir. Telles sont les reconnaissances interruptives de la prescription.

Par exemple, si l'acte de confirmation est annulé pour cause de violence et de dol, les motifs mêmes de son annulation fournissent la preuve que le créancier, lorsqu'il l'a surpris ou arraché, a reconnu l'existence de l'action en nullité ou en rescision qui compétait contre lui. En conséquence, il en a, par sa reconnaissance, interrompu la prescription. Or, l'annulation prononcée de l'acte confirmatif n'empêche pas de subsister les aveux et reconnaissances qui en résultent, parce qu'ils sont indépendants des motifs qui ont fait prononcer la nullité soit la rescision de l'acte de confirmation où ils sont contenus (2).

(1) Cass., 7 nov. 1877. SIREY, 78, 1, 62.

(2) TROPLONG, *Prescript.*, n° 618. — ZACHARIÆ, t. 1, p. 70, n^te 19, 1^re édit., et t. 1, p. 123, 4^e édit. — VAZEILLE, *Prescript.*, n° 228.

31. En exigeant que l'acte de confirmation contienne la substance de l'obligation, la mention du vice et l'intention de le réparer, l'article 1338 ne signifie pas que cet acte ne doive avoir aucune espèce de valeur, s'il ne réunit pas cette triple constatation. Elle n'est, en effet, requise, quant à la forme et teneur de l'acte, que comme justification expresse et formelle de l'existence des conditions au concours desquelles est subordonnée la validité de l'acte confirmatif. Or, ces conditions peuvent très bien exister en réalité, quoique l'acte ne les mentionne pas; et la confirmation étant valable en soi, il ne peut y avoir de difficulté que quant à la preuve de son existence.

Si donc il existe, en dehors de l'acte de confirmation qui, à raison de son irrégularité, ne fait point une preuve complète, d'autres éléments réguliers de preuve, et que l'on établisse par eux que le débiteur connaissait réellement le vice de son obligation, et avait l'intention de le réparer, la confirmation devra produire tous ses effets. L'irrégularité de l'acte destiné à la constater n'exclut pas les autres moyens ordinaires de preuve, et peut être très bien suppléée par eux, conformément aux principes généraux du droit. Il en résulte seulement que l'acte ne fait pas, par lui-même, preuve pleine et entière de la confirmation, et qu'il ne constitue point un titre parfait sur lequel les juges puissent fonder exclusivement leur décision (1).

32. Tous moyens de preuve sont alors admissibles. Car, malgré l'insuffisance de ses énonciations, l'acte forme un commencement de preuve par écrit qui autorise l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions simples. Il ne s'agit plus, dès lors, que de compléter la preuve par l'un de ces moyens (2), à moins que les parties n'aient fait, de la passation d'un acte régulier, la condition substantielle et absolue de la confirmation. L'acte n'est plus alors exigé simplement comme

(1) TOULLIER, t. 8, n° 499. — DURANTON, t. 13, n° 276. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 457, n^te 21, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 8, n° 500.

moyen de preuve, mais comme condition de la confirmation, puisque sa perfection même en dépend (1).

33. Si l'acte confirmatif ne faisait mention spécialement que d'un seul vice, il ne ferait preuve complète de la renonciation de l'obligé que par rapport à ce vice particulier. Quant aux autres vices non mentionnés dans l'acte, et également capables de fonder, à un autre titre, une action en rescision ou en nullité, le créancier doit établir que, malgré le silence de l'acte, la confirmation s'applique à tous indistinctement.

Mais tous moyens de preuve sont alors admissibles pour l'établir, puisque, ainsi que nous venons de l'observer, l'acte confirmatif peut valoir comme commencement de preuve par écrit. Cependant, s'il résultait des termes dans lesquels il est conçu que le débiteur a eu l'intention de ne purger que tel vice exclusivement, son adversaire demanderait vainement à être autorisé à prouver que la confirmation doit recevoir une application plus étendue. Il ne serait du moins admis à faire cette preuve que suivant les principes ordinaires applicables au cas où il s'agit de prouver outre et contre la teneur d'un acte. Il n'est plus, en effet, question, dans ce cas, de compléter une preuve, mais bien d'en administrer une qui est en opposition avec les termes formels et exclusifs de l'acte.

34. Ce point lui-même suppose résolue une question plus générale; c'est celle de savoir si, lorsque l'obligation est entachée de plusieurs vices, l'obligé peut, après l'avoir confirmée par rapport à l'un de ces vices, l'attaquer plus tard en rescision ou en nullité, en fondant son action sur l'existence d'un autre vice qu'il n'a jamais manifesté l'intention de réparer.

L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté. La confirmation, comme tous les actes émanés de la volonté, tire, en effet, sa force de l'intention de celui qui confirme et ratifie. Libre de confirmer ou non, il est maître de donner à sa con-

(1) DURANTON, t. 13, nº 276.

firmation une portée plus ou moins restreinte. Il peut, ayant plusieurs causes d'actions correspondantes aux différents vices qui affectent l'engagement, ne renoncer qu'à une action particulière, et se réserver l'exercice des autres; par exemple, soit qu'il s'agisse d'une confirmation expresse ou d'une confirmation tacite, réparer les vices de consentement, tels que ceux résultant du dol, de l'erreur ou de la violence, et maintenir, pour en user à son gré, les vices de capacité, tels que ceux résultant du mariage, de la minorité, de l'interdiction; les vices d'objet, tels que ceux résultant de la dotalité, de l'hérédité future; les vices de cause, tels que le défaut ou l'insuffisance de la cause, par exemple, la lésion proprement dite. Tout ceci est avoué par le droit et la raison (1).

De même que la confirmation expresse, la confirmation tacite par exécution volontaire, d'une donation, par exemple, peut bien emporter, de la part des héritiers du donateur, renonciation à la nullité résultant d'un vice de forme; mais elle n'entraîne pas également renonciation à leur droit, qui en est essentiellement distinct, de réclamer leur part dans la réserve ou portion indisponible de l'immeuble donné. Ils peuvent donc encore agir en réduction de la donation comme excédant la portion disponible (2).

35. Il ne se présente ainsi aucune difficulté sur le fond même du droit théorique, mais seulement dans son application. Si l'acte confirmatif est expressément limité, et s'il contient, quant aux autres vices non couverts, des réserves formelles, on n'éprouve aucune espèce d'embarras. Mais l'acte peut être explicite sur l'un des vices, sans avoir cependant rien d'exclusif quant aux autres; il peut être muet sur tous, et se borner

(1) L. 1, C. *Si major factus.* — BRUNEMANN, sur cette loi. — TOULLIER, t. 8, n° 498. — DURANTON, t. 13, n° 273. — Cass., 8 fév. 1841. SIREY, 41, 1, 436. — Limoges, 13 déc. 1847. SIREY, 48, 2, 466.

(2) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.

à exprimer une confirmation en termes généraux, sans que, cependant, ils soient absolus. Dans ce cas, la question doit être résolue suivant l'appréciation des circonstances et des faits de la cause. Mais il faut ne pas perdre de vue que la confirmation n'est en soi valable que tout autant que le confirmant a connu le vice, et en même temps entendu le réparer. Les seuls vices purgés et couverts seront donc ceux qu'il aura connus et voulu couvrir. Quant aux autres, il n'y aura, de sa part, aucune renonciation aux moyens et exceptions dont ils forment le fondement.

Cette appréciation est, sans doute, fort délicate et difficile en cas de confirmation expresse ; mais elle l'est peut-être plus encore en cas de confirmation tacite, où les actes desquels elle résulte ont par eux-mêmes un sens général, et ne comportent en apparence aucune espèce de distinction entre les vices dont on prétend trouver en eux la réparation. Ici encore il s'agit de rechercher avec soin si le débiteur a entendu les réparer tous, en égale connaissance de cause.

Ces deux conditions d'intention et de connaissance, qui sont intrinsèques et essentielles à toute confirmation, sont, en effet, communes à la confirmation expresse et à la confirmation tacite. Leur concours est exigé pour l'une et pour l'autre. Comme les actes d'exécution volontaire, d'où résulte la confirmation tacite, n'ont de valeur que comme indices d'une intention présumée de la part de celui de qui ils émanent, cette intention doit elle-même, comme aux cas de confirmation expresse, se caractériser et se qualifier par la connaissance acquise des vices qu'il s'agit de réparer. L'exécution volontaire doit ainsi être éclairée, réfléchie et exempte de toute erreur.

Le texte de l'article 1338 appuie ces observations, qui sont fondées sur la nature même de tout acte confirmatif. Il veut, en effet, qu'à défaut d'acte de confirmation ou ratification, l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Or, quelle est cette époque? C'est celle où le confir-

mant avait connaissance des vices qu'il avait l'intention de réparer, puisque notre article exige, pour la régularité de l'acte de confirmation et comme preuve de cette connaissance, que l'acte mentionne le motif de l'action en rescision. Donc, celui qui exécute volontairement une obligation sujette à rescision ou à nullité doit, pour en couvrir et réparer régulièrement les vices, en avoir acquis la connaissance au moment où il accomplit un acte d'exécution volontaire. Et c'est aux juges à vérifier ce point de fait par l'appréciation des diverses circonstances (1).

36. Sous le rapport de la connaissance des vices qui motivent l'action en nullité ou en rescision, la position de l'obligé qui a figuré personnellement dans l'acte est différente de celle de ses héritiers ou ayants-cause. Il peut exister, en effet, certains vices inhérents à sa capacité ou à son consentement, que ceux-ci ne sont pas aussi bien que lui-même en état de connaître et d'apprécier. Ainsi, l'héritier qui paye une dette extorquée par violence ou surprise par dol à l'égard de son auteur, n'est pas censé confirmer et ratifier l'obligation, s'il n'est point établi qu'il a payé en connaissance du vice. Il peut donc, nonobstant le payement qu'il a fait de bonne foi, dans l'ignorance de la violence ou du dol, faire annuler l'obligation et exercer la répétion de l'indû (2).

Que si, au contraire, c'est son auteur même qui opère le payement, comme il a été personnellement victime de la violence et du dol, il ne peut en prétexter cause d'ignorance, et

(1) TOULLIER, t. 8, n° 504. — MERLIN, Rép., v° *Ratification,* n° 9, et Quest., *Eod.*, v° § 5, n° 3. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 455, n^te 20, 1re édit., et t. 4, p. 266, n^te 21, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 277. — Cass., 5 déc. 1826. SIREY, 27, 1, 70. — Grenoble, 8 mai 1835. SIREY, 35, 2, 554. — Cass., 29 juillet 1856. SIREY, 57, 1, 824. — 25 nov. 1857. SIREY, 58, 1, 209. — Lyon, 6 août 1857. SIREY, 58, 2, 485. — Cass., 28 nov. 1866. SIREY, 67, 1, 18. — 14 mai 1867. SIREY, 67, 1, 236. — 18 juin 1867. SIREY, 67, 1, 297. — 9 juillet 1873. SIREY, 73, 1, 390. — 9 janvier 1884. SIREY, 84, 1, 375.

(2) POTHIER, *Condict. indeb.*, n° 144.

la confirmation est valable, pourvu qu'elle ait eu lieu après la découverte du dol ou la cessation de la violence.

Aussi, pensons-nous que l'article 892 est inapplicable, lorsque ce n'est pas le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie, après la découverte du dol ou la cessation de la violence, mais bien l'héritier de ce cohéritier, dans l'ignorance du dol ou de la violence pratiquée envers son auteur. Si, en effet, cet article dispose que le cohéritier qui a aliéné son lot n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence, une semblable disposition est uniquement fondée sur ce que, dans ce cas, l'aliénation volontairement consentie, en connaissance du vice, constitue une confirmation tacite du partage. En exigeant que l'aliénation ait lieu en connaissance du vice, l'article 892 ne fait, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, que consacrer les principes généraux du droit posé dans l'article 1338. Or, l'on comprend sans peine que l'héritier du cohéritier copartageant, qui aliène tout ou partie de son lot, ne doit point, sous le rapport de la connaissance du vice qui affecte le partage, être assimilé à son auteur, et que l'article 1338 lui est seul applicable ; c'est-à-dire qu'il n'est censé ratifier le partage, par l'aliénation de tout ou partie de son lot, que si, au moment de cette aliénation, il a personnellement connu les vices de l'acte.

Et, quant à cette connaissance, il ne suffirait pas, pour la validité de la confirmation ou de l'exécution volontaire, qu'elle fût seulement signalée comme possible et extrêmement vraisemblable. Elle n'aurait, dans ces termes, qu'un caractère conjectural, tandis qu'elle doit être positive et certaine. La Cour de cassation (1) a fait de ce principe une application très rigoureuse, au cas d'exécution volontaire d'une vente arguée de lésion de plus des sept-douzièmes.

(1) 19 déc. 1853. SIREY, 54, 1, 686. — Voy. encore Cass., 29 juillet 1856. SIREY, 57, 1, 824.

37. Ici se présente une question relative à la charge de la preuve. Est-ce le créancier qui invoque la prétendue confirmation qui doit établir qu'elle réunit toutes les conditions essentielles à sa validité? Ou bien, au contraire, est-ce au débiteur contre lequel on s'en prévaut, à justifier qu'elle ne remplit point les conditions voulues d'intention et de connaissance?

M. Toullier (1) pense que le débiteur est tenu de cette preuve négative, parce que si, aux termes de l'article 1338, l'exécution volontaire suffit, celui au profit duquel le contrat est ratifié par l'exécution n'a rien autre chose à prouver; qu'en conséquence, il n'est pas obligé de prouver que le ratifiant connaissait le vice du contrat quand il l'a exécuté; que c'est à ce dernier de prouver qu'il ne le connaissait pas, s'il croit pouvoir le faire.

Ces observations ont entraîné M. Merlin, qui, après avoir embrassé l'opinion contraire (2), s'est plus tard rétracté (3), en ajoutant aux raisons données par M. Toullier, que, l'erreur ne se présumant pas, c'est à celui qui l'invoque à la prouver. Nous ne saurions, quant à nous, nous ranger à cette opinion.

L'argument que l'on tire du texte de l'article 1338 n'est rien moins que concluant, et quand on dit que, si l'exécution volontaire suffit pour confirmer l'obligation, le créancier qui l'oppose n'est pas tenu de prouver que l'obligé connaissait le vice de son engagement au moment de l'exécution volontaire, on donne aux expressions mutilées de notre article une très fausse interprétation. On ne fait pas attention, en effet, que cette exécution ne suffit qu'à la condition qu'elle a eu lieu après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Or, M. Toullier (4) dit lui-même que c'est

(1) T. 8, n° 549. — *Conf.*, TROPLONG, *Donat.*, n° 1749.
(2) Rép., v° *Ratification*, n° 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3.
(3) Quest., v° *Ratification*, § 5, n° 5.
(4) T. 8, n° 504.

l'époque où l'obligé a connu les vices de l'obligation. Donc, cette connaissance acquise est une condition essentielle, à laquelle est subordonnée l'efficacité de l'exécution volontaire comme confirmation. La conséquence qu'il tire du texte de l'article 1338 est ainsi contradictoire avec le sens qu'il lui a attribué, puisque cette conséquence ne serait exacte que dans le cas où il serait établi que l'exécution volontaire vaut comme confirmation, abstraction faite de la connaissance ou de l'ignorance de l'obligé, quant aux vices qui entachent son obligation. Or, l'exécution volontaire ne suffit point, nous le répétons, si elle n'a eu lieu en connaissance du vice.

Quant à l'argument tiré de ce qu'en général l'erreur ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'allègue à la prouver, il est ici tout à fait inapplicable. Oui, sans doute, il est incontestable que celui qui se prévaut de l'erreur pour en faire le fondement d'une action ou d'une exception, doit l'établir; mais l'obligé à qui on oppose sa confirmation prétendue n'est point dans cette situation. Voici, en effet, dans quelle position il se trouve et comment se développe le débat.

Il poursuit une action en nullité ou en rescision, et établit l'existence du vice sur lequel il la fonde. Sa demande est ainsi justifiée, et il n'a plus rien à prouver. Quant à son adversaire, il oppose l'exécution volontaire; il se constitue donc demandeur dans son exception, et conséquemment, il doit la justifier, suivant les principes du droit commun. Or, cette exception ne sera justifiée que lorsqu'il aura établi que la prétendue confirmation dont il se prévaut, réunit toutes les conditions intrinsèques essentielles à sa validité; et cette preuve ne sera faite que lorsqu'il aura établi que le débiteur a exécuté volontairement, en connaissance du vice, avec intention de le réparer.

Si plusieurs vices existent concurremment, il devra administrer la preuve pour chacun d'eux; autrement, l'obligé pourra encore agir en rescision ou en nullité, en se fondant sur les

autres vices dont il ne sera pas prouvé qu'il avait également connaissance au moment de l'exécution de l'acte.

Il nous paraît si vrai que la charge de cette preuve incombe au créancier qui oppose la confirmation, qu'il ne doit pas en être différemment en cas de confirmation expresse, puisque les conditions essentielles et fondamentales de toute confirmation ou ratification sont indistinctement les mêmes, indépendamment de la forme et de la nature des actes par lesquels leur existence se révèle. Or, supposez un acte de confirmation expresse qui ne mentionne pas le motif de l'action en rescision; cet acte n'est pas valable; néanmoins, celui qui l'oppose peut s'en autoriser pour être admis à prouver que la confirmation réunit toutes les conditions requises pour sa validité. Mais c'est à lui à faire cette preuve; c'est à lui qu'incombe la charge d'établir que l'obligé connaissait le vice de son contrat. Pourquoi en serait-il autrement en cas de confirmation tacite? Est-ce que les actes d'exécution volontaire emportent, par eux-mêmes, une présomption de science, et écartent toute présomption d'erreur de la part de celui de qui ils émanent?

Que si, enfin, il n'existe ni acte exprès de confirmation, ni faits d'exécution volontaire, le créancier sera sans doute admis à prouver, par tous les moyens qui seraient admissibles pour établir l'existence de l'engagement, si elle était contestée, qu'il est intervenu une confirmation expresse, mais verbale. Est-ce que, dans ce cas, il ne serait pas tenu de prouver que l'obligé a confirmé en pleine connaissance de cause? Pourquoi en serait-il donc autrement dans les autres cas de confirmation, quand, par eux-mêmes, les actes invoqués sont insuffisants pour justifier de cette connaissance acquise (1)?

38. Quoi qu'il en soit, il convient de distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Ce que nous venons de dire

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 455, n^te 20, 1^re édit., et t. 4, p. 266, n^te 21, 4^e édit. — MARCADÉ, art. 1338, n° 4.

est inapplicable à cette dernière, parce qu'elle ne se présume point, qu'elle sort des règles ordinaires, et que c'est toujours à celui qui l'allègue à en établir l'existence par des preuves claires et positives. Lorsque le débiteur qui a confirmé son obligation, en connaissance du vice, prétendra que, néanmoins, il a été induit en erreur sur les conséquences juridiques et les effets légaux de ce vice, il sera tenu d'administrer la preuve de cette erreur de droit. Son adversaire ayant prouvé qu'en fait il connaissait le vice, n'a plus rien à établir, et, s'il y a doute, il en profite (1). Le confirmant est ainsi chargé de prouver l'erreur de droit qu'il invoque, comme il le serait en cas qu'il prétendît avoir été victime du dol ou de la violence.

39. Du reste, les tribunaux peuvent résoudre par l'appréciation des circonstances, les deux questions relatives, soit à la connaissance du vice, soit à l'intention de le réparer.

La nature du vice qui entache l'obligation ou de l'exécution volontaire qu'on oppose comme confirmation, peut servir elle-même à les résoudre. Tel est le cas où, le vice étant personnel et apparent, celui qui confirme ne peut, avec apparence de raison, prétexter cause d'ignorance, et où les actes d'exécution sont tellement énergiques et caractérisés, qu'il est impossible d'admettre qu'il n'ait pas eu l'intention de purger et de couvrir tous vices quelconques, en pleine et entière connaissance.

40. A ces premières conditions, indispensables pour que les actes d'exécution volontaire vaillent confirmation, il convient d'en joindre d'autres. Il faut, en outre, que ces actes d'exécution émanent d'une personne capable de s'obliger, puisqu'ils ne peuvent utilement intervenir qu'après l'époque où l'obligation pouvait être valablement confirmée, et que ceux-là seuls sont capables de confirmer qui sont capables de contracter.

41. L'exécution doit enfin être volontaire, c'est-à-dire qu'elle

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 11 juillet 1859. SIREY, 60, 1, 35.

ne doit être ni surprise par dol, ni arrachée par violence, ni forcée par les voies de droit. Elle ne serait pas volontaire si elle était entachée de vices qui invalident le consentement, ou si elle n'avait eu lieu qu'à la suite et en exécution d'une poursuite judiciaire ou d'une contrainte légale, ou dans le seul but de s'y soustraire (1).

42. Moyennant le concours de ces différentes conditions, l'exécution volontaire vaut confirmation de l'acte, et en couvre les vices, soit qu'il s'agisse d'une action en nullité ou d'une action en rescision. Les articles 1311 et 1338 ne permettent pas de faire aujourd'hui la distinction proposée par nos anciens auteurs, et reproduite par M. Merlin avant la promulgation du Code civil (2).

Voici en quoi consistait cette distinction : Suivant les principes de la loi romaine, on distinguait entre les actes nuls de plein droit, *ipso jure*, et les actes simplement rescindables. Quant aux premiers, l'exécution volontaire qui leur était donnée en majorité par le mineur emportait ratification complète de sa part. Quant aux derniers, malgré l'exécution qu'il leur avait donnée en majorité, le bénéfice de la restitution en entier lui demeurait encore réservé. La raison de cette différence était prise dans la nature spéciale du vice dont l'acte était infecté. L'acte nul, *ipso jure*, ne pouvant produire par lui-même aucun effet, l'exécution qui lui était volontairement donnée par le mineur devenu majeur ne pouvait avoir d'autre objet que de le confirmer et d'en purger les vices. Au contraire, l'acte simplement rescindable et conséquemment supposé valable en soi, étant susceptible de produire certains effets obligatoires, même pour le mineur, jusqu'à son annulation prononcée, on ne pouvait, dans le doute sur le motif qui le déterminait à exé-

(1) TOULLIER, t. 8, n° 512. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 458, 1re édit., et t. 4, p. 269, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 282. — Cass., 19 janv. 1830. SIREY, 30, 1, 69.

(2) Quest., v° *Mineur*, § 3.

cuter cet acte, interpréter l'exécution volontaire exclusivement dans le sens d'une ratification destinée à couvrir même le vice de lésion. Il semblait qu'on devait alors n'y voir qu'un acte contraint et forcé, que le mineur avait accompli par nécessité, parce qu'il ne pouvait faire mieux ni autrement (1).

Voilà pourquoi la confirmation d'un acte nul de droit pouvait être tacite, tandis que celle d'un acte rescindable ne pouvait être qu'expresse et formelle. Le Code civil a rejeté cette distinction, et avec raison; car le mineur devenu majeur pouvant également se soustraire à l'exécution de l'acte passé par lui en minorité, tout aussi bien lorsqu'il est sujet à rescision que lorsqu'il est atteint de nullité, l'exécution volontaire qu'il lui donne ne peut raisonnablement s'entendre que dans le sens d'une confirmation destinée à en couvrir les vices, quels qu'ils soient. Il n'y a donc maintenant aucun distinction à faire, dans le fond et dans la forme, entre les actes qui emportent renonciation à l'action en nullité, et ceux qui emportent renonciation à l'action en rescision (2).

43. Quant aux actes d'exécution volontaire, il importe peu qu'il s'agisse d'une exécution totale ou partielle. Ils n'en constituent pas moins une confirmation régulière de l'obligation (3).

Les faits d'exécution desquels peut résulter une confirmation tacite varient, d'ailleurs, suivant la nature de l'engagement. Mais, en général, il y a confirmation tacite de la part de celui qui fait ou prend livraison de la chose, opère ou reçoit payement, fait novation régulière, signifie même un simple commandement (4), accomplit, en un mot, un acte quelconque

(1) MERLIN, *ibid.* — VOET, *ff. De minor.*, n° 44.

(2) TOULLIER, t. 8, n°s 510 et 511. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 457, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit.

(3) DURANTON, t. 13, n° 280. — ZACHARIÆ, *ibid.* — FAVARD, Rép., vis *Actes récog. et conf.*, § 2, n° 4.

(4) Cass., 27 juillet 1829. SIREY, 29, 1, 370.

d'exécution volontaire qui suppose nécessairement en lui la volonté de maintenir l'obligation. Ainsi, il y a confirmation tacite de la part du mineur, lorsqu'il fait en majorité un acte qui n'est que la suite ou la conséquence de celui qu'il a fait en minorité; par exemple, lorsque, dans l'action ou les comptes de tutelle, il poursuit contre son tuteur le payement du prix d'un immeuble indûment aliéné (1); lorsqu'il accepte en majorité une reconnaissance de l'acquéreur portant que la vente, irrégulièrement faite sans formalités, a eu lieu sous faculté de rachat; lorsque le mineur ayant vendu sous faculté de rachat, sans l'accomplissement des formalités voulues, cède en majorité son droit de réméré à un tiers (2).

44. L'exécution volontaire ne s'entend pas ici seulement des actes au moyen desquels une partie accomplit, envers l'autre contractant, tout ou partie des engagements qu'elle s'est imposés. Elle comprend aussi tous les actes de disposition, même consommés envers des tiers, tels qu'une donation, une vente, un échange, un transport, une délégation. De pareils actes constituent également une exécution volontaire de l'obligation; car, ils en supposent nécessairement le maintien, et ce maintien lui-même suppose, de la part de celui qui exécute, l'intention de réparer le vice et de renoncer à toute action en nullité ou en rescision (3).

Certains actes peuvent même être considérés comme constituant une exécution volontaire, quoiqu'ils soient accomplis par l'obligé seul, sans l'intervention ni le concours de qui que ce soit. Telles sont des constructions, des réparations, et autres œuvres, à titre de propriété, qui supposent la volonté de maintenir l'engagement. Mais il en est autrement des simples

(1) L. 10, *ff. De reb. eor. qui sub tut. vel curat.* — Cass., 9 nov. 1869. SIREY, 70, 1, 71.

(2) MERLIN, Quest., v° *Mineur*, § 3.

(3) Cass., 25 nov. 1878. SIREY, 79, 1, 57.

actes d'administration (1), si aucune autre circonstance ne vient leur attribuer le caractère d'une véritable confirmation tacite; ce qui est abandonné à l'appréciation souveraine des tribunaux.

45. Il importe de ne point assimiler à une exécution consommée les actes par lesquels on manifeste seulement l'intention d'exécuter l'obligation. L'article 1338 exige, en effet, une exécution accomplie; et l'on comprend que les faits qui n'indiquent qu'une intention qui ne s'est point encore réalisée, ont un caractère d'équivoque et d'incertitude qui a dû paraître insuffisant au législateur.

Ainsi, la simple demande d'un délai pour payer ne constitue point un acte suffisant d'exécution (2).

Tels sont encore les effets d'une offre qui n'aurait pas été acceptée, et qu'il serait au pouvoir de celui qui l'a faite de retirer ou de renouveler (3).

Remarquons, au surplus, qu'il convient de ne point confondre avec les actes de confirmation ou de ratification, les faits qui tendent à établir que le vice allégué, par exemple, un vice de consentement, erreur, dol ou violence, n'existe pas. Il ne s'agit plus, en effet, de couvrir et de purger un vice prétendu, mais seulement de prouver que l'obligation n'en est pas entachée. Ce n'est donc qu'une question d'appréciation qu'il appartient aux tribunaux de résoudre, abstraction faite des conditions spéciales et des formes particulières exigées pour les actes proprement dits de confirmation expresse ou tacite.

46. L'article 892 ne fait que confirmer les principes que nous venons de développer. Il dispose que le cohéritier, qui a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il

(1) DURANTON, t. 13, n° 282.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 458, 1re édit., et t. 4, p. 268, 4e édit. — Rennes, 8 avril 1835. SIREY, 36, 2, 37.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 8 avril 1835. SIREY, 36, 1, 37.

a faite est postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence.

Comme cet article ne parle que du cas de violence ou de dol, c'est une question fort controversée entre les auteurs et dans la jurisprudence que celle de savoir s'il est également applicable à l'action en rescision pour lésion. Les uns (1) pensent que le simple fait d'aliénation rend le copartageant non recevable à agir pour lésion; alors même qu'il a aliéné avant d'avoir acquis la connaissance de la lésion. Les autres veulent, au contraire, que cette connaissance ait été au moins acquise avant l'aliénation (2).

Enfin, MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (3) pensent que l'article 892 est absolument inapplicable au cas de lésion, alors même qu'elle est connue, parce que l'aliénation que le copartageant fait de tout ou partie de son lot ne constitue pas une exécution proprement dite; qu'en effet, en aliénant en faveur d'un tiers, il n'accomplit, à l'égard de ses cohéritiers, aucune des obligations que l'acte de partage lui impose; que les dispositions de l'article 892 sont donc exceptionnelles, même en ce qui concerne les cas de dol et de violence; qu'on ne saurait les rattacher aux dispositions générales de l'article 1338, et les appliquer, en conséquence, dans les conditions posées par ce dernier article, au cas de lésion; qu'enfin, ce vice est d'une nature complexe, d'une appréciation délicate, et dont il est fort difficile d'avoir une connaissance certaine dans toute son

(1) DELVINCOURT, t. 2, p. 367. — MALPEL, n° 316. — CHABOT, art. 892, n° 2.

(2) DURANTON, t. 7, n° 589. — MERLIN, Rép., v° *Lésion*, § 6. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 419, 1re édit., et t. 6, p. 587, 4e édit. — BELOST-JOLIMONT, sur Chabot, art. 892. — VAZEILLE, art. 892. — Cass., 24 janv. 1833. SIREY, 33, 1, 209. — Bordeaux, 26 juill. 1838. SIREY, 39, 2, 51. — Nîmes, 22 mars 1839. SIREY, 39, 2, 461. — Agen, 28 mai 1850. SIREY, 51, 2, 177. — Cass., 18 fév. 1851. SIREY, 51, 1, 340.

(3) ZACHARIÆ, t. 4, p. 419, nte 32, 1re édit., et t. 6, p. 587, nte 39, 4e édit.

étendue. L'aliénation de son lot, de la part d'un copartageant, n'est donc en aucun cas, suivant ces auteurs, ni une confirmation tacite du partage, ni une renonciation à l'action en rescision pour lésion.

Nous reconnaissons volontiers que l'article 892, par cela même qu'il ne parle que du dol et de la violence, ne s'applique point à la lésion. Mais est-il possible de suppléer son silence par les dispositions de l'article 1338? C'est ce que nous pensons. Il est incontesté que l'exécution volontaire, effectuée en connaissance de cause, répare le vice de lésion comme tout autre. Or, pour répondre tout de suite aux dernières considérations qui sont présentées, nous disons que l'appréciation de cette lésion est la même, soit qu'il s'agisse d'une vente ou d'un partage, soit qu'il s'agisse enfin de tel ou tel acte d'exécution. Pour être conséquent, il faudrait aller jusqu'à dire que le vice de lésion résiste, par sa nature, à toute réparation au moyen d'actes d'exécution volontaire. Que si, à raison de son caractère et des difficultés d'appréciation, les juges doivent se montrer plus sévères quant à la connaissance que la partie qui s'en prétend victime doit avoir de la lésion, il en résulte, non point que le vice ne peut être réparé, mais seulement qu'on n'en doit admettre la réparation par exécution volontaire que lorsqu'il est bien établi qu'il était parfaitement connu, et non vaguement soupçonné, quand les actes d'exécution ont eu lieu.

Toute la question est donc de savoir si le copartageant qui aliène, en connaissance de la lésion, tout ou partie de son lot, fait un acte d'exécution. Et cette question se résume elle-même en celle-ci : Qu'est-ce que l'article 1338 entend par exécution volontaire? Nous l'avons déjà dit (1); il n'entend pas par là seulement les actes par lesquels celui qui exécute accomplit tout ou partie de ses engagements envers l'autre partie, mais encore les actes de disposition et de propriété par lesquels il manifeste, soit unilatéralement, soit isolément, soit

(1) *Suprà*, n° 44.

contractuellement avec des tiers, l'intention de maintenir et de confirmer l'obligation qu'un vice quelconque soumet à une action en nullité ou en rescision. Cette interprétation rentre dans la généralité de ces mots, exécution volontaire ; et ce qui la confirme, c'est, ainsi que nous le verrons bientôt, que les actes de confirmation expresse ou tacite n'exigent point le concours de celui au profit duquel ils ont lieu.

L'aliénation qu'un copartageant consent de tout ou partie de son lot est donc, dans le sens de l'article 1338, un acte d'exécution ; et, dès lors, elle vaut comme confirmation, pourvu qu'elle ait été accomplie sous les conditions déterminées par notre article. Elle réparera donc, suivant les principes du droit commun, non-seulement les vices de dol et d'erreur, mais encore ceux de lésion et d'incapacité.

Ainsi l'a décidé la Cour suprême : « Aux termes de l'article 887, C. civ., les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol, et ils peuvent l'être également pour cause de lésion de plus du quart. Si l'article 892 dispose que e cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, orsque l'aliénation est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence, cet article ne s'occupe point du cas où la rescision serait demandée pour cause de lésion ; et, par conséquent, l'action en rescision reste soumise, dans ce cas, aux dispositions du droit commun. Il résulte du rapprochement des diverses dispositions de l'article 1338, C. civ., que, soit que celui qui pourrait se pourvoir en nullité ou en escision contre une obligation la ratifie par un acte exprès, soit qu'il l'exécute volontairement, la ratification ou l'exécution olontaire ne peuvent le rendre non recevable dans son action n nullité ou en rescision, qu'autant qu'il est établi qu'il connaissait alors le vice dont l'acte pouvait être infecté, et qu'il est, par suite, réputé avoir voulu le purger de ce vice. L'aliénation pure et simple par un copartageant, de tout ou partie de son lot, ne constitue pas une exécution volontaire du par-

tagé, équivalant à une ratification dans le sens de l'article 1338, C. civ., s'il n'a pas connu, lors de l'aliénation, la lésion dont il se plaint; et elle ne peut, par conséquent, élever une fin de non recevoir contre l'action en rescision du partage, formée postérieurement (1). »

47. La confirmation, soit expresse, soit tacite, n'a pas besoin, pour être valable, que la partie au profit de laquelle elle a lieu y concoure elle-même. Elle constitue, de la part du confirmant, un acte purement unilatéral, soit qu'il s'agisse d'une nullité relative ou d'une nullité absolue; et cet acte n'a pas besoin d'être accepté expressément. L'autre partie peut incessamment s'en prévaloir, sans qu'elle puisse être révoquée sous le prétexte qu'elle n'a pas été encore acceptée : c'est que celui qui confirme venant joindre son consentement à celui déjà donné par l'autre partie, au moment où l'engagement a été formé, celle-ci est censée avoir donné d'avance son adhésion à la confirmation ou ratification. Ce n'est pas qu'il se forme un nouveau contrat; mais le concours des deux volontés se reporte au temps du contrat primitif, en resserre et en fortifie les liens, sans former, à vrai dire, une convention nouvelle. Voilà pourquoi les actes de confirmation, censés acceptés d'avance, n'ont pas besoin de l'être, et que la renonciation qu'ils impliquent ne peut être rétractée (2).

48. Une obligation peut enfin être valablement confirmée ou ratifiée par acte testamentaire; et cette renonciation à tous moyens de rescision ou de nullité est obligatoire pour les héritiers.

(1) 4 déc. 1850. Sirey, 1851, 1, 179. — *Conf.*, Cass., 9 mai 1855. Sirey, 55, 1, 791. — Cass., 17 nov. 1858. Sirey, 59, 1, 234. — Nîmes, 22 avril 1858. Sirey, 58, 2, 586. — Poitiers, 5 mars 1862. Sirey, 64, 1, 433.

(2) Toullier, t. 8, n° 509, en note. — Zachariæ, t. 2, p. 453, 1re édit., et t. 4, p. 269, 4e édit. — Merlin, Quest., v° *Mineur*, § 3, et v° *Testament*, § 18, n° 1.

49. La confirmation, ratification ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte, suivant les dispositions de l'article 1338, la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte qui en est l'objet. L'engagement devient inattaquable, comme si jamais il n'avait été entaché d'aucun vice. Tout motif d'action en nullité ou en rescision étant réparé, l'acte est censé n'en avoir jamais été atteint, et il en résulte que la confirmation expresse ou tacite a un effet rétroactif entre les parties (1).

50. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la partie qui a confirmé l'acte, tacitement ou expressément, ne puisse plus agir du tout en rescision ou en nullité, en vertu d'une qualité autre que celle qui lui appartenait au moment de la confirmation. Si, depuis, elle a acquis des droits qui l'autorisent à agir en une qualité différente, du chef d'un tiers qui n'a point confirmé ni ratifié, on ne peut lui opposer la confirmation ou exécution volontaire précédemment émanée d'elle. Ces actes ne peuvent nuire à l'exercice des droits acquis par elle postérieurement (2), quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Seulement, s'ils sont moins étendus que ceux qui lui appartenaient lorsqu'elle a confirmé ou ratifié, la confirmation ou ratification produira encore effet pour tout ce qu'ils contiennent en moins.

51. L'article 1338 ajoute : sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers. Il s'agit de déterminer le sens de cette réserve. Il en résulte évidemment une exception aux dispositions qui précèdent; c'est-à-dire que les tiers peuvent, en cette qualité, opposer tous moyens et exceptions contre l'acte qui a été l'objet d'une confirmation expresse ou tacite, bien que les parties contractantes y aient personnellement renoncé en ce qui les concerne. Ou bien encore on peut dire, en d'autres termes, que

(1) TOULLIER, t. 8, nos 513 et 514. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 458, 1re édit., t. 4, p. 269, 4e édit. — DURANTON, t. 13, nos 287 et suiv. — MARCADÉ, art. 1338, no 5.

(2) Cass., 18 août 1840. SIREY, 40, 1, 785.

la confirmation, ratification et exécution volontaire n'ont point d'effet rétroactif à l'égard et au préjudice des tiers. Mais la question, pour être ainsi nettement posée, n'en est pas mieux résolue, et il reste toujours à expliquer en quels cas et à l'égard de quelles personnes les actes de confirmation ont ou n'ont pas d'effet rétroactif. Or, ce point est l'objet d'une vive controverse dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Parmi les auteurs, les uns distinguent suivant le caractère de la nullité dont était atteint l'acte confirmé ou ratifié. S'agit-il d'une nullité absolue, la confirmation n'a point, suivant eux, d'effet rétroactif. Et, par nullité absolue, ils entendent toute nullité qui peut être proposée indifféremment et également par chacune des parties, soit qu'elle se fonde sur un vice de forme ou sur tout autre vice. Par exemple, un acte de vente est nul quant à la forme; le vendeur le ratifie et confirme. Cette ratification ou confirmation ne fera pas tomber l'hypothèque qu'il m'aura consentie depuis la vente, mais antérieurement à la confirmation, sur les immeubles vendus (1).

S'agit-il, au contraire, d'une nullité relative, la confirmation ou ratification a un effet rétroactif qui remonte au jour même de l'acte. Ainsi, un mineur, une femme mariée consentent une hypothèque en minorité ou sans l'autorisation maritale; plus tard, survient un acte de confirmation donné en majorité ou après la dissolution du mariage. Cet acte a un effet rétroactif qui valide l'hypothèque et lui fait produire effet au préjudice même des tiers auxquels des droits hypothécaires ou autres droits réels ont été transmis dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre l'acte primordial et l'acte confirmatif (2).

« Inutile d'objecter, dit M. Merlin, la maxime que la ratification ne peut jamais préjudicier à un tiers. Cette maxime n'est vraie que quant à la ratification d'un acte que la loi considère

(1) Toullier, t. 7, n° 563. — Troplong, *Hyp.*, n° 499. — Merlin, Quest., v° *Hyp.*, § 4, n°s 2, 6 et 7.

(2) Merlin, *ibid.* — Troplong, *Hyp.*, n°s 493 et suiv. — Toullier, t. 7, n°s 564 et 565.

comme non existant, soit parce qu'elle le frappe d'une nullité absolue, par des motifs d'ordre public, soit parce qu'il manque des formes essentiellement constitutives de son existence légale, soit parce qu'il est étranger à la personne qui le ratifie, et qui, par sa ratification, se le rend propre. »

Voici comment les auteurs dont nous exposons la doctrine essayent d'établir cette distinction : S'il s'agit d'une nullité absolue, la confirmation ou ratification, disent-ils, ne tire sa force que de l'acte qui la contient. Elle est considérée comme un nouveau titre qui ne produit effet qu'à sa date, et qui, ne pouvant être opposé aux tiers que de ce jour-là, doit recevoir son exécution indépendamment du premier, de telle sorte que les droits acquis à des tiers depuis l'acte nul, mais avant la confirmation ou ratification, continuent de subsister.

Mais lorsque la nullité est simplement relative, elle constitue, en faveur de ceux qui sont admis à s'en prévaloir, plutôt une simple faculté de poursuivre et de faire prononcer l'annulation de l'acte. Comme il n'est point frappé de nullité, et qu'il subsiste par lui-même, l'approbation expresse ou tacite qui lui est donnée plus tard a, comme la prescription de l'action en rescision ou en nullité à laquelle il est soumis, un effet rétroactif qui se reporte naturellement au temps où l'acte a été passé (1).

Ceux qui ont acquis des droits dans le temps intermédiaire, ajoute-t-on, ne pouvant être admis à exercer les droits déjà exercés ou abdiqués par leur débiteur, il s'ensuit que, sauf les cas de fraude, ils sont hors d'état d'exercer une action en rescision ou en nullité à laquelle leur auteur a renoncé. Le premier contrat est ainsi irréfragable à leur égard. Ces raisons sont particulièrement appliquées par les auteurs aux actes faits par les mineurs et les femmes mariées.

A l'appui de cette distinction entre les nullités relatives et

(1) TROPLONG, *ibid.* — MERLIN, *ibid.* — TOULLIER, t. 7, nos 563, 564, 570, t. 8, nos 522 et suiv.

les nullités absolues, on invoque diverses autorités empruntées à notre ancienne jurisprudence (1). Elle n'y était cependant pas universellement admise. Ainsi, Basnage (2) dit que c'est une question fort problématique, si le contrat fait par un mineur, et qu'il a ratifié après sa majorité, a hypothèque du jour qu'il a été passé, ou seulement du jour qu'il a été ratifié. Après avoir développé les raisons qui portent à décider que la confirmation a un effet rétroactif, il ajoute que, dans le sens contraire, on peut dire que cessant la ratification, le contrat ne peut subsister; qu'en effet, le mineur ne voulant point se faire restituer, ses créanciers peuvent, néanmoins, exercer ses actions et demander de leur chef la rescision du contrat. Toutefois, il observe que cette raison serait peu considérable, si le temps accordé pour obtenir le bénéfice de restitution était expiré. Il cite enfin un arrêt rendu le 6 février 1668, en la grand'chambre du Parlement de Rouen, qui décida que le créancier n'aurait hypothèque que du jour de la ratification, c'est-à-dire que la ratification n'avait point d'effet rétroactif au préjudice des droits de l'acquéreur des biens antérieurement hypothéqués, en vertu d'un engagement contracté par un mineur, mais ratifié par lui plus tard en majorité.

52. Cherchant à concilier cette jurisprudence avec celle contraire du Parlement de Paris, Basnage propose une distinction. Si le mineur est restituable pour lésion ou pour dol, en ce cas, dit-il, la ratification d'un tel contrat ne pourrait avoir un effet rétroactif, parce que le contrat n'étant pas valable à cause de la lésion et du dol, et ne subsistant qu'en vertu de la ratification faite dans les dix années pendant lesquelles la rescision pouvait en être demandée, et ayant pu être annulé cessant la ratification, l'on ne doit pas en faire remonter

(1) DENISART, v° *Ratification*. — NOUVEAU DENISART, v° *Hyp.*, § 3, sect. 7. Arrêt du 19 août 1784, qui y est rapporté. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 125.

(2) *Hyp.*, ch. 3.

l'hypothèque au jour du contrat. Mais, dans le cas contraire, si, par exemple, le mineur avait utilement employé les deniers qu'il avait empruntés, en ce cas, comme il ne pourrait demander le bénéfice de restitution, et que, par conséquent, la ratification ne serait point nécessaire pour faire subsister le contrat, ses biens seraient valablement hypothéqués de ce jour-là.

Nous remarquerons, sur cette seconde branche de la distinction de Basnage, qu'elle n'a, dans l'opinion de son auteur même, aucune espèce de sens et de portée; car elle s'applique précisément à un cas où, suivant lui, le contrat est valable, et où, dès lors, n'y ayant aucune action en rescision ou en nullité à couvrir, on n'a pas à se demander si une confirmation qui est inutile, a ou non un effet rétroactif à l'égard des tiers. La validité même du contrat, dès le principe, écarte une pareille question.

Cependant, M. Duranton (1) a reproduit, sous le Code civil, la distinction de Basnage. Il pense, comme lui, que si le mineur a profité du prêt qui lui a été fait, par exemple, l'hypothèque qu'il a consentie en minorité étant valable d'après la loi elle-même, a effet du jour où elle a été régulièrement prise, et non du jour de la confirmation ou ratification. Il rattache ainsi la solution de notre question bien moins aux principes de la confirmation ou ratification, qu'aux règles relatives à la capacité des mineurs. Il admet, en effet, que l'hypothèque a été valablement consentie par le mineur, par cela seul qu'il a profité des sommes prêtées, et qu'elle vaut jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré. Or, c'est en ce point que réside l'erreur de son opinion. Car il résulte manifestement des articles 457, 2124 et 2126, que les mineurs ne peuvent, dans le cas même où ils profitent du contrat, consentir valablement hypothèque sur leurs biens. Ils doivent sans doute tenir compte de ce qui a tourné à leur profit; mais il est si

(1) T. 13, n° 285; t. 19, n^os 344, 347.

vrai que ce profit réalisé ne fait pas réputer valable l'engagement qu'ils ont contracté, qu'ils doivent n'en tenir compte qu'en conséquence de la rescision ou de la nullité prononcée de leur engagement, conformément à l'article 1312, C. civ.

Nous avons vu que la jurisprudence du Parlement de Rouen était contraire à celle du Parlement de Paris. En Bretagne, Duparc-Poullain, cité par M. Toullier (1), pensait aussi que la ratification ou confirmation par laquelle un mineur avait purifié en majorité le contrat par lui fait en minorité, n'avait point d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui avaient acquis des droits dans le temps intermédiaire.

53. Revenons aux auteurs qui ont écrit sous le Code civil. Les uns, repoussant la distinction que nous venons de rappeler entre les nullités absolues et les nullités relatives, en proposent une autre fondée sur la nature des actes qui sont en concours. Par exemple, une personne confirme en majorité, ou après la dissolution du mariage, une vente qu'elle avait consentie en minorité sans observer les formes prescrites, ou durant le mariage sans obtenir l'autorisation maritale. Cette confirmation n'aura point d'effet rétroactif, et ne pourra être opposée à un second acquéreur auquel le mineur ou la femme aura transmis régulièrement depuis la première vente, mais avant l'acte de confirmation, les mêmes immeubles qui avaient été déjà aliénés (2).

Que si, au contraire, il s'agit d'une constitution d'hypothèque faite irrégulièrement en état de minorité ou durant le mariage, la confirmation donnée plus tard aurait un effet rétroactif, au préjudice même des créanciers hypothécaires dont le titre a une existence régulière antérieure à la confirmation, mais postérieure à l'acte confirmé. On en donne pour raison qu'un débiteur pouvant hypothéquer les mêmes immeubles au profit

(1) T. 7, n° 365.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 137, n^te 10, et p. 459, n^te 31, 1^re édit., et t. 3, p. 270, n^te 31, et t. 4, p. 270, 4^e édit.

de plusieurs créanciers différents, l'hypothèque consentie en majorité ne s'oppose pas à la confirmation de celle qui a été donnée en minorité (1).

D'autres enfin repoussent toute distinction entre les actes contenant aliénation (2) et les actes emportant seulement constitution d'hypothèque (3). Ils pensent que, en aucun cas, la confirmation de l'acte nul ou rescindable n'a d'effet rétroactif, à l'égard des acquéreurs ou autres qui ont acquis des droits réels sur la chose qui faisait l'objet du premier contrat, avant qu'il fût confirmé ou ratifié (4). Peu importe alors, dans cette opinion que nous n'hésitons pas à suivre, qu'il s'agisse de droits d'hypothèque, d'usufruit, de servitude, de propriété ou autres, pourvu qu'ils constituent des droits réels en faveur des tiers (5).

54. Mais avant de développer les raisons sur lesquelles nous essayerons de la fonder, nous devons dégager la question principale de quelques questions accessoires qui, en venant s'y mêler, pourraient y introduire quelque confusion.

Il est d'abord bien reconnu que si l'engagement qui était dans le principe affecté de quelque vice a été purifié, et est devenu inattaquable par le seul laps du temps pendant lequel la partie obligée devait se pourvoir en nullité ou en rescision, dans ce cas, la confirmation du contrat, ou plutôt la prescription de l'action en rescision ou en nullité, a un effet rétroactif, même à l'égard des tiers, à la date de l'engagement. C'est, en effet, la loi elle-même qui, à l'aide du temps, confirme le contrat, et cette confirmation rétroagit, à l'égard des tiers comme

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Paris, 15 déc. 1830. SIREY, 31, 2, 83.

(2) Cass., 16 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 102.

(3) Paris, 23 juill. 1838. SIREY, 39, 2, 5. — Montpellier, 6 janvier 1866. SIREY, 66, 2, 280.

(4) GRENIER, *Hyp.*, t. 1, nos 42 et suiv. — BATTUR, *Hyp.*, t. 1, n° 160. — MARCADÉ, art. 1338, n° 5.

(5) DURANTON, t. 13, n° 285, et t. 19, n° 344. — MARCADÉ, art. 1338, n° 5. — Cass., 24 mars 1880. SIREY, 83, 1, 461.

entre les parties contractantes elles-mêmes. Vainement ils allègueraient que leur débiteur a laissé la prescription s'accomplir à leur préjudice. Il dépendait d'eux d'agir, soit en son lieu et place, pendant le temps fixé pour la prescription (1), soit même de leur chef personnel et en leur nom propre, comme subrogés à l'action en rescision ou en nullité (2). Car, nous nous proposons d'établir que leur auteur, en contractant avec eux avant toute ratification et confirmation de sa part, est censé, par cela même, leur céder implicitement, avec les droits transmis, l'action en nullité ou en rescision qui lui compète; de telle sorte que désormais la prescription de cette action ne doit courir et s'accomplir qu'à leur égard personnellement, et sauf toutes causes de suspension et d'interruption de leur chef personnel. Ils auront donc toujours à s'imputer d'avoir laissé la prescription s'acquérir à leur préjudice.

55. Maintenant, voyons quelles personnes la loi entend ici désigner par tiers. Elle entend par ce mot tous ceux qui ne sont ni héritiers, ni successeurs, ni ayants-cause de la partie qui a confirmé ou ratifié l'acte. Car, à leur égard, la confirmation serait opposable comme à l'égard de celui-là même de qui elle émane. Sont donc réputés tiers tous ceux qui ont des droits particuliers et personnels à défendre contre les actes de leur auteur qui pourraient leur faire préjudice.

Les explications que nous avons données sur le sens de cette expression, dans notre commentaire de l'article 1328, reviennent naturellement prendre ici leur place. Il s'ensuit que les simples créanciers chirographaires ne sont point des tiers, mais des ayants-cause qui ne peuvent, dans le cas même où leurs titres ont une date certaine antérieure à l'acte de confirmation, s'opposer à ce que les créanciers hypothécaires, par exemple, dont les titres ont été confirmés, exercent leurs

(1) BASNAGE, *Hyp.*, ch. 3. — DURANTON, t. 19, n° 345. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 502. — *Contrà*, GRENIER, *Hyp.*, t. 1, n° 47.

(2) *Infrà*, n° 59.

hypothèques à leur préjudice. Ils ne peuvent point demander qu'ils viennent contributoirement et non par préférence. La confirmation de leurs hypothèques produit en faveur des créanciers hypothécaires tous ses effets, comme si elles avaient été valables et régulières dès le principe, non-seulement envers le débiteur, mais encore envers ses créanciers chirographaires, qui ne sont que ses ayants-cause (1).

56. La confirmation de l'acte soumis à une action en rescision ou en nullité ne constitue point un titre nouveau. Elle ne fait que lui donner plus de force ou une force qu'il n'avait pas auparavant; ou, mieux encore, elle emporte seulement, suivant les termes de l'article 1338, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

Il en résulte que l'hypothèque confirmée, si elle a été déjà régulièrement inscrite, n'est point assujettie à une nouvelle inscription à prendre en conséquence de l'acte de confirmation ou ratification. Car l'inscription déjà prise n'est pas frappée de nullité en soi, et son annulation n'est que la conséquence de celle dont serait frappé l'acte constitutif de l'hypothèque. La confirmation ou ratification de ce dernier acte assure donc l'efficacité de l'inscription à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs (2).

Réciproquement, lorsqu'une partie confirme et ratifie un acte de partage ou tout autre acte équivalent, ce n'est pas à compter de l'acte de confirmation et de ratification, mais bien de l'acte confirmé, qu'a couru le délai fixé pour l'inscription de son privilége de copartageant. Ce privilége sera donc perdu, à défaut d'inscription régulière, alors même qu'elle se serait réservé, dans l'acte de confirmation, tous les droits, actions et priviléges résultant de l'acte confirmé (3).

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 19, n° 346.

(2) Cass., 25 nov. 1856. SIREY, 57, 1, 117.

(3) Cass., 10 nov. 1862. SIREY, 63, 1, 129. — 30 juill. 1873. A notre rapport. — DALLOZ, 74, 1, 106.

Il s'ensuit encore que les actes de confirmation qui s'appliquent à une transmission de propriété, n'ont pas besoin d'être transcrits, et que, avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, le créancier auquel une hypothèque avait été consentie antérieurement, ne pouvait désormais, comme s'il s'agissait d'un acte réellement translatif, et s'il ne l'avait déjà fait d'une manière régulière, prendre inscription conformément à l'article 834, C. p., dans la quinzaine de la transcription de l'acte confirmatif (1).

Sous ce rapport, on peut dire qu'il a un effet rétroactif envers les tiers, en ce sens qu'il se reporte à la date de l'acte confirmé ou ratifié, pour lui donner une force pleine et entière. Mais il faut remarquer que cet effet n'a point lieu, même dans ce cas, au préjudice de tiers ayant des droits acquis antérieurement à l'acte de confirmation. Ils ne sauraient donc prétendre qu'il rétroagit à leur préjudice.

57. Les actes de confirmation ou de ratification peuvent être opposés aux tiers à qui des droits n'ont été transmis qu'à une date postérieure, sur la chose qui faisait le sujet de l'acte confirmé ou ratifié. Le débiteur ne peut, dès lors, transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même, exactement comme s'il avait, dès le principe, contracté un engagement inattaquable.

Mais pour que cet acte de confirmation leur soit efficacement opposable, il faut qu'il ait une date certaine antérieure, conformément aux dispositions de l'article 1328. Car ils sont des tiers contre lesquels on ne peut se prévaloir que d'actes ayant date certaine. Par exemple, un créancier hypothécaire, un acquéreur, auxquels on oppose un acte de confirmation d'une hypothèque ou d'une vente antérieure, peuvent le repousser comme n'ayant point de date certaine antérieure à leurs propres titres. Ils ont, en effet, intérêt et, conséquemment, droit à assurer le maintien des droits qui leur ont été

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 7, n° 563.

transmis, et à les défendre contre tous actes par lesquels leur auteur aurait tenté de les restreindre ou de les modifier indûment à leur préjudice.

Mais comme cet acte de confirmation ne contient aucune translation effective de droits, qu'il ne fait qu'opérer l'extinction d'une action en nullité ou en rescision, il est dispensé de la formalité de la transcription établie par la loi du 23 mars 1855 (1).

58. Ces explications données, nous reprenons notre question relative aux effets rétroactifs des actes de confirmation.

En général, les auteurs ne l'ont examinée qu'au point de vue des vices résultant de la capacité. Nous devons la généraliser, et embrasser sous une formule plus étendue tous les vices de capacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme, qui peuvent donner lieu à une action en nullité ou en rescision. Nous supposons donc un acte nul ou rescindable, quel que soit le vice dont il est entaché; et sous ces expressions nous comprenons tous les vices quelconques qui peuvent fonder la nullité ou la rescision d'un engagement. Ce point de vue général, outre qu'il rentre dans les termes et dans l'esprit de l'article 1338, a l'avantage de donner une plus grande portée à la discussion qui va suivre et aux solutions qui en seront la conséquence.

Nous généralisons encore la question sous un autre rapport. En parlant du droit des tiers, nous entendons par là tous droits propres et personnels acquis antérieurement à la confirmation ou ratification, tels que des droits de servitude, d'usufruit, d'hypothèque, de propriété, ou autres droits réels, que les tiers auxquels ils ont été transmis peuvent faire valoir et défendre contre les actes par lesquels leur auteur pourrait les modifier, restreindre et anéantir.

Ceci nous conduit à repousser la distinction proposée entre

(1) TROPLONG, *Transcript.*, n° 131.

les actes contenant aliénation et ceux emportant constitution d'hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle. Nous rangeons les uns et les autres sur la même ligne. Vainement on dit que celui qui a fait un acte de vente nul ou rescindable, et qui, plus tard, a aliéné en faveur d'un tiers la même chose, avant tout acte de confirmation, s'est ainsi dépouillé du droit de confirmer, au préjudice du second acquéreur, la vente qu'il avait consentie précédemment à un autre; tandis qu'en confirmant l'hypothèque qu'il avait consentie par un acte nul ou rescindable, il ne fait qu'user du droit qui lui appartient d'hypothéquer, autant de fois qu'il lui plaît, le même immeuble au profit de différents créanciers; c'est-à-dire que deux ventes successives s'excluent, qu'elles sont en quelque sorte impénétrables, mais que plusieurs hypothèques peuvent concourir sur la même chose. On en conclut que la confirmation de l'hypothèque rétroagit au préjudice des créanciers qui ont acquis postérieurement à cette hypothèque, mais antérieurement à l'acte de confirmation, des hypothèques sur les mêmes immeubles.

Ces raisons, tirées de ce que le débiteur peut, à son gré, consentir successivement plusieurs hypothèques sur la même chose, et de ce que ces hypothèques peuvent concourir sur leur gage commun, ces raisons nous semblent à peine spécieuses. Elles ne peuvent conduire à la solution de notre question. Qu'importe, en effet, que plusieurs hypothèques, et non plusieurs ventes, puissent concourir sur la même chose? Seulement, il est plus sensible, dans un cas que dans l'autre, que les actes de confirmation ne doivent point avoir d'effet rétroactif au préjudice du droit des tiers. Mais, dans les deux cas, il y a mêmes raisons de repousser cette rétroactivité.

