

Faculté de droit de Paris. De la Preuve en droit romain. De l'Aveu en droit français. Thèse pour le doctorat, par Louis [...]

Mennesson, Louis. Faculté de droit de Paris. De la Preuve en droit romain. De l'Aveu en droit français. Thèse pour le doctorat, par Louis Mennesson,..... 1874.

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.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PREUVE

EN DROIT ROMAIN

DE L'AVEU

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

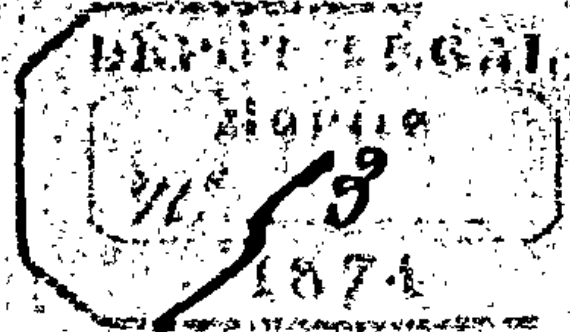
LOUIS MENNESSON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE DE REIMS

RUE PLUCHE, 24

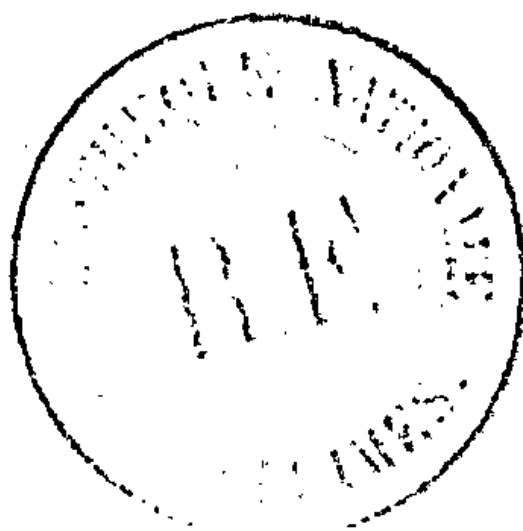
1874



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PREUVE

EN DROIT ROMAIN



DE L'AVEU

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR LOUIS MENNESSON

Né à REIMS (Marne).

L'acte public sur les matières ci-après, sera présenté et soutenu le
Jeudi 4 Juin 1874, à une heure et demie.

Président :	M. DEMANTE,	Professeur.
Suffragants :	MM. BONNIER,	Professeurs.
	COLMET DE SANTERRE,	
	GIDE,	
	GARSONNET,	

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur
les autres matières de l'enseignement.*

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE DE REIMS

A. Prouillet, direct.

24, RUE PLUCHE, 24

1874



Fr

40016

31 21

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MES FRÈRES & SŒURS

A M. DUNOYER

Recteur honoraire,
Commandeur de la Légion-d'Honneur.

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE

CHAPITRE I^{er}

RÈGLES COMMUNES AUX DIVERS MODES DE PREUVE

La science du droit, comme les autres sciences, donne le nom de *preuve* à ce qui persuade l'esprit d'une vérité (1).

Cette simple définition montre combien le sujet que nous embrassons demanderait de développements philosophiques pour être traité

(1) Domat, Lois civ., liv. III, tit. vi.

aussi bien en raison pure que suivant la législation positive des Romains et leur jurisprudence. N'est-ce pas, en effet, la philosophie qui seule peut répondre à ces questions fondamentales de notre matière : Qu'est-ce que la certitude ? Quels sont les divers moyens d'arriver à la certitude ? Quel est le degré de force de chacun d'eux ? A qui doit incomber le fardeau de la preuve ?... Mais nous saurons nous restreindre, aussi bien la nature de notre travail nous en fait-elle un devoir, et nous avons trop conscience de notre faiblesse pour ne mettre pas en pratique le conseil bien connu du poète :

*Sumite materiam vestris, qui scribitis, æquam
Viribus, et versate diu quid ferre recusent,
Quid valeant humeri.*

Nous nous bornerons donc à donner dans une première section quelques notions générales sur la preuve considérée tant au point de vue philosophique qu'au point de vue juridique ; dans une deuxième, nous dirons qui doit fournir la preuve lorsqu'une contestation s'élève entre deux personnes ; enfin une troisième et dernière section, transition naturelle entre le premier et le second chapitre, nous permettra

d'indiquer les divers modes de preuve adoptés
chez les Romains et de comparer le degré de
force de chacun d'eux.

SECTION I.

NOTIONS GÉNÉRALES

Tout devoir à remplir, toute difficulté à résoudre, toute entreprise à mener à bonne fin, exige une notion très-exacte de la réalité des choses qui font l'objet de ce devoir, de cette difficulté, de cette entreprise ; car la réalité des choses, c'est la vérité, et sans la vérité pour guide, l'acte le plus simple ne saurait être accompli. Le philosophe, le savant, l'inventeur, l'artisan sont soumis à cette loi ; comment le magistrat, dont les décisions ont une influence si directe sur l'honneur, la fortune ou la vie même des individus, pourrait-il y échapper ? Plus que tout autre, il ne doit avancer qu'après avoir assuré sa marche, et ce n'est pas tout pour lui que d'avoir trouvé la vérité, que de posséder la certitude, il doit encore faire surgir l'évidence. Mais cette vérité, que les peintres

et les poètes se plaisent à représenter au fond d'un puits, tant elle est difficile à trouver, comment être sûr qu'on la possède ? Mais cette évidence qui doit s'imposer aux plus sceptiques ou aux plus intéressés à la méconnaître, comment la produire, comment la faire apparaître ? Au moyen des preuves.