Considérés en eux-mêmes et abstractivement, indépendamment de la nature de l'objet auquel ils s'appliquent, tous droits acquis aux tiers sont égaux et identiques. Peu importe qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'hypothèque ou de tout autre droit réel. De sa nature, le droit est toujours le même entre

les mains de celui auquel il a été transmis; et il y a pour celui qui l'a transféré une égale impossibilité de rien faire, après sa transmission, qui en restreigne ou modifie les effets. Telle est, cependant, la distinction que l'on prétend établir entre l'hypothèque et l'aliénation, comme si le tiers auquel une hypothèque a été consentie n'avait pas, comme celui auquel la propriété d'une chose a été transférée, un droit égal, un intérêt égal à protéger et à défendre le maintien des engagements contractés en sa faveur. Envisagée par rapport à la nature essentielle des droits transmis, cette distinction manque donc de base.

Mais les principes mêmes de la loi civile la repoussent formellement. Pour pouvoir hypothéquer, il faut pouvoir aliéner. Or, il résulte de la distinction que nous combattons que l'on pourrait hypothéquer, alors qu'on ne pourrait pas aliéner, puisque le débiteur pourrait confirmer valablement et avec effet rétroactif une hypothèque nulle ou rescindable, tandis qu'il ne pourrait de même, au préjudice des droits des tiers, confirmer un acte d'aliénation. Une semblable théorie nous semble arbitraire et inconséquente.

On ajoute que les créanciers dont l'hypothèque est postérieure ne peuvent prétendre que la confirmation de la première hypothèque préjudicie à leurs droits; qu'ayant été avertis de son existence, ils ont pu et dû s'attendre qu'elle serait confirmée, puisque leur débiteur ne renonçait pas, en leur donnant hypothèque, à la faculté de confirmer le premier engagement. Mais ces considérations laissent toujours la question entière. Car vainement on dit que les créanciers hypothécaires postérieurs ont pu et dû s'attendre à voir confirmer la première hypothèque nulle ou rescindable; il reste encore à établir que cette confirmation, de la possibilité de laquelle ils étaient prévenus, doit s'accomplir avec effet rétroactif. Ne peut-on pas, au contraire, répondre que, sans doute, ils ont eu connaissance de l'hypothèque antérieure; mais qu'ils ont su en même temps qu'ils pouvaient la faire rescinder ou

annuler; que, s'ils ont pu et dû s'attendre à l'éventualité d'un acte de confirmation, ils n'ont pu et dû l'envisager qu'avec la sécurité que leur inspiraient des droits régulièrement acquis, et auxquels leur débiteur ne pouvait désormais porter aucune atteinte? Ainsi se rétorquent les considérations invoquées à l'appui de la rétroactivité de la confirmation ou ratification.

Cette première distinction écartée, nous avons à en réfuter une autre; c'est celle d'après laquelle on range sur une ligne différente les actes entachés d'une nullité absolue et ceux affectés d'une nullité relative. Cette distinction nous paraît elle-même arbitraire et impuissante à résoudre notre question.

Il est bien entendu d'abord que la nullité absolue, dont on s'occupe ici, n'est point une de ces nullités viscérales par suite desquelles l'acte qui en est infecté n'a aucune existence légale, et est réputé inexistant aux yeux de la loi. Nous avons vu que l'effet de semblables nullités était d'empêcher toute confirmation ou ratification de l'acte qui en est atteint. Or, dès l'instant qu'on suppose une confirmation ou ratification, on suppose, par cela même, une nullité qui ne s'oppose point à un pareil acte, tout absolue qu'elle soit. La nullité absolue, dont il est ici question, est donc simplement celle qui, sans rendre impossible toute confirmation ou ratification, est telle, néanmoins, qu'elle peut être invoquée par toutes parties.

Eh bien, nous disons qu'il n'y a, quant aux effets de la confirmation ou ratification envers les tiers, aucune distinction à faire entre les nullités absolues et les nullités relatives. On ne saurait, en effet, la fonder sur les termes de l'article 1338 qui, se bornant à parler d'action en nullité ou en rescision, suppose indifféremment une nullité absolue ou une nullité relative, telle cependant que l'acte qui en est infecté peut être valablement confirmé ou ratifié.

Prétendrait-on la fonder sur la nature particulière de ces deux actions? Mais alors il faut trouver des raisons générales, communes, et qui ne s'appliquent point seulement au cas d'incapacité personnelle de la femme et du mineur. Et

encore celles que l'on donne pour ce cas ne sont-elles point décisives. Il faut, en un mot, poser une théorie qui embrasse toutes les nullités relatives, soit qu'elles se réfèrent à des vices de capacité, de consentement, de cause, d'objet ou de forme. A ce point de vue, une première considération nous touche; c'est que, s'agissant des effets de la confirmation ou ratification à l'égard des tiers, il est indifférent qu'il s'agisse de réparer tel ou tel vice produisant telle ou telle nullité, absolue ou relative, et que le seul point important est de savoir si l'acte est susceptible d'être confirmé et ratifié. On prétend en vain que l'acte fait par le mineur non habilité ou par la femme non autorisée, ne peut être attaqué que par la partie incapable; qu'il subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé; que, dès lors, la confirmation qui intervient et le purifie ne fait que mieux assurer pour l'avenir l'existence légale qu'il avait déjà du jour de sa consommation. Il faut, en effet, aller beaucoup plus loin, et dire la même chose de tous les autres cas de nullité relative, tels que ceux de dol, d'erreur, de violence, de lésion, de dotalité, et autres concernant les vices d'objet ou de cause. Or, la question étant posée dans ces termes généraux, qu'importe que l'acte soit entaché d'une nullité absolue ou relative, c'est-à-dire que les deux contractants ou un seul aient le droit de poursuivre la rescision ou la nullité de l'engagement? Il n'en est pas moins vrai que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'acte subsiste tant qu'il n'a pas été rescindé ou annulé, et que, par rapport à celui qui en demande l'annulation, le seul point important est qu'il puisse régulièrement exercer l'action qu'il poursuit, soit qu'elle n'appartienne qu'à lui seul, ou en même temps à son adversaire, qui l'exerce lui-même ou ne l'exerce pas.

Il est bien plus sensible encore que, lorsqu'il intervient un acte régulier de confirmation ou de ratification, il est indifférent de savoir si ce vice, qui est ainsi couvert, produisait une nullité absolue ou relative. La purification de l'engagement rend oiseuse toute question à cet égard. A plus forte raison,

ce point est-il indifférent pour les tiers qui ont acquis des droits de celui qui confirme ou ratifie, pendant le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre le premier acte et sa confirmation. Quant à eux, il s'agit uniquement d'apprécier la nature des droits qui leur ont été transférés, de voir s'ils constituent des droits acquis, et si leur auteur a pu, par un acte ultérieur de confirmation, y porter une atteinte quelconque.

Notre question se trouve ainsi ramenée dans les termes généraux des règles relatives à la transmission des droits. Nous retombons sous l'application de la maxime, que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même. Voici comment: J'ai contracté un engagement nul ou rescindable; plus tard, je transmets à un tiers des droits sur la chose qui a fait le sujet du premier engagement que je ratifie et confirme après avoir fait ce second acte. Nous disons que cet acte intermédiaire empêche dorénavant toute ratification ultérieure au préjudice des droits qu'il a eu pour effet de transférer à un tiers. La confirmation ou ratification n'aura lieu que sans préjudice de ses droits acquis. En effet, lorsque j'ai contracté avec ce tiers, je me suis engagé à faire produire au contrat tous les effets qu'il était dans sa nature de produire; je me suis obligé à en assurer l'exécution, sans que je puisse, par aucun acte postérieur, l'empêcher ni la restreindre. Or, cet acte ne peut recevoir son plein et entier effet que moyennant la nullité ou la rescision du premier engagement. Je me suis donc obligé, par la seule force du contrat que j'ai passé avec le tiers, à ne point confirmer le premier acte nul ou rescindable; c'est-à-dire à ne point renoncer aux moyens et exceptions qui pouvaient être invoqués. Autrement, je contreviendrais à l'obligation que je me suis imposée de droit de le garantir contre mes faits personnels. Je l'ai mis ainsi virtuellement en mon lieu et place, et il a accepté lui-même cette subrogation, en ce qui concerne l'action en nullité ou en rescision à laquelle est soumis le premier engagement.

Alors donc qu'après avoir ainsi transmis à un tiers des droits

qui lui sont légalement acquis, je confirme ou ratifie la première obligation, je ne puis lui donner plus de force qu'il ne m'appartient de lui en attribuer, au préjudice des droits que j'ai déjà transférés à ce tiers. Autrement, il dépendrait de moi-même de restreindre ou d'anéantir, par mon propre fait, les effets de l'obligation que j'ai contractée envers lui. Je suis exactement dans la même situation que celui qui, après avoir transféré des droits à une personne, voudrait transmettre à un autre tout ou partie des mêmes droits. Car, dans notre hypothèse, confirmer une obligation antérieure nulle ou rescindable, c'est assurer au créancier prétendu des droits qu'il n'avait pas auparavant, et, conséquemment, lui en transmettre. Or, cette confirmation, si elle était opposable au tiers qui a acquis des droits sur la même chose, dans le temps intermédiaire, aurait pour effet de dépouiller ce tiers du droit d'exercer l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement cédée, au moins jusqu'à concurrence des droits qui lui ont été transmis par le second contrat.

C'est ce que la Cour de cassation a parfaitement bien dit dans son arrêt du 16 janvier 1837 (1) : « A la vérité, dit-elle, le mineur peut, après sa majorité, ratifier la vente qu'il a consentie en minorité, et la ratification a pour effet d'effacer le vice de la vente et de consolider la propriété vendue entre les mains de l'acquéreur. Mais l'article 1338, qui proclame ces principes, déclare en même temps que la ratification ne peut nuire aux droits des tiers. Celui qui a acheté du mineur devenu majeur, et avant la ratification d'une première vente nulle pour cause de minorité de son vendeur, a acquis un droit de propriété qu'il peut personnellement faire valoir, parce que, relativement à ce droit, il ne s'identifie pas à son vendeur, mais est un tiers au préjudice duquel celui-ci n'a pu faire aucun acte ni consentir aucune ratification. »

Ce point est surtout d'une vérité plus manifeste lorsque les

(1) SIREY, 37, 1, 102.

droits qu'on prétend exercer concurremment, s'excluent l'un l'autre et sont incompatibles, comme lorsqu'il s'agit de droits de propriété, d'usufruit ou de servitude. Mais en matière d'hypothèques, le même principe, pour être d'une vérité moins flagrante, ne nous paraît pas moins incontestable. Nous en avons déjà dit quelque chose quand nous avons repoussé plus haut une distinction que nous avons qualifiée d'arbitraire et d'inconséquente. Nous n'avons à ajouter que peu de mots.

On dit que le débiteur peut constituer successivement sur la même chose autant d'hypothèques qu'il lui plaît, au profit de différents créanciers; que, conséquemment, il peut valablement, ratifier, au préjudice des créanciers postérieurs, l'hypothèque consentie précédemment en vertu d'un acte nul ou rescindable. Ici revient encore la question de savoir si le débiteur peut, après avoir transmis des droits à un tiers, conférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même. Or, en consentant, dans le temps intermédiaire, une hypothèque à un tiers, il lui transmet sur la chose des droits tout aussi réels, quoique d'une autre nature, que s'il consentait une vente de la même chose en sa faveur. Le créancier à intérêt à assurer l'efficacité de son titre hypothécaire, de même que l'acquéreur l'entière exécution de son achat. Il s'est donc fait virtuellement céder par son débiteur, comme l'acquéreur par son vendeur, l'action en nullité ou en rescision qui lui compétait contre des engagements antérieurs, dont l'exécution et le maintien auraient pour effet de réduire ou de modifier d'une manière préjudiciable les droits qui lui ont été transmis. Le créancier peut en conséquence, et nonobstant toute renonciation ultérieure de son débiteur, exercer, à l'encontre du créancier qui prétend avoir une hypothèque préférable à la sienne, l'action en rescision ou en nullité qui lui a été virtuellement et implicitement cédée, comme étant comprise dans les droits qui lui ont été transmis.

On objecte enfin (1) qu'il est trop absurde de dire, par exem-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 494. — MERLIN, Quest., v° *Hyp.*, § 4, n° 7.

ple, que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; qu'il résulterait de ce système qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; que ceux-ci n'ont plus la faculté d'exercer les droits de leur débiteur, lorsque ces droits ont cessé d'exister en sa personne et par son fait.

Cette objection serait fondée si les tiers qui ont acquis des droits, dans le temps intermédiaire, en étaient réduits à agir en vertu de l'article 1166, comme exerçant les droits de leur débiteur, en son nom, en son lieu et place. Mais là est précisément l'erreur. Ils exercent, en effet, en leur nom propre et personnel, l'action en rescision ou en nullité comme leur ayant été cédée par leur débiteur. N'est-il pas juste, dès lors, que ce dernier ne puisse leur enlever, par son propre fait, la faculté de l'exercer, ni consentir, dans la mesure de la cession qui en a été faite en leur faveur, aucune renonciation au préjudice de leurs droits? Telle est la première et immédiate conséquence des engagements qu'il a contractés envers eux; la seconde conséquence est que ces créanciers qui ont acquis des droits après l'acte confirmé ou ratifié, mais avant sa confirmation ou ratification, peuvent, dans leurs rapports avec ceux qui prétendent les primer ou les exclure, faire valoir contre les prétentions de ces derniers tous moyens et exceptions capables d'assurer le maintien et l'efficacité des droits qui leur ont été transférés.

59. Du reste, les tiers, comme cessionnaires de l'action en nullité ou en rescision, doivent l'exercer dans le temps où leur auteur aurait dû l'exercer lui-même, conformément aux dispositions générales de l'article 1304, ou autres dispositions particulières qui la soumettent à une prescription plus longue ou abrégée.

Mais, comme la confirmation ou ratification émanée du débiteur ne peut leur être opposée; qu'à leur égard elle est répu-

tée non avenue, et que la partie qui se prévaut contre eux du premier engagement qui est nul ou rescindable n'a à invoquer vis-à-vis d'eux que le moyen de la prescription, indépendamment de tout acte de confirmation ou ratification, lequel leur est étranger, ils peuvent opposer eux-mêmes toutes suspensions ou interruptions de la prescription, de leur chef personnel, bien que, du chef de leur débiteur, elles ne puissent pas être proposées.

60. Quant à la ratification donnée dans les termes de l'article 1998, elle a, comme la confirmation dont nous venons de parler, des effets rétroactifs. *Dicendum est, hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retrocurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit* (1); il faut reconnaître que, par cela même qu'on ratifie, on a l'intention de faire rétroagir la ratification au temps du contrat. Elle équivaut, en effet, à un mandat; *rati enim habitio mandato æquiparatur* (2).

Mais cette rétroactivité n'a lieu qu'entre les parties. Elle ne peut préjudicier aux droits des tiers. Ainsi, ne leur est point opposable la ratification donnée par le véritable propriétaire à l'hypothèque ou à la vente consentie par un tiers étranger sans qualité ni mandat. Il ne peut, en les ratifiant, leur donner un effet rétroactif au préjudice des droits qu'il aurait transmis à des tiers avant sa ratification (3). C'est en ce sens qu'il faut entendre la fameuse maxime de Barthole (4); *Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retro in præjudicium tertii cui jus intermedio tempore quæsitum fuit;* tout acte qui intervient ultérieurement empêche la ratification de produire un effet rétroactif au préjudice du tiers qui a acquis des droits durant le temps intermédiaire.

(1) L. 16, *ff. De pignor. et hyp.* — Voy. Cass., 13 déc. 1875. SIREY, 76, 1, 273.

(2) L. 12, § 4, *ff. De solut.*

(3) TROPLONG, *Hyp.*, n° 496; *Mandat*, n° 620. — DURANTON, t. 13, n° 286. — Cass., 2 et 3 août 1859. SIREY, 59, 1, 801.

(4) *In leg.*, 16. *Si indeb.*, § 1. *Si procur., ff. Rem ratam haberi.*

Posons l'espèce suivante : Un tiers agissant tant en son nom personnel qu'au nom d'un mineur pour lequel il se porte fort, concède une hypothèque sur leurs immeubles pour une dette commune. Le créancier prend inscription, et cette inscription, comme cela devait être, en même temps qu'elle énonce l'acte constitutif d'hypothèque, rappelle la promesse de ratification du chef du mineur, de telle sorte qu'elle satisfait pleinement aux prescriptions de l'article 2148, C. civ., notamment en ce qui concerne le titre, les personnes et les biens grevés d'hypothèques. Peu de temps après, le mineur ratifie. Postérieurement, d'autres créanciers inscrivent sur ses biens leurs hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Quels sont les créanciers préférables? La Cour de cassation a décidé avec raison (1) que c'était le premier créancier, parce qu'au moyen de la ratification ultérieure, son hypothèque se trouvait régulièrement constituée, avec effet rétroactif à l'égard des autres créanciers qui n'avaient acquis de droits qu'à une date postérieure, et nous ajoutons, en pleine connaissance de cause, puisque l'inscription les avertissait de la promesse ou tout au moins de la possibilité d'une ratification qui, pour produire effet, n'entraîne pas la nécessité de reprendre une inscription nouvelle.

Mais remarquons bien que nous avons supposé jusque-là un tiers contractant comme porte-fort, comme gérant, en dehors de tout mandat ou au delà de son mandat, au nom d'une personne qui figure en nom dans l'acte. Si, au contraire, il n'avait traité, par exemple, concédé hypothèque que sous son nom personnel sur des biens ne lui appartenant pas, la ratification postérieure du vrai propriétaire ne suffirait pas pour valider l'hypothèque et l'inscription à l'égard du tiers. Une nouvelle inscription devrait être prise en vertu de l'acte de ratification et elle ne produirait effet qu'à sa date. C'est que, dans ce cas, la première inscription, non-seulement

(1) 13 déc. 1875. SIREY, 76, 1, 273.

a été prise en vertu d'un titre inefficace, mais encore elle ne faisait pas connaître la personne grevée de l'hypothèque, c'est-à-dire le ratifiant. Aussi, la question actuelle doit-elle se décider, moins par l'effet rétroactif de la confirmation que par le principe de la publicité des hypothèques. Car la loi n'exige nulle part la publicité des actes de confirmation, alors du moins que les actes auxquels ils se lient ont reçu déjà une publicité suffisante pour avertir les tiers.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription, nécessite, de notre part, une observation importante. D'une part, la ratification ou confirmation de l'acte n'aura d'effet rétroactif, à l'égard de la partie qui s'en prévaut, que tout autant que cette rétroactivité s'appuiera elle-même sur l'accomplissement de la formalité de la transcription, dans les cas où elle est exigée pour que l'acte ratifié soit opposable aux tiers. D'autre part, si la ratification ou confirmation ne doit avoir lieu que sans préjudice du droit des tiers, il faut toujours supposer que ces tiers ont eux-mêmes déjà régulièrement acquis ou conservé leurs droits, par la transcription ou l'accomplissement des formalités auxquelles leur acte était assujetti (1).

Mais, à la différence des actes ordinaires de confirmation, l'acte de ratification que nous supposons ici donnée aux engagements pris par un gérant officieux, agissant sans mandat ou en dehors de son mandat, cet acte, a-t-on prétendu, doit être lui-même transcrit, indépendamment de la transcription qu'auraient pu recevoir les contrats ratifiés. C'est que, en effet, la ratification seule complète et purifie ces contrats. Jusque-là, le tiers n'a pas contracté, ne s'est pas engagé. Par la ratification qu'il donne, il aliène, en réalité, et, bien qu'elle produise des effets rétroactifs, elle n'en est pas moins, de sa part, le premier acte qui le dépouille, en consacrant un état de choses auquel, jusque-là, il était resté étranger. Il importe donc, dans l'intérêt des tiers, de fixer par la publicité de la trans-

(1) TROPLONG, *Transcript.*, nos 55, 174.

cription le moment où, après avoir ratifié, il cesse de pouvoir disposer de sa chose (1).

Il s'ensuit que les faits de ratification tacite ne sont pas opposables aux tiers, puisqu'ils ne sont pas des actes susceptibles de transcription.

Cette opinion ne saurait être admise, du moins sans distinction et dans les termes généraux et absolus où elle est proposée. En effet, si la loi du 23 mars 1855 a modifié dans leur application les règles du droit civil concernant la ratification, ce ne peut être que dans leurs rapports avec la publicité spéciale qu'elle organise. Elle ne touche donc pas aux dispositions des articles 1338 et 1998 du Code civil, et, par là même reconnaît le principe sur lequel se fondé la rétroactivité de la ratification. C'est que celui qui ratifie est censé s'approprier l'acte auquel il adhère, comme s'il y avait été réellement partie. La ratification ne fait qu'exprimer cette volonté, sans créer un nouveau contrat. Le contrat préexistant avec lequel elle s'identifie est le seul qui existe et soit censé avoir toujours existé.

Aussi, la loi de 1855 n'exige-t-elle par aucune disposition la publicité des actes de ratification, soit par la transcription soit par tout autre moyen. Ce n'est pas que ce défaut de publicité n'expose les tiers à des surprises et à des fraudes. Mais il leur appartient d'aviser à la sauvegarde de leurs intérêts. L'acte ratifié, tel que nous le supposons, a été passé, au nom du ratifiant, par un porte-fort, un gérant officieux, un mandataire excédant son mandat. La transcription qui le porte à la connaissance des tiers, les avertit en même temps qu'il est susceptible de ratification de la part de celui sous le nom duquel il a été passé et transcrit; et, de son côté, la loi les prévient que cette ratification, si elle intervient, rétroagira.

Le seul cas où les raisons invoquées dans un sens contraire puissent s'appliquer, c'est celui où un tiers aliène sous son

(1) TROPLONG, *Transcript.*, nos 129 et 130.

nom la chose d'autrui. La ratification du véritable propriétaire consolidera bien la vente; mais comme la transcription de l'acte ratifié a laissé les tiers dans une complète ignorance quant à la personne et la chose, l'acte de ratification devra être transcrit pour leur être opposable. De sa transcription seule datera pour eux la transmission de la propriété. Mais, nous le répétons, ce résultat tient seulement à l'absence de toute publicité régulière et au mensonge de la transcription.

61. Il est une sorte de confirmation ou ratification dont nous avons parlé sous l'article 1291 (1), dans ses rapports avec la compensation; c'est celle qui résulte du concours, dans les mêmes mains, de droits et d'obligations contradictoires, et dont la formule se trouve dans cette maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, que nous traduisons ainsi : Qui doit garantir ne peut évincer.

Elle suppose une personne contractant sur la chose d'autrui, et, plus tard, le véritable propriétaire transmettant ses droits au promettant, ou ce dernier transmettant ses obligations au véritable propriétaire. L'acceptation de ces droits ou obligations équipolle à une ratification expresse. Il est incontestable, en effet, que le véritable propriétaire peut ratifier, par exemple, la vente de sa propriété. En succédant d'une façon quelconque aux obligations du vendeur, comme cette transmission suppose son acceptation, il se met dans l'impossibilité de revendiquer comme propriétaire, ce qu'il doit garantir comme vendeur. De même, quand le vendeur succède aux droits du propriétaire véritable, soit par adition d'hérédité, soit par acquisition subséquente, la nullité de la vente est purgée d'elle-même. Telle est la conséquence de l'impossibilité où il est de faire valoir ses droits de propriétaire, en contradiction avec ses obligations de vendeur. Voilà en quoi consiste cette espèce de confirmation ou ratification.

(1) N^os^ 30 et suiv.

Au lieu d'une vente, nous pouvons supposer la concession d'une hypothèque, d'un usufruit, d'un bail, d'une servitude ou de tout autre droit réel.

Comme la confirmation ou ratification proprement dite, cette espèce de confirmation a un effet rétroactif; et cette rétroactivité a lieu envers les tiers auxquels ont été transmis les droits qui, plus tard, ont été consolidés, du jour même où le promettant est devenu propriétaire de la chose. L'inefficacité de l'acte ayant été purgée dès cet instant, celui-ci n'a pu transférer ultérieurement à d'autres des droits au préjudice de ceux antérieurement acquis. Ainsi, le premier acquéreur, preneur ou créancier hypothécaire est préféré aux derniers en date, parce qu'il n'a pu leur être transféré alors plus de droits que n'en avait le promettant (1).

Mais cette confirmation n'a d'effet rétroactif qu'entre les parties, leurs héritiers, successeurs ou ayants-cause. Les tiers auxquels le véritable propriétaire aura transmis des droits dans le temps intermédiaire, n'auront, en conséquence à souffrir aucune éviction, aucune préférence de la part de ceux qui, antérieurement à eux, mais avant la confirmation, ont stipulé du non propriétaire.

Par exemple, Paul est acquéreur, preneur, créancier hypothécaire du propriétaire véritable, mais à une date postérieure à celle où Titius a acquis d'un non propriétaire des droits sur la même chose. Il n'aura pas à en redouter la concurrence, si le non propriétaire duquel Titius tient ses droits, n'a acquis que plus tard la propriété. Paul est, en effet, un tiers auquel la confirmation des droits de Titius ne peut préjudicier, soit que le véritable propriétaire ratifie, par ce qu'alors il ne peut revenir contre ses propres engagements, soit que le contrat se consolide par l'exception de garantie, parce que le non pro-

(1) MERLIN, Quest., v° *Hyp.*, § 4 *bis*, n° 6. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 525.

priétaire, dont Paul n'est point l'ayant-cause, ne peut l'obliger par ses faits personnels (1).

Article 1339.

Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

Article 1340.

La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme soit toute autre exception.

Sommaire.

1. Il ne s'agit ici que des vices de forme.
2. L'article 1339 s'applique à la confirmation expresse ou tacite.
3. Ce que c'est que refaire la donation en la forme légale.
4. L'article ne s'applique qu'aux actes de donation.
5. Des actes d'exécution constituant un don manuel.
6. Leurs effets. Conséquences.
7. Des actes emportant novation.
8. Confirmation par disposition testamentaire.
9. Observation générale. Il n'y a point alors d'effet rétroactif.
10. Des vices autres que les vices de forme.
11. L'article 1339 ne s'applique qu'aux contrats de donation.
12. Le donataire peut confirmer la donation.
13. Les héritiers et ayants-cause du donateur ne le peuvent qu'après son décès.
14. Sens des mots, héritiers et ayants-cause.
15. La confirmation qui émane d'eux est soumise aux règles ordinaires.
16. Ils peuvent confirmer tous vices, même autres que ceux de forme. Exemples.
17. Confirmation et ratification des substitutions prohibées.

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 526.

18. Des dispositions testamentaires nulles, réductibles ou révocables. Exemples.
19. Alors elle a besoin d'être acceptée.
20. Elle n'oblige que celui de qui elle émane.
21. Les actes de confirmation ne sont point des libéralités.

COMMENTAIRE.

1. Par exception aux dispositions de l'article 1338, l'article 1339 dispose que le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs.

Mais de quels vices s'agit-il? Les dispositions suivantes du même article le font suffisamment comprendre : « Nulle en la forme, il faut qu'elle (la donation) soit refaite en la forme légale. » L'exception ne s'applique donc qu'aux vices de forme. Ils sont les seuls qui ne peuvent être réparés par aucun acte confirmatif; et il est indifférent qu'il s'agisse de vices résultant de l'inobservation des formes spécialement tracées par le Code civil pour la validité des donations, ou de l'accomplissement des formes généralement prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour la régularité des actes notariés (1).

La faculté de donner, comme celle de tester, est, en effet, subordonnée dans son exercice à l'observation des formalités que la loi impose. La forme est ainsi de l'essence même de la donation, et les lois en soutiennent les dispositions, non par la seule force de la volonté du donateur, de quelque manière qu'elle soit établie, mais par la constatation qui en est régulièrement faite suivant les solennités qu'elles prescrivent.

L'exception ne s'applique point, en conséquence, aux autres vices qui ne constituent point des vices de forme. S'agit-il, par exemple, de vices de capacité ou de consentement, on rentre pleinement sous l'application de l'article 1338, et le vice de la donation peut être réparé, comme s'il s'agissait de tout autre acte, par une confirmation expresse ou tacite (2).

2. L'article 1339 ne prohibe pas seulement tout acte de con-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 453, n^te 9, 1^re édit., et t. 4, p. 264, 4^e édit.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 13, n° 294.

firmation expresse; il déclare également impossible toute confirmation tacite. Ces expressions, acte confirmatif, sont, en effet, générales; et, en exigeant que la donation soit refaite en la forme légale, il indique très clairement qu'aucune espèce de confirmation ne peut lui communiquer une valeur qu'elle n'a pas. Toute espèce de doute disparaît enfin si l'on rapproche l'article 1339 de l'article 1340, qui, en posant une exception au premier, parle expressément de confirmation, ratification ou exécution volontaire (1). Ainsi, le donateur n'est pas lié par de semblables actes, et ses héritiers, en cette qualité, ne le sont pas plus que lui.

3. Refaire la donation dans la forme légale, c'est en refaire l'acte, le premier étant nul et non avenu, conformément aux dispositions des articles 931 et suivants du Code civil, combinées avec celles de la loi du 25 ventôse an XI, et de la loi du 21 juin 1843.

4. Notre article n'est applicable qu'aux actes de donation proprement dits. Il cesse de l'être lorsque l'acte, quoique contenant une libéralité, n'est cependant soumis à aucune des formes exigées pour la validité d'une donation. Il peut alors être valablement confirmé par le prétendu donateur. L'efficacité de la confirmation, dans ce cas, résulte des raisons mêmes qui ont fait édicter l'article 1339. Si, en effet, le donateur ne peut confirmer sa donation nulle en la forme, c'est que la loi la soumet, à peine de nullité, à certaines conditions de forme particulières. Or, si ces formes n'ont pas été observées, le vice qui en résulte ne saurait être réparé par une confirmation dans laquelle il se continue, soit qu'elle soit expresse ou tacite. Le vice n'est donc purgé et couvert que lorsque l'acte

(1) Duranton, t. 8, nos 389, et t. 13, no 292. — Zachariæ, t. 2, p. 453, nte 10. — Merlin, Rép., vo *Testament*, sect. 2, § 5. — Troplong, *Donat.*, no 1064. — Cass., 6 juin 1821. Sirey, 23, 1, 41. — Bourges, 30 août 1831. Sirey, 32, 2, 111. — *Contrà*, Toullier, t. 5, no 189, et t. 8, no 526.

de confirmation a été fait lui-même conformément aux conditions de forme prescrites pour les donations, c'est-à-dire, en réalité, lorsque la donation a été refaite en la forme légale. Alors, au contraire, que l'acte de libéralité est valable sans les formes spécialement exigées pour les donations proprement dites, les actes de confirmation expresse ou tacite, faits dans la forme ordinaire, suffisent pour en couvrir les vices et en assurer la validité.

5. S'agissant même d'une donation proprement dite, les actes d'exécution peuvent produire effet, lorsque la validité de la donation n'est point subordonnée aux formes spécialement prescrites pour les donations (1). Ainsi, lorsque la donation comprend des meubles corporels susceptibles de faire la matière d'un don manuel, l'exécution volontaire de cet acte, de la part du donateur, peut en réparer les vices de forme ou autres indistinctement. Mais ce point mérite explication.

Remarquons d'abord que nous ne parlons que de la confirmation tacite; car une confirmation expresse serait impuissante pour couvrir les vices de forme, et n'empêcherait pas qu'il n'y eût nécessité de refaire, d'après l'article 1339, la donation en la forme légale. Quant à l'exécution volontaire, à vrai dire, elle ne couvre point les vices de forme; et, si la donation vaut, c'est moins parce que les vices ont été réparés, que parce que les actes d'exécution valent donation manuelle, et refont ainsi la donation sous une forme différente, mais légale. Il faudra donc que ces actes d'exécution volontaire réunissent tous les caractères voulus pour constituer un don manuel proprement dit, puisqu'ils ne produisent effet qu'à ce titre. Ils doivent, en un mot, être accomplis, de la part du donateur, avec esprit de libéralité, *animo donandi;* ce que

(1) DURANTON, t. 8, nos 390 et suiv., et t. 13, no 293. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 454, nte 11, 1re édit., et t. 4, p. 264, 4e édit. — DELVINCOURT, t. 2, p. 255.

les juges sont appelés à apprécier d'après les circonstances (1).

6. Mais, de ce que les actes d'exécution ne valent que comme don manuel, il s'ensuit qu'ils ne produisent effet que jusqu'à concurrence des choses qui ont fait le sujet de cette exécution volontaire. Le donataire peut bien s'en autoriser pour garder et retenir les choses qui lui ont été remises et livrées, comme lui ayant été données manuellement ; mais il ne peut s'en prévaloir pour exiger le payement ou la délivrance des autres objets compris dans la donation. Telle est la conséquence de la combinaison de ce double principe : d'une part, que l'exécution volontaire ne répare pas les vices de forme d'une donation, et, d'autre part, qu'elle peut valoir néanmoins comme don manuel (2).

Sous ce rapport, la confirmation tacite a plus d'efficacité que la confirmation expresse non suivie d'exécution.

7. Cependant, la confirmation expresse peut avoir elle-même une valeur dont l'autre n'est point susceptible. C'est ce qui a lieu lorsque, sous forme d'une confirmation ou ratification d'une donation antérieure, le donateur et le donataire substituent à cet acte un autre acte qui la transforme par voie de novation, et la déguise sous les apparences d'une convention, dont la validité est indépendante des formes particulières aux donations proprement dites. La donation vaut alors sous ce déguisement et cette transformation. Mais observons encore que, dans ce cas, il n'y a pas en réalité confirmation, réparation du vice, mais renouvellement de la donation en un acte différent et parfaitement légal. Aussi, cet acte ne vaut-il que pour les choses qui en ont fait le sujet, tandis que, s'il produisait confirmation, ce serait la donation qui vaudrait pour tout son contenu. Ces observations ne font que consacrer de plus en plus l'application rigoureuse de l'article 1339.

(1) Voy. Pau, 5 février 1866. SIREY, 66, 2, 194.
(2) DURANTON, *ibid.*

8. Non-seulement le donateur peut assurer l'efficacité de sa donation par un acte entre vifs emportant novation (1), mais il peut aussi, par voie de dispositions testamentaires, lui attribuer le caractère et les effets d'un simple legs. Ce droit ne saurait être contesté. Mais alors ce n'est pas la donation qui vaut comme telle ; le legs seul produit effet, comme disposition de volonté dernière.

9. Nous devons clore les explications qui précèdent par une observation générale. Dans les divers cas où la donation, nulle pour vice de forme, reçoit néanmoins une exécution totale ou partielle, soit comme don manuel, soit par suite d'une novation, ou de transformation en un autre acte, cette exécution ne peut se rattacher à aucune confirmation proprement dite, et, dès lors, il ne peut être question, même entre les parties, des effets rétroactifs d'une prétendue confirmation qui n'existe pas.

10. Quant aux autres vices qui soumettent une donation à une action en nullité ou en rescision, nous avons vu que, à la différence des vices de forme, ils peuvent être réparés par le donateur, au moyen d'une confirmation expresse ou tacite. Nous ajoutons ici seulement que cette confirmation, quelle qu'elle soit, doit avoir lieu, pour être valable, conformément aux règles générales posées par l'article 1338, et qu'elle produit des effets rétroactifs, sans préjudice néanmoins du droit des tiers.

11. Les dispositions de l'article 1339 sont spéciales aux contrats de donation. Elles ont un caractère exceptionnel qui ne permet pas de les étendre aux autres contrats, pour la validité desquels la loi exige l'accomplissement de certaines formes particulières. Quant à eux, les vices de forme qui les entachent sont susceptibles de confirmation expresse ou tacite, suivant les principes du droit commun (2).

(1) Cass., 23 mai 1822. SIREY, 23, 1, 255.

(2) DURANTON, t. 13, n° 272. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 454, n^te 12, 1re édit., et t. 4, p. 264, n^te 13, 4e édit.

12. Les dispositions de l'article 1339 sont enfin doublement exceptionnelles en ce qui concerne la personne du donateur. Ainsi, d'abord, il est le seul qui ne puisse réparer par aucun acte confirmatif les vices de forme de sa donation. Le donataire peut, au contraire, valablement la confirmer expressément ou tacitement, comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. En exécutant volontairement les charges de la donation, il se rend donc non recevable à l'attaquer personnellement plus tard, soit pour vice de forme, soit pour tout autre vice. Cette inégalité de position, entre le donateur et le donataire, résulte du silence que l'article 1339 garde à l'égard de ce dernier. Et, si l'on veut l'explication de ce silence, il est facile de la trouver dans le caractère spécial des obligations gratuites que contracte le donateur. Comme la loi a stipulé, dans son intérêt personnel exclusivement, la protection qu'elle fait résulter pour lui de l'observation de toutes les formes prescrites pour la validité des donations, elle serait inconséquente si elle l'en dépouillait elle-même, en lui permettant d'éluder ces formes protectrices.

13. L'article 1339 est encore exceptionnel quant à la personne du donateur, en ce qu'il ne s'applique qu'à lui, et non à ses héritiers. L'article 1340 est, en effet, ainsi conçu : « La confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Et cette disposition peut s'expliquer, au besoin, par cette considération, que lorsqu'ils confirment, ratifient ou exécutent volontairement une pareille donation, après le décès du donateur, ils ne le font que par respect pour sa mémoire et pour sa volonté, quoique illégalement exprimée.

Mais ces actes de confirmation doivent nécessairement, pour être valables, avoir lieu après la mort du donateur. Vainement ses héritiers essayeraient-ils de confirmer la donation

pendant sa vie. Cette confirmation anticipée serait nulle, comme contenant un traité ou pacte sur succession future, alors même qu'elle aurait été donnée avec le consentement du donateur (1). Elle aurait elle-même besoin d'être confirmée ou ratifiée après sa mort.

14. Ces mots, héritiers et ayants-cause, comprennent tous successeurs quelconques, à titre général ou singulier, tels que les héritiers proprement dits, les successeurs à titre régulier ou irrégulier, universel ou particulier, légataires et autres successeurs, par actes de dispositions testamentaires, représentant le donateur. Quant à ces héritiers et ayants-cause, quelque soit l'acte confirmatif émané d'eux en cette qualité, du vivant du donateur, il ne peut leur être jamais opposé. Il serait autrement un moyen détourné d'éluder l'article 1130.

Mais cette expression d'ayants-cause ne saurait s'appliquer aux successeurs particuliers, par actes entre vifs, tels qu'un acquéreur, un échangiste, un donataire de biens présents. S'ils confirment ou ratifient, d'une manière expresse ou tacite, du vivant même du donateur, la donation consentie par ce dernier et entachée d'un vice de forme, cet acte de confirmation leur est opposable et emporte renonciation, de leur part, à l'action en nullité. Il ne s'agit plus, en effet, dans ce cas, de la confirmation ou ratification dont s'occupe l'article 1338, mais bien de la ratification prévue par l'article 1998, de celle qui est donnée par une personne aux actes qui ont été faits par un tiers sans mandat ni pouvoir. Or, rien n'empêche les tiers qui ont des droits acquis sur la chose qui fait le sujet d'une donation nulle en la forme, de ratifier cette donation, conformément aux dispositions de l'article 1998, comme fait

(1) TOULLIER, t. 8, n° 526. — DURANTON, t. 13, n° 291. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 454, n^te 13, 1^re édit., et t. 4, p. 265, n^te 14, 4^e édit. — FAVARD, Rép., v^is *Acte récogn. et confir.*, § 2, n° 7. — Cass., 6 janv. 1838. SIREY, 38, 1, 646. — 31 janv. 1844. SIREY, 44, 1, 368. — 5 janvier 1846. SIREY, 46, 1, 122.

le véritable propriétaire pour les actes qui ont été consentis sur sa propre chose par un tiers qui n'avait ni propriété ni mandat.

Ajoutons que, si les dispositions de l'article 1340 se rattachent à la nullité des traités faits sur une succession future, cette considération échappe complètement dans notre hypothèse. Nouvelle preuve que cet article doit rester sans application, par exemple, dans le cas où, étant acquéreur ou donataire de la chose qui fait le sujet de la donation nulle en la forme, je ratifie ou confirme, par un acte exprès ou par une exécution volontaire, cette même donation, à la nullité de laquelle est, néanmoins, subordonnée l'efficacité des droits qui m'ont été transmis à une date, soit antérieure, soit postérieure. Le donataire, si je prétendais attaquer son titre, pourrait m'opposer ma ratification.

15. Les actes de confirmation expresse ou tacite, émanés des héritiers ou ayants-cause du donateur, sont, au surplus, soumis aux règles générales déterminées par l'article 1338, et produisent les mêmes effets que ceux qui s'appliquent à des contrats autres que des actes de donation.

Ils doivent donc avoir lieu en connaissance du vice de forme (1), et avec l'intention de le réparer.

Ils emportent enfin, lorsqu'ils sont valables et réguliers, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte, sans préjudice, toutefois, du droit des tiers.

Quant aux faits d'exécution volontaire qui peuvent établir une confirmation de l'acte, il ne faut point considérer comme légalement suffisants la seule connaissance de la donation et le silence des parties intéressées, indépendamment de tous actes formels et positifs d'exécution volontaire (2), ni même

(1) Cass., 31 janv. 1844. SIREY, 44, 1, 368. — 29 juillet 1856. SIREY, 57, 1, 824. — Pau, 5 février 1866. SIREY, 66, 2, 194. — Toulouse, 1er avril 1868. SIREY, 68, 2, 205,

(2) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.

la possession continuée par chacun des copartageants du lot qui lui est échu dans un partage entre vifs, fait par acte sous seing-privé et nul à ce titre, à moins que cette possession n'ait duré, après le décès du donateur, le temps nécessaire pour accomplir la prescription de trente ans (1), ou que les autres faits et circonstances de la cause n'établissent que, de la part des héritiers du donateur, il y a eu intention formelle d'exécuter et de purifier par là l'acte de donation et de partage.

16. En reconnaissant aux héritiers et ayants-cause du donateur la faculté de confirmer expressément ou tacitement une donation, l'article 1340 suppose que le vice de forme ou autre qui l'infecte, est de nature à ouvrir une action en nullité en faveur du donateur lui-même. C'est là sans doute la première hypothèse prévue par notre article; car elle se rattache aux dispositions de l'article 1339. Mais elle n'est point la seule, et les termes généraux dans lesquels est conçu l'article 1340 lui donnent une portée plus étendue.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent réparer non-seulement les vices de forme et autres, quels qu'ils soient, même le défaut ou irrégularité d'acceptation (2), qui ouvraient une action en nullité en faveur de leur auteur, mais encore ceux qui les autorisent à attaquer la donation de leur chef personnel. Tel est le sens de ses dispositions, quand il déclare que la confirmation expresse ou tacite emporte, de leur part, renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. S'agissant, en effet, de renonciation, il n'y a pas à distinguer entre les droits qu'ils tiennent de leur auteur et ceux qui leur appartiennent de leur chef. Leur renonciation n'en est pas moins, dans un cas comme dans l'autre, l'exercice d'une simple faculté qui est indépendante, dans son usage,

(1) Cass., 5 janv. 1846. SIREY, 46, 1, 122.

(2) Bastia, 10 avril 1854. SIREY, 54, 2, 236. — Voy. encore Toulouse, 27 avril 1861. SIREY, 61, 2, 393. — Cass., 5 mai 1862. SIREY, 62, 1, 561. — 29 nov. 1862. SIREY, 63, 1, 15.

de la nature des vices qu'elle a pour objet de couvrir ou de réparer.

Les héritiers et ayants-cause du donateur peuvent donc valablement réparer, par une confirmation expresse ou tacite, les vices d'une donation, tels que ceux de consentement, de capacité ou de forme, soit que le donateur ait pu lui-même ou non les purger et les couvrir. Ils peuvent en outre également, et par les mêmes moyens, réparer les autres vices de l'acte que le donateur n'aurait pu couvrir à leur préjudice. Tels sont ceux qui résultent de l'incapacité du donataire, de l'excès de la quotité disponible, de l'irrégularité d'un acte d'association (854) (1), ou de l'injuste répartition des biens entre les héritiers copartagés. Les héritiers du donateur peuvent seuls confirmer, dans ce cas, la donation, et ils en ont la facuté incontestable, en se conformant aux règles générales de l'article 1338.

Ainsi encore, les donations révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant, ne peuvent revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant, soit après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition (964). Mais rien ne s'oppose à ce que les héritiers confirment cette donation, après la mort du donateur, soit par un acte exprès de confirmation, soit par une exécution volontaire.

17. La nullité des substitutions prohibées a été déclarée dans un intérêt public; rien ne s'oppose cependant à ce que les parties intéressées y renoncent, par suite d'une confirmation formelle ou d'une exécution volontaire, après la mort du donateur, par respect pour sa mémoire et sa volonté. Mais il faut remarquer que cette renonciation à opposer la nullité de la

(1) Cass., 6 juillet 1869. SIREY, 69, 1, 459.

disposition ne va pas jusqu'à lui faire produire tous ses effets, comme si elle avait été valable et régulière dès le principe. Le premier appelé conservera les biens donnés, voilà tout. Mais, comme grevé, il ne sera point tenu de les conserver et de les rendre au substitué. Comme le vice de la disposition est précisément dans cette obligation de conserver et de rendre, l'intérêt public s'oppose à ce que, sous ce rapport, la confirmation produise son entier effet. La donation ne vaut donc, en faveur du donataire, que comme libéralité pure et simple, sans charge de conserver et de rendre.

Ce n'est pas que le donataire ne puisse restituer, en se considérant comme grevé et par respect pour la volonté de son auteur, les biens au substitué qui a été appelé à les recueillir. Mais cette restitution, quand elle a lieu, n'est point elle-même la confirmation de la substitution prohibée. Elle est, de la part du donataire, un acte purement volontaire et spontané, qui doit réunir lui-même toutes les conditions propres à assurer sa validité.

Quant aux héritiers du grevé, ils peuvent confirmer expressément ou tacitement la disposition, et renoncer à en opposer la nullité, par exemple, en mettant le substitué en possession des biens, pourvu qu'ils aient eu connaissance du vice et intention de le réparer.

Cependant la confirmation ou exécution volontaire émanée du disposant ou de son héritier serait absolument inefficace, si elle s'appliquait d'une manière indivisible à l'acte tout entier, à la substitution comme à l'institution, et qu'au lieu de faire disparaître le vice radical dont il est entaché, elle laissât subsister, comme condition expresse ou implicite de la ratification, la charge de conserver et de rendre (1). Il faut donc, dans tous les cas, que la substitution soit effacée, et que la libéralité soit ramenée aux termes du droit.

(1) Cass., 2 mars 1858. PALAIS, 1858, p. 1180. — 24 avril 1860. SIREY, 60, 1, 514. — Amiens, 7 déc. 1868. SIREY, 69, 2, 197, et 6 mars 1866. SIREY, 69, 2, 229.

10. Les mêmes principes s'appliquent aux dispositions testamentaires. Les héritiers et ayants-cause du testateur peuvent, après sa mort, les confirmer expressément ou tacitement (1), quels que soient les vices qui les infectent, soit qu'ils résultent de l'inobservation des formes prescrites, de la démence du testateur, de son incapacité, de l'excès de la quotité disponible, de l'injuste distribution de ses biens, de l'incapacité ou indignité personnelle de l'héritier institué ou légataire. Les actes de confirmation valent alors, à la seule condition que les règles générales de l'article 1338 y seront observées, c'est-à-dire que le confirmant aura agi en connaissance du vice et avec l'intention de le réparer (2).

Le légitimaire, réduit à une portion de l'hérédité inférieure à sa réserve, peut renoncer lui-même à toute action en supplément. Cette renonciation peut même aujourd'hui être expresse ou tacite. Sous l'empire du droit romain, l'héritier ne pouvait plus attaquer pour inofficiosité le testament de son auteur, lorsque, dans une quittance ou dans une transaction, il s'était spécialement déclaré satisfait et content de la part héréditaire qui lui avait été laissée (3). La loi du 18 pluviôse an V, sans exiger cette expression de satisfaction et de contentement, se bornait à demander une renonciation expresse de la part du légitimaire. Ce n'est pas que ce mot de renonciation ait la même force que ceux de contentement, de satisfaction; car l'héritier qui déclare renoncer n'est pas, pour cela, nécessairement content et satisfait, tandis que celui qui se déclare satisfait et content fait, par cela même, nécessairement une renonciation. Cependant, comme la renonciation fait présu-

(1) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 5. — Toullier, t. 11, n° 73. — Duranton, t. 9, n° 174. — Grenier, *Donat.*, t. 1, n° 325. — Rennes, 12 mai 1851. Sirey, 52, 2, 287.

(2) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 4, et Quest., v° *Testament*, § 18. — Marcadé, art. 1340, n° 4. — Cass., 14 mars 1866. Sirey, 66, 1, 353. — *Contrà*, Bastia, 27 juin 1865. Sirey, 66, 2, 265.

(3) L. 35, § 2, C. *De inoff. testam.*

mer, en fait, que le légitimaire est satisfait, le législateur pouvait, en saine raison, en déduire une présomption légale que le renonçant est content et satisfait. D'ailleurs, ce mot de renonciation, sous la loi du 18 pluviôse an V, n'avait rien de sacramentel, et n'était point religieusement exigé pour caractériser une renonciation.

Mais aujourd'hui cette législation n'existe plus. On est placé sous l'empire des principes généraux du droit en matière de confirmation, de ratification et de renonciation. Il s'ensuit que le légitimaire est censé renoncer, par cela seul qu'il reçoit ce qui lui a été laissé, sans protestations, ni réserves, et en suffisante connaissance de cause.

Est enfin également valable la confirmation donnée par les héritiers au legs excessif fait à un enfant naturel. « Si des considérations de morale et d'ordre public, dit la Cour de cassation (1), ont fait refuser à l'enfant naturel le titre d'héritier, il n'existe rien de contraire aux bonnes mœurs dans les conventions par lesquelles le successible réservataire, sans attribuer à l'enfant naturel cette qualité d'héritier, dont il ne peut être honoré, lui abandonne à titre onéreux ou à titre purement gratuit les biens qu'il aurait eu le droit de revendiquer. Les conventions qui ne règlent que des intérêts privés ne sauraient être réputées illicites, et se trouvent, dès lors, réglées par les dispositions de la loi commune et les principes généraux du droit. »

Il en serait toutefois autrement si l'incapacité du légataire était fondée sur des considérations d'intérêt public ; telle est celle qui affecte une corporation religieuse non autorisée, à qui un légataire, servant d'intermédiaire, est chargé de faire parvenir l'émolument de la succession. Les actes d'exécution faits par les héritiers avec ce dernier ne les rendent point non recevables à attaquer le testament. Les lois d'ordre public

(1) 16 août 1841. SIREY, 41, 1, 609. — *Conf.*, Rennes, 26 juill. 1843. SIREY, 44, 2, 342. — Toulouse, 7 fév. 1844. SIREY, 45, 2, 256.

étant au-dessus des conventions privées, ces actes d'exécution n'ont pas plus de valeur qu'une confirmation expresse (1).

19. A la différence de la confirmation ou ratification qui a lieu en matière de contrats, celle qui s'opère en matière de testaments et de legs a besoin d'être acceptée par celui vis-à-vis duquel elle est donnée. Plusieurs dispositions de la loi romaine (2) exigent que, dans ce cas, il y ait pacte, contrat, en un mot, acceptation. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, la confirmation se rattache toujours à un consentement antérieur, qui en est l'acceptation anticipée; mais il n'en est pas ainsi en matière de dispositions testamentaires. Aucun commencement d'obligation n'existant entre les parties, une confirmation unilatérale, ni expressément, ni tacitement acceptée, ne constitue qu'une simple proposition qui ne forme point de contrat, point d'engagement (3). Il s'ensuit qu'elle ne produit effet qu'à l'égard de celui de la part duquel il y a eu acceptation expresse ou tacite.

20. Soit qu'ils s'appliquent à une donation, à un testament ou à un contrat, les actes confirmatifs n'obligent que ceux de qui ils émanent, leurs successeurs et ayants-cause. Ils sont seuls liés par la renonciation qui en résulte, et l'acte ainsi confirmé n'est inattaquable qu'à leur égard, dans la mesure des droits qu'ils pouvaient personnellement exercer (4).

21. Les actes confirmatifs, soit qu'ils aient lieu gratuitement ou à titre onéreux, ne constituent, sous aucun rapport, de la part de ceux qui ratifient ou exécutent, une libéralité proprement dite, qui puisse être soumise aux principes particuliers qui régissent les donations. Ils n'ont, à moins de fraude et de

(1) Lyon, 13 fév. 1836. SIREY, 37, 2, 263.

(2) L. 16, § 1, C. *De testam.* — L. 62, *ff. De cond ind.* — L. 23, C. *De fideicom.*

(3) MERLIN, Quest., v° *Testament*, § 18.

(4) Cass., 12 juin 1839. SIREY, 39, 1, 659.

déguisement, d'autre caractère que celui d'une renonciation pure et simple à une action en révocation, en rescision ou en nullité.

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

ARTICLE 1341.

Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, 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 cent cinquante francs. — Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Sommaire.

1. Caractère de la preuve testimoniale.
2. Législation romaine.
3. Ordonnances de Moulins et de 1667.
4. Sur quoi sont fondées les restrictions apportées à la preuve testimoniale.
5. Elle est admissible pour chose n'excédant pas cent cinquante francs.
6. Sens de ces mots, toutes choses.
7. Ils comprennent l'assistance, l'autorisation d'un incapable.
8. De l'évaluation de la chose,
9. Même lorsque le demandeur l'a fixée au-dessous de cent cinquante francs.
10. Observation au cas de clause pénale.
11. Suite. *Quid*, si l'enquête prouve que la chose excède cent cinquante francs?

12. Distinction, pour le cas où il existe un commencement de preuve par écrit.
13. La preuve testimoniale est inadmissible si la peine stipulée excède cent cinquante francs.
14. La valeur de la chose s'apprécie par l'intérêt juridique du fait allégué,
15. Indépendamment du chiffre de la demande (exemple, société),
16. Ou de l'intérêt du litige.
17. Les dispositions de l'article 1341 sont générales, sauf exceptions.
18. Sens de ces mots, même pour dépôts volontaires.
19. Lettres passent témoins.
20. La preuve testimoniale n'est pas reçue contre et outre la teneur de l'acte.
21. Ni sur ce qui est dit avoir été convenu lors, avant ou depuis.
22. Cette double prohibition est absolue. Nul témoin ne peut être entendu.
23. Peu importe que la valeur de la chose excède ou non cent cinquante francs.
24. Il faut que l'acte fasse foi pleine et entière.
25. Les allégations doivent simplement contredire les mentions de l'acte.
26. Résumé.
27. Caractère des faits dont la preuve testimoniale n'est pas reçue.
28. Exemples.
29. *Quid,* de la remise de dette et du payement?
30. Suite.
31. Suite.
32. Suite.
33. Des faits qui servent à interpréter l'acte,
34. Ou à déterminer les droits et obligations qui naissent du contrat.
35. L'article 1341 est inapplicable si la preuve est invoquée contre des tiers.
36. Il est inapplicable en matière de commerce.
37. Suite.
38. Pouvoirs des tribunaux de Commerce quant à l'admission de la preuve testimoniale.
39. Sur quoi est fondée cette différence entre la loi commerciale et la loi civile.
40. *Quid,* si le fait n'est commercial qu'à l'égard de l'une des parties?
41. On doit considérer la nature du fait et non la compétence.
42. Des conventions faites dans les foires et marchés.

COMMENTAIRE.

1. Dans le principe, tout a dû être confié à la mémoire et à la parole des témoins. L'écriture, appliquée à la conservation des preuves, ou considérée comme preuve, n'est venue que plus tard. Le combat et les épreuves judiciaires, le serment des parties et leurs compurgateurs, toutes ces inventions de la barbarie furent imaginées bien moins pour suppléer les preuves que pour s'en passer. Il y avait cependant, dans la pratique de cette affreuse procédure, un appel incessant fait aux témoignages, puisqu'on y prenait à témoins les hommes et Dieu même.

La preuve testimoniale porte avec elle sa définition; c'est celle qui résulte des déclarations orales de personnes régulièrement appelées en justice comme témoins. On l'appelle aussi preuve orale ou vocale, parce que les déclarations de ces témoins ont lieu de vive voix.

Ce n'est pas cependant, ainsi que nous l'avons observé, que la preuve littérale elle-même ne se fonde sur le témoignage des hommes. Mais il y a entre elles cette différence fondamentale, que celle-ci fixe et recueille, au moyen de l'écriture, les souvenirs d'une manière inaltérable et permanente, tandis que l'autre se confie exclusivement à l'exactitude et à la fidélité de leur mémoire. Or, si l'écriture est un témoin, c'en est un qui est difficilement corrompu (1).

Si l'on considère que la preuve testimoniale a été usitée dans tous les temps et dans tous les lieux, que son usage est même chez les peuples civilisés une nécessité des relations sociales, on sera sans doute disposé à lui attribuer, sur la preuve littérale, la prééminence et la supériorité. Cependant, tel est le degré d'autorité et de confiance que le législateur moderne accorde à cette dernière, que la preuve testimoniale n'occupe

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. 28, ch. 44.

plus maintenant dans notre droit civil, à raison des conditions particulières de son admissibilité, qu'un rang inférieur et une place exceptionnelle. S'il est, en effet, certains cas où elle n'est point admise, il n'en est aucun où la preuve littérale soit rejetée.

2. La loi romaine, de même que toutes les législations de l'antiquité, accordait à l'une et à l'autre une autorité égale. *Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum præbeat, non ideò minùs valebit quod nullum instrumentum de eâ intercessit* (1); lorsque en dehors de la preuve littérale, la vérité d'un fait juridique est établie, il n'en est pas moins valable, bien qu'aucun acte instrumentaire n'ait été dressé. *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tàm fides instrumentorum quàm depositiones testium* (2); dans les débats judiciaires, une égale force probante est attachée aux énonciations des actes et aux déclarations des témoins. Tels étaient les principes de la législation romaine.

Justinien alla même plus loin. Il consacra la prééminence de la preuve testimoniale sur la preuve littérale. *Si vero tale aliquid contigerit quale in Armeniâ factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia; tunc nos quidem existimavimus ea quæ vivâ dicuntur voce et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. Verumtamen sit hoc judicantis prudentiæ simul atque religionis ut veracibus potiùs pro talibus credat: et nos quidem secundum hunc modum existimavimus oportere probari fidelia documenta* (3); s'il arrive comme il est arrivé en Arménie, que l'écriture et les témoignages soient en contradiction, nous pensons que, dans ce cas, les déclarations faites de vive voix, et sous la foi du serment, sont plus dignes de foi que les énonciations de l'écrit; sauf à la prudence et à la religion du juge

(1) L. 5, *ff. De fide instr.*
(2) L. 15, C. *De fide instr.*
(3) Novelle 73, ch. 3.

à en apprécier la véracité. Nous pensons même qu'il faut vérifier de cette manière les actes instrumentaires.

3. Ces principes passèrent dans notre ancienne jurisprudence française. Bouteiller (1) disait, en conséquence : « 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 déposition, qu'à la teneur des lettres qui ne rendent cause. »

Remarquez ces mots : la vive voix passe vigueur de lettres. Loisel (2) en fit une de ses règles ; témoins passent lettres. Mais aujourd'hui lettres passent témoins.

L'ordonnance de Moulins, rendue au mois de février 1566, restreignit, en effet, la première, cette admission illimitée et absolue de la preuve testimoniale. Voici les dispositions de son article 54 : « Pour obvier à la multiplication de faits, que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons, que doresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. 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. »

Ces mêmes dispositions ont été reproduites par l'article 2,

(1) *Somme rurale*, tit. 106.
(2) Instit., liv. 5, tit. 5, reg. 5.

titre 20, de l'ordonnance de 1667 : « Seront passés actes par-devant notaires ou sous signature privée, de toutes chose excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôt volontaires ; et ne sera reçu aucune preuve par témoins contr et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avo été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agiss d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justic des juges et consuls des marchands. »

L'article 1341 du Code civil n'est, en réalité, que la reproduction des dispositions des ordonnances de 1566 et de 1667. Son économie se résume en deux points principaux : obligation de passer acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs ; rejet de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit lors, avant ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. La seule différence notable qu'il y ait entre les dispositions de l'article 1341 et celles des anciennes ordonnances, consiste uniquement dans la substitution du chiffre de cent cinquante francs à celui de cent livres. Et, à raison de la valeur de toutes choses lors de sa promulgation, on peut dire que le Code civil apporte à l'admission de la preuve testimoniale des restrictions plus étroites que la législation antérieure, du moins pour le temps où les ordonnances de 1566 et de 1667 furent édictées. Car, aujourd'hui surtout, une somme de cent cinquante francs est beaucoup moins considérable que cent livres autrefois.

4. Est-il sage, est-il juste de restreindre ainsi l'admission de la preuve testimoniale? Boiceau, qui a fait un Traité de la preuve testimoniale, ou plutôt un commentaire de l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, nous apprend que si cette loi, œuvre du chancelier de l'Hospital, parut à quelques-uns

odieuse, dure et contraire au droit civil, en ce qu'elle restreint les moyens de découvrir la vérité; qu'elle semble bannir la bonne foi et la confiance mutuelle du commerce des hommes; qu'elle fait une obligation à ceux qui ne savent pas écrire de recourir au ministère d'un officier public; qu'elle impose enfin au magistrat la nécessité d'une certitude légale et d'une conviction forcée; cependant, aucune ne fut reçue, dans son temps, avec plus de faveur.

Nous avons entendu plus d'une fois, et sans plus de raison, renouveler ces reproches contre la prohibition ou plutôt les restrictions de la preuve testimoniale. Nous avons même vu des juges, cédant d'ailleurs à d'honorables scrupules d'équité, éluder, autant qu'ils le pouvaient, la stricte et rigoureuse application de l'article 1341. Quant à nous, nous n'avons jamais cessé de nous élever contre ces funestes tendances qui poussent le magistrat à mettre sa raison individuelle au-dessus de la sagesse de la loi, et à violer, au nom d'une équité apparente et trompeuse, les principes de droit qui sont les ancres les plus fermes de la justice.

Pour bien apprécier l'esprit de sagesse qui a présidé à la rédaction de nos anciennes ordonnances et de l'article 1341, il faut supposer un instant que la preuve testimoniale est admise d'une manière illimitée et absolue. Les moindres inconvénients qui pourront en résulter seront, sans aucun doute, la multiplicité des procès et les involutions de procédure, suite inévitable de la facilité et de l'entraînement avec lesquels les faits seront allégués et déniés, les offres de preuve faites, les enquêtes ordonnées, les témoins produits, les témoignages reprochés, discutés et combattus de part et d'autre. Mais le danger le plus sérieux et le plus réel sera dans l'impuissance à laquelle seront réduits les juges eux-mêmes, de discerner la vérité au milieu de témoignages contradictoires, constamment suspects d'erreur, de fausseté et de corruption. Du moment que tout devient une question de preuve testimoniale, tout est, par cela même, abandonné à l'incertitude, au hasard, à

la fraude et au dol. Il n'y a plus ni sécurité, ni garantie pour la fortune des citoyens. Il n'est aucune prétention, si injuste qu'elle soit, qui ne puisse prévaloir à l'aide de témoins corrompus et apostés, l'intérêt même du débat servant de solde à la subornation et d'aliment au mensonge. Si, enfin, la prudence et la sagesse du juge peuvent rassurer quelquefois, il n'en est pas moins vrai que l'exercice de ce pouvoir arbitraire vient lui-même aggraver le péril.

Voilà les inconvénients et les dangers que le législateur moderne a essayé de prévenir, en opposant quelques restrictions à l'admission, autrefois illimitée, de la preuve testimoniale. Nous n'irons point jusqu'à prétendre qu'ils aient été tous par là prévenus. Mais il est incontestable qu'ils ont été considérablement réduits. Si la loi nouvelle semble défendre aux hommes de se fier les uns les autres à leur parole, comme s'ils n'étaient plus capables de bonne foi, ce n'est pas par un sentiment gratuitement injurieux envers l'humanité; c'est uniquement par une malheureuse expérience de l'erreur, de la fraude, de la mauvaise foi et du mensonge. Si elle exige qu'il soit passé acte public ou privé, lorsque la chose excède une certaine somme, ce n'est pas qu'elle veuille restreindre les moyens de découvrir la vérité; elle veut seulement en régler l'usage et les épurer. Et de ce qu'elle attribue alors exclusivement à la preuve littérale seule une autorité probante complète, il s'ensuit que les parties sont sollicitées par leur propre intérêt à satisfaire, autant qu'elles le peuvent, à ses sages et prudentes prescriptions. La loi contient ainsi en elle-même une sanction qui concourt, en diminuant les cas d'infraction, à assurer avec une certitude plus grande la manifestation de la vérité. Ses exigences sont enfin une garantie contre toute appréciation arbitraire de la part du juge, puisqu'elles lui font un devoir de ne former sa conviction que sur les seuls éléments de preuve auxquels elle reconnaît une autorité légale.

Que si elles obligent, dans leur rigoureuse application, les personnes illettrées à recourir au ministère d'un officier public,

ce n'est pas, à coup sûr, une raison pour les condamner. Cette nécessité, qui ne provient que d'un défaut de savoir, ne saurait, en effet, motiver aucune distinction ni exception à l'égard de personnes que leur ignorance même rend plus dignes de la protection de la loi. Cette considération est d'ailleurs inapplicable au cas où il s'agit de produire la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.

Nous reconnaissons volontiers que la prééminence accordée à la preuve littérale et l'exclusion prononcée contre la preuve par témoins, ont souvent pour conséquence de forcer la justice, quoique la conscience et la conviction du magistrat comme homme y répugnent, à consacrer comme légalement avérés des faits dont l'existence est plus qu'incertaine, ou même visiblement fausse. Faut-il donc accuser la loi d'iniquité? Que l'on veuille bien faire, par la pensée, un retour sur quelques-unes de ces affaires dont le jugement, fondé sur le droit rigoureux, *summo jure*, laisse la conscience alarmée et inquiète; n'est-il pas vrai que, si le bon droit apparent périt à défaut d'une preuve régulière, la faute doit en être imputée le plus souvent, disons même toujours, à l'imprudence seule de la personne, à son imprévoyance, à l'inaccomplissement des mesures que la loi lui prescrivait de prendre dans son intérêt? C'est bien assez que les lois soient chargées de leurs propres imperfections, sans l'être encore des fautes et des imprévoyances des hommes.

5. Nous entrons maintenant dans le commentaire de notre article.

« Il doit être passé acte, dit-il, devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs. » Mais il n'énonce pas expressément quelle est la sanction de l'inaccomplissement de cette prescription. Il est facile de la suppléer. De l'obligation même qu'il impose de passer acte, il résulte que, si cet acte n'est point passé, les

parties n'ont aucune preuve légale de leur engagement. Cette nécessité d'un acte écrit emporte exclusion de tout autre genre de preuve. L'article 54 de l'ordonnance de 1566, en avait une disposition formelle : « Seront passés contrats, dit-il, pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières. » On ne saurait douter que l'article 1341 ne soit conçu dans le même esprit, et ne contienne la même exclusion. Mais la nécessité d'un acte écrit, sauf quelques exceptions, ne concerne que la preuve du contrat, et ne touche point, quant au fond, à sa validité.

La preuve testimoniale est donc inadmissible pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs. Mais au-dessous de cette somme ou valeur, elle est parfaitement admissible, sauf le cas où il aurait été dressé un acte, ainsi que nous l'expliquerons bientôt. Le législateur ne pouvait, en effet, repousser, dans ce cas, la preuve par témoins sans gêner et entraver d'une manière préjudiciable les relations les plus simples et les plus ordinaires de la vie. La modicité des intérêts en débat ne permet pas d'ailleurs de supposer, comme on pourrait le craindre dans des contestations plus importantes, l'emploi des mêmes moyens de fraude, de mauvaise foi et de subornation.

6. Ces expressions, toutes choses, dont se sert l'article 1341, sont empruntées aux ordonnances de 1566 et de 1667. Elles ont le sens le plus large et le plus étendu. Elles s'appliquent à tous les faits juridiques, quels qu'ils soient, soit qu'ils aient pour objet la formation des contrats ou leur extinction (1). Il semble même que le législateur les ait employées avec une intention réfléchie, pour éviter les difficultés d'interprétation qu'avait fait naître l'ordonnance de Moulins. Quoiqu'elle se fût

(1) Toullier, t. 9, n° 23. — Zachariæ, t. 5, p. 698, n^te 1, 1^re édit., et t. 8, p. 299, 4^e édit. — Duranton, t. 13, n° 315. — Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 7. — Cass., 5 fév. 1812. Sirey, 12, 1, 288.

servi des termes, toutes choses, les commentateurs pensaient que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'appliquait qu'à la formation des conventions, et nullement à l'extinction des obligations (1). Ils se fondaient sur ce qu'elle disait, seront passés contrats, et sur ce que ce mot de contrats ne concerne que les conventions. Mais l'ordonnance de 1667 ayant pris soin de ne pas employer le mot de contrats, et d'y substituer celui d'actes, la généralité de cette dernière expression ne permit plus ni distinction, ni doute (2).

C'est le même mot qu'emploie l'article 1341. Ses dispositions sont ainsi indistinctement applicables à tous les faits juridiques, de quelque nature et espèce qu'ils soient, qui ont pour objet direct et nécessaire de former, éteindre, résoudre, reconnaître, confirmer, ratifier, innover, modifier, restreindre, étendre ou enfin de transférer des obligations et des droits (3). Nous accumulons exprès tous les actes qui peuvent intervenir, afin, qu'on puisse embrasser, d'un coup d'œil, toute l'étendue des dispositions de notre article, et résumer, dans leur variété infinie, les décisions de la jurisprudence.

7. Il est même applicable aux consentement, autorisation et assistance qui sont nécessaires pour habiliter la personne d'un incapable, tel que le mineur, la femme mariée. L'autorisation du mari, ou le concours du tuteur, pourra donc ou non être prouvé par témoins, suivant que l'intérêt du fait juridique, à l'occasion duquel il a dû intervenir, n'excèdera pas ou excèdera cent cinquante francs.

Quant à l'autorisation du mari, on objecterait vainement que l'article 217 exige son concours dans l'acte ou son consentement par écrit, pour soutenir que l'on ne peut établir par témoins, hors les cas exceptionnels des articles 1347 et 1348, l'existence d'une autorisation donnée verbalement, alors

(1) DANTY, sur Boiceau, ch. 11.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 751.
(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 700, 1re édit., et t. 8, p. 300, 4e édit.

même qu'il s'agit d'un acte juridique dont la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs (1). Nous pensons qu'en interprétant ainsi l'article 217, on lui donne un sens exagéré. S'il parle, en effet, du consentement par écrit, c'est qu'il suppose qu'un acte a été rédigé. Ce qui le prouve, c'est l'alternative qu'il pose entre le consentement écrit du mari et son concours dans l'acte. Mais, lorsqu'aucun acte n'a été rédigé, lorsque la convention a été purement verbale, il nous semble qu'aucune raison, même spécieuse, n'empêche de rentrer dans le droit commun des articles 1341 et suivants, et, conséquemment, d'établir par témoins que la femme a été régulièrement autorisée par son mari, pourvu que la chose n'excède pas cent cinquante francs. Autrement, on ne comprendrait pas comment la preuve testimoniale, qui est admise pour établir l'engagement de la femme, devrait être rejetée aussitôt qu'il s'agit de prouver qu'elle s'est engagée valablement, sous l'autorisation maritale. Il n'y a donc aucune distinction à faire, quant aux moyens de preuve admissibles, entre la preuve de l'engagement en soi, et la preuve des conditions particulières de sa validité (2).

Quant au tuteur, nous ajoutons qu'il n'existe, par rapport à lui, aucune disposition analogue à celle de l'article 217. Et cette observation fortifie elle-même notre opinion sur l'admissibilité de la preuve testimoniale concernant l'autorisation du mari.

8. En ce qui touche l'importance de la chose qui fait le sujet de l'acte, son évaluation ne présente aucune difficulté, lorsqu'elle consiste en une somme d'argent. Mais, si elle est d'une nature différente, il y a nécessité de l'évaluer préalablement, pour savoir si sa valeur excède ou non cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible ou recevable.

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 336, 1re édit., et t. 5, p. 150, 4e édit.
(2) Voy. *infrà*, nº 35.

Cette évaluation préalable doit être faite, même d'office, par le juge, suivant les règles ordinaires de l'expertise, soit qu'il la fasse lui-même, comme étant expert de droit, soit qu'il nomme des experts pour éclairer sa religion. Il admet alors, d'après le résultat de l'expertise, la preuve testimoniale ou la rejette, suivant que la valeur de la chose est inférieure ou supérieure à la somme de cent cinquante francs (1).

Il n'y a même pas à distinguer entre les choses mobilières ou immobilières, ni entre les actes juridiques dont elles font le sujet. Bien que la valeur en soit indéterminée, il n'y a point lieu de déclarer, sans vérification préalable, la preuve testimoniale inadmissible. Mais, nous le répétons, le juge peut en apprécier lui-même immédiatement la valeur, par ses propres connaissances et d'après les circonstances de la cause.

9. Il peut arriver que le demandeur ait déterminé, par ses conclusions, la valeur de la chose à une somme qui ne dépasse pas cent cinquante francs. Dans ce cas, le défendeur, qui s'oppose à l'admission de la preuve testimoniale, n'en conserve pas moins le droit de demander au juge une évaluation régulière qui serve à décider, d'après ses résultats, la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée. Autrement, il serait à la discrétion du demandeur, contrairement au texte et à l'esprit de la loi, de rendre toujours la preuve par témoins admissible, en réduisant le chiffre de ses prétentions.

Tel est le cas où je demande, à titre de dommages et intérêts, une somme inférieure à cent cinquante francs, en même temps que je poursuis la résolution d'un contrat, ou que j'entends en faire constater l'inexécution. Sans contester, d'ores et déjà, le chiffre des dommages et intérêts réclamés, et tout en se réservant de le débattre plus tard, le défendeur prétend

(1) FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 3. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 711, 1re édit., et t. 8, p. 311, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1341, n° 2.

que l'objet du contrat allégué a une valeur excédant cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimoniale n'est pas admissible. Le juge est alors obligé de vérifier cette exception. Car les prétentions du demandeur ne sont fondées que sous la condition que l'existence de la convention sera préalablement établie. Or, si son objet excède la valeur de cent cinquante francs, la preuve par témoins est irrecevable (1).

Remarquez que la contestation du défendeur doit alors porter sur l'objet principal du contrat, et non sur les dommages et intérêts réclamés contre lui. S'il venait à contester seulement le chiffre de l'indemnité prétendue, en soutenant que le dommage est supérieur à la somme de cent cinquante francs, cette manière d'engager le débat contiendrait, de sa part, une reconnaissance implicite de l'existence de la convention ; et cet aveu suffirait lui-même, suivant les circonstances, pour faire admettre la preuve testimoniale.

10. La justesse de cette observation devient encore plus sensible, si l'on suppose qu'une clause pénale a été stipulée. Le demandeur réclame, à ce titre, une somme qui n'excède pas cent cinquante francs. Vainement l'autre partie contestera le chiffre de la peine prétendue stipulée, pour tenir lieu de dommages et intérêts, en prétendant qu'elle a été arbitrée d'avance à une somme excédant cent cinquante francs, et, qu'en conséquence, la preuve testimoniale est inadmissible. En dirigeant ainsi tout l'effort de sa contestation sur le montant de la clause pénale, elle reconnaît, en effet, implicitement, l'existence du contrat au principal, et, en outre, accessoirement, l'existence de la clause pénale. La preuve par témoins pourra donc être admise.

11. Mais en quelle considération le juge devra-t-il prendre l'enquête, si elle vient à établir que, en effet, la clause pénale

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 711, 1re édit., et t. 8, p. 312, 4e édit. — BONNIER, *Preuve*, n° 102. — *Contrà*, FAVARD, *ibid.*

avait pour objet une somme excédant cent cinquante francs? Devra-t-il rejeter la demande par le motif que la somme réclamée, quoique inférieure à cent cinquante francs, fait partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit? Cette question rentre plus particulièrement dans le commentaire de l'article 1344. Cependant, puisqu'elle s'offre ici, nous devons la résoudre.

En règle générale, l'enquête n'a pu être admise que provisoirement, sans que le jugement qui l'a ordonnée ait préjugé l'admission de la demande pour le cas où il serait établi qu'elle fait partie d'une créance supérieure à cent cinquante francs. La preuve testimoniale n'a été et n'a pu être reçue que sous la réserve formelle ou sous-entendue d'appliquer, suivant le résultat de l'enquête, les dispositions de l'article 1344. Le juge devra donc rejeter la demande, et s'il est tenu compte des témoignages, ce n'est précisément que pour ne pas l'admettre (1).

12. Nous croyons cependant devoir restreindre la généralité de cette décision. Si elle nous paraît incontestable au cas où il n'y a, de la part du défendeur, aucun aveu, aucune reconnaissance touchant l'existence de la convention principale, qui rende vraisemblable la stipulation de la clause pénale alléguée, il nous paraît, d'autre part, tout à fait conforme à la loi, d'admettre, au contraire, la demande, lorsque les résultats de l'enquête s'appuient sur un aveu, une reconnaissance établissant un commencement de preuve par écrit. L'article 1344, ainsi que nous le verrons plus loin, reçoit, en effet, exception dans ce cas. Il reste, dès lors, à apprécier, en fait et en droit, s'il existe ou non un commencement de preuve de cette espèce. Or, par la manière dont la contestation s'est engagée, le défendeur, en se bornant à contester le chiffre réclamé à titre de

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 711, n^te 32, 4^re édit., et t. 8, p. 312, n^te 33, 4^e édit.

clause pénale, reconnaît, du moins implicitement, l'existence du contrat. Cette reconnaissance implicite est-elle assez nette, assez formelle pour rendre vraisemblable le fait de la clause pénale? C'est un point que le juge aura à apprécier. N'a-t-elle, au contraire, été faite que d'une manière incertaine, équivoque, sous toutes réserves et seulement d'une façon hypothétique? C'est encore un point abandonné à l'appréciation du juge.

13. Lorsque la demande a pour objet une peine que le défendeur prétend avoir été stipulée d'une somme supérieure à cent cinquante francs, il est indifférent que le contrat principal ait pour objet une chose qui soit inférieure ou supérieure à la valeur de cent cinquante francs. C'est la stipulation de la peine seule, si même elle ne se cumule avec l'objet principal de la convention, qui forme alors le sujet du débat, et qui doit, conséquemment, être évaluée. Nous verrons qu'il en est autrement en matière de simples dommages et intérêts.

14. La valeur de la chose qui fait le sujet de l'acte ne s'apprécie pas seulement à raison des stipulations principales et accessoires, mais encore eu égard à l'intérêt juridique que présente le fait contractuel qui forme la matière du débat.

Je prétends, par exemple, que vous avez fait entre mes mains un payement qui a eu pour conséquence, soit d'interrompre la prescription, comme acte de reconnaissance, soit de confirmer une obligation, comme acte d'exécution volontaire. Quel que soit le chiffre de ce payement, alors même qu'il serait inférieur à la somme de cent cinquante francs, je ne serai point admis à l'établir par la preuve testimoniale, si la créance ou l'obligation, dont je prétends que vous avez interrompu la prescription ou couvert la nullité, est elle-même supérieure à la somme ou valeur de cent cinquante francs. Le payement que j'allégue présente, en effet, un intérêt qui doit s'évaluer bien moins par le montant de son chiffre que par

l'importance des conséquences de droit que je prétends en tirer (1).

15. Mais si l'objet qui forme la matière de l'acte est lui-même d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, il importe peu que la demande ait pour objet une somme supérieure à ce chiffre.

Qu'il s'agisse, par exemple, d'une société où les mises réunies n'excèdent pas cent cinquante francs; chaque sociétaire sera admis à la preuve testimoniale de cette convention, alors même qu'il réclame, pour sa part dans la société, une somme dépassant cent cinquante francs. Du moment, en effet, que le fait juridique, considéré au moment de sa consommation, présente une valeur inférieure à cette somme, les parties ont été dispensées de recourir à une preuve écrite (2).

Réciproquement, si l'on suppose que les mises sociales réunies dépassent cent cinquante francs, la preuve testimoniale sera inadmissible, quoique chaque associé n'ait versé dans la société et ne réclame pour sa part qu'une somme moindre (3). C'est qu'au moment de la consommation du contrat, les parties ont contrevenu aux prescriptions de la loi, et que cette infraction suffit pour les exclure de la preuve testimoniale, abstraction faite du montant de leurs mises et du chiffre de leur demande.

L'article 1834 exige, en effet, que toutes sociétés soient

(1) TROPLONG, *Prescript.*, nos 280, 622. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 703, 708, 1re édit., et t. 8, p. 305, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1341, no 3. — Riom, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 709. — 13 nov. 1847. SIREY, 48, 1, 80. — 28 juin 1854. SIREY, 54, 1, 465. — 17 nov. 1858. SIREY, 59, 1, 905. — 27 janv. et 10 mars 1868. SIREY, 68, 1, 105. — *Contrà*, Toulouse, 18 mai 1831. SIREY, 31, 2, 302. — Caen, 20 mai 1840. SIREY, 40, 2, 300.

(2) ZACHARIÆ, t. 3, p. 58, nte 2, et t. 5, p. 707, 1re édit., et t. 4, p. 548, et t. 8, p. 309, 4e édit. — TROPLONG, *Société*, no 202. — Cass., 5 janv. 1875. SIREY, 75, 1, 73.

(3) *Contrà*, DURANTON, t. 13, no 306, et t. 17, no 343.

rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs; et, par objet de la société, on doit entendre l'ensemble des mises réunies. C'est cet ensemble qui constitue la chose sur laquelle elle doit opérer, indépendamment de son résultat final (1).

Il ne faut donc pas confondre l'objet de la société avec sa fin, son but, qui est la réalisation de bénéfices. Ces bénéfices, incertains et éventuels, sont certainement entrés dans les prévisions des associés; mais ils ne font pas partie de l'objet même de la société. Cette considération des bénéfices aurait, d'ailleurs, pour résultat de rendre l'admission de la preuve testimoniale aussi inconstante que la fortune de la société. Elle est enfin contraire au droit commun, dont l'article 1834 n'est que l'expression, en ce que la loi, pour savoir si la convention doit être rédigée par écrit, ne se préoccupe que de la valeur actuelle de son objet, ou de la valeur qui, par suite de la convention, et dans les prévisions des parties, doit nécessairement, comme les intérêts, par exemple, s'adjoindre au principal.

16. Par application du même principe, on doit décider que la preuve testimoniale est inadmissible, si le fait qui forme le sujet du débat a une valeur excédant cent cinquante francs, quoique l'intérêt de la contestation soit moindre. Ainsi, on ne doit point tenir compte des aveux, déclarations, reconnaissances et offres qui ont pour résultat de réduire l'intérêt réel du litige à une somme inférieure à cent cinquante francs. C'est, encore une fois, que les parties ont contrevenu à la loi, qui leur enjoignait de se procurer une preuve écrite (2).

Tel est le cas où je vous demande trois cents francs, lorsque vous m'en offrez deux cents; où je vous demande quatre cents

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *ibid.* — DUVERGIER, *Société*, nos 72 et suiv.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 706, 1re édit., et t. 8, p. 308, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1341, n° 2. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 318.

francs pour prix d'une chose vendue, quand vous prétendez ne l'avoir achetée que deux cent soixante francs, lesquels vous m'offrez.

17. En règle générale, et sauf quelques exceptions dont nous nous proposons de parler sous l'article 1347, les dispositions de l'article 1341, concernant la preuve testimoniale, s'appliquent à tous les contrats. Quant aux exceptions elles-mêmes, nous verrons qu'elles sont dans le sens d'une rigueur exceptionnelle.

18. Que signifient ces mots, même pour dépôts volontaires? En voici l'explication : Avant l'ordonnance de 1667, on avait douté si ces actes étaient compris dans l'ordonnance de 1566. On alléguait comme raison de douter, que les dépôts ont lieu entre amis, sur parole, de confiance, sans rédaction d'aucun acte écrit, sans que le déposant ose même en faire au dépositaire la demande, pleine d'injurieux soupçons. Le Code civil, comme l'ordonnance de 1667, a rangé le dépôt volontaire dans la classe commune des autres contrats. Et il a sagement fait; car les annales judiciaires contiennent plus d'un exemple des spéculations de l'intrigue et de la mauvaise foi envers de prétendus dépositaires. Quant au déposant, s'il ne retire pas de reconnaissance écrite, il n'aura qu'à imputer à sa propre imprudence de s'être confié à un dépositaire infidèle.

D'ailleurs la loi, en exigeant qu'il soit dressé acte du dépôt, cache, sous les apparences d'une nécessité toute légale, ce qu'il peut y avoir d'injurieuse défiance dans la demande et la rédaction d'un acte instrumentaire.

19. Les premières dispositions de l'article 1341 recevront leurs développements sous les articles 1342 et suivants. Nous passons donc au second chef de ses dispositions.

Lorsqu'il a été rédigé un acte authentique ou sous seing-privé, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre son contenu, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant,

lors ou depuis sa rédaction. Ce principe, consacré par notre législation moderne, est conforme à la règle suivante, posée d'abord par la loi romaine : *Contrà scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* (1). C'est bien ce que nous disons aujourd'hui ; lettres passent témoins. Nous avons vu que cette maxime, repoussée autrefois par Justinien et par notre ancienne jurisprudence française, y avait été introduite par les ordonnances de 1566 et de 1667.

20. Les dispositions de l'article 1341, sur ce dernier point, embrassent deux hypothèses bien distinctes. D'après la première, on ne peut rien prouver par témoins contre et outre le contenu de l'acte, c'est-à-dire que la preuve testimoniale est inadmissible pour établir que les stipulations et dispositions qu'il renferme, ne sont point sincères ni exactes, et qu'elles doivent être remplacées par des stipulations, dispositions, clauses et conditions différentes, soit que la partie qui en allègue l'existence prétende que l'acte n'a reçu sa rédaction définitive et actuelle que par suite d'une inexactitude, d'une omission, d'une erreur involontaire ; soit qu'elle soutienne qu'il n'a été ainsi rédigé que par suite d'un dessein prémédité et d'une pensée commune de réticence et de simulation.

La preuve par témoins est alors inadmissible sur tous changements et modifications que l'on prétend prouver contrairement à la teneur de l'acte. Il fait foi de la sincérité de sa rédaction, parce qu'il est à présumer que les parties contractantes, en rédigeant un acte instrumentaire dans le but de conserver la mémoire, et de constituer la preuve de leurs dispositions et conventions, les y ont établies d'une manière entièrement conforme à la vérité. S'il était permis d'attaquer, à l'aide de simples témoignages, les actes publics ou privés, et de révoquer en doute l'exactitude et la sincérité de leurs énonciations, une semblable faculté, dont l'exercice n'en serait presque toujours

(1) L. 1, C. *De testib.*

que l'abus, aurait le double inconvénient, également désastreux, de détruire la foi due aux actes et de substituer à un mode de preuve que les parties ont elles-mêmes adopté, comme offrant plus de garanties, un autre genre de preuve dont l'expérience démontre l'incertitude et les dangers.

21. Mais cette première prohibition de la preuve testimoniale contre et outre la teneur d'un acte, serait elle-même sans efficacité, si les parties étaient autorisées à prouver par témoins que, soit avant la rédaction de l'acte, soit lors ou depuis, elles sont convenues verbalement, et sans en dresser acte, d'apporter à leur convention, telle qu'elle est rédigée, certains changements et modifications. Ce point est l'objet de la seconde prohibition. La preuve testimoniale est alors également inadmissible, et cette défense est tout aussi sage que la première.

L'acte public ou privé contredit, en effet, une semblable prétention; et l'on doit reconnaître qu'il est fait pour inspirer plus de confiance que des témoignages toujours suspects d'infidélité ou d'erreur. Que deviendrait ensuite l'autorité probante qui y est attachée, non-seulement par sa nature même, mais encore par sa destination spéciale et son caractère contractuel, qui en font, pour les contractants, un moyen commun de garantie et un gage de sécurité? Ne résulte-t-il pas du silence de l'acte, ou de l'absence de tout autre écrit postérieur, la présomption que ces prétendues conventions verbales, modificatives du contrat primitif, sont restées à l'état de propositions simples ou de projets non réalisés? Que si, au contraire, elles ont été définitivement conclues, la partie qui veut les établir a à s'imputer de ne pas en avoir fait le sujet d'une rédaction nouvelle ou d'un acte particulier, tel qu'une contre-lettre.

Cette double prohibition de l'article 1341 est absolue et ne souffre aucune distinction, quel que soit le caractère de l'acte public ou privé, quelle que soit la nature de la convention ou disposition qui a été constatée par écrit.

22. Elle n'admet non plus aucune distinction par rapport aux

témoins que l'on voudrait faire entendre. Le notaire qui a reçu l'acte, et les témoins qui ont assisté à sa rédaction, ne peuvent pas plus être entendus que tous autres. C'est toujours une preuve testimoniale. Il y aurait même, à leur égard, une raison particulière de convenance et de justice pour s'opposer à leur audition; c'est qu'on ne comprend guère comment ils viendraient contredire les énonciations d'un acte à la rédaction duquel ils ont participé (1).

23. Il est enfin indifférent qu'il s'agisse dans l'acte public ou privé d'une somme ou valeur dépassant ou non cent cinquante francs. La preuve par témoins est toujours irrecevable, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Telle est la disposition formelle de l'article 1341, qui ne fait que reproduire celle de l'ordonnance de 1667. Les raisons sur lesquelles elle est fondée ne permettaient aucune distinction. Car la foi due à un acte est indépendante de la valeur de la chose qui fait le sujet de la convention ou disposition.

24. Voyons maintenant dans quels cas et sous quelles conditions cette double prohibition est applicable.

Une première condition est essentielle : L'acte public ou privé, outre et contre la teneur duquel on propose une preuve testimoniale, doit, conformément aux règles que nous avons développées précédemment, faire foi pleine et entière des énonciations qu'il renferme. La prééminence accordée à la preuve littérale suppose, en effet, nécessairement, que les énonciations que l'on prétend contredire au moyen de la preuve testimoniale, sont couvertes par la foi qui est due à l'acte. S'il ne faisait pas foi entière de la disposition ou convention qu'il contient, il faudrait, au contraire, l'appui d'une preuve supplétive pour compléter le commencement de preuve

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 762. — DOMAT, *Lois civ.*, p. 1, liv. 3, tit. 6, sect. 2, n° 7.

qui en résulte. Cette preuve supplétive pouvant être administrée, soit à l'aide de témoignages, soit au moyen de simples présomptions, la foi due à l'acte, mais seulement d'une manière incomplète, peut être combattue par les mêmes moyens.

Je vous demande, par exemple, le payement d'un billet de mille francs, non revêtu du *bon pour* ou de l'*approuvé*. Cet acte ne fait pas pleine foi de la dette, et ne vaut que comme commencement de preuve par écrit. Vous pourrez en conséquence, contrairement à ses énonciations, établir par témoins que votre obligation n'existe pas, qu'elle est inférieure à mille francs, ou même que vous en avez acquitté une partie supérieure à cent cinquante francs. La charge de fournir cette preuve ne vous est même imposée que du moment où j'aurai fourni la preuve supplétive, dont le concours est nécessaire pour parfaire la preuve qui résulte incomplètement de mon titre. La preuve testimoniale serait, au contraire, inadmissible de votre part, si mon billet, étant régulier quant à la forme, faisait preuve complète de l'obligation qu'il énonce.

Réciproquement, si l'on suppose qu'il est revêtu de toutes les formes exigées, et qu'il porte seulement une somme inférieure à cent cinquante francs, je ne serai point admis à établir par témoins que vous me devez une plus forte somme. Mais, s'il est irrégulier, s'il ne fait pas preuve complète, et que vous en contestiez la teneur, je pourrai prouver par témoins, suivant les règles du droit commun, que la dette est de cent cinquante francs, quoique le billet informe en énonce une moindre. Car vous ne pouvez pas plus me l'opposer que je ne puis vous l'opposer moi-même, pour faire rejeter la preuve testimoniale respectivement offerte. C'est comme s'il n'y avait pas d'écrit, du moins d'écrit faisant foi entière. L'énonciation de la somme dans le corps du billet vaut ainsi simplement comme présomption de son exactitude, sauf preuve contraire de votre part, et sauf complément de preuve de la mienne. Mais, quant à la preuve testimoniale que je prétends administrer, elle n'est recevable que jusqu'à concurrence de la

somme de cent cinquante francs, au delà de laquelle elle est déclarée inadmissible, à moins qu'il n'existe d'ailleurs quelque exception aux prohibitions de la loi qui en autorise l'admission pour une somme supérieure.

25. Quant aux faits dont l'article 1341 prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu d'un acte, ils doivent être simplement en contradiction avec les énonciations du titre, sans qu'il résulte de leur allégation aucune exception ou moyen qui se confonde en réalité, soit avec une déclaration d'inscription de faux, soit avec une dénégation ou non reconnaissance d'écriture et de signature. Si l'articulation des faits aboutissait purement et simplement à une contradiction de cette nature, la foi due à l'acte étant, dès lors, attaquée dans son principe, il y aurait lieu de procéder préalablement à la vérification du titre; et ce ne serait qu'après cette vérification faite que la double prohibition de l'article 1341 pourrait recevoir son application.

Les explications que nous donnons ici sont donc indépendantes de celles que nous avons déjà présentées sur la foi due aux actes authentiques ou privés, et sur leur vérification en justice, lorsqu'ils sont attaqués par la voie de l'inscription de faux, ou de la dénégation d'écriture et de signature. Cette observation elle-même prouve de plus en plus que notre article suppose que l'acte fait par lui-même complètement foi des énonciations qui sont contredites outre et contre sa teneur.

26. Telle est donc, en résumé, l'hypothèse à laquelle s'applique la double prohibition de l'article 1341 : L'acte public ou privé fait foi; son autorité probante n'est même pas autrement attaquée, seulement, l'une des parties prétend établir l'existence de certains faits qui en contredisent les énonciations, ou allègue qu'il a été fait avant, lors ou depuis la rédaction de l'acte, quelque convention particulière qui y a introduit des modifications et des changements. C'est dans ce cas que la loi déclare la preuve par témoins inadmissible. Si nous

avons insisté sur ce point, c'est qu'il est véritablement fondamental.

27. Quels sont maintenant les faits juridiques qui tombent sous l'application de l'article 1341? Il faut considérer comme tels, et conséquemment comme non susceptibles d'être prouvés par témoins, tous ceux qui, s'ils étaient prouvés, auraient pour conséquence immédiate et directe de changer, modifier, augmenter ou restreindre les droits et les obligations des parties, tels qu'ils sont constatés dans l'acte instrumentaire, qui a été rédigé précisément afin de les fixer et de les établir par écrit.

Vainement même la partie qui prétend prouver outre et contre la teneur de l'acte allèguerait-elle que l'existence avérée de la disposition ou convention rend vraisemblables les modifications et changements qu'elle articule. Il suffit qu'il s'agisse de clauses et conditions différentes qui ont pu et dû elles-mêmes être constatées par écrit, pour que la preuve testimoniale soit rejetée. Autrement, si l'acte attaqué, quelque claires et précises que fussent ses énonciations, pouvait jamais rendre vraisemblables les modifications et changements allégués, et fournir ainsi un commencement de preuve écrite à l'appui de la contradiction dont il est l'objet, on ne manquerait jamais de s'autoriser de son existence pour contredire sa teneur; et la loi aurait dès lors placé, à côté de ses prohibitions, un moyen facile de les éluder.

Par exemple, un billet ne contient aucune stipulation d'intérêts. Ce serait prouver contre et outre sa teneur que d'établir qu'il en est dû. La preuve testimoniale sera donc inadmissible. Cependant, on peut dire que l'existence avérée de la dette rend vraisemblable une stipulation d'intérêts. Mais cette vraisemblance cède devant le silence de l'acte, et le créancier a à s'imputer de ne pas les y avoir compris.

28. Citons quelques autres exemples.

La preuve testimoniale est irrecevable, conformément à

notre article, lorsqu'il est allégué que le prix d'une vente ou d'un bail est supérieur ou inférieur à celui qui est fixé dans l'acte;

Qu'un bail est fait pour une plus longue ou plus courte durée que celle qu'il énonce;

Qu'il a été résilié (1) ou prorogé verbalement avant l'expiration du temps fixé par écrit;

Que la vente comprend d'autres objets ou héritages que ceux qui y sont énumérés, ou ne doit pas les comprendre tous;

Qu'il a été fait à une convention antérieure des modifications et des changements verbalement arrêtés, qui ont eu pour conséquence de forcer l'entrepreneur de dépasser le délai fixé pour l'exécution de ses travaux (2);

Qu'il existe un terme ou une condition alors que l'acte établit le contrat comme étant pur et simple;

Ou réciproquement que l'obligation est pure et simple, quand l'acte énonce un terme ou une condition;

Que le délai de réméré a été prorogé verbalement (3);

Que des intérêts ne sont pas dus, quoique l'acte en contienne la stipulation formelle;

Ou qu'ils sont dus à un taux moindre ou plus élevé que celui indiqué dans le titre, ou depuis un temps plus ou moins long que celui qui est désigné;

Que, par suite d'une convention additionnelle et verbale, il n'existe qu'un cautionnement simple au lieu d'un cautionnement ou d'un engagement solidaire que le titre établit;

Qu'un certain lieu de payement a été fixé, alors que le titre de créance en détermine un différent ou n'en établit aucun;

Que la somme portée dans l'acte doit être réduite ou augmentée suivant une convention verbale (4);

(1) Cass., 27 janv. 1812. SIREY, 12, 1, 184.

(2) Cass., 18 mars 1842. SIREY, 42, 1, 797.

(3) MERLIN, Rép., v° *Preuve,* sect. 2, § 3, art. 1, n° 23. — Cass., 2 nov. 1812. SIREY, 13, 1, 146.

(4) Cass., 12 mars 1860. SIREY, 60, 1, 793.

Que les parts des associés sont différentes de celles portées dans l'acte de société;

Qu'une somme due pour prêt, pour vente ou à tout autre titre, a été convertie en rente perpétuelle ou viagère (1).

Quel'acquéreur a pris à sa charge le bail non déclaré d'un immeuble vendu comme libre (2).

29. Dans les divers exemples que nous venons de citer, les faits dont on offre la preuve sont tous en opposition formelle avec la teneur de l'acte, soit qu'il s'agisse de son simple silence, ou de ses énonciations expresses. Mais il en est d'autres qui, sans contredire les constatations du titre, et sans prétendre y introduire des modifications et des changements, sont, cependant, de nature à exercer une influence plus ou moins considérable sur l'existence ou l'exécution des droits et obligations qu'il établit. Telles sont les allégations de remise de dette, ou de payement total ou partiel. La preuve testimoniale d'un semblable fait est-elle admissible? N'est-elle pas, au contraire, repoussée par le texte et par l'esprit de l'article 1341?

Pour établir que la preuve testimoniale n'est pas irrecevable dans ce cas, on dit que celui qui demande à prouver par témoins l'extinction totale ou partielle d'une obligation constatée dans un acte public ou privé, par suite d'une remise ou d'un payement, n'élève aucune prétention qui soit en opposition, en contradiction avec l'acte. Bien loin de l'attaquer, il convient, au contraire, de tout ce qui y est énoncé; il prend l'obligation telle qu'elle y est établie, sans y rien ajouter, restreindre ni modifier; il ne demande pas enfin à prouver contre son contenu. L'article 1341 n'est donc pas applicable à ce cas, et ses prohibitions ne s'opposent point à l'admission de la preuve testimoniale.

(1) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n^os 758 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 720, 1re édit., et t. 8, p. 321, 4e édit. — FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 1. — DURANTON, t. 13, n^os 331 et 336.

(2) Cass., 5 janv. 1874. SIREY, 74, 1, 156.

Telles sont les raisons sur lesquelles plusieurs auteurs (1) se fondaient, sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, pour admettre la preuve par témoins d'un fait de remise ou de payement, quoique l'obligation fût constatée par un acte public ou privé, bien entendu pourvu qu'il ne s'agît point d'une somme ou valeur excédant cent livres.

Toutefois, Pothier ajoute : « Cependant, je vois que, dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit pour quelque autre raison, on refuse la preuve testimoniale des payements d'une dette dont il y a un acte écrit. » Et Jousse (2) dit formellement que ce serait prouver contre et outre le contenu aux actes, si j'offrais de prouver par témoins que j'ai fait un payement au-dessous de cent livres, à compte sur une somme que je dois par contrat ou obligation sous signature privée. Il lui paraît que ce serait aller directement contre le texte de l'ordonnance, que d'admettre ces sortes de preuves.

La même controverse s'est continuée sous le Code civil. Les uns (3) admettent la preuve par témoins; les autres (4) la repoussent. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui a prévalu, et non sans droit, dans la pratique des tribunaux.

On ne saurait contester que les prohibitions de l'article 1341 n'aient eu pour objet, comme nos anciennes ordonnances, de rassurer les citoyens sur leurs obligations et leurs droits, soit en accordant à la preuve littérale la prééminence qui lui est due, soit en excluant, en certains cas, la preuve testimoniale, dont l'expérience a démontré dans tous les temps l'incertitude et les dangers. Il ne faut pas perdre de vue cette pensée du

(1) Boiceau, p. 2, ch. 11. — Pothier, *Oblig.*, n° 764.

(2) Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, n^te 4.

(3) Duranton, t. 12, n° 360, et t. 13, n^os 334 et 335. — Delvincourt, t. 2, p. 833. — Zachariæ, t. 5, p. 721, 1^re édit., et t. 8, p. 322, 4^e édit. — Bonnier, n° 92. — Marcadé, art. 1341, n° 5.

(4) Favard, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 7. — Merlin, Rép., v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 20.

législateur. C'est ce même esprit qui animait Justinien, lorsqu'il défendit de prouver par témoins le payement de toute dette établie par titre. Il est bon de rappeler ici cette constitution (1) :

« Voulant, autant que possible, arrêter les abus de la preuve testimoniale qui, très souvent, ment à la vérité, nous faisons savoir à tous ceux qui se sont constitués débiteurs par acte écrit, qu'ils ne seront pas facilement écoutés, lorsqu'ils viendront dire qu'ils ont payé tout ou partie de la dette sans retirer quittance écrite, et qu'ils voudront produire sur ce fait des témoins vils et peut-être subornés, à moins qu'ils ne produisent cinq témoins idoines, d'une moralité reconnue, qui aient assisté au payement, et qui déposent, sous la foi du serment, que le payement a eu lieu en leur présence. Connaissant ces prescriptions, que nul ne fasse autrement un payement total ou partiel, sans s'assurer la garantie d'une quittance écrite, ou sans se ménager la preuve par témoins, comme il est dit ci-dessus..... Que si la quittance vient à se perdre par naufrage, incendie ou tout autre cas fortuit, ceux qui auront pris cette précaution pourront, en prouvant la cause de l'accident, établir par témoins le payement de la dette, et échapper ainsi aux fâcheuses conséquences de la perte de la quittance. »

En rapportant cette constitution de Justinien, nous avons voulu seulement rappeler qu'il est bon de se prémunir contre ces allégations de payements sans quittance, qui sont si fréquentes en justice, et qui semblent avoir toujours été un des moyens les plus ordinaires de la chicane et de la mauvaise foi. Il nous paraît donc déjà résulter de l'esprit de la loi, que les dispositions de l'article 1341, aussi bien dans la seconde partie que dans la première, s'appliquent aux quittances simplement verbales.

Quant à son texte, il est conçu, on ne saurait le contester, dans les termes les plus généraux. Et quand on vient établir

(1) L. 18, C. *De testib.*

une distinction entre les faits qui contredisent directement et formellement les énonciations de l'acte, et ceux qui, comme une remise ou un payement, sont seulement destinés à exercer quelque influence sur l'existence et l'exécution des droits et obligations que l'acte constate, nous disons qu'une semblable distinction est plus subtile que sensée. On dit en vain que la preuve de la remise ou du payement ne tend pas à établir que l'acte est inexact ou mensonger dans ses énonciations; que, conséquemment, cette preuve ne se fait pas outre et contre son contenu. N'aboutit-elle pas au même résultat que celle qui aurait pour objet d'établir qu'il a été convenu, quoique l'acte ne l'énonce, pas, que le montant de la dette devait être réduit à telle somme, ou ne pas être exigé du tout? Si le résultat est le même, pourquoi la preuve testimoniale ne serait-elle pas prohibée également dans un cas comme dans l'autre?

Si elle était permise lorsque les prétentions du débiteur se formulent dans une allégation de remise ou de payement, cette faculté accordée ouvrirait la porte à la fraude, en indiquant la voie détournée qu'il convient de prendre pour éluder les prohibitions de la loi. Il est impossible d'admettre que le législateur, qui a rédigé ses prescriptions dans les termes les plus généraux, ne l'ait pas fait pour empêcher de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire, on le reconnaît, d'une manière directe. Contre les mêmes dangers, il a dû prendre les mêmes précautions. Loin de la contredire, le texte de l'article 1341 confirme lui-même cette interprétation; car c'est, en définitive, prouver contre et outre les énonciations d'un acte qui constate une dette de mille francs, que d'offrir la preuve d'une remise ou d'un payement qui la réduirait à neuf cents francs seulement. On ne peut donc, à moins qu'on ne se trouve dans un cas d'exception, se prévaloir contre un titre public ou privé que de quittances ou de remises écrites, si le titre même n'a été remis (1), ou s'il ne s'agit d'une dette commerciale, auquel cas

(1) Voy. art. 1282, n° 13.

le payement peut être prouvé par témoins, soit par le débiteur pour établir sa libération, soit par le créancier (1) pour établir une interruption de prescription.

30. Du reste, dans l'opinion même de ceux qui admettent la preuve testimoniale sur le fait d'un payement ou d'une remise, quoique l'obligation soit constatée par écrit, et que, considérée dans son entier, elle dépasse la somme de cent cinquante francs, il faut, pour que cette preuve soit admissible, qu'il s'agisse d'une remise ou d'un payement pour une somme ou valeur qui n'excède point cette somme. Elle serait irrecevable s'il s'agissait d'une valeur ou somme supérieure, d'après les premières dispositions de l'article 1341 ; et s'il était question de plusieurs payements partiels qui, réunis, excédassent cette somme, la preuve par témoins serait encore repoussée par l'article 1345 (2).

31. Il est enfin hors de doute que s'il était allégué que la remise ou le payement prétendu ont été l'occasion d'une novation quelconque ou de la création d'un contrat nouveau et différent, toute preuve testimoniale serait inadmissible. Car ce serait prouver contre et outre la teneur de l'acte. On rentre alors pleinement dans la prohibition de l'article 1341 (3).

32. Ce que nous venons de dire des payements faits par la partie obligée elle-même, s'applique également aux payements faits par un tiers qui prétendrait avoir payé, conformément à l'article 1236, une somme quelconque en l'acquit du débiteur.

33. Mais l'article 1341 est inapplicable lorsqu'il s'agit simplement de prouver certains faits dont l'existence est alléguée comme moyen d'interpréter les énonciations de l'acte, et d'expliquer la volonté des parties. Bien loin qu'il soit alors question

(1) Montpellier, 31 août 1850. SIREY, 50, 2, 584.

(2) POTHIER, *ibid.* — DURANTON, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.*, n^te 8. — Cass., 5 fév. 1812. SIREY, 12, 1, 288.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.*

de prouver contre et outre le contenu de l'acte, on ne fait qu'en déterminer avec plus de précision le sens et la portée. Il est d'ailleurs à remarquer que le titre lui-même, en rendant plus ou moins vraisemblables les faits dont la preuve est offerte, établit, le plus souvent, un commencement de preuve par écrit de nature à fonder, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, une exception aux prohibitions de l'article 1341 (1).

C'est ainsi que le donateur ou acquéreur, même en vue de fonder la prescription de dix ou vingt ans, est recevable à prouver par témoins qu'un héritage, dont le contrat ne fait pas mention, dépendait du domaine qui lui a été vendu ou donné sans énumération ni désignation des parcelles (2).

34. Il en est de même de la preuve de tous faits qui, n'ayant point fait dans l'acte l'objet d'une clause ou stipulation particulière, sont allégués comme étant de nature à fixer l'étendue et la portée des droits et obligations résultant du contrat. Tels sont, par exemple, les faits qui, en matière de louage, sont relatifs à l'état des lieux, la consistance du mobilier, la valeur du cheptel, l'étendue de l'ensemencement. Ils sont, dans le silence de l'acte, susceptibles d'être établis au moyen de la preuve testimoniale.

35. Ce n'est pas enfin prouver contre et outre la teneur de l'acte, que d'établir, à l'égard de tiers qui n'y figurent point, l'existence de faits et d'actes qui leur sont personnels, tels que leur accession comme cautions simples ou solidaires. Comme ils n'ont point été parties dans l'acte instrumentaire, ils ne peuvent se prévaloir de son silence ou de ses énonciations.

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'établir un consentement, une adhésion, une autorisation de leur part, lesquels actes sont

(1) Rodier, Ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 1, n° 8. — Zachariæ, t. 5, p. 722, 1re édit., et t. 8, p. 322, 4e édit.

(2) Cass., 23 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 110. — 31 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 522.

utiles ou nécessaires pour assurer envers eux l'efficacité de la convention, ou couvrir l'incapacité personnelle du mineur ou de la femme mariée, qui ont seuls été parties au contrat. Toutefois, ces faits des tiers devront eux-mêmes être établis suivant les premières dispositions de l'article 1341, c'est-à-dire que la preuve testimoniale en sera ou non admissible, suivant que la chose qui fait la matière du contrat n'excède pas ou excède la somme ou la valeur de cent cinquante francs.

L'hypothèse d'un mandat nous en fournit un nouvel exemple. Je suis, en vertu d'un titre, votre créancier d'une somme supérieure à cent cinquante francs, et je donne mandat à un tiers de recevoir cette somme. A l'égard du mandataire qui, considéré comme tel, est un autre moi-même, vous ne serez pas plus admis que contre moi, mandant, à établir par témoins le payement que vous prétendez avoir effectué, fût-il même inférieur à cent cinquante francs. Mais vous serez parfaitement recevable à prouver de cette manière, contre lui, que vous lui avez compté une somme de cent cinquante francs, à la charge par lui de m'en rendre compte, sans qu'on puisse vous opposer que vous prétendez administrer une preuve testimoniale contre et outre la teneur de mon titre. En effet, le débat s'agite dès lors tout entier entre vous et mon mandataire, sans qu'il puisse en rien modifier mes droits à votre égard; et, quant au fait juridique qui est intervenu entre vous et lui, comme il présente un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, la preuve testimoniale en est régulièrement admissible. Vous pourrez ainsi vous prévaloir du payement effectué, sans quittance, entre les mains de mon mandataire, non pas pour me l'opposer, mais seulement pour fonder, en cas de poursuites de ma part, un recours en garantie contre celui qui a reçu de vous. A plus forte raison en sera-t-il ainsi à l'égard du tiers qui, n'ayant aucun mandat de ma part, a touché de vous, à la charge de m'en rendre raison, un à-compte n'excédant pas cent cinquante francs.

36. Comme l'ordonnance de 1667, l'article 1341 dispose, sans

préjudice de ce qui est prescrit par les lois relatives au commerce. Il est donc inapplicable aux matières commerciales; et de là cette conséquence, que la preuve testimoniale y est admissible, en règle générale, quand même le fait juridique qu'il s'agit de prouver présente un intérêt supérieur à cent cinquante francs, et qu'elle est même recevable contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui est allégué avoir été dit, avant, lors ou depuis l'acte, de quelque somme ou valeur qu'il s'agisse.

Ce principe ne saurait souffrir la moindre difficulté (1); et, si le texte de l'article 1341 semble le réserver seulement, le Code de commerce le consacre de la manière la plus incontestable. Il dispose, en effet, article 109, que les achats et ventes se prouvent par la preuve testimoniale. Or, comme dans le commerce tout aboutit, en définitive, à des achats et ventes, et que ces négociations forment au moins la grande masse et comme le type de ses opérations, admettre à cet égard la preuve testimoniale, c'est, alors même qu'il n'est allégué ni dol, ni fraude, l'admettre en règle générale et sauf quelques exceptions particulières, telles que celles relatives aux sociétés (39, 40, 41) autres que les associations en participation, qui se prouvent par témoins (49); à la vente de tout ou portion d'un navire (195); au contrat d'affrètement (273); au contrat à la grosse (311); au contrat d'assurance (332) autres que ceux qui ne présentent qu'un caractère civil, tels que les contrats d'assurance mutuelle (2), qui ne doivent point, en conséquence, être régis par la loi commerciale. Mais, pour tous les cas non formellement exceptés, l'admission de la preuve par témoins est de droit commun, en matière de commerce, de quelque somme et valeur qu'il s'agisse (3).

(1) *Contrà,* Bonnier, n° 93.

(2) Troplong, *Société,* n° 343. — Delangle, *Société,* n° 33. — Caen, 24 juin 1844. Sirey, 45, 2, 145.

(3) Toullier, t. 9, n^os^ 230 et suiv. — Pardessus, *Droit commercial,* t. 2, n° 262. — Duranton, t. 13, n^os^ 340 et suiv. — Favard,

37. Quant au second point, il n'est pas plus douteux. Si l'article 41, C. comm., dispose qu'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, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs, cette disposition, spéciale pour les actes de société, est une exception qui confirme la règle (1). Peu importe même que l'acte soit public ou privé, sauf, si l'acte est public, l'observation des règles particulières à l'inscription de faux.

Il n'y a même pas à faire de distinction pour le cas où le titre consiste en un jugement de condamnation. Le débiteur ne laissera pas d'être recevable à établir par témoins qu'il a payé la totalité ou partie de la dette, et le créancier aura le même droit, afin d'éviter toute déchéance. Les jugements n'ont pas, en effet, pour résultat de changer le caractère commercial de l'obligation, puisqu'ils ne font que déclarer les droits préexistants, sans les créer (2).

38. Les tribunaux de commerce ont ainsi, quant à l'admission de la preuve testimoniale, un pouvoir plus étendu que les tribunaux civils. Ils ne sont pas gênés par les mêmes restrictions. Il suffit qu'ils jugent qu'elle peut être admise (49, C. comm.), qu'ils croient devoir l'admettre (109, C. comm.), pour qu'elle soit accueillie. Comme la loi commerciale n'apporte point à

Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 9. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 723, 1re édit., et t. 8, n° 324, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1348, n° 7. — Cass., 11 nov. 1813. SIREY, 15, 1, 197. — 14 fév. 1827. SIREY, 28, 1, 233. — 26 mai 1829. SIREY, 29, 1, 218. — 2 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 428. — 13 juillet 1868. SIREY, 68, 1, 363. — 8 juillet 1879. SIREY, 81, 1, 317.

(1) TOULLIER, ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 10 juin 1833. SIREY, 35, 1, 689. — 11 juin 1835. SIREY, 35, 1, 623. — 10 avril 1860. SIREY, 60, 1, 901.

(2) Cass., 6 avril 1841. SIREY, 41, 1, 709. — 10 juillet 1866. SIREY, 66, 1, 380. — 25 août 1880. SIREY, 81, 1, 109. — 7 janvier 1885. Encore inédit. — *Contrà*, PARDESSUS, t. 2, n° 263. — TOULLIER, t. 9, n° 235.

son admission les mêmes restrictions et prohibitions que la loi civile, ils sont investis d'un pouvoir véritablement discrétionnaire, soit pour l'admettre, soit pour la rejeter, suivant leur conviction personnelle, basée sur l'appréciation des faits et circonstances de la cause.

Ce n'est pas cependant que, dans ce travail d'appréciation souveraine, qui ne peut s'attacher qu'à la pertinence ou à la vraisemblance des faits offerts en preuve, leurs pouvoirs diffèrent en réalité de ceux des tribunaux civils, dans les divers cas où ces derniers sont autorisés à admettre et, par suite, également à rejeter, suivant les circonstances, la preuve testimoniale. Car, du moment que la preuve par témoins est admissible, les règles auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est alors attribué aux uns et aux autres, sont uniquement des règles de logique et de bon sens ; et on ne saurait établir entre elles aucune distinction raisonnable et fondée. Dans le cas où la preuve testimoniale est admissible aussi bien devant les tribunaux civils que devant les tribunaux de commerce, il importe peu de savoir si les uns l'admettent par exception et les autres par règle générale. Son admissibilité, soit qu'elle existe de droit ou d'exception, n'aboutit, après tout, qu'à la faculté de l'admettre ou de la rejeter, faculté sur l'exercice de laquelle la nature civile ou commerciale de la juridiction saisie ne peut avoir aucune influence. Soit donc qu'ils en usent en vertu des principes du droit civil ou du droit commercial, la question d'admissibilité étant ainsi résolue, il ne leur reste qu'à apprécier, suivant les faits et circonstances de la cause, la pertinence et la vraisemblance des faits dont la preuve testimoniale est offerte.

Mais, de ce que les restrictions et prohibitions de l'article 1341 sont inapplicables en matière commerciale, on ne peut conclure qu'à cette faculté illimitée de recevoir la preuve par témoins correspond, comme une sorte de contrepoids, la faculté également illimitée de la rejeter, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et souverain d'appréciation, plus étendu que

celui dont les juges civils sont appelés à user seulement dans les cas particuliers où la preuve testimoniale est déclarée admissible. On ne peut donc distinguer, à l'égard des tribunaux de commerce, les cas où ils admettent la preuve par témoins, en vertu des principes particuliers de la législation commerciale, de ceux où ils pourraient l'admettre même en vertu des principes ordinaires du droit civil. On ne saurait enfin raisonnablement prétendre, sur le fondement de cette distinction arbitraire, que si la preuve est autorisée par les principes du droit civil, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une somme n'excédant pas cent cinquante francs, ils doivent l'admettre, et ne peuvent la rejeter qu'à raison de la non pertinence ou de l'invraisemblance des faits allégués; tandis que si elle est admise d'après les règles du droit commercial, ils ont la faculté de la rejeter, quand même les faits articulés sont pertinents et vraisemblables, si les circonstances de la cause leur semblent fournir des éléments suffisants de conviction (1).

39. Pourquoi cette différence, quant à l'admissibilité de la preuve par témoins, entre la législation civile et la législation commerciale? Pourquoi cette liberté illimitée en matière de commerce, en présence des prohibitions de la loi civile? Ce n'est pas, sans doute, que le caractère commercial des faits sur lesquels ils sont appelés à déposer, doivent exercer une influence décisive sur la véracité des témoins et la bonne foi des plaideurs. Ce n'est pas non plus parce que l'équité et la bonne foi sont, comme on dit, l'âme du commerce et les grands principes suivant lesquels toute contestation en matière commerciale doit être décidée. Elles ne sont pas moins nécessaires dans les relations ordinaires de la vie civile, et il serait étrange qu'on en fît, à l'exclusion de celles-ci, la règle et le fondement des relations commerciales. La justice et la vérité protestent contre une semblable prétention.

(1) Voy. cep. DURANTON, t. 13, n° 341. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 725 et 726, n^te 5, 1^re édit., et t. 8, p. 326, 4^e édit., où la note 5 n'est pas reproduite.

La différence des deux législations repose sur d'autres principes. Elle tient surtout à la façon dont se traitent les affaires commerciales, soit verbalement, soit par correspondance, de manière que le plus souvent les parties ne peuvent en dresser acte. La nécessité d'un acte écrit répugne aux habitudes du commerce, aux conditions de ses opérations, à la rapidité de son mouvement, à la multiplicité de ses négociations. Si les restrictions et prohibitions de l'article 1341 lui étaient applicables, il deviendrait impossible pour la grande masse des citoyens illettrés qui l'exercent. Les négociants et commerçants ne seraient même pas les seuls à en subir les inconvénients; les clients eux-mêmes auraient à en souffrir dans leurs relations avec eux. Le commerce serait ainsi atteint des deux côtés dans son exercice. D'autre part, les opérations commerciales sont en général simples, peu compliquées, d'une solution facile, et, dès lors, la preuve testimoniale offre moins de dangers. Ajoutons que la correspondance des parties et leurs livres de commerce fournissent des éléments précieux qui contribuent à la manifestation de la vérité. Nous disons enfin que la différence des deux législations est aujourd'hui passée dans les habitudes et dans les mœurs, et que toute innovation qui aurait pour objet de généraliser les dispositions de l'article 1341, amènerait à l'instant même une perturbation à laquelle succomberait toute activité commerciale. On n'y a jamais songé.

40. Souvent le fait juridique n'a de caractère commercial qu'à l'égard d'une seule partie, tandis qu'à l'égard de l'autre il est purement civil. Dans ce cas, il convient d'appliquer, soit les principes de la loi civile, soit ceux de la loi commerciale, suivant la qualité du fait par rapport à la personne contre laquelle la preuve est offerte. La preuve testimoniale sera donc admissible contre celui envers lequel l'acte a un caractère commercial, tandis qu'elle devra être rejetée, si elle est offerte contre celui vis-à-vis duquel l'acte a un caractère civil.

Ainsi, je traite avec un négociant, sans faire personnellement

aucun acte de commerce; la preuve testimoniale sera admissible de ma part; car il ne peut se plaindre que la contestation soit décidée par la législation commerciale qui régit l'acte par rapport à lui. Mais il ne pourra réciproquement proposer le même genre de preuve contre moi, par ce que l'acte est à mon égard purement civil; et soumis, en cette qualité, aux dispositions de l'article 1341 (1).

41. Ce que l'on doit considérer, ce n'est pas la nature de la juridiction saisie, mais le caractère essentiel de l'acte. S'il n'est pas commercial de sa nature, il importe peu que le tribunal de commerce en soit saisi. L'acte n'en conserve pas moins son caractère purement civil; l'exception, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale, cesse dans ce cas, et les dispositions prohibitives de l'article 1341 conservent toute leur force (2).

Réciproquement, si le fait est commercial de sa nature, et que la contestation ait été portée devant le tribunal civil, la preuve testimoniale ne laissera pas d'être admissible.

42. On s'est demandé si les conventions faites dans les foires et marchés doivent être comprises dans les dispositions de notre article. La même question a été soulevée sous nos anciennes ordonnances. Nous supposons que ces opérations ne constituent point, à l'égard des parties, des actes de commerce; car elles seraient, si elles avaient ce caractère, régies par la loi commerciale. Il s'agit donc de faits ayant un caractère purement civil, tels que ventes et achats de bestiaux entre propriétaires, qui ne font ainsi aucun acte de commerce.

Il semble bien rigoureux d'appliquer, dans ce cas, les dispositions de l'article 1341. De semblables conventions, faites dans les foires et les marchés, ne peuvent guère se conclure que verbalement, et il paraît impossible aux parties, soit d'en dresser acte sur-le-champ, soit de recourir au ministère d'un

(1) Cass., 19 nov. 1862. SIREY, 63, 1, 29. — Rouen, 8 mars 1878. SIREY, 78, 2, 247.

(2) Douai, 6 août 1851. SIREY, 51, 2, 806.

officier public (1). Aussi, Pothier (2) hésitait-il à les soumettre aux dispositions des ordonnances, et ne les y soumettait-il que parce qu'il n'est pas trop difficile d'appeler un notaire, si les parties ne savent pas écrire : c'est le mot qu'il emploie.

Quelque rigoureuse que cette opinion puisse paraître, nous croyons qu'il n'y a point lieu d'appliquer d'exception dans ce cas, ni celle relative aux actes de commerce, puisque la convention n'a aucun caractère commercial; ni celle de l'article 1348, parce qu'il n'a pas été impossible aux parties de se procurer une preuve littérale. Nous ajoutons que, entre propriétaires, ces sortes de marchés se font en général au comptant, et que, dans le cas contraire, si le créancier s'en rapporte à la foi de l'autre, la publicité qui a présidé à l'acte est elle-même une garantie de l'exécution du contrat. Aussi, la pratique offre-t-elle peu de contestations à ce sujet (3).

Nous n'exceptons même pas les sociétés faites en foires, pour affaires de foires, entre propriétaires ou cultivateurs (4), alors du moins qu'elles n'ont aucun caractère commercial.

Article 1342.

La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.

Sommaire.

1. L'évaluation de la chose se fait d'après un double principe. Intérêts.

(1) Jousse, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4. — Rodier, *ibid.*, art. 2, *Quest.* 4.

(2) *Oblig.*, n° 753.

(3) Danty, sur Boiceau, P. 1, ch. 9, n° 4. — Bourges, 23 fév. 1842. Sirey, 43, 2, 50. — Cass., 25 avril 1853. Sirey, 53, 1, 368.

(4) Troplong, *Société*, n° 199.

2. En vain on demanderait séparément les intérêts et le capital.
3. Même chose de la clause pénale stipulée pour simple retard.
4. *Secùs*, des dommages et intérêts pour retard,
5. Ou inexécution.
6. La valeur de la chose doit seule être prise en considération.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions relatives à la preuve testimoniale, dont nous présentons ici le commentaire, ne s'appliquent qu'aux seuls faits juridiques contractuels d'où résultent nécessairement et immédiatement des obligations et des droits. Mais ce principe une fois posé, il reste à déterminer, d'après la valeur de l'objet, si la somme de cent cinquante francs, au delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible, est ou non dépassée. Cette appréciation repose elle-même sur un double principe, dont les articles qui suivent contiennent le développement.

1° L'on doit prendre en considération, non l'intérêt de la contestation actuelle, mais la valeur de l'objet qui forme le sujet du fait juridique dont l'existence est alléguée;

2° La valeur de cet objet doit en outre être appréciée, non seulement eu égard à la prestation principale, mais encore eu égard aux accessoires qui s'y ajoutent et aux conséquences que l'on prétend en tirer.

Notre article renferme l'application de cette dernière règle. Il porte que les dispositions de l'article 1341 s'appliquent au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs. La valeur du fait qui a fait le sujet de la convention se compose ainsi de la valeur cumulée du principal et des intérêts stipulés et échus au moment de la demande. Alors donc que cette valeur dépasse cent cinquante francs, il est exact de dire qu'elle excède la somme au delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible.

Ce mode de supputation est tout à fait conforme à la nature

du contrat; car si, au moment de sa formation, il ne présentait pas une valeur de cent cinquante francs, il était dans ses effets nécessaires et prévus de la dépasser, au moyen de l'accumulation éventuelle des intérêts stipulés. Le créancier n'avait, d'ailleurs, qu'à demander son remboursement ou un acte écrit, avant que sa créance eût excédé la somme au delà de laquelle la preuve testimoniale est devenue inadmissible.

2. Vainement il chercherait à éluder les dispositions de l'article 1342, en divisant les éléments de sa créance et en demandant séparément, soit les intérêts, soit le capital, qui n'excèdent ni l'un ni l'autre la somme de cent cinquante francs. Les articles 1344 et 1345 feraient repousser ses prétentions. Et si, sur une demande isolée des intérêts, il avait réussi à surprendre un jugement de condamnation, sa demande ultérieure en payement du principal devrait être écartée (1346) (1).

3. Les mêmes règles s'appliquent au cas où une clause pénale ayant été stipulée pour simple retard, le créancier peut demander, conformément à l'article 1229, en même temps, le principal et la peine. La preuve testimoniale sera admissible suivant que la valeur du principal, réunie à celle de la peine, n'excèdera pas ou excèdera la somme de cent cinquante francs (2).

L'exigibilité de la clause pénale résulte, en effet, directement de la convention, et elle est entrée, comme chef accessoire, dans la stipulation formelle des parties. La convention a ainsi présenté dès le principe, dans une éventualité prévue, une valeur excédant cent cinquante francs. Dès lors, les parties, ont contrevenu à l'article 1341 en ne faisant pas rédiger un acte écrit de leur convention.

4. Mais il en est autrement du cas où le créancier joint à la demande de l'objet principal une demande de dommages et intérêts, pour simple retard dans l'exécution de l'engagement.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 709, n^te 28, 1^re édit., et t. 8, p. 310, 4^e édit.
(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 710, 1^re édit., et t. 8, p. 311, 4^e édit.

Quel que soit le chiffre des dommages et intérêts réclamés, il ne doit point être réuni à la valeur de l'objet principal. Cette dernière seule doit être considérée, indépendamment des dommages et intérêts; et la preuve testimoniale est rejetée ou admise, suivant qu'elle dépasse ou non la somme de cent cinquante francs (1).

C'est que, à la différence de la clause pénale, les dommages et intérêts sont dus uniquement en vertu de la loi générale du contrat, et nullement comme conséquences d'une stipulation formelle des parties. S'ils sont entrés, comme éventualité simple, dans leurs prévisions, du moins elles n'en ont pas fait le sujet d'une clause spéciale et expresse, qui en détermine le montant à l'avance et à forfait. Sous tous les rapports, ils subsistent donc, en dehors de l'objet principal qui fait la matière de la convention, comme conséquences de faits purs et simples à l'égard desquels la preuve testimoniale est toujours admissible.

5. Ce que nous disons des dommages et intérêts réclamés pour cause de simple retard, il convient de l'appliquer également au cas où ils sont demandés pour inexécution réelle des engagements, soit totale ou partielle. La seule valeur à considérer est toujours celle de la chose qui faisait la matière de la convention; et, quant aux dommages et intérêts, quel qu'en soit le chiffre, ils ne sauraient être pris en considération sur la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée. Car le rejet de cette preuve n'étant que la sanction des dispositions qui exigent un écrit pour constater les conventions dont l'objet excède une certaine valeur, il serait tout à fait injuste d'infliger cette peine à la partie qui, traitant de choses d'une valeur moindre, n'a à se reprocher aucune contravention.

Réciproquement, la preuve testimoniale ne pourrait être

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*

invoquée si, les choses sur lesquelles il a été traité excédant la valeur de cent cinquante francs, les dommages et intérêts réclamés pour inexécution étaient d'une somme moindre. Peu importerait même que le demandeur alléguât qu'il est intervenu une convention ultérieure par laquelle le prétendu débiteur s'y serait engagé. Ce ne serait là qu'un moyen d'éluder les prohibitions de la loi. Mais il en serait autrement si, l'existence de la convention étant avouée, le débiteur se bornait à contester qu'il se fût engagé, par un traité spécial, à payer, à titre de dommages et intérêts, une somme n'excédant pas cent cinquante francs.

6. De ces observations particulières, nous déduisons, comme conséquence générale, la confirmation d'un principe déjà posé, et dont nous retrouverons plus loin l'application. C'est que la loi ne subordonne point l'admissibilité de la preuve testimoniale à la double condition que ni la somme réclamée, ni la valeur de l'objet de la convention n'excèdent point le chiffre de cent cinquante francs ; il suffit que cette dernière ne l'excède pas : c'est que, d'autre part, elle ne subordonne point le rejet de la preuve testimoniale à la condition que la somme réclamée dépasse cent cinquante francs. Le montant de la réclamation peut, au contraire, être d'une valeur moindre, et il suffit, pour que cette preuve soit rejetée, que la valeur de la chose qui a fait la matière du fait juridique contesté, excède la somme de cent cinquante francs. C'est-à-dire enfin que cette dernière valeur est la seule qui doive être prise en considération.

Article 1343.

Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

Article 1344.

La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme

même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

Sommaire.

1. Article 1343.
2. Injuste critique de ses dispositions.
3. Le demandeur ne peut restreindre ses conclusions, sauf le cas d'erreur.
4. Examen d'un passage de Pothier.
5. Suite. L'article 1343 ne s'applique pas aux dommages et intérêts.
6. Distinction admise, autrefois rejetée.
7. Ce qu'on doit entendre par demande formée.
8. Conclusions inférieures à cent cinquante francs, puis augmentées, enfin réduites.
9. Article 1344. Il prévoit une hypothèse particulière.
10. Il s'applique même au cas où le créancier demande tout ce qui lui est dû,
11. Ou séparément les intérêts sans le capital,
12. Ou bien enfin la part virile de chaque obligé solidaire.
13. Il s'applique au cas où le juge reconnaît que la demande embrasse une chose qui est le reste ou fait partie d'une créance excédant cent cinquante francs.
14. Doctrines relâchées des auteurs en général.
15. *Quid*, si le demandeur offre de prouver une reconnaissance particulière ?
16. Distinction pour le cas où il y a novation suivant les articles 1271 et 879.
17. *Quid*, si sur un prix de vente excédant cent cinquante francs, il a été payé comptant une somme qui réduit la dette à un chiffre inférieur ?
18. Suite. Distinction. Cas où il s'agit de contrats séparés.
19. Suite.
20. Comment l'article 1344 s'appplique au cautionnement.
21. Observation sur les moyens souvent présentés par le défendeur.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur moderne a attaché une telle importance aux prohibitions qu'il a édictées touchant la preuve testimo-

niale, qu'il a pris en même temps les précautions les plus minutieuses pour en assurer l'exécution, en déjouant les ruses et les fraudes des plaideurs.

Une des manœuvres les plus vulgaires consiste à réduire, comme pis-aller, sa demande à une somme qui n'excède point celle au delà de laquelle la preuve testimoniale est inadmissible. Vainement on l'essaya sous nos anciennes ordonnances; elle fut déjouée par les tribunaux (1).

Le Code civil en a aujourd'hui une disposition expresse. « Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive » (1343).

2. On a accusé cette disposition d'une excessive rigueur, en prétendant qu'elle ne permettait même pas à la partie qui s'était trompée de corriger ses conclusions et de réparer son erreur; qu'elle n'est fondée sur aucun motif sérieux, puisque, dans l'esprit même de la loi, qui admet la preuve testimoniale jusqu'à cent cinquante francs, il n'y a plus à craindre la subornation possible des témoins, aussitôt que l'intérêt du litige est réduit à cette somme (2).

Si cette dernière considération était fondée, il faudrait la généraliser, et soutenir, en conséquence, que le législateur a été excessif dans ses prohibitions; qu'il aurait dû, ne considérant que l'importance du débat, et sans s'arrêter à la valeur intrinsèque du fait qui forme la matière de la convention, ne rejeter la preuve testimoniale que dans les cas où l'objet de la demande dépasse la somme de cent cinquante francs. Mais il a fait justement le contraire. Pourquoi? Nous l'avons déjà dit: Si la preuve par témoins n'est admise que dans certains cas, et comme par exception, ce n'est pas seulement parce que la subornation est d'autant plus à craindre que l'intérêt du débat

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 754. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5.

(2) TOULLIER, t. 9, n^os^ 42 et 43.

peut en fournir les frais; c'est encore, ainsi que le législateur s'en est expliqué lui-même, pour éviter la multiplicité des procès et les involutions de procédure.

Quant à cette autre considération, que l'article 1343 empêche la partie de réparer son erreur et de ramener le chiffre de ses conclusions à la vérité de son droit, cette considération manque même de base. On ne saurait, en effet, sérieusement contester que le demandeur ne puisse établir que ses conclusions n'ont été exagérées que par suite d'une erreur de fait. Il pourra, dès lors, les rectifier et les réduire, sans qu'on puisse lui opposer les dispositions irritantes de l'article 1343 (1).

Vainement M. Toullier oppose l'article 1352, dont il accommode le texte à son opinion. Sans doute, 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. Mais cette disposition ne saurait être étendue au cas où la loi se borne, sans annuler l'acte ni sans dénier l'action, à rejeter comme inadmissible un certain genre de preuve. La partie peut toujours établir que le fait sur lequel seul on fonde l'inadmissibilité de la preuve, n'a aucune existence, et que sa reconnaissance prétendue est, de sa part, le résultat d'une erreur. Elle est donc fondée à prouver, nonobstant les conclusions de sa demande originaire, qu'elle a exagéré par erreur le montant de ce qui lui était dû, en le portant à un chiffre qui, supposé exact, rendait inadmissible la preuve testimoniale.

3. Mais lorsque le demandeur ne justifie d'aucune erreur de sa part, le chiffre de sa demande détermine l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du débat. Il en résulte que ce fait est présumé être, d'après la propre fixation de la partie, d'une valeur excédant cent cinquante francs. Il lui est, en conséquence, interdit de réduire ses conclusions primitives en vue de faire admettre la preuve testimoniale.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 706, 1re édit., et t. 8, p. 308, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1344, n° 2.

Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les conventions qui ont pour objet une somme d'argent, ou tout autre chose d'une valeur indéterminée. Nous devons, toutefois, présenter ici quelques observations sur une opinion de Pothier (1), qui offre quelque chose d'inexact au moins dans les termes.

4. « Lorsqu'une personne, dit-il, demande des dommages et intérêts qu'il prétend lui être dus, pour l'inexécution d'une convention verbale, de faire ou de ne pas faire quelque chose, et qu'il est incertain si la valeur de ces dommages et intérêts soit ou non à une somme de cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), le demandeur, pour être admis à la preuve testimoniale de la convention dont l'inexécution donne lieu aux dommages et intérêts prétendus, doit restreindre sa demande, pour lesdits dommages et intérêts, à une somme certaine qui n'excède pas celle de cent livres; il doit même la restreindre d'abord, car s'il avait d'abord conclu à une somme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédait cent livres, et que la convention était, par conséquent, comprise dans la disposition de l'ordonnance, il ne serait pas, en se restreignant par la suite, recevable à offrir la preuve testimoniale. » Et il cite un arrêt du 17 décembre 1638 qui exclut de la preuve testimoniale un tailleur qui, après avoir demandé à une veuve deux cents francs pour fournitures d'habits faites à son mari, offrait de prouver par témoins, en restreignant sa demande à cent livres, que cette veuve avait répondu de la dette.

Cet exemple particulier fait parfaitement comprendre le sens de notre article. Mais il nous reste à présenter quelques réflexions sur le passage que nous venons de transcrire.

Pothier veut-il dire que, s'agissant d'une obligation de valeur indéterminée, il appartient, dans tous les cas, à la partie de l'évaluer tout d'abord, en ne portant sa demande qu'à une somme inférieure à celle au delà de laquelle la preuve testi-

(1) *Oblig.*, n° 754.

moniale est inadmissible? Le demandeur est-il expert de droit de la valeur du fait juridique qui fait le sujet de la contestation, de telle sorte que le juge soit forcé d'admettre cette évaluation et de recevoir la preuve testimoniale offerte, alors même qu'une expertise judiciaire devrait la porter à un taux qui exclut ce genre de preuve? Telle ne saurait être l'opinion de Pothier. Nous avons d'ailleurs démontré l'erreur d'une opinion semblable (1).

Il ne veut dire qu'une chose : c'est que le demandeur doit prendre garde de s'exclure de la preuve testimoniale, en portant ses conclusions à une somme pour laquelle ce genre de preuve est irrecevable, sans qu'il puisse ensuite se faire relever de cette exclusion par une réduction de sa demande. Mais il ne s'ensuit nullement que le juge ne puisse, malgré la réduction calculée de la demande dès son principe, repousser la preuve testimoniale offerte, si le fait juridique présente par lui-même une valeur réelle supérieure à celle qui lui a été attribuée dans les conclusions du demandeur. En résumé, ce dernier est exclu de la preuve testimoniale, soit par sa propre évaluation, soit, en tout cas, par celle du juge.

5. Pothier parle encore de dommages et intérêts ; et ce point mérite lui-même quelques explications.

Ces expressions de dommages et intérêts ne peuvent être considérées ici que comme signifiant l'équivalent et la compensation de l'engagement inexécuté, sans comprendre le préjudice résultant d'ailleurs de son inexécution. Nous avons vu, en effet, que les dommages et intérêts ne doivent pas être pris en considération dans l'évaluation du fait dont la preuve testimoniale est offerte (2). Ceci va devenir plus sensible par un exemple.

Vous vous êtes engagé envers moi à donner, à faire ou à ne

(1) Art. 1341, n° 9.
(2) Voy. art. 1342, n^os 4 et 5.

pas faire quelque chose. Cette convention est supposée avoir pour objet une chose dont la valeur n'excède point la somme de cent cinquante francs. La preuve testimoniale est, conséquemment, admissible pour en établir l'existence. Mais vous inexécutez votre engagement, et je vous poursuis en payement de dommages et intérêts, qui me tiennent lieu tout à la fois de l'exécution de l'obligation et du préjudice causé. Est-ce que, dans ce cas, la preuve testimoniale cessera d'être admissible, si je demande à titre de dommages et intérêts une somme excédant cent cinquante francs? Évidemment non. Autrement, il faudrait soutenir, ce qui est une erreur manifeste, que les dommages et intérêts, résultant de l'inexécution de l'engagement, doivent être comptés dans l'évaluation du fait juridique qui forme la matière du contrat. Quelle que soit la somme réclamée à ce titre, il suffit que le fait principal qui faisait le sujet de l'engagement soit d'une valeur n'excédant pas cent cinquante francs, pour que la preuve testimoniale soit admissible, soit que le demandeur ait distingué ou non dans ses conclusions, en en faisant un seul chef ou deux chefs particuliers, ce qu'il réclame comme équivalent de l'engagement inexécuté, et ce qu'il réclame comme réparation du dommage causé. Il pourra, dès lors, restreindre sa demande primitive, sans que les juges puissent, pour déclarer la preuve testimoniale inadmissible, s'arrêter au montant de ses conclusions réunies, comme contenant l'évaluation irréfragable du fait juridique contesté.

L'article 1343 n'est donc applicable que dans le cas où le demandeur porte distinctement la valeur du fait principal à une somme supérieure à cent cinquante francs, abstraction faite des dommages et intérêts qu'il peut réclamer pour préjudice causé. Que si ces deux chefs de demande sont indistinctement réunis dans ses conclusions, il appartient alors au juge de faire, à défaut de la partie, l'évaluation du fait qui a formé la matière de l'engagement, et de rejeter ou de recevoir la preuve testimoniale, suivant que cette évaluation excède ou

n'excède pas la somme de cent cinquante francs, indépendamment des dommages et intérêts qui sont en outre réclamés.

6. Sous l'empire de nos anciennes ordonnances, les auteurs, souvent disposés à en éluder les prohibitions, distinguaient entre les époques où le demandeur réduisait sa demande primitive. Cette réduction avait elle lieu *in limine litis*, et avant contestation en cause, on ne pouvait alors opposer à la partie les conclusions par elle primitivement prises, pour l'exclure de la preuve testimoniale (1).

Mais il en était autrement si la réduction n'avait eu lieu qu'après contestation en cause, ou après jugement et en cause d'appel. Cette distinction est aujourd'hui inadmissible, le Code de procédure ne reconnaissant point de contestation en cause, à la différence de l'ordonnance de 1667, titre 14, article 13, qui portait que la cause serait tenue pour contestée par le premier règlement, appointement ou jugement qui interviendrait après les défenses fournies, encore qu'il n'ait pas été signifié (2).

7. On doit entendre ici par demande formée toute demande faite dans un acte qui a un caractère judiciaire, tel qu'un ajournement en justice, une citation en conciliation, des conclusions signifiées en cours d'instance. L'article 1343 suppose, en effet, un débat soumis à la justice, puisque, dans l'hypothèse pour laquelle il dispose, il est question de l'admissibilité de la preuve testimoniale.

Que si la demande avait été formée dans un acte extrajudiciaire, tel qu'une sommation, notre article serait alors inapplicable, et ce serait l'article 1344 qui devrait recevoir son application. Il suffirait de rapprocher l'acte extrajudiciaire des conclusions prises plus tard devant la justice, pour établir que la somme demandée par ces conclusions réduites fait partie d'une somme plus forte.

(1) RODIER, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2, *Quest.* 7. — DANTY, sur Boiceau, P. 1, ch. 14, n° 14.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 43.

8. Il peut arriver que la partie commence par demander une somme inférieure à cent cinquante francs, puis qu'elle augmente ses conclusions, et qu'enfin elle les restreigne. On ne saurait douter que l'article 1343 ne soit également applicable. Car les secondes conclusions régulièrement prises, sauf erreur justifiée, sont, par rapport aux conclusions réduites, une véritable demande primitive, et le demandeur a décidé lui-même par son évaluation la question d'inadmissibilité de la preuve testimoniale.

9. L'article 1344 prévoit une hypothèse un peu différente de celle prévue par l'article précédent. Mais il statue dans le même esprit, en donnant au juge le moyen et même en lui imposant le devoir de déjouer les manœuvres qui tendraient à éluder les prohibitions de la loi. Voici ses dispositions : « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. »

Dans l'hypothèse de l'article 1343, le demandeur avait réduit après coup le montant de sa demande ; ici, au contraire, il commence par la réduire au-dessous de cent cinquante francs. La preuve testimoniale ne laisse pas d'être inadmissible si la somme réclamée est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte. C'est que, pour savoir si la preuve par témoins peut ou non être admise, il faut toujours se reporter, non au moment où le litige a commencé, mais à celui où le fait juridique contesté a été consommé, le rejet de la preuve testimoniale n'étant que la sanction de l'inobservation des dispositions qui prescrivent un acte écrit (1).

10. L'article 1344 n'est pas fait seulement pour le cas où la partie réduit exprès sa demande ; il est également applicable lorsque, en demandant moins de cent cinquante francs, elle

(1) Voy. Danty, sur Boiceau, ch. 8, n° 5.

demande tout ce qui lui est dû, sans que même rien ne lui ait été auparavant payé (1). Par exemple, c'est un héritier qui demande, dans une somme due à son auteur et excédant cent cinquante francs, sa quote-part inférieure à cette somme. Le demandeur ne devra pas être admis à la preuve testimoniale dans ce cas, ni, *vice versâ*, dans celui où il demande à chaque héritier sa quote-part dans la dette de son auteur, excédant cent cinquante francs.

11. Il en est de même au cas où la partie demande le payement d'intérêts pour une somme due excédant cent cinquante francs, bien que le montant des intérêts qui sont seuls réclamés soit inférieur à cette somme. Ils font, en effet, partie d'une somme qui dépasse cent cinquante francs (2). Il suffirait même que les intérêts réunis au capital excédassent ce chiffre (1342).

12. Les articles 1343 et 1344 s'appliquent encore au cas où le créancier, renonçant au bénéfice de la solidarité, demande à chacun des codébiteurs, comme si la dette était simplement conjointe, sa part virile dans l'obligation. La preuve testimoniale est inadmissible; car la solidarité faisant que chacun est tenu de la totalité, comme s'il était seul obligé, le créancier devait se procurer une preuve littérale.

13. L'article 1344 n'est pas seulement applicable lorsqu'il résulte des déclarations de la partie elle-même que la somme par elle réclamée est le restant ou fait partie d'une somme excédant cent cinquante francs; il reçoit aussi son application lorsque la partie ayant dissimulé une partie de la vérité, il est établi par les dépositions des témoins ou des présomptions suffisantes, contrairement à ses allégations, que la somme qu'elle réclame est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, dont elle s'est bien gardée d'indiquer le montant, pour

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 755. — TOULLIER, t. 9, n° 51. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 705, n^te 16, 1^re édit., et t. 8, p. 307, n^te 17, 4^e édit.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 706, 1^re édit., et t. 8, p. 308, 4^e édit.

ne pas être exclue de la preuve testimoniale. Si le juge, dont la religion a été surprise au moyen de réticences calculées, a ordonné une enquête, son devoir est de rejeter la demande, sans s'arrêter à l'interlocutoire qui ne le lie point, et sans avoir égard au résultat des enquêtes, autrement que pour y puiser la preuve que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, pour laquelle la preuve testimoniale ne pouvait être ni invoquée ni admise. La demande est alors écartée sur les enquêtes, tandis que, dans l'autre hypothèse, elle l'est d'emblée sur la déclaration du demandeur. Voilà toute la différence (1).

On a prétendu cependant, en se fondant sur le mot, déclarée, qui s'y trouve, que l'article 1344 ne s'appliquait qu'au cas où le demandeur déclarait lui-même que la somme par lui réclamée fait partie ou est le restant d'une somme plus forte, dont il n'a jamais eu de preuve par écrit, de telle sorte que si la somme était demandée, sans cette déclaration, la preuve par témoins devrait être admise.

Cette opinion de M. Maleville (2) ne s'appuie sur aucune raison, même spécieuse. Le texte de l'article 1344 est bien loin d'avoir le sens restrictif qu'il lui donne, puisqu'on peut dire, tout aussi bien du juge que de la partie, que la somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une somme plus forte, le juge ne pouvant reconnaître l'existence d'aucun fait, sans le déclarer, lorsqu'il en fait la base de sa décision. Toute autre interprétation va directement contre l'esprit et le but de l'article 1344, en favorisant les fraudes des parties à ses prohibitions, et en encourageant leurs réticences et leurs mensonges intéressés. Ainsi entendues, les dispositions de notre article ne sont que le complément nécessaire des prohibitions de

(1) Toullier, t. 9, n° 45. — Zachariæ, t. 5, p. 704, 1re édit., et t. 8, p. 307, 4e édit. — Bonnier, n° 103. — Duranton, t. 13, n° 323. — Marcadé, art. 1344, n° 4.

(2) Sur l'article 1344.

l'article 1341, et il y aurait plus que de la sévérité à les traiter, comme M. Duranton, d'absurdités traditionnelles.

14. Nous ne pouvons ici nous défendre d'une impression générale, sous laquelle nous placent certaines doctrines, plus que relâchées, des auteurs mêmes qui semblent s'être le mieux pénétrés du véritable esprit de la loi. On dirait qu'ils se sont fait un devoir, chaque fois qu'il y a eu place à l'équivoque, de ruser les prohibitions du Code et d'enseigner les moyens de les éluder. C'est même au nom de la vérité et de la bonne foi qu'ils combattent ces dispositions portées contre le mensonge et la fraude. Ainsi présentées, leurs opinions ne laissent pas d'exercer sur l'esprit du juge une séduction souvent irrésistible, alors surtout que les circonstances favorables du fait font ressortir davantage la rigueur de la loi. Eh bien! oserons-nous le dire, nous croyons que ces auteurs n'ont trouvé dans leurs considérations d'équité que des expédients de circonstance, et qu'ils se sont écartés des vrais principes du droit.

15. Il s'agit, par exemple, d'une vente de deux cents francs, pour laquelle le vendeur demande, comme restée due sur le prix, la somme de soixante francs; ou bien, il s'agit d'une somme de deux cents francs, prêtée par une personne, dont un héritier demande cinquante francs pour son quart héréditaire. Nous venons de voir que la preuve testimoniale est inadmissible.

Écoutons, cependant, Pothier (1) : « Mais, dit-il, si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la vente faite pour le prix de deux cents livres, non du prêt de deux cents livres fait par le défunt, mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur de lui payer les soixante livres qui restaient dues du prix de vente, ou les cinquante livres qui lui étaient dues pour sont quart, je pense qu'il devrait être reçu à la preuve; car cette promesse est une nouvelle con-

(1) *Oblig*, n° 756.

vention confirmative de la première, et l'objet de cette convention n'excédant pas cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), rien n'empêche que la preuve testimoniale ne puisse être admise. »

Cette opinion de Pothier a été généralement adoptée sous le Code civil, comme étant parfaitement fondée en équité et en droit, comme n'étant point contraire à l'article 1344 sainement interprété (1). C'est-à-dire, en la résumant en des termes généraux, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois que la somme réclamée par le demandeur, bien qu'elle soit le restant ou fasse partie d'une somme plus forte, qui aurait dû être constatée par écrit, est demandée en vertu d'une promesse ou d'une reconnaissance, par laquelle il est allégué que le débiteur s'est expressément ou implicitement engagé à payer la somme restée due et inférieure à cent cinquante francs.

Qu'il nous soit permis de n'accepter qu'avec quelque réserve cette opinion, quoique ses partisans la présentent comme une vérité manifeste et évidente de soi. On ne peut d'abord s'empêcher de reconnaître qu'elle fournit un moyen facile d'éluder l'article 1344. L'expérience apprend que les plaideurs ne s'en font point faute, et qu'ils ne manquent pas d'alléguer l'intervention d'une promesse nouvelle ou d'une reconnaissance. Cette allégation n'a-t-elle pas pour objet et pour résultat de violer indirectement les prohibitions de notre article? Comment, dès lors, serait-il permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement?

Objectera-t-on que si le demandeur n'établit pas l'existence de la promesse ou reconnaissance qu'il allègue, il sera débouté de sa demande? Soit, mais lorsque la loi prohibe la preuve testimoniale, elle ne défend de l'admettre que dans la prévision

(1) Duranton, t. 13, n° 321. — Toullier, t. 9, n° 46. — Zachariæ, t. 5, p. 705, n^te 18, 1re édit., et t. 8, p. 307, n^te 19, 4e édit. — Marcadé, art. 1344, n° 3.

qu'elle aura pour résultat de justifier l'allégation de celui qui la propose. Le législateur ne dispose qu'en vue de cette hypothèse et de cette éventualité. La preuve testimoniale étant admise, l'enquête est donc censée devoir établir l'existence de la promesse ou de la reconnaissance alléguée. Or, supposons, conformément aux prévisions de la loi, que cette preuve est administrée; il en résulte bien évidemment que la somme reclamée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, non prouvée par écrit.

On dit en vain que le demandeur ne prétend pas établir par témoins la dette entière et primitive, mais seulement une convention nouvelle, une simple reconnaissance, pour une somme inférieure à cent cinquante francs. Il nous semble, néanmoins, que ce prétendu nouveau contrat n'est que la reproduction de l'ancien, sauf réduction dans les limites que les prohibitions de la loi rendent nécessaires. Est-ce que, en effet, le titre de la dette est changé? N'a-t-elle pas toujours la même cause, la même origine? Qu'importe que le chiffre en soit réduit, puisque cette réduction n'a d'autre effet que d'établir que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une somme plus forte, pour laquelle la preuve testimoniale est inadmissible? Nous nous écartons donc en ce point de l'opinion commune.

16. Toutefois, il est un cas où l'article 1344 nous semble inapplicable; c'est lorsque la nouvelle promesse ou reconnaissance, alléguée par le demandeur, emporte novation dans les termes de l'article 1271 ou de l'article 879.

Ainsi, vous m'avez payé cent cinquante francs sur les trois cents francs que vous me deviez; quant aux cent cinquante francs restant, j'articule que vous avez contracté envers moi une nouvelle dette qui a été substituée à l'ancienne; par exemple, que vous vous êtes engagé à me donner en payement un tonneau de vin. Ou bien encore le demandeur allègue qu'un nouveau débiteur a été substitué à l'ancien, qui a été déchargé par le créancier; ou que, par l'effet d'un nouvel engagement,

un nouveau créancier a été substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Ou bien enfin il prétend qu'il y a eu novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Dans ces divers cas de novation réelle ou personnelle, conformément aux articles 1271 et 879, pourvu qu'il ne s'agisse point de somme ou valeur excédant cent cinquante francs, la preuve testimoniale sera admissible, quoiqu'il ait été déclaré par la partie, ou reconnu par le juge, que la novation a eu pour origine une somme ou valeur qui faisait partie ou était le restant d'une chose excédant en valeur la somme de cent cinquante francs.

Si l'article 1344 nous paraît alors inapplicable, c'est que, en réalité, il y a un nouveau contrat; que l'ancien engagement est éteint, et que l'on ne peut plus, dès lors, dire que la chose actuellement réclamée en soit le restant ou en fasse partie; c'est qu'enfin le défendeur, en faisant ainsi, avec l'autre partie, une convention nouvelle emportant novation, l'a relevée, par cela même, de la prohibition qui lui interdisait d'invoquer la preuve testimoniale, puisqu'il ne s'agit plus désormais entre eux que d'un fait juridique dont la valeur n'excède point cent cinquante francs.

Ramenée à ces termes, la question est plus de fait que de droit. Les juges auront donc à apprécier les circonstances et à examiner d'après les faits de chaque cause, si les parties ont eu l'intention de faire novation de l'ancien titre.

Rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'ils en voient une dans la promesse que fait devant témoins le débiteur qui, recevant de son créancier le titre constitutif de la créance, ne paye qu'une partie de la dette, et s'engage à payer prochainement le reliquat, qui est inférieur à cent cinquante francs (1). La remise volontaire du titre vaut, en effet, quittance de l'ancienne dette, et il ne reste plus que la nouvelle obligation verbale, pour laquelle aucun acte écrit n'était exigé.

(1) Toullier, t. 9, n° 47.

La circonstance de novation qualifiée et caractérisée, dans les termes des articles 1271 et 879, nous paraît donc décisive, tandis qu'une simple promesse ou reconnaissance, explicite ou implicite, nous semble insignifiante. Nous espérons que les raisons de droit tirées de la nature et des effets de la novation, sur lesquelles nous avons essayé de fonder notre distinction, nous épargneront le reproche d'inconséquence. Quant à la crainte de voir l'allégation d'actes prétendus de novation servir dans la pratique à éluder l'application de l'article 1344, nous nous bornerons à remarquer, quelque puissante que soit cette considération en matière de prohibitions légales, que, cependant, elle est de nature à faire d'autant moins impression que les actes de novation sont eux-mêmes moins fréquents. Il reste d'ailleurs, pour dernière garantie contre la fraude, la conscience et la sagacité des juges.

17. M. Duranton (1) examine une autre question. Il suppose une vente faite moyennant un prix supérieur à cent cinquante francs, sur lequel l'acquéreur a payé comptant une partie, qui réduit la somme restée due à un chiffre inférieur. Il se demande si, dans ce cas, l'article 1344 est applicable, et il se prononce pour la négative, par la raison qu'en réalité la dette n'a jamais été, par l'effet du payement comptant, que d'une somme n'excédant pas cent cinquante francs.

Cette opinion nous paraît inadmissible. Sans prétendre subtiliser, et on le pourrait peut-être avec raison, sur la question de savoir si, nonobstant le payement opéré comptant d'une partie du prix, le vendeur n'a pas eu dans le principe une créance supérieure à cent cinquante francs, il nous suffit de répondre qu'en demandant la partie du prix restée due, il se fonde sur l'existence d'un fait juridique, d'un contrat, ayant pour objet une chose dont la valeur excède la somme de cent cinquante francs. Il serait donc, dans tous les cas, exclu de la

(1) T. 13, n° 322. — MARCADÉ, art. 1344, n° 3.

preuve testimoniale par les dispositions générales de l'article 1341, s'il ne l'était par les dispositions particulières de l'article 1344.

18. Nous remarquerons seulement qu'il importe de distinguer si le payement opéré comptant s'applique à une convention particulière, et si le prix resté dû a pour cause un contrat séparé et différent, pour lequel le demandeur a suivi la foi de l'autre partie. Dans ce cas, la preuve testimoniale serait admissible, si ce dernier contrat n'a pas pour objet une chose de valeur supérieure à cent cinquante francs. Tel est le cas où, vendant en même temps, mais d'une manière distincte, deux choses dont l'une m'est payée comptant, je n'ai plus à réclamer que le prix de l'autre stipulé à terme.

Il n'en serait même pas autrement dans le cas où le prix de l'une des deux ventes ne m'aurait été payé que plus tard, et où le prix de l'autre me resterait seul dû. On essayerait vainement, pour m'exclure de la preuve testimoniale, de combiner l'article 1344 avec l'article 1346, et de soutenir, en conséquence, que la somme que je réclame, comme prix particulier d'une vente distincte, est le restant d'une créance plus forte, composée des prix cumulés des deux ventes, parce que, s'ils m'eussent été encore dus tous les deux, j'aurais dû en former la demande par le même exploit. L'article 1346 est, en effet, inapplicable à ce cas. Il suppose des demandes effectivement formées, et il ne signifie pas que l'on doive encore réunir à leur montant les sommes qui ont été acquittées antérieurement sur les causes d'obligations particulières, dont aucune n'excédait la valeur de cent cinquante francs. Il suffit alors que la demande ne dépasse point cette somme, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Car elle ne contient aucune fraude possible envers la loi.

19. Mais s'il me restait dû sur les deux ventes une portion du prix, il faudrait alors combiner l'article 1344 avec les articles 1345 et 1346, et décider, par suite, que la preuve testimo-

niale est inadmissible, quoiqu'il s'agisse d'une demande inférieure à cent cinquante francs. La vérité est, en effet, que pour justifier ma demande, je dois établir les ventes que j'allègue. Or, l'intérêt de ces deux actes, réunis ensemble, excède cent cinquante francs; et, si mes conclusions sont inférieures à cette somme, néanmoins, comme elles ont trait à un restant d'une créance plus forte, je ne puis invoquer la preuve par témoins.

Nous disons enfin, pour nous résumer, que, dans la combinaison des articles 1344, 1345 et 1346, les seuls actes qui ne doivent point être pris en considération sont ceux qui, antérieurement à l'introduction de la demande, ont été l'objet d'un payement intégral qui a complètement éteint l'obligation. Ils ne comptent plus, et il doit en être fait abstraction d'une manière absolue.

20. L'article 1344 est encore applicable à l'égard de ceux qui ont cautionné, même pour une somme n'excédant pas cent cinquante francs, une obligation qui, prise dans sa totalité, excède cette somme. Le créancier ne peut prouver contre eux, par témoins seulement, l'existence de ce cautionnement pour partie. Il est incontestable, en effet, que la somme qu'il demande fait partie d'une créance plus forte, pour laquelle il aurait dû prendre une preuve littérale. Comment, d'ailleurs, pourrait-il user, à l'égard des cautions, pour établir sa créance, d'un genre de preuve qui est irrecevable à l'égard du débiteur principal? Qu'il prouve, avant tout, l'engagement de ce dernier.

Ce qui ne veut pas dire, toutefois, que le créancier ne puisse, lorsque l'obligation du principal débiteur est légalement établie, prouver par témoins le cautionnement qu'un tiers aurait donné pour partie de la dette, au-dessous de la somme de cent cinquante francs. Car bien que le cautionnement doive être exprès, la preuve s'en fait suivant les règles du droit commun.

21. Il arrive quelquefois que le défendeur, pour se placer

sous la protection de l'article 1344, déclare spontanément que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte. De pareils aveux sont précieux pour le demandeur, qui n'a qu'à en demander acte, et peut y trouver, suivant les circonstances, un commencement de preuve par écrit, si le défendeur n'a eu soin d'y apporter quelques réserves qui en annulent en sa faveur les effets préjudiciables, à cause de leur indivisibilité.

Je vous demande cent cinquante francs ; vous me répondez que cette somme fait partie de trois cents francs que je vous ai prêtés. Voilà un aveu qui me relève des prohibitions de la loi. Je pourrai même, en en prenant acte, augmenter mes conclusions. Mais vous ajoutez que vous avez tout remboursé; votre déclaration est indivisible, et je suis réduit à établir ma demande par les autres moyens légaux de preuve qui sont à ma disposition. Que si les juges admettent la preuve testimoniale, et que l'enquête prouve qu'effectivement les cent cinquante francs que je demande font partie ou sont le reliquat d'un prêt plus considérable, mes prétentions devront être écartées. Dans le cas contraire, elles devront être accueillies. Mais vos déclarations, à cause de leur caractère indivisible, auront été, dans tous les cas, sans influence sur le jugement.

Article 1345.

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 excédent la somme de cent cinquante francs, 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 différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

ARTICLE 1346.

Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront 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.

Sommaire.

1. Concours de plusieurs demandes. Ancien droit.
2. Dispositions nouvelles de l'ordonnance de 1667, reproduites par le Code civil.
3. Demandes séparées. L'article 1346 obvie à la fraude.
4. Les demandes ultérieures sont seulement rejetées. Maintien des jugements antérieurs.
5. La fin de non recevoir peut être suppléée par le juge.
6. En quel sens toutes les demandes doivent être formées par le même exploit.
7. Ce que doit faire le défendeur, quand il suppose quelque dissimulation.
8. *Quid*, si le demandeur fait des réserves?
9. Peu importe que les demandes aient pour objet des choses identiques,
10. Ou soient de la compétence de juridictions différentes.
11. L'article 1346 n'est pas applicable quand toutes les demandes réunies n'excèdent pas cent cinquante francs.
12. En quel sens et comment les autres demandes ne sont point reçues.
13. Exception résultant des articles 1347 et 1348.
14. Suite.
15. Exception quand les droits procèdent de personnes différentes.
16. Suite. Cautionnement. Solidarité.
17. *Quid*, au cas où les créances sont attribuées à des héritiers différents?
18. Conclusion générale.
19. Exception, pour l'article 1346, résultant des articles 1347 et 1348,
20. Et de l'origine des droits procédant de personnes différentes.
21. Il n'y a pas à distinguer entre les créances exigibles ou inexigibles,
22. Ou celles qui sont de la compétence de juridictions différentes.

23. Les articles 1345 et 1346 ne s'appliquent pas aux demandes dont la cause est postérieure à l'introduction de la première demande.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent nous avons vu le demandeur poursuivre le payement d'une seule et unique obligation, soit que sa demande eût pour objet la totalité ou seulement le restant ou une partie de la dette. L'article 1345 prévoit une hypothèse différente.

Une partie fait dans la même instance plusieurs demandes dont il n'y a point de titre par écrit. Aucune d'elles, considérée séparément, ne dépasse la somme de cent cinquante francs; mais, jointes ensemble, elles excèdent cette somme. La partie allègue même et justifie, au besoin, que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se sont formées en différents temps. La preuve testimoniale est-elle admissible? Non, dispose notre article.

A ne consulter que le raisonnement, il semble cependant qu'elle doive être admise. Car le demandeur, en traitant pour des causes diverses et en des temps différents, n'a fait aucun acte pour lequel la loi exigeât un titre écrit. Et, s'il est vrai qu'en principe on doive se reporter à l'origine de l'obligation et non à l'époque du litige, pour savoir si la preuve par témoins doit être admise ou rejetée, on ne saurait douter que, dans notre hypothèse, elle ne soit parfaitemant recevable. Aussi, sous l'ordonnance de Moulins, les auteurs (1) n'hésitaient-ils pas à l'admettre, et la pratique était conforme à leur opinion.

2. Cependant, on introduisit dans l'ordonnance de 1667, titre 20, article 5, les dispositions que l'article 1345 ne fait que reproduire. M. le Premier Président Lamoignon s'y opposa vainement, en prétendant que l'article était contre l'usage et contre le droit reçu partout généralement. M. Pus-

(1) Boiceau, ch. 8, nos 11 et 12.

sort, rédacteur du projet, insista et dit que si on ne réduisait toutes les actions ensemble, l'on ne manquerait point de témoins affidés pour déposer. M. le Président de Novion ajouta que les procès qui se font pour différentes causes pouvaient être joints pour plus grande facilité; que cette multiplicité d'actions était contraire à la présente réformation; que l'on se devait, en tout cas, imputer sa facilité, et qu'il était libre de ne pas prêter au-dessus de cent livres (1).

Aujourd'hui, certains auteurs (2) regrettent que ces dispositions aient passé dans le Code civil, comme si leur suppression ne dût pas fournir toute facilité d'éluder les prohibitions de la loi, et qu'elles n'en fussent point le complément indispensable et la sanction nécessaire. N'y a-t-il pas, ainsi que le faisaient remarquer MM. Pussort et de Novion, un double intérêt public à éviter la multiplicité des procès et la subornation des témoins? L'expérience ne nous apprend-elle pas que le même faux témoin viendra déposer sur toutes les créances, malgré leur diversité de causes et de temps, et que son témoignage n'en coûtera pas pour cela plus cher au demandeur? Les rédacteurs du Code civil se sont ainsi préoccupés, avec grande raison, d'abus que les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 avaient pu constater et dû prévenir (3).

3. Mais la fraude est ingénieuse. Supposons que le demandeur, au lieu de former toutes ses demandes dans une seule et même instance, ne les fasse que successivement, une à une. Aucune d'elles ne dépasse la somme ou valeur de cent cinquante francs; pourra-t-il ainsi, en invoquant sur chacune d'elles la preuve testimoniale, se soustraire à l'application de l'article 1345? L'article 1346 obvie autant que possible à cet inconvénient. « Toutes les demandes, dit-il, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit,

(1) Voy. Procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, p. 220.
(2) TOULLIER, t. 9, n° 48.
(3) JOUSSE, Ordonn., tit. 20, art. 6. — POTHIER, *Oblig.*, n° 757.

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. » Cet article ne fait quereproduire littéralement l'article 6, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

4. Remarquons d'abord que la sanction de l'article 1346 consiste seulement dans le rejet des autres demandes séparément formées, et dont il n'existe point de preuve écrite. Quant aux demandes antérieures qui auraient été accueillies, les jugements rendus et passés en force de chose jugée, n'en doivent pas moins recevoir leur entière et parfaite exécution. Ce sera donc toujours autant de gagné pour le demandeur.

5. Si le demandeur n'opposait pas la fin de non recevoir sur les dernières demandes formées contre lui, le juge pourrait la suppléer d'office. Car les prohibitions de la loi, en matière de preuve testimoniale, ainsi que leur sanction, sont d'ordre public (1).

Nous devons, cependant, reconnaître que l'article 1346 passe en quelque sorte inaperçu dans la pratique. Jousse disait aussi dans son temps : « Il serait bien à souhaiter que cette disposition, qui est très sage, fût observée plus exactement qu'elle ne l'est. » Rodier fait la même remarque.

6. Notre article veut que toutes les demandes soient formées par le même exploit. Il ne faut pas entendre ces expressions dans un sens rigoureux et absolu. Il sera également satisfait à ses prescriptions, si la partie forme ses demandes par des actes distincts, mais se rapportant à une seule et même instance, soit que ses conclusions soient prises dans des exploits d'huissier ou dans des actes d'avoué à avoué; ou bien encore, si, procédant par voie de reconvention, elle forme ses demandes, par exception à l'action principale, au moyen de conclusions prises et notifiées.

(1) JOUSSE, Ordonn., tit. 20, art. 6. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 717, n^to 45, 1^re édit., et t. 8, p. 318, n^to 48, 4^e édit. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n^o 328.

Comme la loi veut seulement que le juge soit appelé à statuer sur toutes les demandes jointes ensemble, il importe peu comment s'opèrent cette réunion de demandes et cette unité d'instance. Si l'article 1346 parle d'un même exploit, c'est à titre d'énonciation seulement, et sans exclure les autres actes de procédure qui peuvent conduire au même résultat. L'article 1345, plus général dans ses termes, ne parle lui-même que d'une même instance.

7. Que si le défendeur, contre lequel il n'est formé qu'une seule demande, suppose que le demandeur n'agit ainsi que pour éluder l'application de l'article 1345, il peut le mettre en demeure de s'expliquer sur le point de savoir s'il entend ou non former contre lui quelques autres demandes ultérieures. Sur son refus de s'expliquer ou sur ses dénégations, il peut demander au juge que la décision à intervenir vaille pour lui, d'ores et déjà, quittance pour toutes les demandes, actions et prétentions que son adversaire pourrait exercer plus tard, en contravention aux articles 1345 et 1346.

Si le demandeur, ainsi mis en demeure, forme de nouvelles demandes qu'il joint à la première, alors on tombe pleinement sous l'application de l'article 1345.

Dans le cas contraire, et si l'enquête établit qu'il avait à former d'autres demandes qu'il n'a pas jointes, le juge doit, sans avoir autrement égard à l'interlocutoire, déclarer la demande non recevable. Et si, plus tard, le demandeur introduit d'autres demandes qu'il aurait dû former avec la première, il en sera encore débouté, conformément à l'article 1346.

8. Si, au lieu de former expressément une demande, il se borne à faire des réserves explicites et spéciales dans ses conclusions, le défendeur et le juge lui-même d'office peuvent opposer, comme fin de non recevoir, que les demandes faites, jointes aux prétentions réservées, quand même celles-ci ne seraient pas exigibles, excèdent la somme ou valeur de cent cinquante francs, et que, en conséquence, la preuve testimo-

niale est inadmissible. Il résulte, en effet, du texte comme de l'esprit de l'article 1345, que la prohibition d'admettre la preuve par témoins s'applique aussi bien à chaque demande en particulier, qu'à l'ensemble des demandes en général. Le demandeur ne peut donc, en se bornant à faire des réserves pour les chefs dont il ne fait pas actuellement un sujet de demande, se soustraire à l'application de l'article 1345; et, si l'article 1346 déclare non recevables les autres demandes ultérieurement formées, il ne veut pas dire pour cela que les premières demandes doivent être accueillies, s'il est d'ailleurs établi, par les déclarations ou réserves du demandeur, qu'elles concourent avec d'autres prétentions qui élèvent le chiffre de l'ensemble à une somme ou valeur excédant cent cinquante francs.

9. Il est indifférent, pour l'application des articles 1345 et 1346, que les demandes aient pour objet des choses identiques. Ils sont également applicables lorsque, des diverses demandes, les unes ont pour objet de l'argent, les autres une chose différente à donner, à faire ou à ne pas faire. Il s'agit alors d'évaluer ces dernières, pour en joindre la valeur aux autres sommes. Car la loi étant fondée sur ce que le créancier a eu tort de ne pas retirer une preuve littérale aussitôt que ses créances, de quelque nature qu'elles soient, étaient supérieures à la somme de cent cinquante francs, ce motif est le même, soit qu'elles aient pour objet de l'argent ou des choses d'espèce différente.

10. Par la même raison, il importe peu que les demandes soient de nature à être portées devant des tribunaux différents. La contravention à la loi, qui exigeait une preuve littérale, n'est pas couverte par la diversité de juridictions. Les principes relatifs à l'inadmissibilité de la preuve testimoniale n'en sont pas modifiés; et la prohibition de ce genre de preuve s'appliquant à chaque demande en particulier comme à l'ensemble, il s'ensuit que chaque juridiction, régulièrement saisie, doit repousser la preuve par témoins, comme si toutes

les demandes étaient jointes, alors même que l'action particulière qui a été portée devant elle n'excède pas la valeur de cent cinquante francs (1). Il se fait alors devant chaque tribunal une jonction fictive de toutes les demandes. Ainsi se concilient les principes relatifs à la preuve testimoniale, et ceux qui concernent l'ordre des juridictions.

11. L'article 1346 est-il applicable lorsque les demandes n'ayant pas été toutes formées en même temps, les premières, jointes aux dernières, n'excèdent pas la somme ou valeur de cent cinquante francs? Il semble que ses dispositions soient absolues, indépendantes de celles de l'article 1345, et qu'elles n'admettent aucune distinction entre les cas où les diverses demandes réunies sont supérieures ou inférieures à cette somme. Telle est l'opinion de MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (2). Nous inclinons cependant vers un sentiment contraire.

L'article 1346 a sans doute pour objet de prévenir la multiplicité des procès. Mais cette raison lui est commune avec toutes les autres dispositions prohibitives qui concernent la preuve testimoniale. On ne peut donc prétendre, par cela seul, qu'il ait été conçu dans un esprit différent, et que ses prescriptions irritantes aient un caractère particulier de pénalité. Soit qu'il s'agisse de régler l'admissibilité de la preuve par témoins, ou de déjouer les fraudes possibles envers la loi, le principe général et supérieur en cette matière est que la preuve par témoins est admissible lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur n'excédant pas cent cinquante francs.

D'autre part, l'article 1346 n'a pas seulement pour but d'obvier aux inconvénients résultant de la multiplicité des procès. Il se réfère à l'article précédent; il en assure, autant que possible, l'exécution, et prévient les manœuvres par lesquelles on pourrait y contrevenir, en édictant une fin de non recevoir qui a le caractère d'une véritable sanction pénale. Pourquoi

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 50. — BONCENNE, t. 4, p. 165.
(2) T. 5, p. 714, 1re édit., et t. 8, p. 315, nte 42, 4e édit.

veut-il, sous la peine qu'il détermine, que toutes les demandes soient formées par le même exploit? C'est afin que le juge, saisi en même temps de toutes ces demandes, vérifie si, jointes ensemble, elles excédent ou non la somme de cent cinquante francs. Cette corrélation entre l'article 1345 et l'article 1346 nous semble à peine contestable, après ces paroles de M. Pussort, en réponse aux observations de M. le Premier Président Lamoignon (1) : « Que si l'on ne réduisait toutes les actions ensemble, l'on ne manquerait point de témoins affidés pour déposer; mais qu'il y avait été pourvu par l'article suivant. » N'oublions pas, en effet, que ces articles sont les articles 5 et 6, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

La raison principale de ces dispositions est donc dans la crainte de la subornation de témoins. Mais comme le législateur a posé lui-même pour limite à cette crainte la somme de cent cinquante francs, il en résulte que là où cette somme n'est pas dépassée, l'article 1346 cesse d'être applicable, puisque le demandeur a formé distinctement et successivement ses demandes sans entendre éluder l'article 1345, qui, même au cas de jonction des demandes, ne pouvait recevoir d'application contre lui.

Il y aura, il est vrai, plusieurs procès au lieu d'un; mais cet inconvénient de chicane n'a jamais fait déclarer les actions irrecevables en elles-mêmes; et si, dans les cas où une fraude à la loi est possible, elle a paru au législateur suffisante pour exclure le demandeur de la preuve testimoniale, du moment que toute possibilité de fraude cesse, les dispositions irritantes doivent cesser aussi. Il est tellement vrai que la partie n'est déchue de son action que par suite de l'irrecevabilité de la preuve par témoins, que, malgré la pluralité de procès, si les dernières demandes étaient justifiées par écrit, elles devraient être reçues. Cette déchéance elle-même se réfère donc à l'ordre d'idées dans lequel la preuve testimoniale a été rejetée en

(1) Procès-verbal, p. 219.

principe par la loi; c'est-à-dire qu'elle suppose toujours que l'ensemble des demandes réunies excède cent cinquante francs. Entendu autrement, l'article 1346 pourrait être, avec raison, accusé d'iniquité.

12. En disposant que les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues, il ne veut pas dire que l'action est elle-même purement et simplement non recevable. La partie est seulement déchue, en tant qu'elle en est réduite à invoquer, à l'appui de sa demande, la seule preuve testimoniale (1).

Cette interprétation résulte des observations mêmes que nous venons de présenter. Quelles sont, en effet, les demandes que l'article 1346 interdit de recevoir? Ce sont celles qui, n'étant point justifiées par écrit, auraient dû, en conséquence, être formées avec d'autres qui ont été faites antérieurement. Pourquoi veut-il que toutes ces demandes soient jointes? C'est afin que le juge soit en état de vérifier si, jointes toutes ensemble, elles excèdent ou non la somme de cent cinquante francs, et si, par suite, la preuve testimoniale doit être rejetée ou admise. Les demandes disjointes et ultérieurement formées ne sont donc déclarées irrecevables qu'au point de vue de la prohibition de la preuve testimoniale; de telle sorte que si le demandeur est à même d'invoquer, à l'appui de ses prétentions, un autre genre de preuve, le juge ne devra pas rejeter son action. La sanction de l'article 1346 cessant dans ce cas, il s'ensuit que la partie est encore fondée à se prévaloir de l'aveu du défendeur, et à lui déférer le serment litis-décisoire.

13. Nous allons démontrer de plus en plus que les dispositions des articles 1345 et 1346 ne font que se rattacher aux règles générales du droit, concernant la prohibition de la preuve

(1) TOULLIER, t. 9, n° 49. — DURANTON, t. 13, n° 328. — *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 5, p. 717, 1re édit., et t. 8, p. 317, nte 47, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1346, n° 4.

testimoniale pour somme ou valeur excédant cent cinquante francs. Quant à l'article 1345, s'il repousse la preuve par témoins, lorsque les demandes formées dans la même instance et jointes ensemble excèdent cent cinquante francs, ce n'est, ainsi qu'il le déclare expressément, que lorsqu'il n'en existe point de titre par écrit. Il convient donc d'abord, pour l'application de cet article, de ne point compter les demandes qui sont justifiées par écrit. Il doit en être fait complètement abstraction.

Il en est de même de celles pour lesquelles il existe un commencement de preuve par écrit. L'ordonnance de 1667, titre 20, article 5, en avait une disposition expresse. « Si, dans une même instance, disait-elle, la partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de preuves, ou commencement de preuve par écrit... » Les rédacteurs du Code ont supprimé ces derniers mots; mais on ne saurait douter que l'article 1345 n'ait été rédigé dans le même sens et avec la même portée. Il était d'ailleurs superflu d'y insérer d'une manière spéciale l'exception générale qui se trouve édictée dans l'article 1347. Le demandeur peut, en conséquence, provoquer la comparution de son adversaire à l'audience, ou son interrogatoire sur faits et articles, afin de se procurer un commencement de preuve par écrit.

Nous disons encore que l'on doit faire également abstraction, dans l'évaluation des diverses demandes jointes ensemble, de celles qui peuvent, exceptionnellement et en conformité de l'article 1348, être prouvées par témoins. Cette seconde exception générale s'applique, en effet, incontestablement à l'article 1345, aussi bien que celle de l'article 1347 (1).

L'on ne doit pas enfin prendre en considération les demandes dont la nature commerciale rend la preuve par témoins admissible.

(1) Duranton, t. 13, n° 324. — Zachariæ, t. 5, p. 712, 1re édit., et t. 8, p. 313, 4e édit.

14. Peu importe, d'ailleurs, que les chefs de demande, pour lesquels nous supposons la preuve testimoniale admissible, soient antérieurs ou postérieurs à ceux pour lesquels le demandeur a pu se procurer une preuve écrite. Car le demandeur n'a dû, en aucun cas, se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale, puisque, pour certaines demandes, il était protégé par une exception, et que, quant aux autres, comme elles n'excèdent point cent cinquante francs, il a pu se contenter de la preuve testimoniale (1).

Cependant, M. Duranton (2) hésite pour le cas où le chef de demande dont le demandeur a pu se procurer une preuve écrite, a une cause postérieure au fait qui a donné lieu à l'autre créance, qui se trouve exceptionnellement régie par l'article 1348. Il est porté à croire que toute nouvelle demande, ayant une cause antérieure à la première, devrait être rejetée. Il est vrai que, dans ce cas, la partie a pu, en supposant toutefois qu'elle connût l'existence des créances antérieures, se procurer une preuve par écrit de sa seconde créance, par exemple, du prêt fait par elle, et, en même temps, par la même occasion, faire reconnaître son droit quant aux créances qui ont une cause antérieure. Mais, de ce qu'elle ne l'a pas fait, il ne saurait résulter contre elle aucune sorte de déchéance, puisque les deux créances sont indistinctement susceptibles d'être prouvées par témoins, la première en date en vertu de l'article 1348, et la seconde en vertu de l'article 1341.

15. Il y a enfin une dernière exception à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsque les droits sur lesquels sont fondées les demandes, qui, jointes ensemble, excèdent cent cinquante francs, procèdent de personnes différentes, par succession, donation ou autrement (1345). On ne saurait, en effet, exiger, dans ce cas, pour chaque créance, d'autre genre de

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 713, 1re édit., et t. 3, p. 314, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1345, n° 3.

(2) T. 13, n° 324.

preuve que celui que la loi présentait elle-même comme suffisant à chacune des parties contractantes.

Ces mots, ou autrement, permettent même d'étendre l'exception au cas où, à l'insu l'un de l'autre, le mandant et le mandataire ont fait avec la même personne des actes qui donnent lieu a des demandes, qui réunies excèdent cent cinquante francs, mais qui séparées ne dépassent pas cette somme. Traitant chacun de son côté, et dans l'ignorance de ce qu'a fait l'autre, aucun d'eux n'a eu à se préoccuper de la nécessité d'une preuve littérale.

Mais si, après avoir acquis par un moyen quelconque le droit qui fonde l'un des chefs de demande, le demandeur avait fait, en connaissance du premier, un nouvel acte dont l'intérêt juridique, réuni à l'autre chef d'action, en portât la valeur à plus de cent cinquante francs, notre exception cesserait. Car le concours des créances résulte du fait de la même personne, et, sauf les cas d'erreur qui sont exceptés, on ne peut dire que les droits procèdent de personnes différentes. Le demandeur, sachant qu'il était déjà créancier, devait retirer une preuve écrite en faisant le second acte (1).

16. L'exception de l'article 1345 cesse également dans cette hypothèse : J'ai prêté à Pierre cent francs sous le cautionnement de Paul, puis pareille somme de cent francs sous le cautionnement de Jean. Je ne puis prouver par témoins aucune des deux obligations à l'égard de Pierre, et chacune des cautions a les mêmes exceptions que le débiteur principal. Mais si Pierre reconnaît la dette, ou que la preuve testimoniale en soit admissible parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit, je puis prouver les cautionnements, qui sont des obligations distinctes et procédant de personnes différentes.

Il en serait de même au cas où, après avoir prêté cent francs à Pierre, je lui aurais prêté pareille somme de cent francs,

(1) Voy. cep. DURANTON, t. 13, n° 325.

solidairement avec Paul. Je ne pourrai prouver par témoins aucun chef de demande, parce que la prohibition de la preuve testimoniale, s'appliquant à chaque chef particulier comme à l'ensemble, concerne, mais à l'égard de Pierre seulement, la seconde créance aussi bien que la première. Mais la preuve testimoniale sera admissible pour la seconde, à l'égard de Paul, sans qu'il soit besoin le moins du monde que Pierre reconnaisse son premier engagement. Telles sont, en effet, les conséquences de la solidarité convenue, que les demandes procèdent du chef de personnes différentes, puisque Paul s'est principalement engagé.

De même, supposez que, après avoir prêté cent francs à Pierre, je prête cent francs à Paul sous le cautionnement de celui-ci. Je ne pourrai certainement pas prouver par témoins le double engagement de Pierre, parce qu'il dépasse cent cinquante francs; mais je pourrai établir de cette manière l'engagement de Paul comme débiteur principal, parce qu'il existe indépendamment des obligations de Pierre, pour lesquelles seules j'ai dû retirer une preuve écrite.

Nous concluons par cette observation générale : C'est que, dans l'application de l'article 1345, on doit considérer séparément la situation de chaque défendeur comme obligé, et admettre ou rejeter, en conséquence, à son égard, la preuve testimoniale, suivant que les demandes formées contre lui n'excèdent pas ou excèdent la somme de cent cinquante francs, à moins que les demandes, dans le cas même où elles ne sont pas supérieures à cette somme, n'aient pour causes des engagements simplement accessoires à des obligations principales pour lesquelles la preuve par témoins est irrecevable.

17. On s'est posé la question suivante : Une personne avait deux créances, dont aucune n'excède la somme de cent cinquante francs, sur le même individu. L'une de ces créances est attribuée à l'un des héritiers, et la seconde à l'autre. Chacun de ces héritiers pourra-t-il, en formant séparément sa

demande, être admis à la preuve testimoniale? Nous ne le pensons point.

Quoique les deux créances aient des causes différentes, et qu'elles datent de temps différents, le défunt n'aurait point été admis à en établir l'existence par témoins. Ses héritiers ne sauraient être de condition meilleure, soit qu'ils agissent séparément ou ensemble. Autrement, il serait loisible à une personne d'éluder les dispositions de l'article 1345, en léguant chaque créance à une personne différente, et, par la même raison, en faisant de l'une l'objet d'un transport en faveur d'un tiers. On objecte que l'obligation de réunir toutes ses demandes dans un même exploit, est une obligation personnelle qui ne peut être imposée aux héritiers, légataires ou ayants-cause. C'est ce méprendre étrangement sur le caractère de cette obligation. Bien loin d'être attachée à la personne, et de résulter d'une incapacité ou inaptitude personnelle, elle tient, en réalité, à la nature des demandes elles-mêmes; car, ainsi que nous l'avons déjà vu, la prohibition de la preuve testimoniale s'applique, dans le cas de l'article 1345, à chaque chef des demandes en particulier, aussi bien qu'à leur ensemble d'une manière générale. Chacun des héritiers, légataires ou ayants-cause est donc exclu de la preuve par témoins, comme l'eût été son auteur lui-même (1).

Il peut, toutefois, se présenter une difficulté pratique, lorsque l'un d'eux forme une demande distincte et séparée de la créance qui lui appartient. Mais cette difficulté est exactement la même que si le créancier originaire n'avait lui-même formé qu'un seul chef de demande, pour se soustraire aux conséquences de la jonction des divers chefs. Or, nous avons examiné cette hypothèse. Le défendeur pourra donc appeler en cause les propriétaires ou possesseurs de l'autre créance, et agir, contre toutes les parties réunies, comme s'il avait en face

(1) MARCADÉ, art. 1345, n° 2. — *Contrà*, RODIER, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 5. — TOULLIER, t. 9, n° 52.

un seul et unique créancier. Quant au juge, son devoir est également le même. Nous renvoyons, au surplus, à ce que nous avons dit plus haut (1).

Les observations que nous venons de présenter s'appliquent aussi au cas où une personne devant, pour diverses causes, différentes choses à une autre, chargé chacun de ses héritiers d'acquitter une dette particulière qui n'excède pas cent cinquante francs. La condition du créancier ne sera pas meilleure vis-à-vis de chacun des héritiers qu'à l'égard de leur auteur. Mais nous devons remarquer que, le plus souvent, l'acte par lequel les héritiers seront chargés d'acquitter les dettes, constituera, en faveur du créancier, soit un titre parfait, soit un commencement de preuve par écrit.

18. Par les exemples que nous avons cités, on a pu déjà parfaitement comprendre en quels cas les droits sur lesquels les diverses demandes sont fondées, procèdent de personnes différentes. Cette diversité de personnes existe activement ou passivement: Activement, lorsque, étant déjà créancière, une personne est mise au lieu et place d'un tiers qui était lui-même créancier du même débiteur commun; ou lorsque cette personne succède, à un titre quelconque, à d'autres qui avaient des créances à exercer contre un même débiteur: Passivement, lorsqu'un débiteur succède, à un titre quelconque, à un autre débiteur du même créancier; ou lorsqu'on est mis au lieu et place de plusieurs personnes qui étaient débitrices envers un créancier commun. Les droits ou les obligations procèdent alors de personnes différentes, et leur réunion dans les mains de la même personne n'y apporte, sous aucuns rapports, ni changement ni altération. C'est ce qu'exprime l'article 1345, en exceptant cette hypothèse de ses dispositions prohibitives.

19. Il nous sera maintenant plus facile de compléter notre commentaire de l'article 1346.

(1) *Suprà*, n° 7.

Nous disons, tout d'abord, que nous prenons pour point de départ cette idée déjà développée, que l'article 1346 se réfère à l'article 1345, qu'il en est la sanction, et qu'en déclarant non recevables les autres demandes ultérieurement et séparément formées, ce n'est qu'en tant que le demandeur n'appuie ses prétentions que sur une preuve testimoniale qui eût été inadmissible, s'il eût joint toutes ses demandes dans la même instance. La corrélation de ces deux articles étant admise, on comprend l'influence que le commentaire de l'un exerce sur l'autre. C'est en partant d'un principe différent que la plupart des auteurs qui ont écrit sous le Code civil, et notamment MM. Aubry et Rau, annotateurs de M. Zachariæ, sont arrivés à des conséquences d'une telle exagération, suivant nous, que la crainte de multiplier les procès, à laquelle ils les rattachent, ne saurait en justifier l'iniquité.

Ainsi, de même que dans l'application de l'article 1345, on ne doit point tenir compte des demandes à l'égard desquelles la preuve testimoniale est admissible, soit parce qu'elles sont de nature commerciale, qu'il existe un commencement de preuve écrite, ou que le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale; de même, dans l'application de l'article 1346, on ne doit point étendre la fin de non recevoir qu'il édicte aux chefs de demande qui rentrent, quant à la preuve, dans les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348 (1).

A l'appui de l'opinion contraire, on invoque le texte même de l'article 1346. Il exige, dit-on, qu'on forme par un même exploit toutes les demandes qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit. Or, comme un simple commencement de preuve écrite ne justifie pas entièrement la demande, puisqu'il ne fait pas une preuve complète, ses dispositions sont égale-

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 521. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 327. — Delvincourt, t. 2, p. 834. — Bonnier, n° 105. — Annotateurs de Zachariæ, t. 5, p. 714, 1re édit., et t. 8, p. 315, 4e édit., contrairement à l'opinion de Zachariæ. — Marcadé, art. 1346, n° 1.

ment applicables à ce cas, et, par suite, aux diverses hypothèses prévues par l'article 1348. Une semblable interprétation nous paraît outrée. En effet, à s'en tenir au texte même de l'article 1346, on voit qu'il contient lui-même la définition de ce qu'il entend par une demande non entièrement justifiée par écrit. C'est celle dont il n'y a point de preuve par écrit, suivant ses propres expressions; ou, suivant celles de l'article 1345, dont il n'y a point de titre par écrit. Or, ne peut-on pas dire également de ce dernier article qu'il exclut les exceptions prévues par les articles 1347 et 1348, puisqu'il exige un titre par écrit, c'est-à-dire une preuve littérale complète? Nous avons vu, cependant, qu'il fallait en écarter l'application dans ces cas exceptionnels. Si ce point est incontestable, il nous semble qu'on ne peut donner un sens différent au texte de l'article 1346.

Nous ajoutons que les articles 1347 et 1348 énoncent en termes généraux et sans distinction, des exceptions aux règles ci-dessus. On est ainsi amené, dans l'opinion que nous combattons, à prétendre qu'il y a exception aux règles ci-dessus, moins l'article 1346. N'est-ce pas, nous le demandons, faire violence au texte de la loi (1)?

20. Toujours en considérant ses dispositions comme absolument indépendantes, et même comme exceptionnelles, on a prétendu qu'elles s'appliquent même aux droits qui, procédant de diverses personnes, se trouvent réunis dans les mains du demandeur, au moment où il a formé sa demande, et que la partie est tenue de former toutes ses demandes par le même exploit, sous peine de voir ensuite les autres rejetées (2).

Nous pensons, au contraire, que l'exception portée en l'article 1345 domine virtuellement l'article 1346, à cause de la corrélation que nous avons déjà établie entre leurs dispositions.

(1) *Contrà*, MARCADÉ, art. 1347, n° 6.
(2) DURANTON, BONNIER, Annotateurs de Zachariæ, *ibid.*

Quant à ces expressions de l'article 1346, à quelque titre que ce soit, elles ne nous semblent pas avoir le sens exagéré qu'on leur attribue. Elles ne signifient pas que toutes les demandes doivent être formées par le même exploit, alors même que les droits procèdent de personnes différentes, mais seulement encore que la partie allègue que les créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps. Cette interprétation nous paraît de beaucoup préférable, parce qu'elle a le double avantage d'établir une plus parfaite unité dans les dispositions de la loi, et de donner une satisfaction plus complète aux principes d'équité.

21. On s'est encore demandé si les articles 1345 et 1346 s'appliquaient aux droits et aux obligations non exigibles ou non échus, parce qu'il existe une condition ou un terme. Les auteurs (1) se sont en général prononcés pour la négative. Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous décider dans un sens contraire.

L'unique raison sur laquelle se fondent nos adversaires consiste en ceci : Le demandeur peut agir pour ses créances exigibles et échues, sans être forcé d'attendre l'exigibilité ou l'échéance des autres ; et, quant à ces dernières, il ne peut les comprendre dans sa demande, puisqu'il n'a pas encore d'action ouverte. Ce raisonnement, séduisant au premier abord par sa simplicité même, n'est que spécieux.

Il faut bien le redire : Pourquoi le législateur exige-t-il, d'une part, que toutes les demandes non justifiées par écrit soient formées en même temps, et d'autre part, que la preuve testimoniale soit rejetée, si, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs? C'est que le créancier, pouvant se procurer une preuve écrite, est tenu de le faire, aussitôt que, par la consommation d'un nouvel acte, il devient

(1) DURANTON, t. 13, n° 327. — TOULLIER, t. 9, n° 50. — BONNIER, n° 105. — FAVARD, Rép., v° *Preuve*, § 1, n° 14. — MARCADÉ, art. 1346, n° 3. — BONCENNE, t. 4, p. 165.

créancier de choses qui, réunies ensemble, dépassent cette somme. Or, cette obligation de prendre une preuve littérale est la même pour les créances non encore exigibles que pour celles qui sont échues ; et si on ne retire pas une preuve de cette espèce, on contrevient, pour les unes comme pour les autres, aux prescriptions de la loi. N'est-il pas évident que l'exigibilité prétendue d'une ou de plusieurs créances, pourra servir de prétexte au demandeur pour se soustraire aux prohibitions du Code, et que, s'il lui suffit d'alléguer, pour expliquer la disjonction de ses demandes, que telle ou telle créance n'était pas encore échue lorsqu'il a introduit sa première action, il sera fait constamment dans la pratique des fraudes à la loi? Aussi est-il indifférent, lorsque toutes les demandes sont formées simultanément, que les créances sur lesquelles elles se fondent soient devenues exigibles le même jour ou à des époques différentes. Si cette diversité dans l'exigibilité des créances n'est d'aucune considération, il doit en être pareillement de l'inexigibilité elle-même, puisque, autrement, il suffirait au créancier de hâter le moment de ses premières poursuites, pour échapper à l'exclusion de la preuve testimoniale.

Mais quand nous disons que les articles 1345 et 1346 s'appliquent, sans distinction, aux droits et créances exigibles ou non exigibles, nous entendons, néanmoins, concilier l'application de ces articles avec l'observation des principes concernant les obligations dues à termes ou sous condition.

Ainsi, le demandeur ne sera pas forcé d'attendre l'exigibilité des autres créances pour agir en payement des créances échues ; il ne pourra pas non plus agir pour ce qui n'est pas exigible avant l'échéance du terme ou l'événement de la condition. Mais il devra, en formant sa demande pour les créances échues, indiquer celles qu'il se réserve de réclamer après leur échéance ou exigibilité. Le juge devra, dès lors, réunir les créances réservées à celles actuellement demandées, comme si elles avaient été formées dans la même instance, afin d'examiner, d'après leur montant réuni, si elles excèdent ou non

la somme de cent cinquante francs, et si, en conséquence, la preuve testimoniale est ou non inadmissible (1). Que si le demandeur ne fait pas cette réunion fictive de ses diverses créances, ses autres demandes qui seront ultérieurement faites, sans preuve par écrit, devront être rejetées. Ainsi se concilie l'application de l'article 1346 avec les principes relatifs aux obligations à terme ou sous condition.

22. Nous avons vu plus haut (2) que l'article 1345 est applicable même au cas où les demandes sont de nature à être portées devant des tribunaux différents. L'article 1346 devra donc également recevoir son application dans cette hypothèse. Le demandeur sera, en conséquence, tenu de réunir fictivement toutes ses demandes devant chacune des juridictions qui peuvent en être saisies, afin de mettre le juge à même de vérifier l'admissibilité de la preuve testimoniale. Faute par lui de le faire, ses autres demandes devront être plus tard rejetées, quelque soit le tribunal devant lequel elles auront été portées. Les développements dans lesquels nous sommes déjà entré nous dispensent d'insister.

23. Les articles 1345 et 1346 sont, au surplus, inapplicables aux droits et créances provenant de causes postérieures à la première action du demandeur. On ne saurait lui faire encourir aucune sorte de déchéance, puisqu'il ne lui a pas été possible de les comprendre dans sa première demande. Quelque intérêt qu'il ait eu à se procurer une preuve écrite contre un adversaire qui l'a mis dans la nécessité de le poursuivre en justice, cette raison de fait ne suffit point en droit pour faire rejeter sa demande, comme n'étant susceptible de justification qu'au moyen de la preuve testimoniale. La question doit donc être décidée, abstraction faite des premières demandes (3).

(1) AUBRY et RAU, sur Zachariæ, t. 5, p. 715 et 716, 1re édit., et t. 8, p. 316, 4e édit.

(2) *Suprà*, n° 10.

(3) DURANTON, t. 13, n° 327. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 716, 1re édit., et t. 8, p. 317, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1346, n° 2. — *Contrà*, DELVINCOURT, t. 2, p. 834.

Mais si, contrairement aux allégations du demandeur, l'enquête ordonnée venait à établir que les droits et créances qui font le sujet de la dernière demande n'ont pas de causes postérieures à l'exercice de la première réclamation, les juges devraient, sans avoir autrement égard aux déclarations des témoins, rejeter purement et simplement la demande, si, réunie aux chefs de la première action, elle dépasse la somme de cent cinquante francs.

ARTICLE 1347.

Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. — 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.

Sommaire.

1. Les prohibitions de la preuve testimoniale sont d'ordre public.
2. Suites, conséquences. Vainement le défendeur consent à la preuve testimoniale,
3. A moins que les termes de son consentement ne forment un commencement de preuve.
4. Exception de l'article 1347.
5. Définition du commencement de preuve par écrit.
6. De qui doit émaner l'écrit?
7. Suite.
8. De l'écrit émané de tiers et autres qui ne représentent pas la personne,
9. Ou même de l'une des parties en cause, à l'égard des autres.
10. *Quid,* lorsqu'il s'agit d'habiliter un incapable?
11. En un mot, l'écrit doit être personnel. Exception des articles 1335 et 1336.
12. Peu importe que celui de qui il émane l'ait rédigé pour son compte ou pour celui d'un tiers.
13. Conditions matérielles constituant un écrit, à l'égard de celui à qui on l'oppose.
14. Suite. Ecriture. Signature.

15. Paraphe. Chiffres.
16. Peu importe le but ou la nature de l'écrit.
17. Des écrits publics.
18. Suite.
19. Suite. *Quid,* s'il n'est signé que de quelques-unes des parties?
20. Suite, en cas d'obligation conjointe ou solidaire.
21. Ecrits ayant un caractère judiciaire.
22. Peu importe que ces écrits soient signés ou non,
23. Qu'ils soient intervenus dans une autre instance entre d'autres parties.
24. *Quid,* du titre prescrit?
25. L'article 1347 ne déroge pas à la façon dont les écrits privés ou publics font foi.
26. Des écrits judiciaires périmés.
27. De la vraisemblance. Son appréciation gît en fait.
28. En quoi elle consiste.
29. Distinction entre les écrits sous le rapport de la vraisemblance.
30. Exemples divers.
31. Autres exemples.
32. Refus de répondre. Explications évasives, obscures, contradictoires.
33. L'écriture est de l'essence de certains actes. Pour d'autres, elle n'est qu'une condition de la preuve. Exceptions à l'article 1347. Principe général.
34. Louage. L'article 1715 ne s'applique qu'aux baux de maisons et de biens ruraux.
35. La preuve testimoniale est rejetée pour ces baux. Fixation du prix.
36. De la durée et autres conditions du bail. Distinction.
37. De l'exécution alléguée du bail, mais contestée. Action subsidiaire.
38. Peu importe qu'il existe un commencement de preuve par écrit.
39. Le défendeur ne peut être interrogé sur faits et articles.
40. Sociétés commerciales.
41. Transaction et compromis. Questions diverses.
42. Nantissement civil.
43. Intérêt conventionnel. Stipulation. Taux.

COMMENTAIRE.

1. Avant de passer aux exceptions énoncées dans les articles 1347 et 1348, nous devons examiner une question qui

les domine toutes. C'est celle de savoir si les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public, en sorte que les juges ne puissent l'admettre quoique la partie contre laquelle elle est proposée y consente formellement.

Ce point, on l'a déjà prévu, est controversé aujourd'hui comme sous nos anciennes ordonnances. Les autorités semblent se balancer de part et d'autre. Mais l'opinion qui nous paraît la plus fondée, est que les prohibitions de la loi en cette matière sont d'ordre public; que le juge doit d'office rejeter la preuve testimoniale invoquée, soit que la partie adverse garde le silence, ou que même elle consente expressément à son admission (1).

Si l'on consulte, en effet, les motifs sur lesquels la loi est fondée, on reconnaîtra sans peine que la preuve testimoniale a été déclarée inadmissible par des considérations d'ordre public et d'utilité générale. Bien que ces raisons, lorsqu'on les applique à chaque cause, affectent un caractère particulier, néanmoins, elles ne touchent pas à un intérêt seulement privé, et ne laissent pas de concerner les intérêts les plus élevés de la société, tels que ceux de la vérité, de la justice, de la morale publique et de la paix des familles.

Aussi, lorsqu'elle prohibe la preuve testimoniale, la loi ne se borne-t-elle pas à dire que la partie contre laquelle elle est invoquée pourra s'opposer à son admission. C'est au juge lui-même qu'elle s'adresse. L'ordonnance de Moulins dit : « sans

(1) JOUSSE, RODIER, BORNIER, sur l'Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. — DANTY, sur Boiceau, ch. 1, addit., nos 7 et suiv. — TOULLIER, t. 9, nos 36 et suiv. — MERLIN, Rép., vo *Preuve,* sect. 2, § 3, nos 28 et suiv. — BONCENNE, t. 4, p. 223 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 695, 1re édit., et t. 8, p. 295, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1348, no 8. — Caen, 30 avril 1860. SIREY, 61, 2, 93. — *Contrà,* DUPARC-POULLAIN, *Principes du droit,* t. 9, nos 40 et 41. — FAVARD, Rép., vo *Enquête,* sect 1, § 1, no 3. — THOMINE-DESMAZURES, *Procédure civile,* t. 1, no 295. — CARRÉ, *Procédure, Quest.,* 976. — BONNIER, no 115. — DURANTON, t. 13, nos 328 et 329. — Bourges, 16 déc. 1826. SIREY, 27, 2, 120. — Rennes, 25 fév. 1841. SIREY, 41, 2, 427.

recevoir aucune preuve par témoins »; l'ordonnnance de 1667 : « ne sera reçu aucune preuve par témoins »; l'article 1341 : « il n'est reçu aucune preuve par témoins ». Enfin, le Code de procédure veut que les faits articulés soient admissibles. Cette injonction, adressée au juge personnellement, de ne pas recevoir la preuve testimoniale dans les cas où ce genre de preuve est prohibé, est donc indépendante de tout consentement et adhésion donnés par la partie adverse. Le demandeur et le défendeur ne peuvent, au moyen d'un accord privé, obliger le juge de se mettre au-dessus des prohihibitions de la loi, dont il est chargé, au contraire, d'assurer, dans un intérêt public, l'entière et complète exécution.

Nous devons même signaler, sur ce point, une inconséquence de quelques-uns des auteurs dont nous combattons l'opinion. La partie contre laquelle la preuve testimoniale est invoquée garde-t-elle le silence, se borne-t-elle à ne point s'opposer expressément à son admission? Ils reconnaissent que c'est un droit et même un devoir du juge de rejeter d'office la preuve offerte. Mais si elle déclare consentir à ce qu'elle soit admise, le juge a, suivant eux, la faculté, en donnant acte de ce consentement, d'ordonner une enquête, et, sans doute aussi, de se décider, d'ores et déjà, sur de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Cette distinction nous paraît ne reposer sur aucune espèce de fondement. Elle ramène, malgré eux, ceux qui la proposent à reconnaître que les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimoniale, sont d'ordre public. Car, comment le juge pourrait-il rejeter d'office la preuve par témoins, quand le défendeur ne s'y oppose pas, et suppléer ainsi une exception qui n'est pas proposée, si la matière n'appartient à l'ordre public? Il faut donc écarter toute distinction, et reconnaître, sous peine d'inconséquence, que le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où la loi la déclare inadmissible, soit que la partie ne s'oppose pas ou qu'elle consente formellement à son admission; ou bien, au contraire, qu'il a la faculté de l'admettre dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

Peut-être pourrait-on soutenir que le consentement donné par le défendeur à l'admission de la preuve testimoniale, hors des cas prévus par la loi, forme un contrat judiciaire, par lequel les parties, d'ailleurs capables de contracter, s'en remettent volontairement au jugement des témoins, et prennent les juges pour arbitres, amiables compositeurs, en les dispensant des formes de droit. Quand bien même il serait accordé que telle a été la pensée commune des parties, la solution de notre question n'en serait pas pour cela plus avancée. Car il resterait toujours à démontrer comment les juges eux-mêmes sont liés par ce prétendu contrat judicaire. Que les parties capables de transiger et de compromettre remettent la décision de leur contestation à des arbitres auxquels elles confèrent, à cet effet, les pouvoirs les plus étendus; que ces arbitres, amiables compositeurs, dispensés des formes de droit, admettent la preuve testimoniale, dans des cas où ce genre de preuve ne serait pas admissible, suivant la rigueur du droit, on le comprend sans peine. Car telles sont les conséquences du compromis qui lie les parties entre elles et fonde les pouvoirs des arbitres. Mais la condition des juges ordinaires est essentiellement différente. Leur juridiction est imposée et non volontaire; elle émane de la loi, et non d'un contrat privé; leurs pouvoirs ont une indépendance absolue, sans aucun caractère de précarité, et, dans la haute sphère où les place leur origine, ils ne sauraient être atteints ni gênés par les conventions particulières des plaideurs. Revient donc constamment la question de savoir si les prohibitions de la loi, concernant la preuve testimomiale, sont ou non d'ordre public. Or l'inexactitude même de cette assimilation que l'on prétendrait vainement établir entre les juges ordinaires et les arbitres, vient confirmer la solution à laquelle nous avons cru devoir nous arrêter.

2. Du principe que les dispositions qui prohibent la preuve testimoniale sont d'ordre public, il suit, d'abord quant au juge,

qu'il doit la rejeter d'office, soit que la partie ne s'oppose pas ou qu'elle consente expressément à son admission; qu'il doit même, s'il l'a ordonnée, n'avoir aucun égard aux enquêtes, lors du jugement définitif, du moment qu'il reconnaît qu'elles ont eu lieu illégalement;

Quant à la partie, qu'elle est encore en droit de faire appel ou de se pourvoir en cassation du jugement interlocutoire; qu'elle peut enfin appeler du jugement définitif, rendu en conséquence du jugement interlocutoire, et sé prévaloir alors de la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge. Dans ce cas, bien différent de celui où la preuve par témoins n'est pas prohibée en soi, il ne saurait résulter aucune fin de non recevoir contre une loi d'ordre public, ni du fait du juge, ni de la renonciation anticipée de la partie.

On comprend sans peine que les auteurs qui donnent un autre caractère à la prohibition de la preuve testimoniale, repoussent ces diverses conséquences. Mais il paraîtra sans doute étrange que, parmi ceux qui la considèrent comme d'ordre public, il y en ait qui ne les admettent point complètement. Ainsi, sous l'ordonnance de 1667, Jousse pensait que si la partie qui a intérêt d'empêcher la preuve, avait consenti, en termes exprès, à cette preuve par témoins, quoiqu'au-dessus de cent livres (aujourd'hui cent cinquante francs), cette partie ne serait plus ensuite recevable à interjeter appel. N'est-ce pas une inconséquence dans l'opinion de cet estimable commentateur. Car il est difficile d'admettre comment un consentement formel qui ne lie point le juge obligerait cependant la partie. Nous disons donc que le caractère des prohibitions de la loi, en cette matière, doit être tout un ou tout autre, d'ordre public ou seulement d'intérêt privé, et que, l'un ou l'autre de ces principes étant admis, il faut avoir, si ce mot est possible, le courage de ses conséquences.

Que l'on veuille bien remarquer que nous n'autorisons l'appel ou le pourvoi que dans le cas où la preuve testimoniale est en soi prohibée. Ni l'appel ni le pourvoi ne seraient recevables

de la part de la partie qui aurait acquiescé au jugement interlocutoire, en l'exécutant sans protestations ni réserves, alors que ce jugement a été rendu sur les explications fournies par les parties, explications qu'il a considérées comme établissant un commencement de preuve écrite. C'est qu'alors l'exécution volontaire, jointe aux motifs mêmes de l'interlocutoire qu'elle vient confirmer, ne lui permet pas de soutenir que l'enquête a été illégalement ordonnée (1).

Du reste, quelque soit le mal jugé, comme après tout le jugement une fois rendu ne statue que sur des intérêts privés, il est, comme tout autre, susceptible d'acquiescement exprès ou tacite.

3. Nous terminerons, sur ce point, par une dernière observation. Quelquefois, les termes dans lesquels le défendeur déclarera consentir à l'admission de la preuve testimoniale, surtout lorsque ce consentement aura été donné après explications fournies à l'audience, pourront fournir un commencement de preuve écrite qui rende vraisemblable le fait allégué. Telle paraît être l'hypothèse dans laquelle la Cour de Bordeaux a rendu un arrêt le 16 janvier 1846 (2). Mais alors remarquons de nouveau que la preuve testimoniale a été régulièrement admise, non pas en conséquence du consentement donné par le défendeur, mais en vertu d'un commencement de preuve par écrit.

4. Nous sommes ainsi amené à traiter de la première exception consacrée par l'article 1347. « Les règles ci-dessus, dit-il, reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit » ; c'est-à-dire que les prohibitions de recevoir la preuve testimoniale, édictées par les articles 1341 et suivants, y compris même l'article 1346, cessent lorsqu'il existe un commencement de preuve écrite, soit qu'il s'agisse d'éta-

(1) Cass., 21 mars 1843. SIREY, 43, 1, 403.
(2) SIREY, 46, 2, 209.

blir par témoins l'existence d'un fait juridique dont l'intérêt est supérieur à la somme de cent cinquante francs, ou qu'il s'agisse d'administrer une preuve du même genre contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis ces actes, quelle que soit la somme ou valeur que le débat mette en question.

A ce premier point de vue, l'exception est aussi générale que la règle elle-même (1). Nous verrons, cependant, qu'il existe certains actes particuliers qui doivent essentiellement être prouvés par écrit, sans que, en aucun cas, la preuve testimoniale de leur existence puisse être admise, même avec le concours et l'appui d'un commencement de preuve écrite.

Cette exception de l'article 1347 est aussi ancienne que la prohibition, et, si l'ordonnance de Moulins ne l'avait point expressément admise, néanmoins, elle avait passé comme principe incontestable dans la jurisprudence et dans la doctrine. Aussi, l'ordonnance de 1667, titre 20, article 3, l'a-t-elle formellement consacrée.

5. Notre article est allé plus loin : il donne la définition de ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit. « On appelle ainsi, dit-il, 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. » Cette manière de définir est elle-même une véritable disposition; car elle indique les conditions essentielles de tout commencement de preuve par écrit. Le silence de nos anciennes ordonnances sur ce point avait autorisé un très grand relâchement de la part de la doctrine et de la jurisprudence. De pareils abus d'interprétation ne sont plus possibles maintenant.

Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, on conçoit que la preuve testimoniale cesse de présenter les mêmes dangers d'erreur, d'incertitude, de mensonge et de mauvaise

(1) Cass., 18 août 1873. SIREY, 74, 1, 213.

foi. Elle n'est plus alors invoquée que comme complément de présomptions qui existent déjà, et à l'appui de la vraisemblance qui approche de la vérité même. On peut même dire que souvent le concours de la preuve testimoniale et de la preuve écrite, qui se complètent en même temps qu'elles se contrôlent, offre au juge plus de garanties de vérité et de justice qu'un seul titre écrit qui, par lui-même, ferait preuve entière.

Il existe sur cette matière une très nombreuse jurisprudence. Notre devoir est surtout d'y rechercher les principes généraux, plutôt que de citer des arrêts qui se rencontrent presque à chaque page dans les différents recueils. Les décisions judiciaires, ont, d'ailleurs, ici une importance d'autant moins considérable, qu'il se mêle toujours au point de droit une question de fait et de circonstances.

Il résulte, en effet, de la définition même du commencement de preuve par écrit, qu'il n'existe que moyennant le concours d'une double condition. Il faut 1° qu'il existe un écrit; 2° que cet écrit rende vraisemblable le fait allégué

6. Mais cet écrit lui-même doit remplir certaines conditions spéciales, indépendamment des présomptions plus ou moins graves qu'il peut fournir sur l'existence du fait qu'il s'agit de prouver. Il doit émaner de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente (1347), ou bien enfin, par identité de raisons, de celui par lequel il a été représenté.

Ainsi, l'écrit émané d'un tiers ne saurait valoir comme commencement de preuve écrite. Il ne constitue, en effet, qu'une déclaration de témoin, et ne vaut que comme preuve testimoniale. L'article 1347 à fait cesser sur ce point le doute qui avait pu exister sous l'empire de nos anciennes ordonnances, qui ne définissaient point le commencement de preuve par écrit.

A plus forte raison, les écrits émanés de ceux qui les opposent ne peuvent-ils faire en leur faveur un commencement de

preuve écrite. Il n'y a même pas à faire aujourd'hui, ainsi que nous l'avons établi sous l'article 1329 (1), de distinction à l'égard des livres et registres des commerçants, bien qu'ils autorisent le juge à déférer au commerçant qui les produit le serment supplétif, et quelle qu'ait été sous nos anciennes ordonnances l'opinion contraire des auteurs (2).

Aujourd'hui, d'après l'article 1330, les livres des marchands font preuve contre eux, et, à plus forte raison, un commencement de preuve par écrit. Ils rentrent ainsi dans la règle générale.

7. Un écrit est censé émané de la personne à laquelle on l'oppose, lorsqu'il émane de son auteur ou de son mandataire (3).

Les écrits émanés d'une personne peuvent donc être opposés à ses héritiers, successeurs et ayants-cause, comme formant à leur égard un commencement de preuve par écrit. Tels sont les écrits émanés du vendeur à l'égard de son acquéreur; du donateur à l'égard du donataire; du débiteur à l'égard de ses créanciers, qui exercent ses droits et actions conformément à l'article 1166; enfin, de tout mandataire ou administrateur à l'égard du mandant ou administré, en ce qui concerne les actes qui rentraient dans les pouvoirs de son mandat ou de son administration.

Par application de ce principe, on doit reconnaître que les écrits émanés du tuteur ou du mari forment un commencement de preuve par écrit à l'égard du pupille ou de la femme;

Qu'il en est de même des livres et registres d'un banquier

(1) N° 16.

(2) DUMOULIN, *Comment. in Cod.*, liv. 4, tit. 1. — DANTY, sur Boiceau, p. 2, ch. 8. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 3. — POTHIER, *Oblig.*, n° 772.

(3) TOULLIER, t. 9, n° 67. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 332, 4e édit. — Riom, 10 juin 1817. SIREY, 18, 2, 135. — Cass., 23 nov. 1869. SIREY, 70, 1, 59.

ou d'un notaire, qui a agi en qualité de mandataire, à l'égard du mandant (1);

Et, du moins jusqu'à désaveu, des déclarations contenues dans une requête signifiée par acte d'avoué à avoué, quoiqu'elle n'ait pas été signée de la partie au nom de laquelle elle a été signifiée et à qui on l'oppose (2);

De même enfin des énonciations concernant l'existence d'un acte, et insérées dans les qualités d'un jugement (3).

8. Mais lorsque la personne à qui on oppose l'écrit ne représente à aucun titre celle de qui cet écrit émane, et qu'elle n'a pas été non plus représentée par elle, on ne saurait y voir un commencement de preuve écrite qui lui soit légalement opposable. Il importe même peu qu'elle ait eu un intérêt quelconque à participer à la consommation de l'acte dont l'écrit invoqué rend l'existence vraisemblable, à l'égard de ceux qui sont prétendus l'avoir accompli.

Tels sont les écrits émanés du simple *negotiorum gestor*, si le maître ou propriétaire n'a donné aux actes de sa gestion aucune ratification expresse ni tacite;

Ceux émanés du mari, à l'égard de sa femme séparée de biens, pour laquelle il agit sans mandat et simplement comme *negotiorum gestor* (4);

De la veuve qui reconnaît une dette de la communauté, à l'égard des héritiers de son mari (5);

D'un copropriétaire ou cohéritier indivis, à l'égard de son consort qui n'a donné ni mandat ni ratification (6).

(1) Toulouse, 25 nov. 1831. SIREY, 34, 2, 524. — Cass., 10 août 1840. SIREY, 40, 1, 875.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 126. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 337, 4e édit. — Bordeaux, 18 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 261. — Paris, 14 juin 1843. SIREY, 43, 2, 336.

(3) Cass., 7 juill. 1840. SIREY, 40, 1, 777.

(4) Cass., 8 déc. 1834. SIREY, 35, 1, 444.

(5) POTHIER, *Oblig.*, n° 773. — DURANTON, t. 13, n° 351.

(6) ZACHARIÆ, t. 5, p. 735, 1re édit., et t. 8, p. 338, 4e édit. — Cass., 30 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 139. — 17 nov. 1858. SIREY, 59, 1, 905. — Caen, 19 juin 1866. SIREY, 67, 2, 49.

9. L'écrit doit tellement avoir un caractère personnel à celui à qui on l'oppose, qu'il n'est pas permis de puiser un commencement de preuve par écrit, envers les autres parties qui figurent dans la contestation, dans l'interrogatoire subi en justice par une autre partie en cause, et, dans ses réponses consignées par écrit, quelque vraisemblance qu'ils donnent, d'ailleurs, au fait allégué (1).

Et, de là, nous concluons que les juges ne peuvent ordonner la mise en cause ou la comparution personnelle à l'audience de tiers qui ne figurent point dans le procès, et ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins. Une semblable mesure est d'abord inutile, puisque les déclarations de ces tiers étrangers ne peuvent fournir aucun commencement de preuve par écrit envers les parties véritables au procès. Elle est ensuite illégale, puisque ce serait un moyen facile d'éluder la loi, qui prohibe la preuve testimoniale ou entoure son administration de précautions et de garanties particulières. Nous ajoutons même que, s'agissant d'une matière qui touche à l'ordre public, les parties y donneraient en vain leur consentement d'une manière formelle et positive (2).

10. Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement de conditions et de formalités particulières, exigées pour habiliter un incapable, tel qu'un mineur, une femme mariée, l'écrit duquel on prétend induire un commencement de preuve, touchant l'accomplissement de ces conditions et formalités, doit émaner de la personne dont l'autorisation et le concours étaient nécessaires. Les écrits émanés de l'incapable seul seraient insuffisants. Outre que son incapacité personnelle infirme ses déclarations il n'y a aucun lien de connexité entre l'existence prouvée de son engagement et l'accomplissement des conditions et formalités moyennant lesquelles seules il a pu valablement s'engager.

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — Paris, 20 nov. 1836. SIREY, 37, 2, 34.

(2) Bordeaux, 24 janv. 1849. SIREY, 49, 2, 437. — *Contrà*, Caen, 27 mars 1847. SIREY, 48, 2, 191.

11. Telle est donc la première condition exigée pour qu'un écrit puisse valoir comme commencement de preuve écrite. Il doit être personnel à celui à qui on l'oppose, soit qu'il émane de lui personnellement; ou de ceux qu'il représente comme héritier, successeur ou ayant-cause; ou de ceux qui l'ont représenté, comme mandataire ou administrateur. Si ce caractère de personnalité vient à manquer, il n'y a plus qu'un écrit émané d'un tiers; et, comme il n'a d'autre valeur qu'un simple témoignage, il ne peut être opposé à la partie pas plus que la preuve testimoniale.

Que si, en dehors des termes précis de l'article 1347, les articles 1335 et 1336 disposent que, dans certains cas, les copies et transcriptions d'actes publics peuvent servir de commencement de preuve par écrit, ce n'est là qu'une exception qui confirme la règle, et qui, à ce titre, ne doit, sous aucun prétexte d'analogie, être étendue à des cas différents. Il convient donc de revenir constamment à la règle générale posée par l'article 1347, qui seul contient, en principe absolu, la définition du commencement de preuve par écrit.

C'est en se plaçant à un point de vue opposé et en prenant l'exception pour la règle, que M. Toullier (1) est arrivé à prétendre qu'il y avait certains actes, autres que ceux formellement prévus par les articles 1335 et 1336, capables néanmoins de produire un commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent point de la partie à laquelle on les oppose. Une pareille conséquence est en opposition trop directe avec le texte de l'article 1347 pour qu'il soit nécessaire d'insister sur la réfutation de ce système.

12. On a prétendu que l'écrit, pour être personnel à celui contre lequel on l'invoque, devait contenir des dispositions ou déclarations qui lui fussent propres, ou qu'il se fût du moins appropriés; que, conséquemment, on ne pouvait les opposer

(1) T. 9, nos 68 et suiv.

comme contenant un commencement de preuve par écrit à la personne qui n'avait fait que rédiger l'acte pour le compte des parties contractantes, par exemple, à un notaire (1).

Mais cette opinion nous paraît en contradiction avec la généralité des termes de l'article 1347. Rien n'oblige d'ailleurs un notaire, pas plus qu'un simple particulier, de rédiger un acte contenant des énonciations ou dispositions qui supposent, à son préjudice, l'existence d'une obligation ou l'extinction d'un droit. Comme la rédaction en est parfaitement volontaire de leur part, l'écrit est réellement émané d'eux ; et il ne reste plus qu'à apprécier le degré de vraisemblance qui en résulte, touchant l'existence du fait allégué (2).

13. Mais cette première condition de la personnalité de l'écrit en présuppose elle-même une autre qui est essentiellement fondamentale. Elle touche à l'écriture même, à son existence comme œuvre personnelle de celui à qui on l'oppose. On ne peut dire, en effet, qu'un écrit émane d'une personne, de son auteur ou représentant, si, comme corps d'écriture ou de signature, il n'est l'ouvrage propre de celui auquel on l'oppose, ou de celui qu'il représente ou par lequel il a été représenté. Cette condition est donc en quelque sorte matérielle, en tant du moins qu'il s'agit d'écrit privé et de son existence comme pièce écrite.

Ainsi, l'écrit qui n'est ni écrit ni signé par celui contre lequel on s'en prévaut, n'établit contre lui aucun commencement de preuve écrite, alors même qu'il est allégué qu'il y a apposé, en forme de signature, sa marque ou sa croix (3).

De même, une simple note trouvée dans les papiers du

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 729, 1re édit. — Bordeaux, 14 fév. 1832. SIREY, 32, 2, 292.

(2) Cass., 4 avril 1838. SIREY, 38, 1, 732. Voy. aussi ZACHARIÆ, t. 8, p. 332, 4e édit.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 644, 730, 1re édit., et t. 8, p. 220 et 333, 4e édit.

créancier, mais non écrite ni signée par lui, ne fait pas preuve du payement qu'elle énonce, et ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit de la libération du débiteur (1).

Réciproquement, le créancier ne peut se prévaloir de quittances trouvées parmi les papiers du débiteur, pour prétendre que la prescription de sa créance a été interrompue par les payements effectués, comme contenant reconnaissance de la part de l'obligé. Il ne résulte point, en effet, de ce que ces quittances ont été trouvées parmi les papiers du débiteur, que ce dernier ait entendu reconnaître comme sincères et exactes les énonciations de payement qu'elles contiennent, s'il n'existe d'ailleurs aucune annotation ou autre écrit quelconque émané de lui, qui témoigne de sa volonté de se les approprier (2); ou bien à moins qu'il ne les ait produites en justice, et ne les ait invoquées lui-même, reconnaissant ainsi la sincérité des payements qu'elles énoncent (3).

14. Mais il suffit de la signature, quoique le corps d'écriture soit de la main d'un tiers; ou du corps d'écriture, quoiqu'il ne soit pas signé, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit contre celui de qui émane la signature ou l'écriture (4).

Ainsi, le corps d'écriture émané du tiers que l'on prétend avoir abusé d'un blanc-seing, peut établir un commencement de preuve par écrit de cet abus de blanc-seing. Il en existe, dans la différence et la disposition des écriture et signature, une sorte d'indice matériel (5).

(1) Cass., 9 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 704. — Voy. encore art. 1331, n° 9.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 730, 1re édit., et t. 8, p. 333, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 99.

(3) DANTY, sur Boiceau, ch. 14, n° 17. — TOULLIER, t. 9, n° 98.

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 771. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 731, 1re édit., et t. 8, p. 334, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, nos 128 et suiv. — DURANTON, t. 13, n° 350. — Cass., 3 déc. 1818. SIREY, 19, 1, 160.

(5) Riom, 30 mars 1844. SIREY, 44, 2, 321.

La Cour de Paris (1) est même allée plus loin. Elle a décidé que l'on pouvait voir un commencement de preuve par écrit dans le cas où la partie, ayant apposé son paraphe au bas d'une première page, et commencé sa signature au bas de l'acte, n'avait pu en tracer que la première lettre, à cause de la mort qui l'avait subitement frappée. Cette décision est sans doute parfaitement fondée. Mais si, en droit, elle est incontestable, il n'en est pas moins vrai, en fait, qu'il y aurait un péril extrême à ne pas tenir compte, dans des cas aussi extraordinaires, des circonstances particulières de chaque cause. Ce n'est plus, dès lors, qu'une question de vraisemblance qui laisse intact le point de droit.

15. Mais le paraphe seul, sans aucun des caractères ordinaires de l'alphabet, ne constitue point un écrit capable d'établir un commencement de preuve littérale.

N'ont pas plus de valeur les chiffres et opérations de calculs, sans mélange d'aucune écriture qui en détermine le sens et en indique l'intention. Ce n'est pas seulement à cause du degré insuffisant de vraisemblance qu'un simple paraphe ou des chiffres sont habituellement appelés à produire ; mais c'est aussi surtout parce que, en droit, ils ne peuvent être considérés comme formant un écrit, dans le sens où la loi, d'accord avec le langage ordinaire, emploie cette expression.

16. Peu importe, au surplus, le but dans lequel l'écrit ait été rédigé. Il est indifférent qu'il l'ait été en vue précisément de constater le fait allégué, ou tout autre fait qui ne forme le sujet d'aucune contestation. Il n'y a pas non plus à distinguer entre ce qui n'est mentionné qu'en termes énonciatifs et ce qui est constaté comme convention ou disposition formelle. Peu importe même que les simples énonciations aient un rapport direct avec la disposition, ou qu'elles lui soient étrangères. Si, dans le premier cas, elles font foi, dans le second elles

(1) 27 mars 1841. SIREY, 42, 2, 10.

peuvent, néanmoins, servir de commencement de preuve (1320).

Il n'y a enfin aucune distinction à faire entre la nature et l'espèce des écrits privés. Les registres et papiers domestiques; les livres de commerce; les lettres missives de nature à être représentées en justice; les écritures mises au dos, à la suite ou en marge d'un titre (1); les simples notes écrites sur feuilles volantes; les actes instrumentaires insuffisants pour produire une preuve complète, peuvent, tout aussi bien que les énonciations contenues dans des actes plus réguliers, constituer un commencement de preuve par écrit contre celui de qui ils émanent.

Un testament olographe, nul à ce titre, a pu, conséquemment, être très légalement considéré comme produisant un commencement de preuve d'un dépôt fait entre les mains du testateur (2).

17. Mais les écrits privés ne sont pas les seuls qui fournissent un commencement de preuve littérale. Il peut également résulter des actes authentiques un commencement de preuve de cette nature. Pris au pied de la lettre, le mot, émanée, semblerait signifier que l'article 1347 exige que l'écrit soit de la main même, *e manu*, de celui auquel on l'oppose. Mais cette expression ne doit pas être prise dans une acception aussi rigoureusement littérale. Un écrit ne laisse pas d'être censé émané d'une personne, bien qu'il ne soit pas de sa main, lorsque, de son consentement, avec sa participation, sur ses propres déclarations, sur sa demande personnelle, ou sur la poursuite de son adversaire, ou même sur la provocation du juge ou autre fonctionnaire compétent, il a été rédigé par un officier public ayant le droit d'instrumenter, et avec les solennités requises (3).

(1) Cass., 7 déc. 1836. DALLOZ, 37, 1, 83.
(2) Pau, 13 juill. 1822. SIREY, 22, 2, 337.
(3) Cass., 16 mars 1881. SIREY, 81, 1, 311.

Quelque soit le but dans lequel il a été dressé, quelles que soient les parties entre lesquelles il est intervenu, quelles que soient sa forme et sa nature, il n'en produit pas moins un commencement de preuve par écrit, même quant aux énonciations étrangères à la disposition principale qu'il avait pour objet d'établir et de constater.

Peu importe même qu'il soit ou non signé de la partie à qui on l'oppose, à moins que l'apposition de sa signature ne soit requise comme condition essentielle de sa validité.

18. La seule condition qui soit alors exigée, sans parler de la vraisemblance, est que l'écrit public ait été dréssé par un officier compétent et avec les solennités requises. Il doit, en effet, commencer par faire foi en lui-même pour produire un commencement de preuve écrite. Aussi, lorsqu'un acte est invoqué comme acte authentique et public, et qu'il ne peut valoir en cette qualité, soit à cause d'un vice de forme, soit à raison de l'incompétence du fonctionnaire, il ne saurait produire un commencement de preuve par écrit (1).

Du moment que cet acte est nul comme authentique, l'attestation du fonctionnaire qui l'a reçu ne vaut plus, ainsi que le dit fort bien Pothier, que comme déclaration privée d'un témoin. Il ne peut donc, à aucun titre, être opposé aux parties qui y figurent.

19. Cependant, s'il était signé d'elles, il vaudrait, à leur égard, comme écrit privé (1318).

Et même, s'il n'était signé que de l'une d'elles, il pourrait encore valoir envers elle comme commencement de preuve par écrit. Il n'y a même pas à distinguer entre les contrats synallagmatiques et les conventions unilatérales. L'acte nul comme authentique vaut toujours comme commencement de preuve

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 774. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 733, 1re édit., et t. 8, p. 336, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 352. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 90.

écrite, à l'égard de la partie qui l'a signé, quoiqu'il ne soit pas revêtu de la signature de l'autre (1).

Il est vrai que, dans ce cas, l'un des contractants a contre son adversaire une preuve qui manque à ce dernier, et que, sous ce rapport, il n'y a pas entre eux égalité de position. Mais il ne s'ensuit nullement que l'on doive repousser cette preuve, sous le seul prétexte que l'autre partie n'est pas également à même de s'en prévaloir. Quelle qu'ait été l'intention du législateur d'établir entre les parties, lorsqu'il s'agit de conventions synallagmatiques, une égalité aussi complète que possible, cependant, il n'a pas entendu subordonner l'admission de toute preuve, ou de tout commencement de preuve, à la condition qu'il serait également à la disposition de tous les contractants de l'invoquer les uns envers les autres. Aussi, avons-nous pensé (2) que l'inobservation des formalités du double écrit n'empêchent pas l'acte de valoir comme commencement de preuve écrite. Les mêmes raisons de décider existent ici, dans le cas où l'acte nul comme acte public n'est signé que de l'un des contractants.

Quant aux parties qui ne l'ont point revêtu de leurs signatures, il n'y a pas de doute qu'il ne fournit contre elles aucune espèce de preuve, quand bien même il s'agirait d'un contrat synallagmatique, dont l'un aurait ainsi un commencement de preuve, tandis que l'autre n'en aurait aucune. Vainement, pour égaliser les positions et établir une équitable réciprocité, prétendrait-on y puiser également pour toutes un commencement de preuve. Cette opinion, suivant laquelle le commencement de preuve serait rendu commun à tous les contractants, n'est pas mieux fondée que l'opinion inverse, suivant laquelle il serait, au contraire, également annulé pour tous (3).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 734, n^te 21, 1^re édit., et t. 8, p. 337, n^te 27, — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 352.

(2) Art. 1325, n° 38.

(3) *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 90.

20. Cependant, s'il s'agit d'une obligation conjointe ou solidaire, et, que les signataires de l'acte prétendent qu'ils n'ont entendu s'engager que sous la condition que les autres, non signataires, se seraient eux-mêmes obligés conjointement ou solidairement avec eux, la partie qui se prévaut de l'acte pourra-t-elle s'en emparer contre ceux qui l'ont signé, et soutenir qu'ils se sont engagés sans subordonner l'existence de leur obligation au concours des autres? L'acte pourra-t-il être considéré comme contenant, à l'appui de cette allégation, un commencement de preuve par écrit?

Ce n'est là qu'une question de fait, dont la solution dépend de l'appréciation des circonstances. Car, si la signature apposée par l'une des parties établit contre elle un commencement de preuve par écrit de l'existence de son engagement, il ne s'ensuit pas nécessairement et immédiatement une preuve de même nature qu'elle ait entendu s'engager seule et en l'absence des autres. Mais les circonstances de la cause peuvent concourir à établir la vraisemblance de cette allégation, et les juges ont déjà un commencement de preuve qui les autorise à admettre toutes présomptions (1).

21. Nous n'essayerons pas de donner ici le dénombrement, qui serait certainement incomplet, des actes publics qui peuvent renfermer des déclarations et énonciations capables de produire un commencement de preuve par écrit. Il doit nous suffire d'indiquer, à l'appui des règles générales, quelques actes auxquels la pratique semble donner une importance plus considérable.

Tels sont les interrogatoires sur faits et articles (2); les

(1) Voy. art. 1325, n° 38. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 734, 1re édit., et t. 8, p. 337, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 9, nos 116 et suiv. — CHAUVEAU, sur Carré, n° 1262. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, 1re édit., et t. 8, p. 335, 4e édit. — BONCENNE, t. 4, p. 551. — Cass., 10 mars 1835. SIREY, 35, 1, 392. — 6 avril 1836. SIREY, 36, 1, 747. — 19 juin 1839. SIREY, 39, 1, 462. — 15 mars 1843. SIREY, 43, 1, 684. — 14 janvier 1868. SIREY, 68, 1, 292.

reconnaissances faites en justice de l'existence d'un acte, alors même que cet acte n'est point représenté (1); les déclarations faites par les parties dans une comparution en personne, soit qu'il en ait été ou non requis et donné acte, soit qu'elles aient été ou non constatées par procès-verbal régulier avant le jugement rendu, pourvu qu'elles aient été consignées dans les motifs ou les qualités du jugement (2); les dires, aveux et déclarations dont il a été dressé procès-verbal au bureau de conciliation (3); mais non ceux qui sont mentionnés dans un procès-verbal de non conciliation, s'ils ne sont signés de la partie, le juge ne devant faire que sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder (Art. 54, C. pr.) (4); les interrogatoires subis en matière criminelle ou correctionnelle (5); à la différence de ceux qui sont subis à l'audience de police simple ou correctionnelle, et sont consignés dans les notes sommaires du greffier, parce que cet écrit n'est ni lu ni signé par le magistrat, ni relu au prévenu, ni signé par lui; qu'il n'est pas émané de lui; qu'il n'est que l'ouvrage personnel du greffier, à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale

(1) Cass., 19 déc. 1849 SIREY, 50, 1, 717.

(2) ZACHARIÆ, t. 8, p. 335, 4e édit. — Cass., 29 nov. 1842. SIREY, 43, 1, 241. — 2 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 428. — 7 mars 1843. SIREY, 43, 1, 285. — Nîmes, 9 janv. 1861. SIREY, 61, 2, 267. — Cass., 5 avril 1864. SIREY, 64, 1, 215. — 22 août 1864. SIREY, 64, 1, 449. — 29 déc. 1879. SIREY, 81, 1, 127. — 24 juin 1878. SIREY, 80, 1, 205. — Poitiers, 25 avril 1883. SIREY, 84, 2, 78. — Voy. cep. TOULLIER, t. 9, n° 127. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, nte 17, 1re édit., et notamment Lyon, 9 avril 1862. SIREY, 63, 2, 104, sur les déclarations faites par les parties en la Chambre du conseil, même avec l'assistance de leurs défenseurs et procès-verbal du greffier, et Amiens, 22 janv. 1878. SIREY, 78, 2, 213, sur les réponses d'une partie dont il n'a été tenu qu'une simple note par le greffier.

(3) TOULLIER, t. 9, nos 119 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 732, 1re édit, et t. 8, p. 336, 4e édit.

(4) Cass., Belgique, 4 mai 1882. SIREY, 82, 4, 290. — Besançon, 29 juill. 1881. SIREY, 82, 2, 180.

(5) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 21 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 660. — 30 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757. — Bordeaux, 2 mai 1871. SIREY, 71, 2, 221.

à cet effet, et qu'il n'offre d'autres garanties de sa véracité et de son exactitude que la mémoire et le discernement du rédacteur (1); enfin, les déclarations faites en qualité de témoin, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction criminelle, correctionnelle ou de simple police, soit que les déclarations aient été recueillies par un juge-commissaire suivant les articles 252 et suivants, C. pr., ou par un juge d'instruction sous forme de procès-verbal, suivant les articles 71 et suivants, C. inst. crim. (2); ou à l'audience conformément aux articles 407 et suivants, C. p.; ou par le greffier à l'audience correctionnelle ou de simple police, suivant les articles 189, 155, C. inst. crim.

22. Il est indifférent, dans les divers cas que nous venons d'énumérer, que l'écrit invoqué comme commencement de preuve par écrit soit ou non signé de la partie, et que même elle ait refusé d'y apposer sa signature (3). La loi n'en fait point, en effet, une condition essentielle de la régularité des actes de cette espèce. Comme ils empruntent toute leur force de l'autorité du magistrat chargé de les recevoir et de les constater, il suffit, pour qu'ils soient censés émaner de la partie elle-même, qu'il y soit fait mention de son impuissance ou de son refus de signer.

23. L'article 1347 embrasse ainsi, dans la généralité de ses dispositions, toutes déclarations et énonciations consignées dans des actes judiciaires ou extrajudiciaires. Il les admet toutes quels qu'aient été leur but, leur objet, leur origine et destination première, pourvu, toutefois, que ces actes soient revêtus de la signature de la partie à laquelle on les oppose,

(1) Zachariæ, t. 5, p. 733, n^te 19, 1re édit., et t. 8, p. 336, n^te 25. — Cass., 17 juill. 1841. Sirey, 41, 1, 779.

(2) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

(3) Toullier, t. 9, n° 125. — Zachariæ, *ibid.* — Chauveau, sur Carré, *ibid.* — Cass., 15 mars 1843. Sirey, 43, 1, 684. — 22 avril 1854. Sirey, 54, 1, 491.

ou qu'ils aient été reçus et dressés par un officier public compétent, avec toutes les formalités requises pour qu'ils fassent foi.

Notre article est même à ce point général, que le juge est autorisé à y puiser un commencement de preuve écrite, pour la solution du débat dont il est saisi, quand bien même ils auraient eu lieu dans une autre instance, entre d'autres parties (1), et même devant une autre juridiction, par exemple, devant la juridiction criminelle (2).

Mais si le juge ne peut les rejeter sous le seul prétexte de droit qu'ils se rapportent à d'autres parties, à une autre instance ou à une autre juridiction, il peut se fonder sur toutes les considérations de fait, dont l'appréciation lui appartient, pour refuser de les admettre (3).

24. Pour qu'un acte public ou privé puisse être admis comme faisant un commencement de preuve littérale, il faut qu'il ne soit pas lui-même repoussé par une exception qui le frapperait d'extinction ou d'inefficacité. Ainsi, les titres constitutifs d'un droit quelconque contre lesquels on oppose la prescription ne sauraient valoir comme commencement de preuve par écrit, dans aucun cas. Le prétendu créancier ne peut s'en prévaloir pour être admis à prouver des payements ou autres actes de reconnaissance qui, suivant lui, auraient interrompu la prescription.

La production du titre même peut sans doute rendre, jusqu'à un certain point, vraisemblable le payement d'un à-compte, des intérêts ou arrérages. Car il n'est pas à présumer que le créancier ait totalement négligé ses droits. Mais ce n'est là qu'une vraisemblance purement humaine, qui ne repose sur

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 729, 1re édit., et t. 8, p. 332, 4e édit. — Cass., 27 avril 1840. SIREY, 40, 1, 728. — 1er août 1867. SIREY, 67, 1, 373.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 18 mai 1840. SIREY, 40, 1, 640.

(3) Cass., 18 mai 1840. SIREY, 40, 1, 640.

aucune espèce de fondement légal. Sur quoi, en effet, se fonde-t-elle? Sur l'existence seule du titre constitutif de la créance. Or, d'une part, il n'établit pas nécessairement, par lui-même, l'existence des actes prétendus d'interruption, et, d'autre part, la prescription qui l'atteint le dépouille de toute efficacité, sans que le juge puisse déduire de sa représentation autre chose que l'existence de l'obligation originaire, ni rien en conclure contre la présomption légale de libération résultant de son ancienneté même. A raison du long temps écoulé depuis sa date, et de la prescription qui en est la conséquence, le titre n'a plus aucune valeur pour établir l'existence de l'obligation prétendue. Car, en même temps qu'il en prouve l'existence dans le passé, il en démontre l'extinction dans le présent. Autrement, c'est, de la part du prétendu créancier, commettre la plus flagrante pétition de principe, puisqu'il se prévaut du titre dont la date elle-même établit que la prescription est acquise, pour établir que la prescription n'a pas eu lieu. Afin de se soustraire à cette prescription, il commence donc par supposer que son titre n'est pas prescrit, en le proposant comme n'étant pas, malgré son ancienneté, dénué de toute force probante. On ne saurait faire une plus vicieuse argumentation.

Si les prétentions du créancier pouvaient être accueillies, il en résulterait que les dispositions de la loi relatives au commencement de preuve par écrit, serviraient à réfuter celles relatives à la prescription; et, chose singulière, le titre prescrit serait le premier argument invoqué contre la prescription. Que l'on ne dise point que la prescription ne sera, en définitive, écartée qu'en vertu d'éléments de preuve pris en dehors de l'acte. Nous répondons que ces faits extérieurs, tels que le payement d'un à-compte, des intérêts ou des arrérages, n'auront été admis en preuve que par suite du commencement de preuve par écrit que le titre constitutif aura semblé fournir, et que, par suite, il est toujours vrai de dire que ce titre prescrit aura été lui-même le premier argument invoqué contre sa prescription.

Le créancier qui prétend que son action n'est pas prescrite doit donc établir les causes d'interruption qu'il invoque, au moyen d'éléments postérieurs et étrangers au titre qu'il représente, et que le débiteur repousse par la prescription (1).

25. Dans les divers cas où ils établissent un commencement de preuve par écrit, les actes publics ou privés ne fournissent jamais ce genre de preuve que conformément aux règles générales suivant lesquelles ils font foi.

Les écrits privés ne pourront donc former un commencement de preuve littérale, que lorsque l'écriture ou la signature auront été reconnues, ou que, en cas de dénégation ou de non reconnaissance, elles auront été vérifiées en justice (2).

Mais si cette vérification doit être préalable, les juges chargés d'y procéder peuvent admettre tous moyens de preuve, les témoins et les présomptions. Ils peuvent même faire eux-mêmes cette vérification immédiatement, et à l'aide des éléments que leur fournissent les circonstances de la cause (3).

Quant aux conditions sous lesquelles les actes sous seing-privé acquièrent date certaine à l'égard des tiers, en tant qu'ils sont considérés comme formant un commencement de preuve par écrit, elles sont exactement les mêmes que s'ils étaient appelés à faire une foi complète.

S'agit-il d'un écrit public, foi lui est due même à l'égard des tiers, dans la mesure où il est admis à faire un commencement de preuve par écrit, de la même manière que s'il établissait une preuve entière et parfaite.

(1) TOULLIER, t. 9, n° 97. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 739, 1re édit., et t. 8, p. 341, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1347, n° 4. — Riom, 4 mai 1841. SIREY, 41, 2, 334. — Douai, 19 janv. 1842. SIREY, 42, 2, 112. — Cass., 19 nov. 1845. SIREY, 46, 1, 609. — *Contrà,* Caen, 20 mai 1840. SIREY, 40, 2, 300.

(2) MERLIN, Rép., vis *Commencement de preuve,* — BONCENNE, t. 4, p. 188. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 731, 1re édit,. et t. 8, p. 334, 4e édit. — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 64, et t. 8, nos 216 et suiv.

(3) Cass., 3 juill. 1850. SIREY, 50, 1, 705.

Les principes suivant lesquels les écrits publics ou privés font foi des dispositions et énonciations qu'ils contiennent, ne reçoivent donc, dans l'application de l'article 1347, aucune espèce de modification. Seulement, au lieu de se référer à une preuve complète, ils ne se rapportent alors qu'à un commencement de preuve. La vérité de cette observation ressort plus clairement encore si on l'applique au cas où, suivant les articles 1335 et 1336, les copies d'actes publics ou leurs transcriptions sont admises comme formant un commencement de preuve par écrit. Dans cette limite restreinte, foi ne laisse pas de leur être due à l'égard des tiers, de même qu'entre les parties qui ont figuré dans les actes.

26. Les mêmes principes s'appliquent aux actes judiciaires, qui sont des écrits publics. Mais ces actes sont soumis à une cause particulière d'inefficacité que nous devons examiner; nous voulons parler de la péremption.

Autrefois on pensait (1) que, nonobstant la péremption acquise, l'instance seule était abolie; que les enquêtes, les rapports d'experts et autres documents probatoires, n'étaient pas atteints; qu'ils subsistaient encore dans toute leur force, et que les parties pouvaient s'en prévaloir. On disait, en un mot, *probata remanent*, les éléments de preuve restent. Mais aujourd'hui, en présence des dispositions générales de l'article 401, C. pr., il est impossible d'admettre cette maxime de notre ancienne jurisprudence. Si, d'après les dispositions de cet article, la péremption n'éteint pas l'action; si elle emporte seulement extinction de la procédure, on ne peut cependant, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir. Les probatoires eux-mêmes sont donc frappés de péremption, et aucune des parties ne peut, soit dans l'instance qu'elle aura reprise, soit dans toute autre instance, invoquer

(1) POTHIER, *Procédure*, ch. 4, sect. 4, § 5. — RODIER, Ordonn. de 1667, p. 200, n° 19.

même comme formant un simple commencement de preuve par écrit, les aveux, reconnaissances et déclarations intervenus dans l'instance périmée (1). Quant aux tiers étrangers, ils ne sauraient eux-mêmes s'en prévaloir, puisque, par l'effet de la péremption, ils sont réputés non avenus, et que les choses se retrouvent dans l'état où elles seraient si l'instance n'avait pas eu lieu.

Les seuls documents probatoires qui subsistent sont donc ceux qui ont servi de fondement à une décision définitive, rendue dans le cours de l'instance. Les jugements de cette nature ayant pour effet de conférer aux parties des droits irrévocables, la péremption ne peut les atteindre, et ils survivent ainsi à l'extinction de la procédure.

27. Tout commencement de preuve par écrit se constitue d'un double élément : 1° d'un écrit émané de la personne à qui on l'oppose; 2° de la vraisemblance du fait allégué. Le premier élément présente une question de droit; car sa vérification implique nécessairement, de la part du juge, l'examen des caractères légaux de tout commencement de preuve par écrit (2). La loi déterminant elle-même les conditions moyennant le concours desquelles un écrit peut valoir et faire preuve dans cette mesure, le juge ne peut, sans s'exposer à la censure de la Cour de cassation, admettre comme établissant un commencement de preuve écrite, un écrit qui n'en réunirait point en réalité les caractères légaux. Tel est le cas où il aurait admis, comme émanant de la personne à qui on l'oppose, un écrit émané, au contraire, d'un véritable tiers étranger par rapport à elle.

(1) TOULLIER, t. 8, n° 28. — CARRÉ, n° 1451. — PIGEAU, t. 1, p. 452. — FAVARD, Rép., v° *Péremption*, n° 13. — MERLIN, Rép., v° *Péremption*, sect. 1, § 2, n° 6. — LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure sur l'article* 401.

(2) Cass., 30 déc. 1839. SIREY, 40, 1, 139. — 29 déc. 1863. SIREY, 64, 1, 72. — 17 déc. 1867. SIREY, 68, 1, 117. — 23 avril 1877. SIREY. 77, 1, 456.

En ce qui touche la vraisemblance, le second élément qu'il nous reste à examiner, son appréciation gît tout entière en fait. La question de savoir si l'écrit invoqué rend ou non vraisemblable le fait allégué, est abandonnée, dans tous les cas, à l'appréciation discrétionnaire du juge, qui n'a alors d'autre règle de décision que l'examen consciencieux des circonstances de la cause. A lui seul appartient de résoudre cette question de vraisemblance. Il est investi, à cet égard, d'un pouvoir souverain dont l'exercice échappe au contrôle de la Cour de cassation, soit qu'il rejette ou admette, comme établissant un commencement de preuve littérale, l'écrit invoqué, qui en présente d'ailleurs, en droit, tous les caractères légalement exigés (1).

28. La vraisemblance n'est autre chose que l'apparence de la vérité. Un fait vraisemblable est donc celui qui paraît vrai. Il a ce caractère lorsque les présomptions et indices, résultant de faits dès lors constants et avérés, sont assez graves pour lui donner toutes les apparences de la vérité. Le juge établit lui-même ces présomptions, en tirant des conséquences du fait connu au fait inconnu dont il s'agit d'administrer la preuve. Il appartient surtout à la logique de lui indiquer les règles qui doivent guider son esprit dans ce travail d'appréciation. Quant à la loi, les seules règles qu'elle puisse lui tracer sont celles qui se rapportent au caractère et à la nature des preuves admissibles. Mais, du moment qu'il s'est renfermé dans l'ordre des preuves, présomptions et indices d'après lesquels il est légalement autorisé à se décider, ses décisions, conformes aux

(1) DURANTON, t. 13, n° 334. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 741, 1re édit., et t. 8, p. 343, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, n° 133. — Cass., 11 avril 1826. SIREY, 26, 1, 336. — 6 août 1839. SIREY, 39, 1, 562. — 27 avril 1840. SIREY, 40, 1, 728. — 18 mai 1840. SIREY, 40, 1, 640. — 10 août 1840. SIREY, 40, 1, 875. — 17 mai 1855. SIREY, 56, 1, 155. — 9 janvier 1861. SIREY, 62, 1, 69. — 5 avril 1864. SIREY, 64, 1, 215. — 1er août 1867. SIREY, 67, 1, 373. — 4 février 1873. SIREY, 73, 1, 81. — 13 avril 1877. SIREY, 77, 1, 456. — 24 juin 1878. SIREY, 80, 1, 205.

prescriptions de la loi, ne relèvent que de sa conscience. Plus son pouvoir est alors étendu et illimité, plus rigoureux aussi est son devoir de ne jamais se prononcer qu'après un examen scrupuleux et attentif des faits et circonstances de chaque cause.

29. Il nous est certainement impossible d'énumérer ici tous les écrits qui peuvent rendre un fait vraisemblable. Nous nous bornerons donc, pour la plus complète explication des dispositions de l'article 1347, à établir quelques distinctions générales.

Il convient d'abord de distinguer entre les écrits invoqués comme formant un commencement de preuve par écrit, ceux qui se rapportent à une disposition ou convention définitivement arrêtée, et ceux qui, étant restés plus ou moins imparfaits, avaient pour objet d'établir une disposition ou convention qui est restée inachevée et à l'état de simple projet. Les écrits de cette dernière espèce doivent toujours être rejetés, quelque soit la vraisemblance dont leurs énonciations seraient de nature à entourer le fait allégué, s'il s'agissait d'une disposition ou convention définitivement arrêtée.

Tels sont, par exemple, les actes notariés que l'une ou l'autre des parties a refusé de signer. Dans l'état d'imperfection où ils sont restés, ils ne valent même pas comme commencement de preuve écrite à l'égard de la partie qui a signé. Le refus de signature, de la part de celui qui entend plus tard s'en prévaloir, est lui-même une preuve que la disposition ou convention projetée n'a jamais reçu sa perfection définitive (1).

Tels sont encore les écrits privés qui, devant être signés par toutes les parties contractantes, n'ont été signés que par quelques-unes, sans qu'il soit possible d'expliquer l'absence des autres signatures autrement que par la rupture de la conven-

(1) Voy. art. 1338, n° 13.—ZACHARIÆ, t. 5, p. 738, 1re édit., et t. 8, p. 341, 4e édit.

tion projetée. Il peut ainsi se présenter, tout d'abord, des difficultés sérieuses quant à l'appréciation du caractère et de la portée de l'écrit. Mais cette question se rattache elle-même aux conditions de la vraisemblance, dont l'examen est abandonné au juge.

Quant aux écrits qui, par leur but et leur objet, se rapportent à des dispositions ou conventions définitivement arrêtées, ils peuvent rendre le fait allégué plus ou moins vraisemblable, suivant que leurs énonciations sont en corrélation plus ou moins directe, plus ou moins nécessaire, avec le fait qu'il s'agit d'établir. S'agit-il d'un écrit dont les constatations établissent complètement le fait allégué, mais auquel un vice de forme ne permet pas de faire preuve entière? La vraisemblance est considérable, et, de bien près, voisine de la vérité. Tels sont les simples billets manquant du *bon pour* ou de l'*approuvé*, et les actes rédigés pour constater une convention synallagmatique, mais qui n'énoncent pas qu'ils ont été faits en double ou triple copie.

S'agit-il d'écrits qui, sans contenir d'une manière précise et complète toutes les énonciations nécessaires pour l'entière constatation du fait allégué, renferment, cependant, des mentions et déclarations de nature à donner à l'allégation de ce fait quelque apparence de vérité? Alors la vraisemblance a des caractères plus ou moins prononcés, suivant les liens de connexité qui rattachent le fait aux énonciations de l'écrit. Ce sont surtout les écrits de cette dernière espèce qu'il est impossible d'énumérer.

Qu'il nous suffise donc de remarquer que la loi exige seulement que l'écrit rende le fait allégué vraisemblable. Or, la vraisemblance a ses degrés. Mais c'est assez qu'elle existe pour que le juge soit autorisé à combler la distance qui la sépare de la démonstration de la vérité, soit à l'aide de la preuve testimoniale, soit au moyen de simples présomptions. Du moment que l'écrit fournit un commencement de preuve, il a le droit de la compléter avec tous autres éléments propres à former sa

conviction. Seulement, il sera forcé d'emprunter davantage à ces éléments de preuve complémentaire, à proportion que la vraisemblance, qui seule autorise leur admission, sera elle-même moins considérable.

Quand nous disons que la vraisemblance a ses degrés, nous ne prétendons pas que le juge puisse légalement et raisonnablement prendre pour une vraisemblance suffisamment caractérisée, un soupçon vague, un doute incertain, une inquiétude indéfinie de la conscience. Il faut une apparence sérieuse de la vérité, équivalente à un commencement de preuve. Nous le lui rappelons, afin qu'il prenne soin de se garantir des dangereux entraînements d'une prétendue équité.

30. Citons maintenant quelques exemples.

Un écrit énonçant une promesse ou offre de vendre pour un certain prix, pourra rendre vraisemblable la vente alléguée (1), et même, suivant les circonstances, le payement du prix comptant (2), s'il concourt avec la mise en possession postérieure de celui qui se prétend acquéreur, s'il ne s'agit d'un objet d'une valeur considérable, et surtout si la promesse ou offre de vendre ne porte point qu'il sera passé acte devant notaire.

Réciproquement, il en sera de même au cas où l'écrit énoncera une promesse ou offre d'acheter. Il pourra rendre vraisemblable l'achat allégué par le prétendu vendeur.

Peu importe même que l'offre ou promesse d'acheter ou de vendre n'énonce pas un prix certain. Il suffit que le fait de la convention soit vraisemblable, sauf à en déterminer les diverses conditions par la preuve testimoniale.

La promesse de payer une certaine somme pour choses à livrer ou à faire, établit encore un commencement de preuve

(1) DANTY, sur Boiceau, ch. 11, n° 10. — POTHIER, *Oblig.*, n° 767. — TOULLIER, t. 9, n^os 91, 95 et 96. — Bordeaux, 7 mai 1834. SIREY, 35, 2, 177.

(2) TOULLIER, t. 9, n^os 93 et 94. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 345.

de la créance alléguée, et autorise le prétendu créancier à prouver par témoins le fait de la livraison (1).

La simple invitation par lettre missive de compter une somme d'argent à un tiers, rend elle-même la numération de la somme vraisemblable, en faveur de celui à qui elle est adressée, et même en faveur d'une personne différente, à qui la lettre aurait été remise, sur le refus du premier de compter les fonds (2).

Mais si le tiers indiqué pour recevoir l'argent devait lui-même, à un titre quelconque, comme créancier ou emprunteur, faire raison plus tard de la somme qui a dû lui être comptée, envers celui qui a écrit la lettre, faute par la personne à qui la lettre a été adressée d'avoir retiré un reçu de la somme, la preuve testimoniale ne serait pas admissible de sa part. Car il faut, dans ce cas, établir d'abord la numération de la somme vis-à-vis de celui qui devait la recevoir; et faute par le demandeur d'en justifier, il n'a aucune action contre son correspondant (3).

Par exemple encore, la lettre d'un père recommandant son fils aux soins d'une personne, peut établir un commencement de preuve des avances qu'elle aura pu faire pour les besoins de la personne recommandée (4).

La lettre par laquelle je vous prie, en alléguant une nécessité urgente, de me compter de l'argent, peut elle-même fournir contre moi, suivant les circonstances, un commencement de preuve de la numération de la somme.

Tout écrit qui énonce l'existence d'une dette, mais sans en

(1) DANTY, sur Boiceau, *ibid.* — POTHIER, *ibid.* — DURANTON, t. 13, n° 346. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 739, 1re édit., et t. 8, p. 342, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, n° 107.

(2) DANTY, sur Boiceau, *ibid.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 768. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 9, n°s 110 et suiv. — DURANTON, t. 13, n° 317.

(3) POTHIER, *ibid.*

(4) TOULLIER, t. 9, n° 111.

déterminer la quotité ou la cause, forme un commencement de preuve qui autorise l'admission de la preuve par témoins, pour établir la quotité de la somme (1) ou la cause de l'obligation (2).

Tels sont encore les écrits qui, invoqués comme quittances, énoncent des payements effectués, mais en laissent la quotité incertaine.

De même, la simple clause insérée dans un acte de vente par laquelle l'acquéreur s'oblige à laisser un locataire jouir le temps qu'il aurait le droit de le prétendre, fournit un commencement de preuve que l'acquéreur a eu connaissance du bail et de sa durée (3).

Mais l'écrit par lequel un huissier, par exemple, reconnaît avoir reçu quelques titres de son client, peut ne pas valoir comme commencement de preuve pour établir qu'il a reçu toutes les pièces qui lui sont réclamées (4). On comprend, du reste, que cette question dépend des circonstances.

31. Il n'est même pas exigé que l'existence de l'obligation soit formellement et précisément exprimée. Il suffit que les énonciations de l'écrit y fassent allusion d'une manière plus ou moins directe.

Je vous réclame un dépôt; je n'ai d'autre écrit de vous qu'une lettre, où vous me dites : Je vous satisferai sur ce que vous savez. Elle rend vraisemblable le fait du dépôt (5), eût-elle même été adressée à un tiers (6), sauf, toutefois, l'appréciation des circonstances et surtout des explications fournies par le défendeur (7).

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 770. — TOULLIER, t. 9, n^os^ 113 et suiv. — ZACHARIÆ, *ibid.*

(2) DURANTON, t. 13, n° 354. — ZACHARIÆ, *ibid.* — Voy. encore art. 1132, n^os^ 4 et 5.

(3) Cass., 15 nov. 1836. DALLOZ, 37, 1, 197.

(4) Cass., 6 nov. 1838. SIREY, 38, 1, 892.

(5) DANTY, sur Boiceau, *ibid.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 770. — BONCENNE, t. 4, p. 169.

(6) TOULLIER, t. 9, n° 108.

(7) DURANTON, t. 13, n° 349.

A plus forte raison, l'écrit forme-t-il un commencement de preuve littérale, lorsque ses énonciations, sans comprendre d'une manière formelle et positive le fait allégué, portent seulement sur des faits différents qui ont avec lui des liens de connexité plus ou moins étroits, ou sur des circonstances accessoires et secondaires qui, par leur corrélation avec le fait principal, en établissent la vraisemblance (1).

Ainsi, la mainlevée d'une inscription donnée par le créancier à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, peut rendre vraisemblable le payement de la dette allégué par le débiteur (2).

Par application du même principe, nous avons vu que les quittances données sans réserves des intérêts ou arrérages postérieurs, font présumer le payement de ceux antérieurs (3), et que les affaires continuées, les comptes arrêtés postérieurement sans réserves, font présumer, entre les parties, leur libération réciproque, par remise ou payement, pour toutes causes antérieures (4).

Les écrits de la nature de ceux que nous examinons ici consistent ordinairement dans les aveux et déclarations faits en justice, soit que la partie de qui ils émanent ait été interrogée sur faits et articles, soit qu'elle les ait fournis à l'audience sur comparution personnelle, ou au bureau de paix et de conciliation, spontanément ou sur la provocation de son adversaire.

32. Il peut y avoir encore un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué, lorsque la partie interrogée sur faits et articles, ou comparant personnellement à l'audience, répond aux interpellations qui lui sont adressées par des déclarations et explications embarrassées, contradictoires, évasives, artificieuses, pleines d'une obscurité affectée,

(1) Toullier, t, 9, nº 116. — Zachariæ, t. 5, p. 740, 1re édit., et t. 8, p. 342, 4e édit.

(2) Cass., 17 juill. 1820. Sirey, 21, 1, 136.

(3) Art. 1283, nº 11.

(4) Art. 1283, nº 10.

contredites par des faits avérés et constants qui témoignent de sa mauvaise foi (1).

Lorsqu'une partie assignée en interrogatoire sur faits et articles ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, les faits peuvent être tenus pour avérés (330, C. pr.). A plus forte raison, le juge pourra-t-il considérer le refus de répondre et de s'expliquer comme constituant un commencement de preuve par écrit, soit qu'il s'agisse d'un interrogatoire en forme sur faits et articles, ou d'une simple comparution personnelle à l'audience. C'est un point constant dans la pratique (2).

Mais, pour que le refus de répondre fasse légalement un commencement de preuve par écrit, il faut d'abord que les interpellations aient été adressées à la partie par un juge ayant pouvoir à cet effet. Ainsi, le refus de répondre au bureau de conciliation aux questions faites par le juge de paix ou par l'adversaire, ne forme point un commencement de preuve de cette nature. Le juge l'aurait vainement constaté dans son procès-verbal. Il n'a pas, en effet, le pouvoir d'adresser aux parties des interpellations relatives au fond même du débat; et, quelle que soit sa mission de concilier, il doit se borner, si elles ne s'accordent pas, à rédiger sommairement procès-verbal de non conciliation (54, C. pr.). La partie interpellée pouvant se dispenser de répondre, son silence ou son refus de s'expliquer ne peut être considéré que comme un refus de se concilier. Or, un pareil refus de conciliation, qui contient réserves de tous droits et demande de renvoi devant le juge compétent, ne saurait en aucune façon rendre vraisemblables les allégations de l'autre partie (3).

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 6, sect. 5. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 9, nos 116, 118.

(2) TOULLIER, t. 9, nos 117-121. — ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 1er déc. 1880. SIREY, 81, 1, 357.

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — *Contrà*, TOULLIER, t. 9, n° 121.

Il faut ensuite que ce refus de répondre soit régulièrement constaté, soit par procès-verbal, soit même simplement dans les qualités ou les motifs du jugement, s'il est produit à l'audience.

Nous ne pousserons pas plus loin nos citations d'exemples, ni l'énumération d'actes, divers par leur caractère, par leur nature, plus divers encore par le degré de leur force probante. Toute question de vraisemblance étant une question de fait et d'appréciation, le juge devient juré; la loi ne lui demande aucun compte des éléments de sa conviction, et alors même qu'en fait il juge mal, en droit il ne la viole pas.

33. L'exception consacrée par l'article 1347 a toute la portée d'une règle générale. Elle s'applique à toute espèce d'actes, sauf quelques exceptions particulières que nous devons maintenant examiner. La vente, l'échange, le louage de choses autres que les maisons et les biens ruraux, la société, le prêt, le commodat, le dépôt, le contrat de rente, le cautionnement, le mandat, rentrent pleinement dans les dispositions communes, sous le double rapport de la nécessité d'une preuve écrite, lorsqu'ils présentent un intérêt juridique excédant la valeur de cent cinquante francs, et de l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'ils présentent un intérêt d'une valeur moindre, ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Nous avons dit qu'il existe quelques exceptions exclusives de la preuve testimoniale. Elles appartiennent à deux catégories différentes. Dans l'une, l'écriture est de l'essence même de la convention ou disposition, lesquelles ne peuvent exister qu'à la condition qu'il en est dressé un acte instrumentaire parfaitement régulier. Tels sont le testament, le contrat de mariage, la donation entre vifs, la convention d'hypothèque. Il est même à remarquer que, sauf le cas de testament olographe, la loi exige toujours pour la rédaction de l'acte l'intervention d'un officier public. L'écriture est alors tellement

essentielle à la validité du fait juridique, qu'elle ne peut être suppléée par aucun autre moyen de preuve, même par l'aveu et la reconnaissance de la partie contre laquelle on en allègue l'existence.

Les exceptions de la seconde catégorie n'ont pas un caractère aussi exclusif. Si la preuve testimoniale y est toujours et indistinctement rejetée, quelle que soit la valeur de l'intérêt juridique du fait, et alors même qu'il existe un commencement de preuve par écrit, ce n'est pas que l'écriture soit exigée comme étant une condition substantielle de la validité de la convention ou disposition, mais seulement comme étant le moyen de preuve qui, en offrant le plus de certitude et de garanties, empêche la multiplicité des contestations. Le défaut d'acte instrumentaire peut alors être suppléé, au moins entre les parties contractantes, par leurs aveux et reconnaissances judiciaires ou extrajudiciaires, pourvu qu'ils soient eux-mêmes constatés par écrit.

On peut faire sur les exceptions de cette nature cette observation remarquable : Dans les divers cas où la loi exige une preuve écrite, quand bien même la chose n'excède pas la valeur de cent cinquante francs, elle exclut en même temps la preuve testimoniale, quoiqu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Il y a ainsi une double dérogation aux dispositions ordinaires, soit à celles de l'article 1341, soit à celles de l'article 1347. Cette double dérogation est même constamment inséparable, ainsi que nous le verrons dans le cours de nos développements.

L'observation générale que nous plaçons ici répond d'avance au système de certains auteurs qui, dans quelques cas particuliers où la loi exige une preuve écrite, pensent, néanmoins, que si la preuve testimoniale est exclue, alors même que la chose n'excède pas cent cinquante francs, cependant elle devient recevable, suivant le droit commun, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. La vérité est, au contraire, que la loi ayant tant fait que de déroger au droit commun

touchant l'admission de la preuve testimoniale, y apporte une dérogation complète et absolue. Alors, en effet, qu'elle a cru devoir rejeter la preuve par témoins, encore qu'il s'agisse d'une chose ou valeur ne dépassant pas cent cinquante francs, ce ne peut être que parce que ce genre de preuve lui a semblé présenter de très graves inconvénients. Il est donc dans l'esprit de ces dispositions exceptionnelles d'exclure également la preuve testimoniale, même au cas où il existe un commencement de preuve par écrit, quelque vraisemblable qu'il rende le fait allégué. L'écrit exigé est, en un mot, exclusif de tout autre mode de preuve, et doit, conséquemment, faire par lui-même une preuve complète.

Nous ne nous dissimulons pas la rigueur de cette théorie; mais nous croyons qu'elle est la seule légale et la seule aussi qui puisse coordonner avec unité les diverses dispositions de la loi. Le système contraire, d'après lequel la preuve testimoniale ne laisserait pas d'être admissible à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, quelque séduisant qu'il paraisse d'abord à l'équité, ne saurait cependant être suivi, parce que, étant évidemment inapplicable dans certains cas, il n'y aurait ni harmonie ni unité dans les règles du Code, et qu'on se trouverait à chaque pas arrêté par des distinctions arbitraires et des exceptions nouvelles.

34. Le louage est un des contrats dont la preuve est soumise à des règles exceptionnelles. L'interprétation des articles 1715 et 1716 a donné lieu aux controverses les plus vives, et soulevé les plus sérieuses difficultés.

Avant d'en aborder l'examen, nous devons remarquer que ces articles, placés sous la section première, des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux, ne s'appliquent point aux contrats de louage d'une autre nature, tels que les louages de meubles (1), d'ouvrage et d'industrie, des

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 110. — DURANTON, t. 17, n^os^ 51 et suiv.

domestiques et ouvriers, des voituriers par terre et par eau, aux devis et marchés, ni aux différents baux à cheptel. On rentre, quant à la preuve de ces divers contrats, dans les règles ordinaires. La preuve testimoniale est admissible, si l'intérêt juridique du fait n'excède pas cent cinquante francs, et, dans tous les cas, s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Il peut seulement s'élever quelque difficulté quant à l'évaluation de cet intérêt juridique. La loi ne trace aucune règle à cet égard. Les juges n'auront donc qu'à l'apprécier, suivant les diverses circonstances, comme étant eux-mêmes experts de droit. Mais il faut surtout ne pas perdre de vue qu'ils ne doivent pas prendre uniquement pour base de leur évaluation, soit la valeur des choses louées, des meubles, par exemple, soit la somme de toutes les annuités cumulées, et correspondantes à la durée prétendue du louage. L'intérêt de la convention se compose, en effet, par rapport à chaque partie respectivement, soit de l'intérêt qu'a le bailleur à ne pas être privé de la jouissance de sa chose, soit de l'intérêt qu'a le preneur à en jouir à ce titre. Or, comme les annuités du bail n'y correspondent pas toujours exactement, son appréciation demeure nécessairement subordonnée aux circonstances.

35. Venons maintenant au louage des maisons et biens ruraux. Quand on veut leur appliquer les dispositions de l'article 1341, une première difficulté se présente. Comment en apprécier la valeur juridique? Prendra-t-on pour élément d'évaluation la valeur même des immeubles loués? Ce n'est pas raisonnable. La valeur du bail devra-t-elle, ainsi qu'on l'a pensé (1), se déterminer d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner? Mais il faudra commencer par établir et le prix et la durée du bail, s'ils sont contestés. Car on ne saurait, pour juger de l'intérêt

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, n^te 9, 1^re édit., et t. 4, p. 467, n^te 13, 4^e édit. — TROPLONG, *Louage*, n° 116. — Paris, 6 avril 1825. SIREY, 26, 2, 278.

de la convention, s'en rapporter aux allégations du demandeur. Cette base sera d'ailleurs inexacte dans la plupart des cas; car elle ne représentera pas toujours le véritable intérêt du bailleur ni du preneur à conserver ou à prendre la jouissance de la chose. La nature immobilière des choses louées rend elle-même plus difficile cette appréciation. Par la force même des choses, l'intérêt juridique d'un bail de maison ou de biens ruraux présente donc une valeur essentiellement indéterminée; et l'on comprend très bien que, en présence des difficultés, de l'impossibilité même d'en faire une évaluation exacte, le législateur n'ait pas appliqué au contrat de louage les dispositions de l'article 1341, en tant qu'elles autorisent l'admission de la preuve testimoniale pour choses n'excédant pas la somme ou valeur de cent cinquante francs.

Mais cette exclusion de la preuve par témoins se fonde, en matière de louage, sur une autre considération. Le législateur a exprimé lui-même sa pensée à cet égard (1). Il a voulu, en rejetant la preuve testimoniale et en exigeant une preuve écrite, éviter des contestations multipliées, des procès ruineux, sur des objets le plus souvent d'un faible intérêt, et dans une matière où tout a un caractère incontestable d'urgence. La proscription de la preuve par témoins ne peut certainement avoir, en aucun cas, pour résultat de tarir la source des procès, ainsi que le législateur s'en est flatté dans son illusion. La pratique en fournit la preuve malheureusement irrécusable. Mais l'on comprend, cependant, que les procès seront d'autant moins nombreux et en même temps d'une solution d'autant plus facile que, si une preuve écrite n'est pas rapportée, la partie poursuivante n'aura aucun moyen légal de justification, et en sera réduite à la ressource désespérée du serment litis-décisoire.

Tel est l'esprit, telles sont les dispositions du Code civil. « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution,

(1) Voy. FENET, t. 14, p. 312, 322, 351.

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 (1715). » En présence d'une disposition aussi claire, aucune difficulté ne peut s'élever sur ce premier point. La preuve testimoniale est inadmissible, dans tous les cas, de la part du bailleur et du preneur (1).

Mais supposons que l'exécution du bail verbal ait commencé. Ici la controverse commence, et nous devons faire plusieurs distinctions.

L'exécution du bail, comme bail, est reconnue. Il n'y a pas de contestation sur l'existence même du contrat. Mais il y a débat sur les clauses et conditions accessoires. L'article 1716 prévoit le cas où il y a contestation sur le prix : « Lorsqu'il n'existera point de quittance, dit-il, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par expert, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. » Voilà encore un point formellement décidé par la loi.

36. Mais s'il y a contestation sur la durée du bail seulement, et que son exécution ne soit pas même contestée, dans ce cas encore, la preuve testimoniale est inadmissible, quelque modique que soit l'intérêt du bail, quand même il ne dépasserait pas la somme de cent cinquante francs (2).

La circonstance que l'exécution du bail a commencé et qu'elle est reconnue, établit bien l'existence du contrat. Mais

(1) TROPLONG, *Louage,* n° 108. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, 1re édit., et t. 4, p. 468, 4e édit. — DUVERGIER, *Louage,* t. 1, n° 252.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 32. — DUVERGIER, n° 258. — TROPLONG, nos 118 et 120. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 367, 4e édit. — Colmar, 15 mars 1843. SIREY, 43, 2, 373. — Metz, 10 avril 1856. SIREY, 57, 2, 145. — Bordeaux, 23 janv. 1878. SIREY, 78, 2, 137. — *Contrà,* DURANTON, t. 17, n° 55. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, 1re édit. — Nancy, 3 août 1871. SIREY, 71, 2, 245.

il n'en résulte pas que le demandeur puisse en établir par témoins la durée et les conditions accessoires, même au cas où il présente un intérêt qui n'excède pas cent cinquante francs. Cela est si vrai, que l'article 1716 exclut formellement la preuve testimoniale quant à la fixation du prix. S'il ne parle point de la durée du bail, ce n'est pas qu'il en admette implicitement la preuve par témoins; c'est que ce point secondaire se trouve réglé lui-même, dans le silence des contractants, de la même manière que pour les baux faits verbalement et sans fixation de durée. Voilà pourquoi il ne s'en occupe pas; mais il n'admet pas, pour cela, la preuve testimoniale contre les dispositions de la loi.

Il y a, du reste, cette différence considérable entre la fixation du prix et la détermination de la durée du bail, que, pour le prix, le propriétaire en est cru sur son serment, tandis que, pour la durée, si le serment seul doit être déféré, il l'est indifféremment au bailleur ou au preneur, par celui d'entre eux qui prétend que la durée du bail a été fixée autrement que la loi elle-même prend soin de la fixer, quand les parties se taisent. La loi forme, dans ce cas, leur contrat commun, et, en l'absence de conventions écrites, c'est à celui qui allègue une dérogation à l'établir par les seuls moyens de preuve qui soient alors légalement admissibles, par exemple, en déférant le serment à son adversaire qui nie.

Quant aux conditions et clauses accessoires du bail autres que celles relatives à son prix et à sa durée, il convient encore de distinguer.

Y a-t-il débat sur la consistance du domaine affermé, sur les dépendances de la maison louée, sur l'état des lieux, l'importance du cheptel, l'étendue de l'ensemencement et autres questions de cette nature? La preuve par témoins est admissible, parce qu'il s'agit d'une simple vérification de faits au sujet desquels la preuve testimoniale est toujours recevable. Elle n'a pas alors pour objet d'établir un contrat, mais seulement certains points de fait qui se rattachent à son exécution.

S'agit-il de clauses et conventions particulières qui ont pour but de modifier les droits et obligations contractuels du bailleur ou du preneur; par exemple, d'une clause par laquelle il est allégué que l'un ou l'autre s'est obligé à faire sur les lieux loués telle impense ou réparation? La preuve testimoniale n'en est pas admissible, parce qu'elle tend à établir le contrat même de louage, ou, quoi que ce soit, l'une des ses conditions conventionnelles. Mais comme la contestation ne porte point sur le prix, le propriétaire ne devra pas en être seul toujours cru sur son serment; c'est-à-dire que le demandeur, quel qu'il soit, ne pouvant invoquer la preuve testimoniale, n'aura, pour établir ses allégations, d'autre ressource que l'aveu de son adversaire ou le serment (1), l'intérêt du bail fût-il inférieur à cent cinquante francs.

S'agit-il enfin de clauses accessoires relatives à des prestations dont le service vient en augmentation du prix du bail? Alors on rentre dans les dispositions de l'article 1716, comme s'il s'agissait d'un prix tout en argent. Le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le preneur demander une expertise.

Mais si le débat, au lieu de porter sur le prix et les éléments accessoires qui s'y ajoutent en augmentation, avait seulement pour objet le mode et les termes de son payement, l'article 1716 serait inapplicable. Son texte indique assez clairement qu'il ne s'applique que lorsqu'il y a contestation sur le prix, et non lorsque le débat concerne seulement les conditions accessoires, les échéances du payement de ce prix. Dans le silence de la convention, on doit suivre l'usage des lieux, sauf à celui qui prétend qu'il y a été dérogé, à établir cette dérogation par l'aveu de son adversaire ou au moyen du serment, sans que, en aucun cas, la preuve testimoniale puisse en être reçue (2).

(1) TROPLONG, *Louage,* n° 118.

(2) TROPLONG, *Louage,* n° 118. — Grenoble, 4 août 1832. SIREY, 33, 2, 74.

37. Mais voici une plus sérieuse difficulté : Comme l'article 1715 dispose que 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, on a été tenté d'en conclure que la preuve testimoniale est, au contraire, admissible, lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution; qu'en conséquence, on peut prouver par témoins les faits prétendus d'exécution, et arriver par là à l'établissement du contrat de bail et de ses diverses conditions.

Ce n'est pas ainsi que l'article 1715 doit être entendu. Il est incontestable qu'il déroge aux dispositions de l'article 1341, puisqu'il exclut la preuve testimoniale du bail, quelque modique qu'en soit le prix. Il apporte à l'admission de ce genre de preuve des restrictions plus sévères que le droit commun, et s'il suppose un bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution, il entend par là une exécution avouée, reconnue, à titre de bail. Cette interprétation ressort surtout du rapprochement de l'article 1716 qui, en indiquant le moyen de fixer le prix du bail dont l'exécution a commencé, suppose, par cela même, que l'existence du bail est constante et avérée entre les parties.

Mais lorsque le bail est dénié, que les faits prétendus d'exécution sont eux-mêmes contredits, ou que leur caractère à titre de louage est contesté, le demandeur, quel qu'il soit, ne peut en offrir la preuve par témoins, dans le but de prouver l'existence du bail et de ses conditions, au moyen des faits d'exécution qualifiée qu'il allègue. Autrement, la loi fournirait elle-même le moyen facile d'éluder, par un subterfuge, ses prohibitions. Elle admettrait indirectement, et par une voie détournée, la preuve testimoniale d'un bail verbal, preuve que, cependant, elle interdit de la manière la plus formelle. L'article 1715 doit donc être entendu en ce sens, que la preuve testimoniale du bail verbal, qui est dénié, est inadmissible dans tous les cas, quand même on soutiendrait que le bail a

reçu un commencement d'exécution, et qu'on offrirait de le prouver (1).

Nous disons, quelque modique qu'en soit le prix, l'intérêt juridique du bail fût-il même inférieur à cent cinquante francs. Nous avons vu, en effet, que la difficulté de déterminer la valeur d'un louage n'était pas étrangère aux dispositions prohibitives de l'article 1715. Or, cet article ne distingue pas si l'intérêt du bail est inférieur ou supérieur à cent cinquante francs. La preuve par témoins est indistinctement prohibée. On objecte que cet article suppose que le bail n'a reçu aucun commencement d'exécution; que, conséquemment, si le bail a reçu un commencement d'exécution, la prohibition, qui est une exception, cesse, et que l'on doit, dès lors, faire retour aux règles du droit commun. Nous l'avons dit tout à l'heure, et les auteurs eux-mêmes dont nous combattons l'opinion le reconnaissent également : l'article 1715 suppose un commencement d'exécution avouée, reconnue, non contestée, à titre de bail. Or, telle n'est pas notre hypothèse, où la qualité et le titre des faits d'exécution prétendue sont contestés. Il faut donc, dans l'opinion contraire, établir une distinction que le texte de l'article 1715 ne comporte pas, et dire que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt excède cent cinquante francs, il suppose une exécution dont le titre conventionnel n'est pas dénié; mais que lorsqu'il s'agit d'un bail dont l'intérêt n'excède pas cette somme, il suffit que des faits d'exécution soient allégués pour que le demandeur soit admis à les établir par témoins, et à prouver ensuite, à la faveur de cette première preuve, l'existence même du contrat de louage. Cette interprétation, qui ne repose que sur

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 113. — TOULLIER, t. 9, n° 33. — DUVERGIER, *Louage*, n^os^ 263 et suiv. — Bordeaux, 29 nov. 1826 et 19 janv. 1827. SIREY, 28, 2, 4. — Limoges, 3 juill. 1836. SIREY, 36, 2, 427. — Nîmes, 1^er^ août 1836. SIREY, 38, 2, 125. — Cass., 14 janvier 1840. SIREY, 40, 1, 5. — Bourges, 14 mai 1842. SIREY, 43, 2, 31. — Cass., 12 janvier 1864. SIREY, 1864, 1, 88. — 25 août 1884. SIREY, 84, 1, 424. — *Contrà*, DURANTON, t. 17, n° 55.

une distinction arbitraire, nous paraît tout aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. La dérogation que l'article 1715 consacre aux règles ordinaires du droit commun, est absolue et indépendante, dans son application, de la valeur du bail allégué (1).

Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire, renonçant à toute allégation de bail, soit admis à prouver par témoins que son adversaire a occupé et possédé sa chose, en a joui et perçu les fruits, non pas à titre de preneur ou de locataire, mais comme usurpateur, sans droit ni qualité. Il ne s'agit plus, en effet, que de prouver un fait, et non une convention. Le demandeur, au lieu de conclure à l'exécution d'un contrat de louage, conclut seulement à une restitution de fruits, à une indemnité de jouissances et à des dommages et intérêts. La pratique offre de nombreux exemples de cette procédure (2).

Le propriétaire peut même, après avoir conclu au principal à l'éxécution d'un contrat de louage, demander subsidiairement à être autorisé à prouver par témoins les faits d'usurpation et de jouissance qu'il allègue. Ces conclusions subsidiaires n'en sont pas moins susceptibles d'une appréciation séparée et indépendante (3).

38. S'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale du bail qui n'a reçu aucun commencement d'exécution sera-t-elle admissible pour en établir l'existence, la durée et les diverses conditions? Nous ne le pensons pas.

L'article 1715 exclut, en effet, d'une manière absolue, la preuve par témoins, en disant que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. Ses dispositions font excep-

(1) *Contrà,* TROPLONG, *Louage,* nº 115. — DUVERGIER, *Louage,* nº 259. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 5, 1re édit., et t. 4, p. 468, 4e édit.

(2) DANTY, sur Boiceau, ch. 14, nº 2. — TOULLIER, t. 9, nº 2. — TROPLONG, *Louage,* nº 114.

(3) Nîmes, 1er août 1836. SIREY, 38, 2, 125. — Cass., 19 fév. 1840. SIREY, 40, 1, 534.

tion au droit commun, et ne permettent en aucun cas d'y revenir. De même qu'il proscrit la preuve testimoniale, même lorsque le bail présente un intérêt qui ne dépasse pas cent cinquante francs, de même il l'exclut pour le cas où, s'agissant de plus forte somme, il y a un commencement de preuve par écrit. Il contient ainsi une dérogation complète à l'article 1341 et à l'article 1347. On ne comprend pas qu'il soit possible de distinguer et de ne voir dans l'article 1715 de dérogation qu'à l'article 1341. Quoique appuyée sur un commencement de preuve écrite, la preuve par témoins présente encore de graves inconvénients dans une matière telle que le contrat de louage, où le législateur a cru devoir la proscrire, bien moins à cause de son incertitude, qu'à cause de la multiplicité des procès et des involutions de procédure qui en seraient la suite (1).

Nous la repoussons même avec les restrictions que les auteurs qui embrassent une opinion contraire apportent à son admission. Ils pensent, en effet (2), que si le commencement de preuve par écrit, en rendant le bail vraisemblable, ne rendait pas également vraisemblables sa durée et la quotité du prix, la preuve par témoins ne serait pas admissible sur ces points secondaires. Le prix devrait, suivant eux, être déterminé conformément à l'article 1716, et la durée fixée de la même manière que lorsque le bail a été fait sans fixation de durée. Ce tempérament, qui n'est qu'un amalgame du droit

(1) DURANTON, t. 17, n° 54. — TROPLONG, *Louage,* n° 112. — Caen, 23 mars 1840. SIREY, 40, 2, 263. — Rouen, 18 fév. et 19 mars 1841. SIREY, 41, 2, 468. — Metz, 10 avril 1856. SIREY, 57, 2, 145. — Paris, 6 mai 1862. SIREY, 62, 2, 273. — Cass., 19 fév. 1873. SIREY, 73, 1, 99. — Pau, 5 août 1873. SIREY, 74, 2, 120. — Cass., 26 nov. 1873. SIREY, 74, 1, 430. — *Contrà,* DUVERGIER, *Louage,* n° 267. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 6, 1re édit., t. 4, p. 468, et t. 8, p. 323, nte 5, 4e édit. — Cass., 1er août 1867. SIREY, 67, 1, 373. Dans ces motifs seulement; car il se borne à décider que la preuve testimoniale est admissible, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, pour établir l'existence du mandat en vertu duquel le bail aurait été consenti Il s'agit, alors non de l'article 1715, mais de l'article 1985.

(2) ZACHARIÆ, DUVERGIER, *ibid.*

commun et du droit exceptionnel en matière de bail, est une preuve de plus que l'article 1347 est inapplicable, puisque, pour en maintenir l'application, on est forcé d'y faire néanmoins, en principe, une dérogation aussi considérable.

39. Nous avons dit que l'écriture n'était pas de l'essence du contrat de louage, quoique la preuve testimoniale soit inadmissible. Il peut donc être établi par l'aveu et les reconnaissances de celui contre lequel on en allègue l'existence. A ce sujet, on s'est démandé si le défendeur qui le dénie peut être interrogé sur faits et articles.

Il ne le peut pas. L'article 1715 est conçu en termes limitatifs; le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. On irait contre son texte et son but, qui est de diminuer le nombre des procès et d'en abréger la durée, si l'on pouvait faire interroger le défendeur sur faits et articles. Si nous admettons les aveux et reconnaissances, en dehors de tout serment, c'est qu'ils sont spontanés. Mais si le défendeur comparant à l'audience n'avoue pas le bail ou en conteste la durée et les diverses conditions, le demandeur n'a que la ressource du serment. L'interrogatoire sur faits et articles entraîne une longue procédure que le législateur a voulu éviter dans une matière où tout est urgent; et, s'il peut aboutir à un aveu, ce qui est rare, il n'est en général propre qu'à produire un commencement de preuve par écrit. Or, comme ce commencement de preuve est ici inadmissible, toute procédure qui n'a d'autre résultat que de le procurer doit être écartée comme frustratoire.

Quant à l'article 324, C. pr., d'après lequel les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger sur faits et articles, il reçoit nécessairement exception en matière de louage des dispositions particulières du Code civil (1).

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 111. — Rennes, 6 août 1812, cité par Carré. — *Contrà*, DURANTON, t. 17, n° 54. — DUVERGIER, *Louage*,

S'il en était autrement, il faudrait aller jusqu'à tenir pour avérés les faits allégués, en cas de non comparution de l'assigné ou de son refus de répondre, conformément à l'article 330, C. pr. C'est précisément ce qui a décidé la Cour de cassation par l'arrêt que nous citons; mais alors on est bien loin de l'aveu spontané et volontaire qui seul est admis pour suppléer le serment.

Cependant, si un interrogatoire avait été ordonné et subi, le juge saisi de la contestation aurait à en apprécier les résultats, à l'effet d'y chercher, non pas un commencement de preuve écrite et de simples inductions, mais une reconnaissance formelle et un aveu complet (1).

Quoi qu'il en soit, si le bailleur ou le preneur offrait de prouver l'existence d'un bail écrit, mais dont l'acte instrumentaire ne peut être représenté, parce qu'il a été perdu, il n'y a pas de doute que la preuve testimoniale ne soit admissible dans ce cas, conformément à l'article 1348 (2).

40. Nous avons vu que l'article 1834 applique aux sociétés les principes du droit commun. Mais il ne régit que les sociétés civiles. Le Code de commerce fait exception pour les sociétés en nom collectif, ou en commandite, ou anonymes. Les sociétés en nom collectif doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325, Code civil (39, C. comm.). Quant aux sociétés en commandite ou anonymes, elles peuvent également être établies par actes publics ou privés. (L. 24 juillet 1867, art. 1, 21, 47). La loi suppose donc constamment la nécessité d'un acte écrit, qu'aucun autre moyen de preuve ne peut sup-

nº 257. — CARRÉ, nº 1226. — Caen, 12 nov. 1883. SIREY, 84, 2, 15. — Cass., 25 janvier 1885, SIREY, 85, 1, 109, qui rejette le pourvoi contre l'arrêt de Caen précité.

(1) Paris, 6 mai 1862. SIREY, 62, 2, 273. — Cass., 12 janv. 1864. SIREY, 64, 1, 88.

(2) Rouen, 22 juin 1842. SIREY, 43, 2, 29.

pléer. Les aveux, les reconnaissances des parties, la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve écrite, tout cela est insuffisant, quelle que soit la valeur de l'objet de la société, à moins qu'il ne s'agisse d'une simple association en participation (49, C. comm.). Autant dans l'intérêt des associés que dans celui des tiers, la loi a voulu, afin de prévenir les contestations, que les sociétés commerciales reçussent une constatation dont l'autorité fût irrécusable (1).

Mais nous devons remarquer d'abord que si, au lieu d'une société dont on allègue l'existence, il s'agissait d'une simple promesse de former une société, l'écriture ne serait plus de l'essence de cette obligation, qui constitue même un simple engagement civil. La preuve en serait recevable, soit par écrit, soit par témoins, suivant les principes généraux et ordinaires du droit commun.

Nous remarquons, en outre, que s'il s'agissait de régler et de liquider pour le passé une société de fait, et non d'en reconnaître l'existence pour l'avenir entre les prétendus associés, dans ce cas, la nécessité d'un acte écrit serait inapplicable. Des rapports de fait ayant existé entre les parties, la bonne foi veut que la liquidation en soit opérée; et comme il s'agit alors plutôt d'un fait que d'un contrat, tous moyens de preuve sont indistinctement admissibles, quelle que soit la valeur des objets sociaux et communs (2).

41. Comme la transaction a pour objet de terminer une contestation déjà née, ou de prévenir une contestation à naître, il ne faut pas que la vérification de son existence puisse être elle-même l'occasion d'un nouveau procès. La transaction irait contre son but si elle avait pour résultat de multiplier les contestations. Aussi l'article 2044 la soumet-il à un mode parti-

(1) MERLIN, Rép., v° *Société*. — TROPLONG, *Société*, n° 226. — *Contrà*, DELANGLE, *Société*, t. 2, n° 510 et suiv.

(2) TROPLONG, *Société*, n° 227.

culier de constatation. Elle doit être rédigée par écrit (1), même lorsqu'il s'agit de matière commerciale (2).

Ce n'est pas que l'écriture soit de son essence même, qu'elle soit une condition substantielle de sa validité. Elle n'est exigée que comme moyen de preuve. La transaction sera donc valable, quoiqu'elle ne soit pas constatée par écrit, pourvu que son existence et les diverses clauses dont elle est assortie soient d'ailleurs avouées et reconnues. L'article 2044 n'exclut ni les aveux, ni les reconnaissances de la partie à laquelle on l'oppose; et, en exigeant un acte écrit, il ne fait que rejeter la preuve testimoniale, alors même que l'intérêt de la transaction est inférieur à cent cinquante francs. Ce premier point est incontesté.

Mais s'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins sera-t-elle recevable? Question controversée, que nous croyons devoir résoudre négativement. Les mêmes raisons qui ont fait écarter la preuve testimoniale existent, en effet, dans ce cas, avec une égale force. C'est toujours un procès avec les mêmes inconvénients que le législateur a voulu prévenir. Le défaut d'un acte écrit faisant preuve complète établit même la présomption que si les parties ont tenté de transiger, elles n'ont cependant pas donné à leur transaction un caractère définitif (3).

Mais comme elle peut être prouvée par l'aveu et la reconnaissance de la partie à laquelle on l'oppose, le demandeur

(1) Discours de M. Albisson au Tribunat. — Voy. LOCRÉ, t. 15, p. 431. — FENET, t. 15, p. 115.

(2) Bordeaux, 5 fév. 1857. SIREY, 57, 2, 575.

(3) ZACHARIÆ, t. 3, p. 141, n^te 6, 1^re édit., et t. 4, p. 661, 4^e édit. — TROPLONG, *Transaction*, n° 30. — Caen, 12 avril 1845. SIREY, 46, 2, 168. — Pau, 1^er août 1860. SIREY, 61, 2, 339. — Nancy, 5 déc. 1867. SIREY, 68, 2, 3. — Metz, 30 nov. 1869. SIREY, 70, 2, 550. — Paris, 30 nov. 1876. SIREY, 77, 2, 68. — *Contrà*, MERLIN, Quest., v° *Transaction*, § 3, n° 3. — Cass., 28 nov. 1864. SIREY, 65, 1, 5. — Cass., 24 déc. 1877. SIREY, 78, 1, 252. — 8 janvier 1879. SIREY, 79, 1, 216. — Lyon, 8 mai 1879. SIREY, 81, 2, 118.

peut déférer à son adversaire le serment litis-décisoire (1). La délation de ce serment est, en effet, un moyen simple et facile de terminer toute contestation. Peu importe que l'article 2044 contienne une dérogation au droit commun. Il faudrait établir que non-seulement il déroge aux articles 1341 et 1347, mais encore à l'article 1358, suivant lequel le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, alors du moins que la preuve peut résulter légalement de la reconnaissance et de l'aveu des parties. Or, bien loin que toute proscription de la preuve testimoniale emporte prohibition du serment décisoire, nous voyons que l'article 1715, qui, en cas de bail, exige, comme l'article 2044, en cas de transaction, une preuve écrite, permet expressément la délation de ce serment. Il n'y a donc pas incompatibilité entre la prohibition de la preuve par témoins et la délation du serment décisoire. L'un, au contraire, supplée l'autre; ou plutôt l'inadmissibilité de l'une fait place à l'autre, si l'écriture n'est de l'essence même de la convention ou disposition qu'il s'agit d'établir. Tel est le droit commun, à moins que l'on ne prouve que l'article 1715, en autorisant la délation du serment nonobstant la prohibition de la preuve testimoniale, contient lui-même, à cet égard, des dispositions exceptionnelles; ce qui est impossible.

On ajoute, en se fondant sur les motifs de la loi, que le serment litis-décisoire répugne à la nature de la transaction; qu'il suppose un procès sur la preuve, et que la loi ne veut pas qu'il puisse même y avoir de procès. Soit; mais, quel qu'ait été le dessein du législateur de prévenir, autant que possible, les contestations, il ne saurait se flatter de l'espoir de les

(1) ZACHARIÆ, t. 3, p. 141, n^te 5, 1^re édit., et t. 4, p. 661, 4^e édit. — DURANTON, t. 18, n° 406. — DELVINCOURT, t. 3, p. 477. — FAVARD, Rép., v° *Transaction*, § 2, n° 7. — MERLIN, *ibid.*, § 8, n° 1. — Nancy, 29 juill. 1837. SIREY, 39, 2, 140. — Limoges, 6 fév. 1845. SIREY, 45, 2, 653. — *Contrà*, TROPLONG, *Transaction*, n° 29. — Montpellier, 5 déc. 1825. SIREY, 29, 1, 331.

empêcher toutes, et, encore moins, avoir la prétention de proscrire, lorsqu'elles sont nées, tous moyens légaux de preuve qui permettent au juge de les terminer. N'est-il pas évident que la délation du serment aboutira nécessairement à une dénégation ou à un aveu qui coupera court tout de suite au procès? Comment ce moyen de preuve serait-il inadmissible, par cela seul qu'il intervient au milieu d'un débat? Mais si cette raison était fondée, il faudrait aller jusqu'à dire que tout aveu judiciaire doit être écarté, parce que, y ayant procès, ce moyen de preuve répugne à la nature de la transaction; ce qui est évidemment inadmissible; car, d'une part, en fait, les aveux n'interviennent, le plus souvent, que dans le cours d'une instance, et, d'autre part, la valeur légale de ces aveux, pourvu qu'ils soient libres, éclairés et émanés de personnes capables, n'est pas subordonnée aux circonstances au milieu desquelles ils se sont produits.

Mais de ce que nous admettons ici le serment décisoire, il ne s'ensuit point que celui qui dénie l'existence d'une transaction puisse être interrogé sur faits et articles. C'est bien de cette procédure que l'on peut dire qu'elle répugne à la nature de la transaction. Nous ajoutons que ces interrogatoires ne produisent, le plus souvent, qu'un simple commencement de preuve par écrit, et qu'ils sont ainsi frustratoires, puisque ce commencement de preuve est sans efficacité en matière de transaction (1).

Les juges peuvent, toutefois, ordonner une comparution personnelle à l'audience, interroger les parties, les entendre dans leurs explications, et essayer d'obtenir d'elles un aveu. Que si elles ne parviennent point à se mettre d'accord sur l'existence de la transaction et ses clauses particulières, les juges n'ont qu'à rejeter la demande comme n'étant pas justifiée. Ils ne sauraient, en effet, imposer, soit à l'une ou à l'autre, un contrat qui n'est point régulièrement formé, et sur l'existence ou les termes duquel elles sont en débat.

(1) TROPLONG, *Transaction*, n° 31.

Nous ferons encore remarquer, à cet égard, que l'on ne doit point assimiler à une preuve régulière et complète, des demi-aveux, des demi-reconnaissances qui, étant contredits et contestés, auraient besoin d'être complétés par des présomptions et autres adminicules de preuve que la loi, en cette matière, déclare inadmissibles. Aussi, lorsqu'on poursuit un aveu judiciaire par la voie d'explications à l'audience ou de la délation du serment, doit-on poser des questions aussi simples, aussi claires que possible, et qui ne laissent aucune place à l'ambiguité ni à l'équivoque.

Quant au compromis par lequel les parties se donnent des juges de leur choix pour terminer leur différend, il doit lui-même, comme la transaction, être rédigé par écrit. Il est fait par procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée (1005, C. pr.). Nous croyons, en conséquence, devoir appliquer à ce contrat tout ce que nous venons de dire de la transaction. Car la loi se fonde ici sur des motifs semblables pour exiger une preuve écrite, quelle que soit la valeur de la chose mise en arbitrage. Elle ne veut pas qu'un acte qui a pour objet de remettre à des tiers le soin de terminer une contestation, puisse être la cause d'une contestation nouvelle.

Du reste, s'il était allégué que l'acte constatant la transaction (1) ou le compromis à été détruit ou perdu, tous moyens de preuve seraient admissibles, conformément à l'article 1348.

42. Le nantissement civil s'écarte, sous certains rapports, des règles ordinaires, et, sous d'autres, il s'y rattache. Entre les parties contractantes, le gage est soumis aux dispositions du droit commun concernant la preuve. C'est ce qu'exprimait formellement M. Gary, organe du tribunat (2). « S'il ne s'agit, disait-il, que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité

(1) Zachariæ, t. 3, p. 141, 1re édit., et t. 4, p. 661, 4e édit.
(2) Fenet. t. 15, p. 215.

de cette convention doit être établie sont celles prescrites par la loi des contrats et obligations conventionnelles en général. »

Mais à l'égard des tiers, il y a lieu de faire une triple distinction. S'agit-il de choses excédant la valeur de cent cinquante francs, le privilége résultant du gage n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing-privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure (2074). La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont ainsi prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs (2074).

S'agit-il de choses ne dépassant pas cette somme, le gage purement verbal est valable, même à l'égard des tiers, et la preuve testimoniale en est admissible (1). Le législateur a pensé que dans une matière dont l'intérêt est si minime, il n'y a pas lieu de prendre, contre les simulations et les fraudes, des précautions qui exigent l'accomplissement de formalités coûteuses, dont le prix serait en disproportion avec l'importance de l'acte.

S'agit-il enfin de meubles incorporels, tels que les créances mobilières, le privilége ne s'établit que par acte public ou sous seing-privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (2075). La nécessité de ces formalités particulières montre suffisamment qu'elles s'appliquent même aux créances qui ne dépassent pas cent cinquante francs (2).

L'article 2085 dispose que l'antichrèse ne s'établit que par écrit. Cette preuve littérale est exigée aussi bien à l'égard du débiteur et du créancier, qu'à l'égard des tiers, quelle que soit la valeur du fonds donné en antichrèse (3). De plus, pour être

(1) TROPLONG, *Nantissement*, n° 112.

(2) TROPLONG, *Nantissement*, n° 267. — DURANTON, t. 18, n° 524, — ZACHARIÆ, t. 3, p. 171, 1re édit., et t. 4, p. 704, 4e édit.

(3) TROPLONG, *Nantissement*, n° 514. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 175, 1re édit., et t. 4, p. 716, 4e édit. — DURANTON, t. 18, n° 558.

opposable aux tiers, le contrat doit avoir date certaine par l'un des moyens de l'article 1328 (1).

Ce n'est pas que l'écriture soit, à l'égard du débiteur, une condition essentielle de sa validité. L'article 2085, en exigeant une preuve écrite, se borne à proscrire la preuve testimoniale et à rejeter les conventions simplement verbales, qui, en cette matière, ainsi que le disait M. Berlier (2), pourraient devenir le prétexte de nombreux désordres. Le créancier et le débiteur pourront donc se prévaloir, l'un contre l'autre, de leurs aveux et reconnaissances (3).

Mais la preuve testimoniale de l'antichrèse serait inadmissible, quand bien même il existerait un commencement de preuve par écrit. Les termes de l'article 2085 sont, en effet, impératifs, absolus et exclusifs de la preuve testimoniale; car le commencement de preuve par écrit ayant besoin d'être complété par des témoignages ou des présomptions, on ne peut dire que l'antichrèse ne soit établie que par écrit, ainsi que l'exige la loi. Il faut donc que les parties justifient, sans incertitude ni équivoque, de la nature des conventions alléguées. Remarquons, au surplus, que, sous certains rapports, l'antichrèse se rapproche du bail, et qu'il convient de lui appliquer, quant à la preuve, les mêmes règles (4).

Par les mêmes considérations, nous repoussons, comme au cas de bail, l'interrogatoire sur faits et articles, et n'admettons, en l'absence d'une preuve écrite, que la délation du serment décisoire.

Mais il est incontestable que, s'il était allégué que le titre constitutif de l'antichrèse a été détruit ou perdu, la preuve de son existence serait recevable par témoins, suivant le n° 4 de l'article 1348.

(1) TROPLONG, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 13, n° 560.
(2) FENET, t. 15, p. 211.
(3) TROPLONG, *Nantissement*, n° 515. — DURANTON, t. 18, n° 558.
(4) *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 3, p. 175, 1re édit., et t. 4, p. 716, 4e édit.

43. D'après l'article 1907, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Si cette disposition peut s'expliquer sous l'empire d'une législation qui autoriserait les stipulations arbitraires d'intérêt, elle ne se comprend plus aujourd'hui que la loi de 1807 fixe elle-même le taux de l'intérêt légal. Mais enfin, puisqu'elle existe, il faut bien qu'elle soit exécutée, et il s'ensuit évidemment qu'elle s'applique même au cas où il s'agit d'une somme principale inférieure à cent cinquante francs (1).

Mais remarquons bien qu'il ne s'agit que du taux de l'intérêt, et non de la stipulation de l'intérêt considérée en elle-même. Cette stipulation, abstraction faite du taux, peut être établie par tous moyens légaux de preuve, conformément aux règles ordinaires; c'est-à-dire quelle pourra l'être par les mêmes moyens de preuve qui seront admissibles à l'égard de la convention principale. Toutefois, si la preuve du taux de l'intérêt n'est pas administrée par écrit, comme l'exige l'article 1907, ce sera l'intérêt de droit qui sera dû au taux légal.

Cependant, M. Duranton (2) infère de cet article que la preuve par témoins d'une convention verbale d'intérêts est inadmissible, quand même il s'agirait d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs. Il va même jusqu'à dire qu'il n'y a pas lieu à déférer le serment, ni à faire interroger le débiteur sur le fait de cette promesse d'intérêts qui ne produit aucune action. Mais cette opinion excessive se réfute par l'article 1342. Si, en effet, d'après cet article, la preuve testimoniale n'est pas reçue au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs, réciproquement, cette preuve est recevable lorsque le capital et les intérêts réunis ne dépassent pas cette somme. La preuve testimoniale est alors indistinctement admissible pour la dette des intérêts comme

(1) TROPLONG, *Prêt*, n° 409.
(2) T. 17, n° 598.

pour la dette du principal. Donc, il n'est pas vrai qu'une promesse verbale d'intérêts soit inefficace et ne produise aucune action.

Quant à la prohibition de prouver par témoins le taux de l'intérêt qui a été convenu, il faut remarquer qu'aujourd'hui elle se retourne contre le débiteur; car il ne peut jamais s'agir dans ce cas, que de l'allégation d'un taux inférieur à l'intérêt légal. Or, du moment qu'il est établi contre lui que des intérêts sont dus, et qu'il n'y a de débat que sur le taux de ces intérêts, il nous semble, conformément à la loi de réciprocité, qu'il est en droit d'établir le taux de l'intérêt, par les mêmes moyens de preuve qui ont été reçus pour établir contre lui l'existence de la dette en principal et intérêts. Il peut, en conséquence, soit s'autoriser de la preuve même qui a été administrée contre lui par le créancier, pour justifier que le taux de l'intérêt a été convenu, par exemple, à trois ou à quatre seulement, soit enfin suppléer la preuve écrite, que l'article 1907 exige, par l'aveu de la partie, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles (1), et même la preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit, suivant les principes du droit commun.

Il est, du reste, bien entendu que s'il s'agissait d'un taux usuraire, l'article 1907 serait inapplicable, et que la preuve testimoniale et les présomptions seraient admissibles de droit.

Article 1348.

Elles 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. — Cette seconde exception s'applique — 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits; —

(1) Troplong, *Prêt, ibid.* — Duvergier, *Prêt*, n° 255.

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.

Sommaire.

1. Ordonnance de 1667.
2. L'article 1348 n'est pas limitatif.
3. Il faut qu'il y ait eu impossibilité de se procurer une preuve littérale.
4. Quelle doit être cette impossibilité?
5. Une simple difficulté ne suffit pas.
6. Elle peut être inégale suivant les personnes. Exemple.

§ 1er.

7. Quasi-contrat. *Quid*, s'il se rattache à un contrat antérieur? Exemple.
8. Suite.
9. Gestion d'affaires. Mandat.
10. Suite.
11. Suite. On tente vainement d'éluder la loi.
12. Répétition de l'indû.
13. Suite.
14. Délits et quasi-délits.
15. Erreur, violence, dol.
16. Le dol et la fraude doivent se confondre avec la consommation même du fait juridique. Exemple.
17. Peu importe qu'il ait été l'occasion d'un dol postérieur.
18. Simulation, exemple.
19. Des fraudes à la loi.
20. Antidates ou postdates frauduleuses.
21. Des tiers, en cas de fraude à leurs droits.
22. *Secùs*, des créanciers exerçant les droits de leur débiteur.

23. Certains délits présupposent un fait civil. Faux serment. Abus de confiance.
24. Peu importe la juridiction saisie.
25. Le fait civil ne produit point de question préjudicielle dont la juridiction criminelle doive renvoyer la connaissance aux tribunaux civils.
26. L'action publique est assimilée à l'action privée, quant à la preuve,
27. Sauf les mêmes exceptions.

§ 2.

28. Dépôts nécessaires. Observation sur la rédaction de ce paragraphe.
29. Pourquoi la preuve testimoniale est admissible?
30. Dépôts faits en logeant dans une hôtellerie.
31. Suite.
32. Les juges peuvent rejeter la preuve offerte,
33. Même en cas d'incendie, naufrage, etc...
34. Cafés, billards, bains, etc...
35. Voituriers par terre et par eau. Différence.
36. *Quid,* des objets oubliés et laissés?
37. Des pièces remises aux huissiers et autres officiers publics ou ministériels.
38. Des objets remis à des artistes et ouvriers.

§ 3.

39. Accidents imprévus.

§ 4.

40. Perte du titre.
41. Il faut d'abord prouver le cas fortuit. Ses caractères.
42. L'allégation d'un cas quelconque de perte ne suffit pas.
43. Du cas où la perte du titre présuppose un contrat antérieur.
44. La preuve de l'événement se confond souvent avec la preuve de la perte du titre. Exemple.
45. Tout fait de tiers est un cas fortuit, sauf appréciation.
46. Il reste à prouver la teneur du titre,
47. Mais rien au delà.
48. Différence entre l'acte authentique et l'acte privé.
49. Du cas où l'acte est soumis à certaines formalités spéciales.
50. Sauf les cas de fraude et de soustraction, un héritier ne peut prouver par témoins que son cohéritier doit à l'auteur commun.
51. Billets de banque, titres au porteur.

COMMENTAIRE.

1. A l'impossible nul n'est tenu. Tel est le principe de la nouvelle exception consacrée par notre article.

L'ordonnance de Moulins ne contenait aucune disposition spéciale à cet égard, regardant sans doute comme inutile d'énoncer ce que les règles ordinaires suppléaient d'elles-mêmes. Cependant l'ordonnance de 1667, titre 20, articles 3 et 4, disposait : « N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où on ne pourrait avoir fait des actes... ; ni pareillement pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

2. Remarquez ces mots : où on ne pourrait avoir fait des actes; voilà le fondement de l'exception. Aussi la jurisprudence l'avait-elle étendue, sous l'ordonnance de 1667, à tous les cas non spécialement prévus où l'on ne pouvait avoir fait des actes. Il serait, en effet, injuste et absurde que la loi exigeât l'impossible, et exclut les parties du seul genre de preuve qui ait été à leur disposition. Les règles ci-dessus reçoivent donc 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 (1348). Et, dans ce cas, la preuve testimoniale est admissible, non-seulement lorsqu'il s'agit de choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, mais encore lorsqu'il s'agit de prouver contre et outre le contenu aux actes. L'exception est générale et ne comporte aucune distinction. Nous remarquons seulement qu'il est assez difficile de comprendre comment il serait possible d'avoir à prouver quelque chose contre et outre le contenu aux actes, sauf le cas où le créancier aurait perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

L'énumération de certains cas auxquels s'applique cette seconde exception n'a, dans l'article 1348, aucun caractère limitatif. Comme le principe est que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, il s'ensuit que la preuve testimoniale peut être invoquée lorsque, sans se trouver dans aucun des cas énoncés dans notre article, on a été, néanmoins, dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale (1).

3. D'un autre côté, comme l'exception est fondée seulement sur l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, elle cesse toutes les fois qu'il a été possible de se procurer une preuve de ce genre, alors même que l'on se trouve dans l'un des cas spécialement énoncés dans l'article 1348. En un mot, l'admissibilité de la preuve testimoniale est subordonnée à l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ; mais elle n'est soumise à aucune autre condition, et toute espèce où cette impossibilité existe rentre dans les dispositions de l'article 1348, comme aussi on retombe sous l'empire des règles générales relatives à la prohibition de la preuve testimoniale, lorsqu'il a été possible, quelque soit le cas, de se procurer une preuve littérale (2).

4. Quel doit être le caractère de cette impossibilité? Le Code ne s'en explique point. Mais si l'on examine la nature de quelques-uns des cas qu'il prévoit, il est facile de se convaincre qu'il n'exige point une impossibilité physique et absolue, et qu'une simple impossibilité relative et morale peut également suffire pour faire admettre la preuve testimoniale de la part de celui qui l'invoque. Nous n'en voulons d'autre preuve que les nos 2 et 3 de l'article 1348, qui déclarent l'exception applicable aux obligations contractées en cas d'accidents impré-

(1) FAVARD, Rép., vo *Preuve,* § 1, no 20. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 741, 1re édit., et t. 8, p. 344, 4e édit. — Cass., 18 mai 1841. SIREY, 41, 1, 545.

(2) FAVARD, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.*

vus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, en subordonnant, toutefois, l'admission de la preuve testimoniale à la qualité des personnes et aux circonstances du fait. Les juges sont donc investis, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation, et il suffit qu'ils aient constaté, d'après les faits de la cause, une impossibilité quelconque de se procurer une preuve littérale, pour que la preuve testimoniale soit légalement admissible (1).

5. Plus le pouvoir des juges est étendu quant à l'appréciation des faits qui peuvent constituer l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, plus ils doivent y apporter de modération et de réserve. Les divers cas spécialement désignés dans l'article 1348 indiquent eux-mêmes que si cette impossibilité peut être simplement relative et morale, elle doit néanmoins être réelle. Si les dispositions de notre article n'ont rien d'exclusivement limitatif, elles servent du moins à déterminer quel doit être le caractère général de cette impossibilité. Il doit être le même que dans les cas particuliers énumérés à titre d'exemples. Une simple difficulté ne suffit pas, et ce n'est pas seulement à ceux qui ont pu facilement se procurer une preuve littérale que la loi interdit la preuve par témoins. C'est à tous ceux qui ont pu, même avec une certaine difficulté, obtenir une preuve écrite, que s'adresse cette interdiction. Il faut donc effacer ce mot, facilement, dont se servait Pothier (2). Les dispositions du Code doivent être entendues plus rigoureusement.

On ne saurait non plus considérer comme une impossibilité légalement caractérisée, et conséquemment de nature à autoriser l'admission de la preuve testimoniale, celle qui ne serait fondée que sur des considérations de réserve, de politesse et

(1) FAVARD, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 9, nos 139, 200, 203. — BONNIER, nos 110 et suiv. — Cass., 18 mai 1841. SIREY, 41, 1, 545. — Bordeaux, 2 mars 1871. SIREY, 71, 2, 221.

(2) *Oblig.*, n° 775.

d'égards, qui auraient empêché la partie qui les allègue de demander une preuve écrite. La loi, dans sa rigueur, ne fait aucune exception pour de semblables procédés, et elle ne pouvait en faire.

6. L'impossibilité, quelle qu'elle soit, de se procurer une preuve littérale peut elle-même ne pas être égale à l'égard de toutes personnes indistinctement; elle peut exister à l'égard de l'une, et non à l'égard de l'autre. Je prétends, par exemple, avoir acheté de vous un héritage, et j'offre de prouver que s'il n'a pas été rédigé d'acte de vente, c'est uniquement par la faute et la négligence du notaire chargé de sa rédaction. Je demande, en conséquence, à être admis à prouver par témoins l'existence de la convention alléguée, comme étant dans l'un des cas prévus par l'article 1348, où il m'a été impossible de me procurer une preuve littérale. La preuve testimoniale ne sera pas admissible envers vous, parce que, à votre égard, je n'ai pas été dans l'impossibilité d'obtenir une preuve écrite de la vente, puisque je pouvais retirer de vous, soit un acte privé, soit un acte authentique, en recourant au ministère d'un autre notaire, à défaut de celui auquel je m'étais d'abord adressé, et dont mon intérêt me faisait un devoir de surveiller la conduite.

Mais, à l'égard de l'officier public qui a négligé ou omis de rédiger la vente, je serai admis à prouver par témoins les faits de négligence et d'incurie que j'allègue de sa part. L'obligation que je prétends établir contre lui se fonde, en effet, sur un délit ou un quasi-délit qui lui est personnellement imputable, et dont je n'ai pu obtenir vis-à-vis de lui une preuve littérale (1).

Entrons maintenant dans le commentaire de chacun des paragraphes de notre article.

(1) Limoges, 4 juin 1840. SIREY, 40, 2, 491.

§ 1er.

7. La seconde exception qu'il pose s'applique, 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits (1348).

Si jamais il est impossible de se procurer une preuve écrite, à coup sûr, c'est lorsqu'il s'agit de faits purs et simples dont les résultats matériels produisent, dans les rapports entre les personnes, des conséquences juridiques. Les faits de cette nature sont donc susceptibles d'être prouvés par témoins, quelque soit l'intérêt que présente leur constatation. Tels sont les faits de possession, de culture, de jouissance, d'enlèvement de fruits et autres de cette nature, qui ne supposent, à l'égard des parties entre lesquelles se meut la contestation, l'intervention d'aucun lien de droit contractuellement formé (1).

Cependant du moment qu'il ne s'agit plus seulement d'un fait pur et simple, et qu'on prétend, au contraire, caractériser ce fait et ses conséquences par un contrat dont on invoque l'existence, et auquel on prétend le rattacher, la preuve testimoniale en sera bien encore admissible; mais l'admission de cette preuve sera modifiée dans ses résultats par l'existence des liens contractuels qui sont allégués. Je puis prouver par témoins que j'ai possédé, cultivé, ensemencé tel héritage. Mais si je prétends rattacher ces actes de possession à un contrat de vente qui m'aurait été consenti, je ne pourrai établir l'existence de ce contrat qu'au moyen d'une preuve écrite, conformément à l'article 1341. Ma possession, prouvée par témoins, aura sans doute pour conséquence juridique de m'autoriser à réclamer le remboursement des frais de culture contre le véritable propriétaire, auquel j'aurai restitué la chose et les fruits. Mais elle n'aura pas pour effet d'établir la preuve, ou même un commencement de preuve légale de l'existence

(1) Cass., 23 mai 1860. SIREY, 60, 1, 792.

du contrat de vente par lequel je prétends caractériser ma possession.

Je suis de même recevable à prouver par témoins que j'ai possédé jusqu'à telle limite, à l'effet d'établir la prescription en ma faveur. Mais si je prétends expliquer mes faits de possession, insuffisante pour prescrire, par une convention de bornage dont j'allègue l'existence, je ne pourrai en administrer qu'une preuve écrite, suivant l'article 1341. Car il s'agit alors non plus d'un fait pur et simple, mais d'un lien juridique contractuel qui sert à le caractériser dans son principe et dans ses effets.

De même enfin lorsque, s'agissant de l'exécution d'un contrat, je prétends que mon adversaire a été en faute en manquant des soins dont il était tenu, je puis bien prouver par témoins la contravention que j'allègue. Mais la preuve testimoniale du contrat auquel je veux la rattacher, comme constituant une faute contractuelle, ne sera admissible que si l'objet de ce contrat est d'une somme ou valeur qui ne dépasse pas cent cinquante francs, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

8. Nous pouvons conclure en posant ce principe général, dont les exemples qui précèdent suffisent pour faire comprendre toute la portée : Lorsque le fait qui forme le sujet de la contestation, considéré dans son ensemble, comprend à la fois un fait pur et simple et une convention quelconque, la preuve de chacun des éléments qui le composent n'est admissible que conformément aux règles générales que nous avons déjà établies ; c'est-à-dire que le fait pur et simple pourra être prouvé par témoins, tandis que le lien juridique contractuel devra être prouvé au moyen d'un acte écrit, si son objet est d'une somme ou valeur supérieure à cent cinquante francs. Ainsi se combinent les principes rigoureux du droit, suivant qu'il a été impossible ou, au contraire, possible de se procurer une preuve littérale, eu égard au caractère particulier et à la nature propre

de chacun des éléments qui entrent dans la composition du fait. Nous allons retrouver l'application de ce principe en matière de délits ou de quasi-délits.

9. Les obligations qui naissent des quasi-contrats se forment en général sans le concours et la participation de la personne envers laquelle elles sont contractées. Il lui est dès lors, impossible de s'en procurer une preuve écrite. La preuve testimoniale est donc admissible de la part du maître, non-seulement pour établir le fait de la gestion d'affaires, mais encore chacun des éléments particuliers de cette gestion, ainsi que les conditions spéciales de chacun de ces éléments, qui entrent dans la reddition générale de compte (1).

Le mandant pourrait lui-même, en dehors de la preuve du mandat qui reste sous l'empire des règles générales, établir par témoins les faits particuliers qui se rapportent à son exécution; par exemple, les actes de mauvaise administration, de détournements, de dissimulations, d'emplois de deniers à la charge du mandataire. Car de toutes ces choses, il ne lui a pas été possible d'avoir une preuve écrite (2).

Peu importe que le maître dont la chose a été gérée par un tiers ait connu ou non la gestion. Soit qu'il l'ait ignorée, ou qu'il ait pu, la connaissant, s'y opposer, dans tous les cas, comme il n'est intervenu entre lui et le gérant aucun contrat formel, qu'il n'y a eu qu'une succession de purs faits d'administration dont il n'a pas été possible de retirer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admissible, à quelque somme que la demande puisse monter (3). Le silence du maître peut constituer une adhésion aux actes du gérant; mais il ne saurait équivaloir à une convention de mandat, seul cas où l'ac-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 778.— TOULLIER, t, 9, n° 141. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 742, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit. — BONNIER, nos 99 et suiv. — Cass., 18 fév. 1878. SIREY, 81, 1, 72. — 2 mars 1881. SIREY, 82, 1, 23.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 141.

(3) *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 357.

cord des parties permet à l'une et à l'autre de retirer une preuve littérale.

La preuve testimoniale est également admissible de la part du gérant et du maître. Les termes absolus de l'article 1348 établissent entre eux une parfaite réciprocité, et ne comportent aucune distinction.

Quant aux obligations qui naissent de faits et d'actes qui ont eu pour conséquence de causer un bénéfice à l'égard de tiers, il est plus sensible encore qu'elles peuvent être établies par témoins. Soit donc qu'il s'agisse d'une action *negotiorum gestorum*, pour gestion d'affaires, ou *de in rem verso*, pour profit réalisé, les faits sur lesquels elle est fondée sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

10. Il n'est pas toujours facile de distinguer les faits de gestion simple de ceux qui constituent une véritable exécution de mandat. Lorsqu'il s'agit de faire cette distinction, il ne faut jamais perdre de vue ce principe essentiel, que la gestion d'affaires est un pur fait, tandis que le mandat est une convention.

Un notaire s'interpose spontanément pour procurer le placement de fonds appartenant à un tiers. C'est là un fait de gestion d'affaires qui pourra être établi par témoins contre lui, à l'effet de le rendre responsable du dommage qu'il a causé au prêteur, en ne s'assurant pas avec une exactitude suffisante de la solvabilité des emprunteurs et de la valeur des garanties fournies par eux (1).

Que si, au contraire, on excipe contre lui de l'inexécution d'un prétendu mandat qui lui aurait été donné, et dont il se serait chargé, il faut alors le prouver suivant les règles ordinaires. Tel est le cas où l'on prétend qu'il devait, avant de régulariser un contrat de vente, retirer un état des inscriptions ou prendre toute autre précaution convenue (2).

(1) Cass., 19 mars 1845. SIREY, 45, 1, 262.
(2) Lyon, 18 juill. 1845. SIREY, 46, 2, 167.

Le plus souvent, la nature des imputations servira à expliquer le véritable caractère du fait, mandat ou gestion d'affaires. Si des faits de négligence et d'omission sont seuls relevés, il y aura plutôt apparence de mandat, parce qu'ils s'accordent mieux avec un contrat de cette espèce qu'avec une gestion d'affaires, qui suppose une immixtion active dans les affaires d'autrui.

11. On a souvent essayé d'éluder les prohibitions de la loi, en offrant de prouver d'abord, par témoins, des faits de l'existence desquels on prétend ensuite déduire la preuve d'une convention, par exemple, d'un mandat tacite. Les juges doivent déjouer cette fraude à la loi, en repoussant la preuve testimoniale. Il n'est pas, en effet, permis de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire d'une manière directe. Mais si les faits dont on offre la preuve ne sont point contestés, s'ils sont établis par des aveux ou des actes, alors le juge peut, après en avoir ainsi acquis une connaissance légale, leur donner leur véritable signification, et en déduire la preuve du contrat allégué (1).

Cette règle s'applique également au cas où l'avoué ayant besoin, suivant l'article 352, C. pr., d'un pouvoir spécial de son client, pour un acte de son ministère, la matière excède la valeur de cent cinquante francs. La preuve testimoniale en est irrecevable (1341, 1985), sans que les faits de la cause desquels on prétend faire découler la preuve du mandat, puissent l'établir légalement (2), s'ils ne sont eux-mêmes reconnus et avérés.

12. L'exception dont nous nous occupons ici ne s'applique pas, du moins en général, au quasi-contrat résultant de la réception de l'indû. En effet, celui qui exerce une action en répétition de ce qu'il prétend avoir payé indûment et par

(1) TROPLONG, *Mandat*, nos 142 et 143.
(2) Cass., 14 juill. 1851. SIREY, 51, 1, 590.

erreur, doit commencer par établir, conformément aux règles ordinaires, le payement qu'il allègue. Vis-à-vis de celui qui a reçu, et qu'il considérait comme véritablement créancier, il s'est trouvé dans la même position qu'en face d'un créancier réel. Il pouvait et devait, en conséquence, retirer une quittance écrite (1).

S'il ne se fait point remettre une quittance de cette nature, il pourra cependant y suppléer par la remise du titre ou de la grosse du titre constitutif de la créance. La possession de cet acte instrumentaire faisant preuve ou présomption du payement (1282-1283), suffira pour fonder son action en répétition de l'indû (2).

Si la chose délivrée en payement consistait en un corps certain et déterminé, qui pût être l'objet d'une action en revendication de la part de celui qui prétend avoir payé ce qu'il ne devait pas, la preuve testimoniale serait admissible, et voici comment : Celui qui exerce l'action en répétition de l'indû revendique le corps certain qu'il a payé, et prétend que la chose possédée par le défendeur est sa propriété ; tous chefs de contestation, possession du défendeur, propriété du demandeur, identité de la chose, qui sont susceptibles d'être établis par témoins. Or, le défendeur étant supposé avoir reçu le payement sans être réellement créancier, il s'ensuit qu'il ne peut, par aucune justification contraire, échapper à l'action du demandeur, quoique ce dernier n'ait fait constater le payement par aucune espèce d'acte.

13. Supposons encore que, me croyant réellement débiteur, je paye par erreur la dette d'un autre. Dans ce cas, j'ai le droit de répétition contre le créancier, à moins qu'il n'ait supprimé son titre par suite du payement (1377). Dès lors, je n'ai de recours que contre le véritable débiteur. Je pourrai néanmoins,

(1) DURANTON, t. 13, nº 358. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 742, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 743, 1re édit., et t. 8, p. 345, 4e édit.

malgré la suppression du titre, établir par témoins l'existence de la dette de ce dernier. Je suis, en effet, dans l'exception posée dans le dernier paragraphe de l'article 1348; et, d'autre part, on ne saurait admettre que l'article 1377 ne m'ait accordé contre le véritable débiteur qu'un recours illusoire, si la preuve testimoniale n'était pas admissible, après la suppression du titre, pour établir l'existence de sa dette (1).

14. Quant aux obligations qui naissent des délits ou quasi-délits, la preuve testimoniale peut toujours en être invoquée. Car il est évident que le créancier n'a pu s'en procurer la preuve littérale.

Ces mots, de délits et de quasi-délits, ont une acception fort étendue; ils comprennent tous les faits qui, sans constituer, d'après la loi criminelle, une contravention, un délit ou un crime, causent à autrui un dommage dont leur auteur est responsable, soit qu'il ait agi ou non avec l'intention de nuire. Nous ne les considérons ici qu'au point de vue des obligations juridiques qui en naissent à l'égard des parties lésées, et de l'action civile à laquelle elles servent de fondement.

L'admissibilité de la preuve testimoniale ne présente aucune difficulté, lorsque les délits ou quasi-délits ne se rattachent à l'existence d'aucune convention antérieurement formée entre ceux qui les ont commis et ceux qui en éprouvent un dommage. Alors, au contraire, que leur perpétration se lie à l'existence, l'exécution ou l'inexécution du contrat ou de tout autre acte juridique, il n'est pas toujours aussi facile de décider la question d'admissibilité ou d'inadmissibilité de la preuve testimoniale. Le principe qui doit servir de règle se trouve posé en tête de notre article : Le créancier a-t-il pu, oui ou non, se procurer une preuve littérale? Voilà toute la question, et elle se reproduit incessamment.

15. On ne saurait douter que la partie qui attaque de nullité

(1) ZACHARIÆ, *ibid.*

un acte pour cause d'erreur, de violence ou de dol, ne puisse établir par témoins l'existence des différents vices de consentement qu'elle allègue. Car elle a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale, soit que l'acte soit authentique ou privé (1).

Seulement, s'il s'agit d'un acte authentique, et que les allégations d'erreur, de violence, de dol, de fraude et de simulation, reposent sur des faits qui soient en contradiction avec les énonciations de l'acte, alors il est nécessaire de se pourvoir par la voie de l'inscription de faux (2).

16. On a souvent tenté d'éluder, à la faveur d'une allégation de dol, les prohibitions de l'article 1341. Mais il ne suffit pas qu'un dol quelconque ait existé pour que la preuve testimoniale soit admissible ; il faut que le dol soit tel que les manœuvres qui le constituent aient eu pour résultat de surprendre le consentement de celui qui prétend l'établir.

Voici une espèce : Catherine Vianès remet à Lezin-Delpech des billets pour que l'endossement en blanc soit rempli en son nom. Cette remise est provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses. Lezin-Delpech remplit les endossements à son profit, et soutient ensuite que les billets sont sa propriété. La preuve testimoniale sera-t-elle admissible de la part de Catherine Vianès? Oui, a décidé la Cour de cassation (3), par le motif « qu'au fond il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la violation d'un dépôt volontaire ; que le fait déclaré constant par l'arrêt attaqué constitue uniquement un détournement de valeurs dont la remise a été provoquée et déterminée par

(1) TOULLIER, t. 9, nos 172 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 745, 1re édit., et t. 8, p. 314, 4e édit. — MERLIN, Rép , vo *Dol,* no 6. — FAVARD, Rép., vo *Preuve,* § 1, no 6. — Cass., 20 déc. 1832. SIREY, 33, 1, 344. — 3 juin 1835. SIREY, 35, 1, 428. — 4 fév. 1836. SIREY, 36, 1, 839. — 28 nov. 1838. SIREY, 39, 1, 813.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 752, 1re édit., et t. 8, p. 354, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, nos 175 et suiv.

(3) 27 mai 1837. SIREY, 38, 1, 187. — Voy. encore Cass., 9 mars et 10 nov. 1871. SIREY, 72, 1, 94.

des moyens de fraude; qu'en s'appropriant ces valeurs par suite de la dite remise, Lezin-Delpech n'a fait que réaliser le bénéfice des manœuvres frauduleuses qui l'ont précédée; d'où il suit que c'est au moment même où elles ont eu lieu que remonte le délit dont il s'est rendu coupable. »

La preuve testimoniale a été ainsi déclarée admissible, parce que les manœuvres dolosives, se confondant avec la consommation même de l'acte, ont eu pour effet de surprendre le consentement de la partie. Elle a été, en effet, réellement dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Autre espèce : Humbert était débiteur envers Vibrac d'une somme de trois cents francs, en vertu d'une reconnaissance sous signature privée. Vibrac demande à son débiteur un titre écrit sur papier timbré, en échange de la simple reconnaissance. Humbert y consent, se fait remettre la reconnaissance, et donne à Vibrac un billet dans lequel il n'avait porté que cent francs. Poursuivi pour abus de confiance, il fut condamné, suivant l'article 408, C. p., par la Cour d'appel de Nancy. Pourvoi de sa part. Il prétend que le titre lui avait été remis volontairement par Vibrac; que cette remise volontaire, aux termes de l'article 1282, établissait une présomption de libération contre laquelle la preuve testimoniale n'était pas admissible; qu'enfin l'abus de confiance prétendu présupposait l'existence d'un acte civil dont la preuve par témoins n'était recevable qu'autant qu'il eût existé un commencement de preuve par écrit. Le pourvoi fut rejeté, parce que la Cour de cassation plaça l'espèce dans l'un des cas d'exception prévus par l'article 1348, « attendu qu'il résultait des termes de l'arrêt qu'il y avait eu fraude de la part du débiteur dans le fait qui avait donné lieu à la remise non spontanée du billet, comme dans l'abus qui avait été fait par lui de cette remise; que, dès lors, l'appropriation frauduleuse ainsi déterminée et ainsi caractérisée rentrait dans le cas d'exception prévu par l'article 1348, C. civ., combiné avec l'article 1353 du même Code (1) ».

(1) 14 juillet 1843. SIREY, 43, 1, 806.

Dans les cas ordinaires de dol, les manœuvres touchent au fond même de l'acte, sans se référer au mode de sa constatation. Vous me déterminez par dol à vous vendre ma propriété ; ce qui ne m'empêche pas de vous en passer acte d'une façon parfaitement régulière en apparence : Voilà une espèce qui diffère essentiellement de celles que nous venons de rappeler. Dans celles-ci, en effet, le dol a porté tout à la fois sur le fond même de la convention et sur la manière de la constater. Il a provoqué et déterminé la remise des valeurs, sans rédaction d'aucun acte écrit constatant cette remise. Cependant, dans l'une et l'autre hypothèse, la preuve par témoins est également admissible, parce que le consentement n'a été également ni libre ni spontané, et que le détournement des choses remises et confiées, sans preuve écrite, est un fait en dehors de toute prévoyance de la part de la partie lésée. C'est précisément ce qui a lieu en matière d'escroquerie (405, C. p.), laquelle ne se distingue du dol ordinaire que par l'intensité et les caractères plus graves de la fraude.

Par les mêmes raisons, la preuve par témoins est recevable lorsque le dol a été pratiqué en vue de déterminer la personne qui en est la victime à ne point exiger une preuve littérale. Tel est le cas où, vous souscrivant des billets de complaisance, ou faisant avec vous tout autre acte simulé, vous me décidez, au moyen de manœuvres dolosives et frauduleuses, à ne point retirer de preuve écrite de la simulation convenue. Ici le dol ne concerne point le fond du contrat ; il ne touche qu'au mode de sa constatation. Cependant, comme ce sont vos manœuvres qui ont égaré ma raison et déconcerté ma prévoyance, je serai admis à les établir au moyen de la preuve testimoniale.

Tel serait encore le cas où, obtenant de moi la remise de fonds ou valeurs, vous parvenez par dol à me déterminer à ne point en prendre une preuve écrite. Je pourrai prouver par témoins les manœuvres pratiquées par vous à mon égard, et, par les mêmes moyens, établir le fait de la remise, bien que,

en l'absence de toute circonstance de dol, il ne fût pas susceptible de ce genre de preuve.

Pour nous résumer sur ce point, nous disons donc que la preuve testimoniale est admissible sur les faits de dol, contemporains à la consommation du contrat, lorsque les manœuvres employées ont eu pour résultat de surprendre le consentement de la partie, soit sur le fond même de l'acte, soit sur le mode de sa constatation (1).

17. Mais si, en dehors de toute surprise de consentement, et sous le seul prétexte que le contrat dont l'existence est alléguée a été l'occasion d'un délit ou d'un quasi-délit, on prétend établir ce contrat au moyen de la preuve testimoniale, on n'y sera pas reçu, s'il n'est point par lui-même de nature à être prouvé par témoins. Il faut, en effet, ne pas confondre la preuve du dol avec la preuve du contrat qui en a été l'occasion. Le dol pourra sans doute être prouvé par témoins, puisqu'il a été impossible de s'en procurer une preuve écrite. Mais, quant au contrat préexistant qui y a donné lieu, la même impossibilité n'existant pas, la preuve testimoniale est inadmissible. Dans ce cas, la partie contractante a pu et dû, puisque son consentement n'a été surpris ni sur le fond de la convention, ni sur la manière de l'établir, en retirer une preuve écrite. Peu importe que cet acte ait donné lieu plus tard, après sa consommation, à des manœuvres de fraude et de mauvaise foi qui constituent un délit ou un quasi-délit; elles ne sauraient autoriser l'admission de la preuve testimoniale sur l'existence du contrat qu'elles présupposent, et sans lequel elles n'auraient pas existé (2). Nous reviendrons sur ce point.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 746, 1re édit., et t. 8, p. 349, 4e édit. — TOULLIER, t. 9, nos 186 et 187. — Cass., 22 août 1840. SIREY, 41, 1, 255. — 12 nov. 1863. SIREY, 64, 1, 244. — 29 janvier 1867. SIREY, 67, 1, 245. — 8 août 1878. SIREY, 79, 1, 461.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 9, nos 179 et suiv., 190. — Cass., 20 avril. 1844. SIREY, 44, 1, 848.

18. Les questions de cette nature s'élèvent fréquemment à l'occasion et à la suite d'actes simulés. Les simulations offrent elles-mêmes une grande variété; mais elles ont toutes ce trait commun de ressemblance, qu'elles déguisent la vérité. Elles s'appliquent tantôt à la nature, à la cause, à la réalité même de la convention ou disposition; tantôt elles concernent son exécution seulement. La preuve testimoniale n'en est pas indistinctement admissible.

La simulation a-t-elle été provoquée et déterminée par des manœuvres frauduleuses? La preuve par témoins pourra être invoquée et reçue, ainsi que nous venons de le voir pour le cas de dol, afin d'établir la réalité et la sincérité de l'acte.

Il suffit même, dans certains cas, d'une simple présomption de dol ou de contrainte, pour que la preuve testimoniale soit admissible. Ainsi, une femme mariée concourt à l'aliénation de ses propres, et une partie du prix est dissimulée dans l'acte de vente. Alors même qu'elle aurait participé sciemment à cette dissimulation, elle ne cesse pas d'être fondée à l'établir par témoins et à réclamer le véritable prix. La loi lui accordant d'une manière absolue la récompense du prix de son immeuble aliéné par elle et par son mari conjointement (1437, 1450), elle ne peut être privée d'une partie de cette récompense, par suite d'une dissimulation qui n'est le plus souvent, de sa part, que le résultat forcé de l'ascendant marital (1).

Mais si la simulation a été, au contraire, volontairement consentie, avec connaissance, sans erreur, dol ni violence, celui qui prétend que l'acte est simulé dans son ensemble, ou dans une ou plusieurs de ses énonciations, ne devra pas être reçu à la prouver par témoins sauf le cas où il existerait un commencement de preuve par écrit (2). Ou bien à moins que

(1) Toullier, t. 12, nº 345. — Troplong, *Contrat de mariage*, nº 1162. — Cass., 14 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 193. — Besançon, 21 juin 1845. Sirey, 46, 2, 451. — Douai, 28 avril 1851. Sirey, 52, 2, 369. — Cass., 30 déc. 1857. Sirey, 58, 1, 276.

(2) Cass., 30 juin 1879. Sirey, 81, 1, 397.

la preuve de la simulation ne résulte des énonciations mêmes de l'acte attaqué (1). C'est qu'il lui a été possible de se procurer une preuve littérale de la simulation, soit en rétablissant dans une contre-lettre la sincérité de l'acte, soit en se garantissant de toute autre manière contre les conséquences de la simulation et du déguisement.

Quelques exemples feront mieux comprendre le principe. Dans un contrat de mariage ou dans tout autre acte, l'une des parties reconnaît avoir reçu une somme de..., dont elle donne quittance. Un donateur déguise une donation sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix est quittancé par l'acte. La preuve testimoniale sera inadmissible pour établir que, en réalité, la somme n'a pas été payée, et que la vente constitue au fond une donation véritable (2).

Quelle que soit la mauvaise foi de celui qui abuse de la simulation de l'acte, soit pour exiger la restitution d'une dot qui, quoique quittancée, n'a pas été payée du tout, soit pour exercer une action en garantie contre un donateur prétendu, pour cause d'éviction, avec dommages et intérêts et restitution d'un prix non payé; comme ce n'est là qu'un acte de mauvaise foi simple, postérieur à la passation du contrat, à laquelle il ne s'est d'ailleurs mêlé aucune manœuvre frauduleuse pour surprendre le consentement, l'exception de l'article 1348 cesse, puisqu'il a été également possible à toutes parties de retirer une preuve écrite de la simulation. Elles peuvent bien être relevées, au moyen de la preuve testimoniale, de l'erreur, du dol et de la violence, en un mot, des vices de consentement; mais elles ne sauraient l'être de même des actes qui ne sont que le résultat de leur imprévoyance et de leur incurie (3).

Ainsi, un débiteur se fait remettre quittance de sa dette, en

(1) Cass., 14 juin 1880. SIREY, 81, 1, 448.

(2) TOULLIER, t. 9, nos 178 et suiv.

(3) DURANTON, t. 10, no 357. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 748, 1re édit, et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 8 janv. 1817. SIREY, 17, 1, 151. — 6 août 1828. SIREY, 28, 1, 305. — 30 avril 1838. SIREY, 38, 1, 437.

promettant d'en effectuer le payement. Cependant, il ne paye pas, et se prévaut de la quittance. S'il n'existe aucune autre manœuvre frauduleuse antérieure ou simultanée avec la remise de cette quittance, qui ait eu pour effet de surprendre et tromper le créancier, ce fait ne constitue point le délit d'escroquerie (1), et le créancier n'est pas recevable à prouver par témoins que la dette est encore due, contrairement aux énonciations de la quittance. En l'absence de toute manœuvre frauduleuse et dolosive qui l'ait déterminé à se prêter à la simulation, la mauvaise foi simple du débiteur, postérieure à l'acte, n'autorise point l'admission de la preuve testimoniale.

Tel est encore le cas où je déguise une donation sous la forme d'un engagement dont la cause est simulée. Je ne pourrai pas établir par témoins la simulation. Mais si elle est reconnue de toutes parties, la preuve testimoniale est admissible pour établir la cause véritable de l'obligation. Ainsi, je souscris un billet qui déguise une libéralité; plus tard, sur l'action en payement dirigée contre moi, il est reconnu que la cause qui y est exprimée est simulée; je pourrai, dès lors, établir par témoins que l'obligation n'avait été souscrite que pour assurer à l'un de mes enfants, décédé depuis, un avantage excédant la quotité disponible (2).

19. Si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir la simulation simple, ce n'est que lorsqu'elle n'a pas eu pour objet de déguiser une fraude à la loi. Si, au contraire, tel a été son but, celui des contractants qui a intérêt à établir la simulation peut la prouver par témoins ou par présomptions, du chef même du vice qu'elle avait pour objet de couvrir.

Il y a fraude à la loi toutes les fois que l'on dissimule la cause de l'acte, ou que l'on en déguise le caractère pour échapper à

(1) Cass., 10 mai 1850. SIREY, 50, 1, 816.

(2) Cass., 8 avril 1835. SIREY, 36, 1, 37. — Voy. Cass., 16 nov. 1859. SIREY, 60, 1, 266. — Aix, 25 janvier 1871. SIREY, 71, 2, 264.

l'application de ses dispositions irritantes. Quelquefois, les clauses mêmes du contrat, leur combinaison et leur rapprochement fournissent un commencement de preuve de la simulation. Tel est le contrat pignoratif qui sert à masquer une antichrèse exorbitante, en violation de l'article 2088. Il n'y a pas de doute que, en pareil cas, la preuve testimoniale ne soit admissible pour compléter la preuve d'un déguisement frauduleux que le contrat commence par signaler lui-même.

Mais, le plus souvent, l'acte n'en fournit par lui-même aucune espèce de preuve. Sa cause est si bien dissimulée, son caractère si parfaitement déguisé, qu'à s'en tenir aux apparences seules, il est impossible d'y découvrir le moindre indice d'une fraude concertée envers la loi. Or, nous disons que la preuve testimoniale ne laisse pas d'être admissible pour l'établir. Car toute fraude à la loi contient en même temps une fraude à la personne, puisqu'elle tend, au moyen d'une simulation, à lui enlever le bénéfice de la nullité de l'acte, que la loi prononce d'une manière absolue ou relative, soit dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'ordre public, soit dans un but d'utilité générale, soit enfin dans un intérêt de protection à l'égard de certains droits particuliers et personnels. L'article 1353 admet même les simples présomptions lorsqu'il s'agit de dol et de fraude, et il ne distingue point entre la nature de la fraude; qu'il s'agisse d'une fraude à la partie ou d'une fraude à la loi, peu importe. Ses dispositions sont absolues, et elles devaient l'être, puisque toute fraude à la loi implique une fraude à la partie. D'autre part, comme les simples présomptions ne sont admises comme éléments de preuve que dans les cas où la preuve testimoniale est elle-même admissible, les admettre en matière de fraude, c'est également admettre la preuve par témoins (1).

Mais cette admission de la preuve testimoniale, lorsqu'il

(1) Cass., 28 août 1877. SIREY, 78, 1, 270.

s'agit de fraude à la loi, n'est elle-même que la conséquence des principes généraux du droit. D'abord, on ne comprend guère comment le législateur, dont la première préoccupation comme le premier devoir est d'assurer autant que possible l'exécution de ses dispositions, et de déjouer les simulations frauduleuses à l'aide desquelles on tenterait de les éluder, comment le législateur n'aurait point admis la preuve testimoniale et les simples présomptions pour démasquer les fraudes dont le succès serait, le plus souvent, assuré par l'impossibilité d'en produire une preuve littérale. Quelque défiance que lui inspire la preuve testimoniale, quelque crainte qu'il ait de la subornation et du mensonge, cette défiance et cette crainte ont dû disparaître devant le danger plus sérieux d'encourager les fraudes à la loi, et d'en assurer le triomphe par l'impossibilité de les découvrir.

Nous disons l'impossibilité ; car, quelque volontaire que l'on suppose la participation commune des contractants à l'acte simulé, il ne leur était pas possible moralement d'en obtenir une preuve écrite. Demander, en effet, en pareille circonstance, une reconnaissance mutuelle de la simulation frauduleuse, ce serait manifester clairement l'intention de ne contracter que pour la forme, et de se réserver, pour en user plus tard, le moyen d'éluder l'engagement en démasquant la fraude qu'il contient envers la loi. Le but de la simulation est, au contraire, de déguiser, afin d'en assurer autant que possible l'exécution, un acte illicite et nul sous les apparences d'un acte valable et obligatoire. Ce ne serait plus un déguisement ni une simulation, si les parties elles-mêmes prenaient soin de rédiger, parallèlement à l'acte frauduleux et simulé, un autre acte qui en rétablît la vraie cause et le véritable caractère. A la différence des simulations ordinaires, toute idée de contre-lettre est donc inconciliable avec la rédaction d'un acte destiné, par suite d'un concert commun, à couvrir une fraude à la loi. Ainsi, nous avons raison de dire qu'il y a impossibilité morale d'en avoir une preuve écrite, et, dès lors, nous nous trouvons

pleinement sous l'application de l'exception consacrée par l'article 1348 (1).

La jurisprudence a établi ce principe dans de nombreux monuments. Elle l'a notamment appliqué aux cas où, sous les apparences d'un acte licite et valable quant à sa cause et à son objet, les parties ont dissimulé une dette de jeu (2), un dédit de mariage (3) ou une perception d'intérêts usuraires (4).

Les donations, déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, sont, d'après le même principe, révoquées pour survenance d'enfants, de même que les donations ouvertes, sur la poursuite du donateur (5) ou de ses enfants (6).

Pareillement, le mari peut établir que l'acte par lequel il se reconnaît débiteur envers sa femme d'une somme qu'il aurait touchée comme faisant partie de sa dot, contient une donation déguisée qu'il peut dès lors révoquer, suivant l'article 1096 (7).

La même règle a été enfin appliquée aux cas où les parties auraient essayé, au moyen d'une antidate, d'échapper à la nullité du contrat de rente viagère prononcée par l'article

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 748. — BONNIER, n° 643.

(2) LOCRÉ, t. 15, p. 174. — DURANTON, t. 18, n° 107, et t. 13, n° 332. — MERLIN, Rép., v° *Jeu*, n° 4. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 752, et t. 3, p. 79, 1re édit., et t. 8, p. 351, nte 28, et t. 4, p. 576, 4e édit. — TROPLONG, *Cont. aléat.*, n° 64. — Cass., 29 déc. 1814. SIREY, 16, 1, 212. — 3 nov. 1826. SIREY, 27, 1, 66.

(3) Voy. art. 1227, n° 3. — Cass., Chambres réunies, 7 mai 1836. SIREY, 36, 1, 574. — 11 juin 1838. SIREY, 38, 1, 494. — Nîmes, 25 janv. 1839. SIREY, 39, 2, 177.

(4) DURANTON, t. 13, n° 332. — TOULLIER, t. 9, n° 193. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 100, et t. 5, p. 751, 1re édit., et t. 4, p. 613, et t. 8, p. 354, 4e édit. — Cass., 2 déc. 1813. SIREY, 14, 1, 30. — 28 juin 1821. SIREY, 22, 1, 269. — 22 mars 1824. SIREY, 25, 1, 43. — 18 fév. 1829. SIREY, 29, 1, 96. — 27 juillet 1874. SIREY, 75, 1, 15.

(5) Montpellier, 12 juin 1834. SIREY, 35, 2, 24.

(6) Nîmes, 26 nov. 1828. SIREY, 29, 2, 112. — Cass., 6 nov. 1832. SIREY, 32, 1, 801.

(7) Limoges, 28 fév. 1839. SIREY, 39, 2, 375.

1975 (1), ou dissimulé dans un traité secret un supplément de prix pour transmission d'office, en dehors du traité ostensible soumis à l'approbation du gouvernement (2).

20. On ne saurait non plus douter que les mineurs, les interdits, les femmes mariées et autres incapables ne soient admis à établir par témoins les postdates ou antidates, et autres manœuvres de simulation et de fraude, au moyen desquelles on aurait essayé de masquer leur incapacité personnelle. Ici la fraude à la loi se confond avec la fraude à la personne. Ce point est hors de toute contestation.

21. Quant aux tiers qui attaquent comme frauduleux et simulé à leur préjudice l'acte qu'on leur oppose, il n'y a pas de doute qu'ils sont recevables à prouver par témoins et par présomptions la simulation et la fraude. Car ils ont été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale. Telle est la situation des créanciers qui attaquent en leur nom personnel, conformément à l'article 1167, les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leurs droits (3);

Des héritiers réservataires qui prétendent que l'acte qu'on leur oppose contient une donation déguisée au préjudice de leur réserve légale et en fraude de la loi (4);

(1) TROPLONG, *Cont. aléat.*, n° 269. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 83, 1re édit., et t. 4, p. 586, 4e édit. — Cass., 15 juill. 1824. SIREY, 25, 1, 46.

(2) Nîmes, 10 juin 1847. SIREY, 48, 2, 147. — Lyon, 17 nov. 1848. SIREY, 49, 2, 334. — Cass., 24 fév. 1863. SIREY, 63, 1, 183.

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 766. — DURANTON, t. 13, n° 338. — TOULLIER, t. 9, nos 164 et suiv., 190. — Cass., 24 mars 1829. SIREY, 29, 1, 135. — 5 janv. 1831. SIREY, 31, 1, 8. — 14 janv. 1868. SIREY, 68, 1, 292. — Cass., 22 mars 1875. SIREY, 76, 1, 111. — 24 janvier 1881. SIREY, 81, 1, 404.

(4) TOULLIER, *ibid.* — ZACHARIÆ, t. 5, p. 747, 1re édit., et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 10 juin 1816. SIREY, 16, 1, 447. — 31 juill. 1833. SIREY, 33, 1, 840. — Toulouse, 15 mars 1834. SIREY, 34, 2, 537. — Bordeaux, 7 mars 1835. SIREY, 35, 2, 263. — Cass., 18 août 1862. SIREY, 63, 1, 265. — 29 juillet 1863. SIREY, 64, 1, 80. — Pau, 6 juin 1864. SIREY, 65, 2, 105. — Cass., 20 mars 1865. SIREY, 65, 1, 208.

Des héritiers, quels qu'ils soient, qui prétendent que les actes de leur auteur, dont on se prévaut contre eux, contiennent des dispositions à titre gratuit au profit de personnes incapables de recevoir, soit à l'aide de personnes interposées, soit sous les apparences de contrats à titre onéreux (1);

De l'enfant renonçant qui offre de prouver l'existence de libéralités faites par l'auteur commun et qui doivent être réunies fictivement à la masse successorale, afin de déterminer le montant de la quotité disponible qu'il est en droit de retenir (2).

22. Mais les créanciers qui se bornent à exercer les droits de leur débiteur, en son lieu et place, conformément à l'article 1166, ne peuvent invoquer d'autre genre de preuve que leur auteur. Ils en sont, en effet, les ayants-cause, du moment qu'ils n'exercent aucun droit qui leur soit propre, et qu'ils n'agissent point en leur nom personnel. La preuve testimoniale est donc admissible ou inadmissible de leur part, suivant qu'elle l'est également de la part de celui dont ils exercent les droits.

23. Nous devons revenir en terminant sur une question que nous n'avons fait pour ainsi dire qu'effleurer.

Il y a certains délits dont la consommation suppose la préexistence d'un fait juridique. Ainsi, le faux serment n'existe qu'à la condition de la vérité du fait dont il avait l'affirmation ou la dénégation pour objet; l'abus de blanc-seing ou de confiance n'existe de même que tout autant qu'un blanc-seing ou autres choses ont été remises et confiées. Il y a donc là

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 777. — DURANTON, t. 8, n° 267. — TOULLIER, t. 5, n° 77, et t. 9, n° 164. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 747, 1re édit., et t. 8, p. 350, 4e édit. — Cass., 27 avril 1830. SIREY, 30, 1, 186. — 2 juill. 1839. SIREY, 39, 1, 626. — 20 avril 1847. SIREY, 47, 1, 437. — 13 janv. 1857. SIREY, 57, 1, 180. — 3 mars 1857. SIREY, 57, 1, 182.

(2) Cass., 18 août 1866. SIREY, 66, 1, 383.

deux ordres de faits différents : un fait civil d'abord, puis un fait criminel. Or, nous allons établir que chacun d'eux n'est susceptible que du genre de preuves admises, soit par le droit civil, soit par le droit criminel.

Quant à la partie lésée, il est de toute évidence que, pour être reçue à prouver l'abus de confiance prévu par l'article 408 du Code pénal, elle doit commencer par établir la remise, à un titre particulier, des choses sur lesquelles le délit a été consommé. Il en est de même de l'abus de blanc-seing (407, C. p.). La remise d'une semblable pièce constitue un véritable dépôt qui, à part toute circonstance de fraude, dol ou violence, ne peut, aux termes des articles 1341 et 1923, être prouvé par témoins (1), ou du moins ne peut l'être que conformément aux règles ordinaires. Peu importe, en effet, que, au delà du fait civil dont l'existence est présupposée, il s'en soit accompli un autre qui a un caractère criminel. Il n'en est pas moins vrai que ce second fait ne modifie point le premier, et ne change point le genre de preuve admissible à son égard. Car le genre de preuve dont il est susceptible dépend exclusivement de sa nature propre et particulière. Chacun des éléments dont le concours constitue le délit ne peut donc être établi que suivant le mode de preuve dont il est, considéré isolément, particulièrement susceptible. Mais si le fait civil ne peut être prouvé que suivant les règles de droit commun relatives aux contrats, le fait criminel, ce premier fait une fois établi, peut être prouvé par témoins.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 645, 1re édit., et t. 8, p. 221, 4e édit. — MERLIN, Rép., vo *Blanc-seing*, no 2. — MARCADÉ, art. 1348, no 2. — Cass., 18 janv. 1831. SIREY, 31, 1, 192. — 5 mai 1831. SIREY, 31, 1, 188. — Riom, 30 mars 1844. SIREY, 44, 2, 321. — Toulouse, 5 juin 1841. SIREY, 42, 2, 12. — Cass., 3 mai 1848. SIREY, 48, 1, 321. — Orléans, 7 fév. 1853. SIREY, 53, 2, 621. — Nancy, 15 juin 1857. SIREY, 58, 2, 86. — Cass., 28 janv. 1870. SIREY, 70, 1, 326. — 9 mars et 10 nov. 1871. SIREY, 72, 1, 94. — Grenoble, 26 avril 1872. SIREY, 72, 2, 276.

24. Comme ce principe est fondé sur la nature même des divers éléments qui entrent dans la constitution générale du délit, il est indépendant du caractère civil ou répressif de la juridiction devant laquelle la partie lésée porte son action. Elle ne peut se soustraire à la nécessité de prouver, suivant les règles ordinaires, le fait civil dont l'existence est présupposée par la perpétration du délit. Il n'y a d'action au criminel recevable de sa part que dans les matières susceptibles de la preuve testimoniale; en d'autres termes, partout où la preuve par témoins est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue (1).

25. Ce n'est pas que cette décomposition des éléments constitutifs du délit ait pour résultat de faire naître une question préjudicielle, en ce sens que la juridiction répressive, saisie d'une plainte en violation de dépôt, par exemple, doive renvoyer préalablement aux tribunaux civils la connaissance du fait civil de dépôt, et surseoir, en conséquence, à statuer sur le fait criminel de violation de dépôt, jusqu'à ce qu'il ait été jugé par le tribunal civil sur l'existence présupposée du dépôt.

Longtemps la Cour de cassation a jugé que les tribunaux civils pouvaient seuls connaître de l'exception qui résultait de la dénégation sèche du fait de dépôt (2). Et cette doctrine est appuyée de l'opinion de MM. Toullier (3) et Carnot (4). Ce dernier va même jusqu'à penser que le juge correctionnel ne peut invoquer le commencement de preuve écrite qui lui est présenté pour rendre la preuve testimoniale admissible.

La Cour de cassation reconnaissait, néanmoins, que la plainte et les actes de procédure au criminel n'étaient point

(1) MERLIN, Quest., v^is *Suppression de titres*. — TOULLIER, t. 9, n^os 145 et suiv.

(2) 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. MERLIN, Quest., v^is *Suppression de titres*. — 5 déc. 1806. SIREY, 6, 1, 489. — 16 janv. 1808. SIREY, 8, 1, 223. — 21 mars 1811. SIREY, 11, 1, 192.

(3) T. 9, n° 148.

(4) Art. 408, C. p.

frappés de nullité; que les tribunaux correctionnels pouvaient apprécier les interrogatoires du prévenu pour y puiser un commencement de preuve par écrit, et que, dès lors, il n'y avait plus de question préjudicielle à renvoyer, ni de sursis à prononcer.

A plus forte raison, en était-il ainsi lorsque la partie lésée rapportait une preuve écrite ou l'aveu du prévenu touchant l'existence du fait civil (1).

Mais la Cour de cassation est revenue sur cette première jurisprudence. En 1813, elle crut devoir poser quelques règles sur la matière si délicate des questions préjudicielles. Elle les a consignées, d'un avis unanime et avec l'adhésion de M. Merlin, procureur général, dans une note rédigée, le 5 novembre 1813, par M. le président Barris (2). En voici un extrait : « Les tribunaux criminels peuvent et doivent connaître des contrats dont la violation rentre dans l'application de l'article 408, C. p. Lorsque l'existence du contrat est déniée devant eux par la partie qui est poursuivie à raison de la dite violation, les tribunaux doivent juger la question préjudicielle de l'existence du contrat, soit que le plaignant en rapporte l'acte, soit qu'il n'en rapporte qu'un commencement de preuve par écrit. Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement (L. 3, C. *De judiciis*. L. 1, C. *De ordine cognit.*). Il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire une application de ce principe. La preuve du délit ne pouvant pas être séparée de celle de la convention, la compétence sur le délit qui forme l'action principale entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la

(1) MERLIN, TOULLIER, *ibid.*

(2) Voy. MORIN, *Dictionnaire de droit criminel*, v^is *Question préjudicielle.*

dénégation n'est que l'exception à cette action. Les tribunaux criminels devant d'ailleurs prononcer sur les intérêts civils des parties, ils doivent avoir caractère pour juger le contrat auquel se rattachent ces intérêts civils. La compétence d'un tribunal ne peut dépendre des formes fixées par la loi pour la preuve de la demande. Si le contrat ne portait que sur un objet moindre de cent cinquante francs, la preuve pouvant, dans ce cas, en être faite par témoins, la juridiction criminelle serait évidemment compétente pour en connaître; elle doit avoir la même compétence dans le cas où à raison d'une plus grande importance dans l'objet du contrat, la preuve n'en peut être établie par témoins. La Cour de cassation a jugé constamment que les tribunaux correctionnels sont compétents pour prononcer sur l'existence du contrat dénié, par voie d'exception, lorsqu'il en est produit un commencement de preuve par écrit; elle a jugé que ces tribunaux ont le droit de déclarer que l'acte produit forme la preuve complète de ce contrat : le commencement de preuve par écrit est, en effet, comme l'acte constitutif de ce contrat, un acte écrit dont on doit apprécier le contexte, le sens et les conséquences. »

Depuis la rédaction de cette note, la Cour de cassation a constamment jugé d'après les principes qui y sont si judicieusement développés (1). C'est un point constant, et il ne nous reste plus qu'à en déduire les conséquences.

N'existe-t-il du fait civil ni preuve écrite, ni commencement de preuve par écrit qui rende la preuve testimoniale admissible? Le tribunal correctionnel doit déclarer, non son incompétence, mais l'acquittement du prévenu, à défaut de preuve.

Le contrat est-il dénié par le prévenu? Le tribunal doit décider la question préjudicielle de l'existence du fait civil, si le plaignant en rapporte l'acte instrumentaire; il doit apprécier

(1) Voy. Arrêts, 31 juill. 1812, 5 mai 1815, 26 sept. 1823, 25 juin 1830, 1er sept. 1832. — *Conf.*, MERLIN, Rép., v° *Dépôt*. — MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, nos 173 et 174.

cet écrit sous le rapport de sa force probante à l'égard de la convention, et de ses conséquences à l'égard du délit.

Le juge peut apprécier tous les éléments de l'instruction et notamment les interrogatoires du prévenu, pour y trouver un commencement de preuve écrite qui autorise l'admission de la preuve testimoniale.

Dans le débat devant le tribunal correctionnel, comme l'ordre énoncé dans l'article 190 n'est pas prescrit à peine de nullité, le juge peut commencer par interroger le prévenu, afin d'obtenir, soit un aveu, soit un commencement de preuve écrite. Nul doute qu'il ne doive être ensuite tenu, dans ce cas, note des dépositions des témoins sur le fait civil, puisque ces dépositions peuvent servir à compléter le commencement de preuve littérale.

Que si le juge réservait pour la fin du débat l'interrogatoire du prévenu, bien qu'il puisse produire un aveu ou un commencement de preuve par écrit, cependant il ne devrait point être tenu note, à tout événement, des dépositions des témoins sur le fait civil, parce que cette preuve testimoniale est inadmissible au moment où on la reçoit (1). Mais on pourrait, si l'interrogatoire produisait quelque aveu établissant un commencement de preuve écrite, demander une prorogation d'instruction.

Cependant, si le prévenu ne s'y est point opposé, comme l'inadmissibilité de la preuve testimoniale ne produit qu'une exception facultative en sa faveur, il suffit, pour mettre le jugement à l'abri de cassation, qu'il résulte plus tard de l'instruction un commencement de preuve écrite qui légitime l'admission de la preuve testimoniale antérieurement acquise. Peu importe l'ordre dans lequel les preuves ont été recueillies, du moment que le prévenu ne s'est point opposé à ce que des témoins fussent entendus avant la production d'un commencement de preuve écrite, et qu'en définitive la preuve testimoniale n'est

(1) MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, nº 170.

appréciée que sur ce commencement de preuve produit postérieurement par l'instruction (1).

Mais si le prévenu s'était opposé à toute audition préalable de témoins sur le fait civil, comme sa demande est fondée sur les principes consacrés par l'article 1341, elle devrait être accueillie par les tribunaux correctionnels, et il y aurait lieu à cassation du jugement en dernier ressort qui n'y aurait pas fait droit.

Toutefois, si le prévenu avait négligé de se pourvoir contre ce jugement, et que, plus tard, un commencement de preuve par écrit fût rapporté dans le débat, la condamnation intervenue au fond serait inattaquable. Elle se justifie, en effet, par le commencement de preuve par écrit qui lui a servi de base, conjointement avec la preuve testimoniale acquise contre lui, en exécution d'un jugement passé en force de chose jugée (2).

Enfin, si le fait civil est de telle nature que la preuve testimoniale soit immédiatement admissible, parce qu'il constitue une affaire commerciale; parce qu'il s'agit d'un dépôt nécessaire ou toute autre convention dont il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale; parce que l'acte instrumentaire a péri par cas fortuit et de force majeure; parce que, en un mot, on se trouve dans l'une des exceptions posées par l'article 1348, ou qu'enfin la valeur de l'objet n'éxcède pas cent cinquante francs, le juge correctionnel peut alors admettre la preuve testimoniale indistinctement sur le fait civil et sur le fait criminel, dont le concours est indispensable pour constituer légalement le délit. Dans ce cas, les principes de la loi civile, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale et des présomptions ordinaires, ne diffèrent point de ceux de la loi criminelle.

26. Voilà pour la partie lésée, quant à l'action en dommages et intérêts qu'elle exerce, soit devant les tribunaux civils, soit devant la juridiction répressive. Mais il semble, au premier

(1) Note de M. Barris; du 5 nov. 1813.
(2) Voy. note de M. Barris.

abord, que les mêmes règles ne doivent point s'appliquer au ministère public agissant dans un intérêt de vindicte sociale. On peut dire, en ce qui le concerne, qu'en principe la preuve par témoins est admissible dans toute action pénale; que la loi ne fait expressément aucune distinction entre les délits simples et les délits complexes, dont la perpétration suppose l'existence d'un fait civil antérieur; que le ministère public est, à l'égard de ce fait civil, un tiers qui a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale; que la loi civile prohibe, dans certains cas, la preuve testimoniale par défiance envers les témoignages produits par la partie privée, et par crainte de la subornation de témoins; mais que ces défiances et ces soupçons ne sauraient atteindre le ministère public dans la haute sphère où il est placé; qu'en l'astreignant lui-même à fournir les mêmes preuves que la partie lésée, on paralyse son action, dans la plupart des cas, par le défaut de preuve écrite, ou par suite des fraudes et des collusions concertées; qu'il suffirait, pour faire la part des prescriptions de la loi civile, de décider que la partie privée ne pourra jamais, et sous aucun prétexte, profiter, dans son intérêt particulier, de l'action publique intentée, au nom de la société, devant les tribunaux de répression.

Quelle que soit la valeur de ces considérations de droit criminel, la jurisprudence et la doctrine semblent aujourd'hui fixées dans un sens contraire. Elles assimilent le ministère public à la partie lésée, quant au mode de preuve légalement admissible sur l'existence du fait civil qui constitue le premier élément du délit.

Ainsi, en ce qui touche le faux serment, il n'y a aucune distinction à établir entre l'action civile et l'action publique (1).

(1) MERLIN, Rép., v° *Serment*, § 2, art. 2. — TOULLIER, t. 10, n° 388. — LEGRAVEREND, t. 1, p. 41. — MANGIN, *Act. publ.*, t. 1, n° 173. — CHAUVEAU et HÉLIE, *C. pén.*, t. 6, p. 479. — DUVERGER, *Manuel du juge d'instruction*, t. 1, n° 53. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 744, 1re édit., et t. 8, p. 346, 4e édit. — CARNOT, *C. pén.*, t. 2, p. 196. — *Contrà*, BOURGUIGNON, art. 366, C. p. — RAUTER, *Droit criminel*, t. 2, p. 500. — DURANTON, t. 13, n° 600.

Après avoir hésité un instant, en 1834 (1), la Cour de cassation est revenue définitivement à son ancienne jurisprudence (2).

Nous nous bornons à reproduire les motifs de son arrêt du 16 août 1844, par lequel elle a signalé ce retour. « Si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve qui résulte des actes civils, il n'en est pas de même des faits civils régis par la loi civile, et dont la preuve a été assujettie par elle à la production d'un écrit qui les constate. A l'égard de ces faits, la loi qui détermine le genre de preuve qui peut être admis, étend son empire sur la procédure criminelle, comme sur la procédure civile; elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait régi par la loi civile, se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait correctionnel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence. Ce principe est indistinctement applicable au ministère public et à la partie privée. »

Les mêmes règles s'appliquent aux délits d'abus de blanc-seing (3) ou d'abus de confiance (4), tels que violation de dépôt ou destruction de titre volontairement remis (5).

27. Du reste, le ministère public peut invoquer les mêmes exceptions que la partie privée.

(1) 21 août 1834. SIREY, 35, 1, 119.

(2) 5 sept, 1812. SIREY, 13, 1, 158. — 17 juin 1813. SIREY, 13, 1, 439. — 16 août 1844. SIREY, 44, 1, 714. — 29 mars 1845. SIREY, 45, 1, 397. — 25 avril 1845. SIREY, 45, 1, 480. — 13 nov. 1847. SIREY, 48, 1, 80. — 17 juin 1852. SIREY, 53, 1, 41. — 22 mars 1878. SIREY, 79, 1, 233.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 744, 1re édit., et t. 8, p. 347, 4e édit. — Cass., 5 mai 1831. SIREY, 31, 1, 188. — 30 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757.

(4) TOULLIER, t. 9, nos 145 et suiv. — MERLIN, Quest., vis *Suppression de titre*, § 1. — ZACHARIÆ, *ibid.* — BONNIER, no 95. — TROPLONG, *Dépôt*, no 47. — Cass., 5 déc. 1806. SIREY, 6, 1, 489. — 10 avril 1819. SIREY, 19, 1, 321. — 20 avril 1844. SIREY, 44, 1, 848. — 12 août 1848. SIREY, 49, 1, 298.

(5) Cass., 23 sept. 1853. SIREY, 54, 1, 213.

Ainsi, en matière de faux serment, soit supplétif, soit décisoire, la preuve testimoniale sera parfaitement admissible si le serment a été prêté sur l'existence d'un délit ou quasi-délit, ou sur chose n'excédant pas la valeur de cent cinquante francs, c'est-à-dire sur un fait qui peut être établi par témoins (1), ou bien encore s'il existe un commencement de preuve par écrit, résultant, par exemple, des interrogatoires du prévenu, et qui rende vraisemblable le fait civil présupposé (2).

De même, en matière d'abus de confiance, la preuve par témoins sera indistinctement recevable de la part du ministère public sur le fait civil et sur le fait criminel, s'il s'agit d'un acte commercial, d'un dépôt n'excédant pas cent cinquante francs, d'un dépôt nécessaire, ou qui a été provoqué par dol et fraude de la part du dépositaire (3), ou bien enfin pour lequel il existe une preuve écrite, un aveu du prévenu ou un commencement de preuve par écrit (4).

La preuve testimoniale de l'abus de blanc-seing sera pareillement admissible, s'il existe un commencement de preuve par écrit du fait de la remise du blanc-seing. Et ce commencement de preuve littérale peut résulter de l'aveu fait par le prévenu qu'il a, en effet, reçu la signature en blanc (5).

Le ministère public peut encore invoquer la preuve testimoniale, s'il établit que le titre qui servait de preuve par écrit a été détruit ou perdu par suite d'un cas fortuit ou de force

(1) Cass., 20 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 659. — 12 déc. 1878. SIREY, 80, 1, 236.

(2) Cass., 21 janv. 1843. SIREY, 43, 1, 660.

(3) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806. — 12 nov. 1863. — 22 avril 1864. SIREY, 64, 1, 244.

(4) Cass., 12 messidor an XI, 20 fructidor an XII. — Voy. MERLIN, Quest., v^is *Suppression de titre*. — Cass., 5 mai 1815. SIREY, 15, 1, 228. — 20 sept. 1823. SIREY, 24, 1, 127. — 22 avril 1854. SIREY, 54, 1, 491. — 18 août 1854. SIREY, 54, 1, 655. — 9 juillet 1857. SIREY, 58, 1, 249.

(5) Cass., 30 juill. 1846. SIREY, 46, 1, 757. — Voy. encore Cass., 26 sept. 1861. SIREY, 62, 1, 223.

majeure, ou d'une fraude concertée plus tard entre les parties privées, en vue de soustraire le coupable aux poursuites criminelles.

Supposons que le faux serment prêté sur l'existence d'une obligation civile, ne l'ait été que par suite d'une collusion frauduleuse concertée entre le demandeur et le défendeur, au préjudice des créanciers de celui qui a déféré le serment. Ces derniers pourraient, sans aucun doute, établir par témoins la simulation et la fraude. De même, le ministère public, agissant au point de vue de leurs intérêts fraudés, pourra prouver par témoins l'existence du fait civil présupposé par le délit de faux serment. Il agit comme agiraient les tiers créanciers.

Il y a mieux : Sur le débat engagé au civil entre les parties privées, il a été décidé que l'obligation alléguée ne pouvait être établie par témoins; le serment décisoire est, en conséquence, déféré. Le ministère public, poursuivant ensuite pour faux serment, pourra, sans qu'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée au civil, faire reconnaître au criminel que l'obligation est de nature à être prouvée par témoins, et établir conséquemment, par la preuve testimoniale, les deux éléments constitutifs du faux serment, le fait civil et le fait criminel.

Il a été jugé au civil que tel acte ne formait pas un commencement de preuve par écrit capable d'autoriser l'admission de la preuve testimoniale. Le ministère public pourra, sans qu'on puisse lui opposer cette première décision, faire décider au criminel que cet acte contient un commencement de preuve par écrit.

Depuis le jugement du procès civil, il s'est produit ou révélé soit une preuve écrite, soit un commencement de preuve de cette nature, que le prétendu créancier n'a point invoqué, soit par erreur, par négligence ou par toute autre cause. Le ministère public sera fondé, dans l'instance criminelle, à se prévaloir de ces éléments de preuve antérieurs ou postérieurs à l'instance civile.

On peut comprendre par là que si le ministère public doit

être assimilé à la partie privée, en ce qui concerne la preuve légalement admissible quant à l'existence du fait civil que prépsuppose la perpétration de certains délits, cette assimilation ne va pas au delà de ce point spécial, et que, sous les autres rapports, le ministère public conserve une situation indépendante, dont le caractère est en harmonie avec la nature de l'action qu'il est chargé d'exercer.

§ 2.

28. L'exception de l'article 1348 s'applique encore 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 (1348).

Ce rapprochement, dans la même disposition, des cas de naufrage, d'incendie..., de celui de logement dans une hôtellerie, présente quelque chose de singulier et de forcé. Il y a, en effet, entre eux une différence sensible, et, comme le faisait judicieusement remarquer M. le Premier Président Lamoignon, dans la discussion de l'ordonnance de 1667, la preuve est bien plus privilégiée en toutes façons, dans les cas d'incendie et de naufrage. Aussi, sur ces observations, l'article 3 du projet se dédoubla, et la partie relative aux dépôts faits dans les hôtelleries devint l'objet d'un article séparé, l'article 4 (1).

La rédaction de notre article semblerait donc plus exacte, si, au lieu de mêler le cas de logement dans une hôtellerie à ceux de naufrage, d'incendie..., il avait terminé le second paragraphe par les cas généraux d'accidents imprévus, comme avait fait l'ordonnance de 1667.

Cependant, cette rédaction peut se justifier par une bonne raison. Le second paragraphe, dont nous traitons ici, ne s'occupe que des cas de dépôt nécessaire. Il les réunit tous dans

(1) Voy. le procès-verbal de l'Ordonn. de 1667, p. 216.

une disposition commune, quelque différence qu'il y ait dans les faits qui en ont été l'occasion. Le troisième paragraphe, au contraire, s'occupe de toutes les obligations en général qui sont contractées en cas d'accidents imprévus, tandis que l'article 3 de l'ordonnance semblait, au moins par sa rédaction, n'admettre la preuve testimoniale que pour les seuls dépôts faits en cas d'accidents imprévus, et exclure ainsi ce genre de preuve pour les engagements d'une autre nature. A ce point de vue, l'article 1348 est rédigé d'une manière plus exacte et plus complète.

29. Nous ne ferons aucune observation sur les cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il est évident que, au milieu de semblables événements, on ne songe pas à retirer une reconnaissance des dépôts que l'on fait entre les mains des tiers, et que, en eût-on la pensée, on n'en a pas le moyen. Ni le temps, ni le lieu ne permettent de délibérer ; *locus vel tempus, non patitur plenius deliberandi consilium* (1). Le dépôt fait en pareils accidents est nécessaire, parce que, dit Ulpien, il a pour cause la nécessité et non la volonté ; *continet causam fortuitam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem* (2).

Mais, si la preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs (1950), il faut commencer par prouver le cas misérable qui a donné lieu au dépôt allégué.

30. Quant aux dépôts faits dans les auberges et hôtelleries, il est encore manifeste qu'il n'est pas possible d'en retirer une preuve écrite. Une impossibilité pratique s'y oppose.

Mais remarquons à quelles conditions le dépôt qui y est fait est réputé nécessaire : Il doit être fait par les voyageurs en logeant, soit pour y prendre leur gîte ou leur nourriture. Le

(1) L. 1, *ff. De exercit. act.*
(2) L. 1, § 2, *ff. Deposit.*

dépôt ne serait donc plus nécessaire, s'il avait été fait, par des personnes qui n'eussent point pris leur logement dans l'auberge ou l'hôtellerie.

Ce mot, voyageurs, dont se sert l'article 1348, ne veut pas dire que, pour faire réputer le dépôt nécessaire, la personne qui l'effectue en logeant dans l'hôtellerie, soit en voyage, et réellement absente du lieu de son domicile. Tels sont, sans doute, la plupart de ceux qui s'arrêtent dans les auberges et hôtelleries. Mais il suffit, pour que le dépôt soit considéré comme nécessaire, que l'on y prenne logement, pour sa seule nourriture, par exemple, quand bien même on serait domicilié.

31. L'ordonnance de 1667 semblait exiger, pour que la preuve testimoniale fût admissible, que le dépôt eût été fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse. La suppression de ces mots dans la rédaction de l'article 1348 ne permet pas de douter que le dépôt ne puisse être également prouvé par témoins, dans le cas où, au lieu d'être fait entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, il l'aurait été entre les mains des domestiques et préposés. Il suffit même que les objets aient été portés dans l'hôtellerie pour que, à ce moment, le dépôt soit fait et la responsabilité de l'aubergiste engagée. Tel était notre ancien droit, conforme, au surplus, à la loi romaine (1). L'article 1952 ne laisse lui-même aucun doute sur ce point. Le dépôt des effets apportés par le voyageur, logeant dans l'auberge ou l'hôtellerie, est régardé comme un dépôt nécessaire (2).

32. Mais les juges ne sont point tenus d'admettre la preuve testimoniale. Ils n'en doivent accueillir l'offre que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. Ce pouvoir d'appréciation ne s'étend pas seulement à la valeur et à l'im-

(1) L. 1, § 8, *ff. Nantæ, caup. stabull.* — MAYNARD, liv. 3, ch. 82 et 83. — LEPRÊTRE, *Centurie,* ch. 19. — JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4.

(2) TOULLIER, t. 9, n° 202.

portance prétendues du dépôt (1), mais encore à son existence même. Si la qualité de la personne et les circonstances du fait fournissent des présomptions suffisantes de la non existence du dépôt allégué, ils peuvent, usant du pouvoir discrétionnaire qui leur est remis, rejeter la preuve testimoniale offerte. Ce droit des tribunaux est une garantie pour les prétendus dépositaires contre les allégations mensongères et les manœuvres frauduleuses de fripons et d'escrocs qui pourraient tirer parti d'un accident fortuit ou de leur entrée dans une auberge, pour exercer des réclamations injustes.

33. Il y a sans doute entre le cas d'incendie, par exemple, et celui de logement dans une hôtellerie, une grande différence. Car, ainsi que le disait plaisamment M. le Premier Président Lamoignon, on ne s'avise pas de brûler sa maison pour avoir sujet d'intenter un procès (2). Mais on peut très bien exploiter un événement de cette nature comme tout autre, en prétendant qu'il a été l'occasion d'un dépôt nécessaire qu'on offre de prouver par témoins. Pour être moins fréquent, ce danger ne laisse pas d'être réel et sérieux; et les juges ont toujours le pouvoir de rejeter les offres de preuve, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, quelques pertinents, concluants et admissibles que soient, en apparence, les faits offerts en preuve.

34. Les restaurants, cafés, billards, garnis, bains publics, sont, comme les auberges et les hôtelleries, des lieux où s'effectuent des dépôts nécessaires. Les raisons de confiance forcée sont ici exactement les mêmes. La nature même des choses répugne à ce qu'on puisse exiger de celui qui entre

(1) Voy. art. 1150, n° 8 et suiv. — Cass., 2 août 1864. SIREY, 64, 1, 461.

(2) Voy. procès-verbal, pag. 218.

dans de pareils établissements, qu'il retire un acte écrit constatant le dépôt qu'il est obligé d'y faire (1).

35. Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (1782). Ils répondent, non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture (1783).

Mais il y a cette différence entre eux et les aubergistes, que le dépôt fait entre leurs mains n'est assimilé au dépôt nécessaire qu'en ce qui concerne la garde et la conservation des objets, ainsi que la responsabilité du dépositaire. Quant à la preuve, il diffère du dépôt nécessaire proprement dit, en ce que la preuve testimoniale n'en est pas admissible lorsque le contrat de transport a eu lieu avec un simple particulier qui ne fait pas de ce genre d'opérations l'exercice d'une industrie commerciale (2). Rien n'empêche, en effet, d'en retirer une preuve littérale.

Mais si le transport constitue de la part du voiturier ou messagiste une opération de commerce, la preuve par témoins est admissible (3), quand même l'opération ne serait pas réciproquement commerciale de la part de l'expéditeur, et ne fût, de son côté qu'un acte civil (4).

36. En cas de dépôt nécessaire entre les mains d'un aubergiste, la responsabilité du dépositaire, en la qualité à laquelle elle est attachée, ne cesse pas lorsque le déposant, au mo-

(1) MERLIN, Quest., v^is *Dépôt nécessaire*. — TROPLONG, *Dépôt*, n^os 228 et 229.

(2) DURANTON, t. 17, n° 242. — DUVERGIER, t. 2, n° 321. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 41, et t. 5, p. 745, 1re édit., et t. 4, p. 520, et t. 8, p. 348, 4e édit. — TROPLONG, *Louage*, n° 908.

(3) ZACHARIÆ, TROPLONG, *ibid.*

(4) *Contrà*, TROPLONG, *ibid.*

ment de sa sortie de l'auberge, délaisse et abandonne par mégarde ou oubli les choses par lui apportées. Il en résulte une continuation du dépôt nécessaire, avec les obligations particulières qui en dérivent. Le déposant est alors admis à établir contre le prétendu dépositaire des faits de soustraction et de détournement, soit de sa part, soit de la part de personnes dont il répond, suivant le droit commun; ou des faits de négligence, d'incurie, ou de déplacement des objets déposés, toutes circonstances qui ont pu causer la méprise ou l'oubli du demandeur (1); il est hors de doute que la preuve testimoniale en est admissible.

37. L'exception de l'article 1348 ne s'applique point aux remises de titres et de pièces confiés à un huissier, à un avoué ou autre officier public. Quelque nécessité qu'il y ait à faire ces remises, elle ne constituent point un dépôt nécessaire dont il soit impossible de se procurer une preuve écrite (2).

38. Rodier (3) assimile au dépôt nécessaire la remise qui est faite de certains objets se rattachant à leur art ou industrie, par exemple, à un joaillier, à un tailleur et autres artistes ou ouvriers. Il lui paraît plus raisonnable de regarder ce cas comme un dépôt quasi-nécessaire et mixte, parce qu'ils exercent un commerce public, qu'on est obligé de se servir de leur ministère, et que c'est sur la foi publique qu'on leur confie les matières qu'ils doivent travailler. Il ne doute pas enfin que, en pareil cas, on n'en pût recevoir la preuve vocale, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

Nous en doutons, au contraire, beaucoup; car, quelles que soient leurs obligations comme dépositaires, il faut, avant tout, prouver la remise. Or, il n'est pas impossible d'en retirer une

(1) MERLIN, *ibid.* — Cass., 4 juill. 1814. MERLIN, *ibid.*

(2) JOUSSE, Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 2. — Bordeaux, 18 août 1837, et l'arrêt de rejet du 6 nov. 1838. SIREY, 38, 1, 892. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 316.

(3) Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 4, *Quest.* 3.

preuve écrite, et l'on ne saurait, sous ce rapport, assimiler ces remises faites à titre de louage aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ou de naufrage, ou en logeant dans une hôtellerie. Nous ne faisons donc aucune exception en leur faveur, à moins qu'elles ne constituent, outre un fait d'art et d'industrie, un véritable acte de commerce. Mais ce sera à ce titre seulement que la preuve testimoniale sera admissible.

§ 3.

39. Quant aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit, nous n'avons que de très courtes observations à présenter.

La première, c'est que l'exception s'applique à toute espèce d'obligations, et que, à cet égard, elle est plus étendue que celle du paragraphe précédent, qui ne concerne que les dépôts nécessaires ;

La seconde, que tel doit être l'accident imprévu, qu'il ait été impossible de se procurer une preuve littérale. C'est là la condition essentielle à laquelle l'exception est subordonnée.

On comprend, dès lors, que les juges aient un pouvoir très étendu d'appréciation ; et si, en cas de dépôt nécessaire, ils ne doivent admettre la preuve testimoniale que suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, à plus forte raison doivent-ils agir ainsi lorsqu'il s'agit d'obligations contractées en cas d'accidents imprévus (1).

Il serait facile d'en multiplier les exemples. Nous nous bornerons à en citer quelques-uns. Subitement atteint de maladie hors de mon domicile, on me transporte dans une maison où je dépose l'argent dont je suis porteur. Je rencontre sur la route une personne de ma connaissance que des voleurs viennent de dépouiller ; je lui prête de l'argent pour continuer son

(1) DURANTON, t. 13, n° 367.

voyage. Un père de famille est conduit en prison pour dettes; je paye les recors à l'instant même (1).

§ 4.

40. Une dernière exception existe enfin 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 (1348).

La preuve testimoniale est alors admissible, parce qu'on ne peut reprocher au créancier d'avoir manqué aux prescriptions de la loi. Loin de là, il y avait complètement satisfait en retirant une preuve littérale qu'il a perdue plus tard (2).

Mais l'admission de la preuve par témoins est subordonnée à l'administration d'une double preuve, 1° du cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure; 2° de la perte du titre par suite de ce cas fortuit. Ce n'est qu'après cette double preuve faite et rapportée que la preuve testimoniale peut être légalement admise.

41. Le premier point à prouver, c'est le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (3). Les expressions dont se sert la loi pour caractériser l'événement qui a causé la perte du titre, indiquent elles-mêmes quelle doit en être la nature. Il doit être indépendant de la volonté et des prévisions du créancier, et être exempt de tout mélange de faute ou de négligence de sa part. Tels sont les cas d'incendie, d'inondation, de naufrage, de vol, d'extorsion, de lacération (4), de substitution par violence ou surprise (5).

(1) Voy. DURANTON, *ibid.* — TOULLIER, t. 9, n° 199. — BONCENNE, t. 4, p. 193. — Voy. Cass., 31 déc. 1874. SIREY, 75, 1, 238.

(2) BOICEAU, p. 1, ch. 15.

(3) ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Preuve*, § 1, n° 6. — POTHIER, *Oblig.*, n° 781. — TOULLIER, t. 9, n°s 206 et suiv. — MERLIN, Quest., v° *Preuve*, § 7.

(4) Cass., 15 mai 1834. SIREY, 34, 1, 573.

(5) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806.

Ainsi, le créancier est recevable à prouver, même par la voie criminelle, la soustraction de son titre entre les mains du dépositaire auquel il l'avait confié (1).

Autre cas où la preuve de la perte est également admissible : Je poursuis le payement d'une somme de... Le prétendu débiteur répond que, en effet, il m'a dû cette somme, mais qu'il me l'a payée; et, pour preuve, il allègue la remise du titre qu'il aurait ensuite détruit comme inutile. Je suis parfaitement fondé à établir qu'il n'a été mis en possession de l'acte instrumentaire que par suite d'une soustraction frauduleuse ou d'un cas fortuit. En vain opposerait-il l'indivisibilité de son aveu, qui embrasse la reconnaissance de la dette et la déclaration d'un payement. Comme la preuve testimoniale est admissible, je ne suis pas lié par son aveu, et me trouve en dehors de l'application des principes relatifs à cette indivisibilité prétendue. Je puis donc établir le fait de soustraction contre le débiteur qui allègue une remise volontaire, et prouver, par suite, l'existence et la non extinction de la dette (2). Je pourrai de même établir que la remise prétendue n'est que le résultat d'une méprise (3), ou bien encore qu'un autre titre a été frauduleusement et dolosivement substitué à l'autre, qui avait été remis pour être immédiatement converti en un autre de même valeur (4).

Un débiteur se fait donner quittance sur la grosse du titre. Mais le créancier auquel il est encore dû quelque chose supprime la grosse sur laquelle les à-comptes sont portés, et, surprenant la religion du juge, il s'en fait délivrer une seconde. Le débiteur pourra établir cette suppression, qui est indépendante de son fait, et par suite sa libération.

42. Mais il ne suffirait pas que le créancier alléguât la perte

(1) Cass., 2 avril 1834. SIREY, 35, 1, 699.
(2) Cass., 18 mars 1814. SIREY, 45, 1, 40.
(3) Cass., 5 mars 1835. DALLOZ, 35, 1, 197.
(4) Cass., 14 juill. 1843. SIREY, 43, 1, 806.

de son titre, en disant simplement qu'il s'est égaré à son domicile, au bureau d'enregistrement, n'importe où, ajoutant d'ailleurs qu'il a été vu par plusieurs personnes qui en ont lu le contenu, et reconnu l'écriture et la signature du souscripteur. S'il suffisait, en effet, d'alléguer un cas quelconque de perte pour être admis à la preuve testimoniale, rien ne serait plus aisé que d'éluder les dispositions de l'article 1341. Car il ne serait pas plus difficile de faire déposer des témoins subornés sur le fait de la perte du titre et de son existence antérieure, que sur le fait de la convention même, si la preuve testimoniale était admissible.

La nécessité contraint cependant la loi. Si le titre s'est perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, comme alors aucune négligence ne peut être reprochée au créancier, et qu'il a été impossible d'avoir une preuve écrite du fait allégué, la preuve testimoniale est nécessairement admissible, à moins qu'on ne veuille exiger l'impossible de la personne qui l'invoque comme la seule preuve qui soit à sa disposition. Mais, pour être fondée sur les raisons les plus puissantes de justice et d'équité, cette admission de la preuve testimoniale n'en est pas moins, dans ce cas, une exception qui doit être strictement renfermée dans les termes de l'article 1348.

La loi romaine (1) contient une disposition semblable. Justinien suppose la perte du titre arrivée par le cas fortuit d'un incendie, d'un naufrage ou de tout autre événement accidentel. Alors il autorise ceux qui ont éprouvé cette perte à prouver l'obligation par témoins, mais à la charge par eux d'établir la cause de la perte, *causam peremptionis probantibus*.

L'article 1348 ne dit pas expressément que cette preuve du cas fortuit doit préalablement être faite. Mais cette nécessité résulte de la nature même de ses dispositions. En effet, la preuve de l'obligation n'étant admissible que parce que la perte

(1) L. 18, C. *De testibus*.

du titre a eu lieu par cas fortuit, il faut établir l'événement qui place le créancier dans un cas où la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible. L'admission de cette preuve étant l'effet, il faut en établir préalablement la cause; en un mot, il faut justifier l'exception invoquée.

S'agit-il d'un naufrage, d'un incendie, d'une inondation, d'un pillage, d'une invasion de brigands, d'un dégât causé par des animaux? Que l'on commence donc par établir tous ces cas fortuits et de force majeure, s'ils ne sont avoués et reconnus. Ce ne sera qu'en conséquence de cette preuve faite, et aussi de la preuve de la perte ou destruction du titre, que la preuve testimoniale de l'obligation sera devenue admissible. Jusque-là l'exception n'est pas justifiée (1).

Cette preuve à faire comporte elle-même la nécessité d'établir précisément le cas fortuit allégué. Il faut démontrer par quel accident l'acte instrumentaire a été perdu ou a péri. On doit donc repousser comme moyen indirect d'éluder les prohibitions de la loi, toute allégation d'un cas de perte quelconque, sans caractère précis, vague, indéterminé, comme l'est, de sa nature, le cas de perte dans son domicile, au bureau des hypothèques ou de l'enregistrement, dans le cabinet d'un avoué, d'un avocat, ou même dans un déménagement ordinaire. Ce n'est pas là le cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure dont parle l'article 1348. Ce n'est pas non plus l'accident déterminé, particulier dont le bon sens et la raison demandent avant tout la preuve précise (2); mais il reste en même temps évident que le demandeur pourra toujours, avec l'appui d'un commencement de preuve écrite, établir par témoins la preuve de l'obligation dont il a perdu ou égaré le titre originaire, en dehors de tout cas fortuit ou de force

(1) Boiceau, p. 1, ch. 10, nos 9 et suiv., et ch. 15. — Rousseaud de Lacombe, vo *Preuve*, § 1, no 6. — Pothier, *Oblig.*, no 781. — Boncenne, t. 4, p. 196. — Merlin, Quest., vo *Preuve*, § 7.

(2) Orléans, 13 déc. 1862. Sirey, 63, 2, 73. — Douai, 4 août 1871. Sirey, 71, 2, 248.

majeure. Il retombe alors sous l'application des termes généraux de l'article 1347 qui ne distingue pas si, dans le principe, il a été rédigé ou non un titre écrit, et si ce titre a été ensuite perdu, même par la faute du demandeur (1).

43. Si la perte du titre présupposait elle-même l'intervention d'un fait juridique entre le créancier et le tiers auquel la destruction ou suppression du titre est imputée, la preuve testimoniale n'en serait admissible que dans le cas où le fait juridique dont l'existence est présupposée, serait lui-même susceptible de ce genre de preuve.

Je prétends, par exemple, que mon titre a été supprimé, détruit par telle personne à qui je l'avais confié à titre de mandat ou de dépôt. Je dois commencer par établir, suivant les règles ordinaires, l'existence de ce mandat ou de ce dépôt, s'ils sont déniés, parce qu'elle est préalable à la perte ou suppression du titre que j'allègue. Or, la preuve testimoniale n'en étant pas admissible, elle ne le sera pas non plus en ce qui concerne la perte ou la suppression du titre. Je ne serai point, conséquemment, admis à prouver contre le prétendu débiteur, seulement à l'aide de témoins, la perte du titre, ni, par suite, l'existence de la créance alléguée. Autrement, l'admission de la preuve testimoniale autoriserait indirectement une double fraude à la loi; d'abord, en ce que l'on pourrait établir par témoins, à l'égard d'un tiers, l'existence d'un mandat ou d'un dépôt, et, en second lieu, à l'égard du prétendu débiteur, un fait juridique dont la loi prohibe, en principe, la preuve testimoniale (2).

Mais si le mandat ou le dépôt dont la perte ou la suppression du titre présuppose l'existence, étaient légalement établis, soit par un acte régulier, par l'aveu fait sans fraude, du mandataire ou du dépositaire, soit par témoins dans le cas où la

(1) Cass., 18 août 1873. SIREY, 1874, 1, 213, qui casse l'arrêt ci-dessus de la Cour de Douai.

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 754, 1re édit., et t. 8, p. 357, 4e édit.

preuve testimoniale est exceptionnellement admise, le créancier serait recevable à établir par ce genre de preuve la perte ou la suppression de son titre. Car, si le contrat préalable dont l'existence est présupposée, est un fait volontaire et libre de sa part, les faits de perte et de suppression prennent, après ce premier point établi, le caractère d'accident fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, sans mélange d'aucune faute ni négligence qui soit imputable au créancier, contre la volonté et les prévisions duquel ils se sont accomplis.

Il n'est pas douteux, du reste, que si la remise ou le dépôt avaient été faits par un tiers, le demandeur qui n'a pu s'en procurer une preuve littérale, devrait être admis à établir par témoins et présomptions la destruction du titre qu'il allègue (1).

44. La preuve de l'événement fortuit se confond souvent avec celle de la perte du titre. Quand je prouve que mon acte a été extorqué par violence ou lacéré par surprise, dans une communication de confiance, j'administre du même coup et d'une manière indivisible la double preuve dont je suis tenu.

Quelquefois la preuve du cas fortuit, sans se confondre avec celle de la perte du titre, fournit, sur ce dernier point, des présomptions plus ou moins considérables que le juge est appelé à apprécier. J'établis qu'un incendie a dévoré ma maison avec tout ce qu'elle contenait. Il y a une grande présomption que mon titre y a péri, quoiqu'il soit possible, après tout, qu'il ait échappé au sinistre, parce qu'il ne se trouvait pas dans les bâtiments incendiés.

Mais cette présomption sera moins forte si mes papiers ont été épargnés ou sauvés en partie; si les progrès du feu m'ont permis d'aviser au salut de quelques objets; si j'avais l'habitude de mettre mes titres de créance en dépôt chez un tiers; enfin, suivant toutes les circonstances dont l'appréciation est

(1) Cass., 10 mars 1875. SIREY, 75, 1, 172.

abandonnée aux juges. La preuve du cas fortuit étant une fois administrée, ils devront exiger, quant à la perte de l'acte instrumentaire, un complément de preuve plus ou moins considérable, suivant que la nature et les circonstances de l'événement établiront elles-mêmes, à cet égard, des indices moins graves ou des présomptions plus fortes.

45. Tout fait de tiers, en dehors de la participation et du concours du créancier, est par cela même, quelle qu'en soit la nature, un événement fortuit et de force majeure. Je puis, en conséquence, prouver qu'un titre a été perdu par la faute et l'incurie du notaire détenteur; par le fait de celui à qui je l'avais confié, dans un déménagement, dans un déplacement d'archives, sauf aux tribunaux à apprécier, dans ce dernier cas, la vraisemblance des allégations, d'après la nature des mesures de conservation qui ont pu et dû être prises (1).

Alors, en effet, que l'événement établi ne rend pas lui-même suffisamment vraisemblable le fait de la perte alléguée, le créancier doit l'établir d'une manière spéciale et précise. Ce n'est pas que la preuve testimoniale ne soit encore admissible; mais elle doit être administrée avec d'autant plus de précision dans ses éléments, que la nature de l'événement laisse plus de doute et d'incertitude sur la perte de l'acte instrumentaire.

46. Lorsque le créancier a établi le cas fortuit et la perte de son titre, il lui reste à en prouver la teneur. La preuve des deux faits préliminaires n'a même été faite qu'en vue de le mettre à même de suppléer, quant à la teneur de son titre, la preuve littérale par la preuve testimoniale.

Sur ce dernier point, comme sur les autres, les juges ont un pouvoir très étendu d'appréciation.

47. Mais la preuve testimoniale n'est pas indéfiniment ni indistinctement admissible. Elle est sans doute admise, puis-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 753, 1re édit., et t. 8, p. 356, 4e édit. — Riom, 29 nov. 1838. SIREY, 39, 2, 103.

que le titre qui servait de preuve littérale a été perdu par cas fortuit, soit qu'il s'agisse de choses excédant cent cinquante francs, ou alléguées contre et outre le contenu aux actes. Mais elle ne l'est que pour suppléer le titre péri ou perdu. Ainsi, le créancier doit se borner à établir par témoins la teneur de ce titre, sans qu'il soit fondé à rien prouver, par ce genre de preuve, contre et outre son contenu, ni sur ce qu'il prétendrait avoir été dit avant, lors ou depuis. A cet égard, on rentre dans les prohibitions ordinaires de la preuve testimoniale. L'exception est ici limitée comme sa cause. Étant fondée sur la perte du titre, elle n'admet la preuve par témoins qu'en son lieu et place seulement, et dans les seules limites de ses constatations justifiées. Il s'agit uniquement de suppléer l'acte instrumentaire, et non de le refaire, d'en étendre ou restreindre le contenu.

48. Lorsque l'acte qui a été perdu ou a péri est un acte authentique, son authenticité même est mieux faite pour rassurer la conscience du juge. Son existence prouvée suffit pour établir tout ce qu'il faut prouver.

Mais il n'en est pas tout à fait de même lorsqu'il s'agit d'un acte sous signature privée. Il ne fait, en effet, pleine foi que lorsqu'il est reconnu ou régulièrement vérifié. Or, le débiteur qui en dénie l'existence, dénie en même temps et nécessairement l'écriture et la signature. D'autre part, toute vérification est rendue impossible par la perte du titre. Tout retombe ainsi dans la preuve testimoniale, et l'existence matérielle du titre et sa force légale. Le créancier doit donc établir ce double fait de son existence et de son efficacité, en prouvant non-seulement qu'il a existé un tel acte, mais encore que l'écriture et la signature qui le constituaient appartenaient bien réellement à celui auquel il les attribue (1).

On comprend, dès lors, qu'il convient d'être plus exigeant

(1) MERLIN, Quest., v° *Preuve*, § 7. — TOULLIER, t. 9, n° 215.

et plus sévère dans l'appréciation des preuves et présomptions invoquées.

49. Lorsqu'il s'agit d'un acte instrumentaire pour la validité ou la force probante duquel la loi exige l'accomplissement de certaines formalités spéciales, le créancier doit prouver, outre le cas fortuit, outre la perte et le contenu du titre, l'existence des formes et solennités prescrites par la loi.

Mais la preuve testimoniale ne cesse pas d'être recevable sur ce point comme sur les autres, sauf aux juges à se montrer plus sévères dans son examen. Tel est le cas où il s'agit d'actes privés pour lesquels la loi exige la formalité du double écrit ou du *bon pour* ou *approuvé;* d'actes publics pour lesquels la loi trace, sous peine de nullité, certaines formes particulières. Ce principe s'applique spécialement aux testaments (1) et aux exploits d'huissier (2), ou autres actes judiciaires et extra-judiciaires.

Du reste, on devra admettre en général que l'acte réunissait toutes les conditions voulues pour sa validité, lorsqu'il aura été détruit par la partie même qui avait intérêt à le supprimer, puisque cet intérêt n'existe réellement qu'en supposant la validité de l'acte.

50 La Cour d'Orléans (3) a décidé qu'un cohéritier est rece-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 10, 1re édit., et t. 7, p. 10, 4e édit. — — DURANTON, t. 9, n° 48. — TOULLIER, t. 5, nos 656 et suivants; t. 9, nos 216 et suiv. — BONNIER, n" 113. — MARCADÉ, art. 1348, n° 5. — Cass., 24 juin 1828. SIREY, 28, 1, 434. — 12 déc. 1859. SIREY, 60, 1, 630. — Toulouse, 12 août 1862. SIREY, 62, 2, 480. — Orléans, 13 déc. 1862. SIREY, 63, 2, 73. — Toulouse, 17 janv. 1876. SIREY, 76, 2, 141. — Grenoble, 1er juillet 1875. SIREY, 76, 2, 142. — Rouen, 18 juin 1877. SIREY, 77, 2, 318. — Poitiers, 16 juillet 1879. SIREY, 80, 2, 147. — Poitiers, 23 mars 1881. SIREY, 1882, 2, 23. — Cass., 12 juin 1882. SIREY, 83, 1, 127.

(2) Cass., 13 déc. 1853. SIREY, 54, 1, 257.

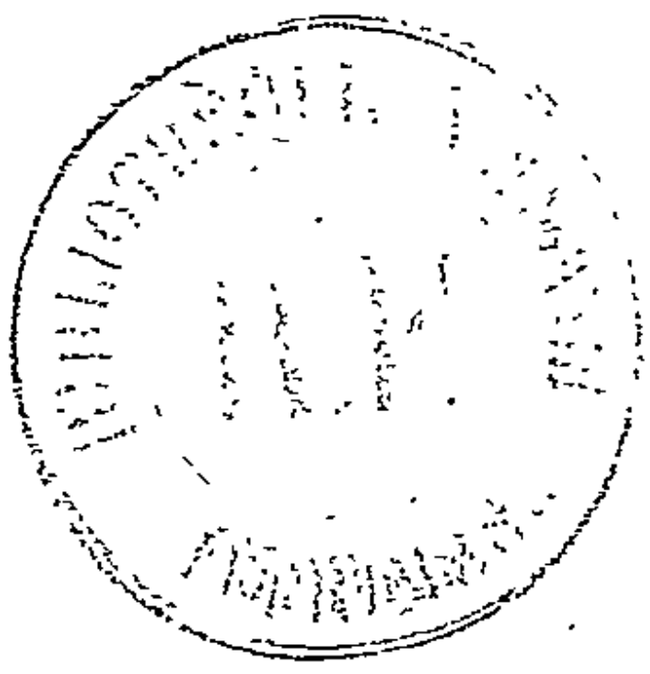
(3) 26 juill. 1849. SIREY, 50, 2, 49. — Voy. encore Orléans, 24 nov. 1855. SIREY, 56, 2, 385. — Bordeaux, 3 mars 1868. SIREY, 68, 2, 166.

vable à prouver par témoins et papiers domestiques que son cohéritier doit à l'auteur commun, parce qu'autrement les fraudes seraient trop faciles ; qu'il n'a pu se procurer une preuve littérale, et que si l'on exigeait de lui une preuve de cette nature, on le mettrait, le plus souvent, dans l'impossibilité de prouver la dette. Cet arrêt ne saurait faire jurisprudence. Car l'héritier représente le défunt, et sauf les cas de fraude et de soustraction de titre, il ne peut se placer dans aucune des exceptions consacrées par l'article 1348.

51. Les dispositions de notre article sont inapplicables aux billets de banque. Quelque soit l'événement de force majeure, incendie, naufrage qui en a entraîné la perte. Celui qui prétend les avoir perdus ne peut en exiger le remboursement (1). La nécessité de les représenter à la banque qui les a émis, se déduit de la nature même de ces titres et des conditions de leur circulation.

Quant aux titres au porteur, il nous suffit de renvoyer à la loi du 15 juin 1872 et au décret du 10 avril 1873, qui règlent les droits et les obligations du porteur, en cas de perte.

(1) Cass., 8 juillet 1867. SIREY, 67, 1, 317.



FIN DU SIXIÈME VOLUME

Limoges, imp. Ve H. Ducourtieux, 7, rue des Arènes.

ÉLOQUENCE JUDICIAIRE

DISCOURS ET PLAIDOYERS

DE

M. CHAIX D'EST-ANGE

Ancien bâtonnier de l'ordre des Avocats
Ancien Procureur général près la Cour impériale de Paris
Ancien vice-président du Conseil d'État
Ancien sénateur, Grand Officier de la Légion d'honneur, etc., etc.

PUBLIÉS PAR

Edmond ROUSSE

Ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats
Chevalier de la Légion d'honneur

DEUXIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

PAR

Charles CONSTANT

Avocat à la Cour de Paris

1877. 3 beaux volumes in-8 raisin. Prix : 30 francs.

DISCOURS ET PLAIDOYERS

DE

M. ALLOU

Ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats, Sénateur

Publiés par **Roger ALLOU**

Avocat à la Cour de Paris

1884. beaux volumes in-8° raisin, ornés du portrait de l'auteur. Prix : 24 fr.

ŒUVRES JUDICIAIRES

RÉQUISITOIRES ET CONCLUSIONS

ÉTUDES JURIDIQUES ET PLAIDOYERS

de M. Ernest PINARD

Ancien Procureur général, ancien ministre de l'intérieur, avocat à la Cour de Paris

RECUEILLIES ET PUBLIÉES AVEC UNE PRÉFACE

Par Charles BOULLAY, avocat à la Cour de Paris

1885. — 2 beaux volumes in-8 raisin. — Prix : 20 fr.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL MARITIME

Par Arthur DESJARDINS

Membre de l'Institut, Avocat général à la Cour de Cassation

Tome I à IV. 1878-85, in-8. Prix pour les souscripteurs, le vol. 8 francs.

L'ouvrage aura sept volumes

LE MARIAGE CIVIL ET LE DIVORCE

dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe

Etude précédée d'un aperçu sur les origines du Droit civil moderne

Par E. GLASSON

Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de Droit de Paris

1880. — 1 vol. in-8. — Prix : 8 fr.

DU MÊME AUTEUR :

HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

POLITIQUES CIVILES ET JUDICIAIRES

DE L'ANGLETERRE

Comparés au droit et aux institutions de la France, depuis leur origine jusqu'à nos jours.

1883. — 6 vol. in-8. — Prix : 60 fr.