Il est des vérités que nous concevons sans le moindre effort, des vérités tellement évidentes, qu'elles n'ont pas besoin d'être prouvées ; par exemple la vérité des choses qui se passent en nous-mêmes. Quel est l'homme en effet qui, sincèrement, a jamais douté de sa propre existence ? Quel est l'homme qui, en proie à un vif sentiment d'amour ou de haine, s'est jamais arrêté à se demander s'il aimait, s'il haïssait réellement ou s'il n'était que le jouet de son imagination ? Si cet homme s'était rencontré, et s'il avait voulu ériger son doute en système, sa prétention eût bien vite et à juste raison été taxée de folie, car le doute poussé à cette dernière extrémité, c'est l'inaction, et l'inaction, c'est bientôt la mort, pour les sociétés comme pour les individus.

Quant à la vérité des choses qui se passent en dehors de nous, il y a lieu de distinguer. Parmi ces choses, il en est dont la vérité peut être perçue directement par nos sens, d'autres à la réalité desquelles nous ne pouvons parvenir que par un travail intellectuel, en allant du connu à l'inconnu. Les premières, c'est-à-dire nos sensations, ne demandent pas davantage à être prouvées que les phénomènes internes : personne en effet n'a jamais douté de l'existence des corps extérieurs, existence qui se révèle à nous à chaque instant de la vie et par des manières si diverses.

Nous pouvons donc dire en général que la théorie des preuves ne s'applique pas à la recherche de la vérité des choses qui se passent à l'intérieur de nous ou qui, se passant au dehors de nous, peuvent tomber sous nos sens; elle s'applique dans tous les autres cas.

Ces cas, il n'est pas difficile de le comprendre, sont de beaucoup les plus nombreux; car le sens intime et les sens proprement dits ne peuvent nous donner la certitude des faits du passé et même des faits du présent qui

n'ont point eu lieu devant nous : c'est pour ces deux catégories de faits que le témoignage des hommes, écrit ou non écrit, l'analogie ou l'induction sont nécessaires. Grâce à ces moyens, on peut acquérir une certitude qui souvent approche de l'évidence; mais il ne faut rien exagérer, aucun d'eux n'est infailible : le témoignage des hommes a quelquefois trompé et quelquefois aussi l'analogie. Les annales judiciaires de Rome, si nous les possédions tout entières, nous montreraient certainement que l'aventure arrivée de nos jours à M. Boncenne n'est pas la première de ce genre; M. Boncenne avait plaidé dans un procès dans lequel il s'agissait de savoir si la fenêtre d'une tour en ruines avait été ouverte depuis plus ou depuis moins d'un an et un jour. Sur vingt-quatre témoins, douze soutiennent qu'elle a été ouverte, douze qu'elle ne l'a pas été. Ce sont les premiers qui l'emportent. Plus tard, M. Boncenne, se trouvant par hasard auprès de la mesure qui avait donné lieu au procès, causait avec un paysan des circonstances de l'enquête. Douze témoins, disait-il, ayant affirmé ce que les douze autres niaient, il y a eu nécessairement douze menteurs. — Douze, répéta le

paysan, vous pouvez bien dire vingt-quatre. — Vingt-quatre ! répéta l'avocat abasourdi. — Oui, monsieur, vingt-quatre, puisque la tour était alors telle qu'elle est à présent, et qu'elle n'a pas de fenêtre comme vous voyez (1). Voilà pour le témoignage ; l'induction a également ses chances d'erreur. On a remarqué qu'en général l'homme ne parle contre son intérêt que s'il y est contraint par la force même de la vérité, et qu'il n'est pas porté à mentir lorsque le mensonge doit attirer sur lui une condamnation : on en a conclu que l'aveu de la partie est une preuve des plus efficaces. Cependant l'imperfection des institutions humaines peut amener des aveux mensongers. C'est ainsi, nous dit Ulpien, qu'on a vu un esclave, voulant échapper à tout prix à la puissance de son maître, se déclarer faussement coupable d'un meurtre (2).

Quoi qu'il en soit et malgré les quelques erreurs qui ont pu se produire dans la recherche de la vérité par les moyens que nous venons d'indiquer, ces moyens sont indispensa-

(1) V. les Petites Causes célèbres, par M. F. Thomas.

(2) L. 1, § 27, De quest.

bles et sont, du reste, presque toujours efficaces lorsque nous savons les employer avec discernement, sans précipitation comme sans passion.

Nous aurons à déterminer, dans la troisième section de ce chapitre, les divers modes de preuve judiciaire reçus chez les Romains : quels qu'ils soient, nous pouvons dès à présent donner une classification des preuves en général.

On ne distinguait pas à Rome les preuves auxquelles le magistrat est tenu de se rendre de celles dont l'effet est abandonné à sa prudence ; la conviction du juge, en effet, se formait librement, par tous les moyens possibles ; aucun d'eux n'avait force obligatoire, et leur autorité était entièrement laissée à son appréciation ; il pouvait toujours accueillir de nouvelles preuves ou se déclarer suffisamment éclairé.

Aristote distingue dans les preuves celles qui sont hors du domaine de la rhétorique et celles qu'on fait naître en quelque sorte du fond même de la cause. Cette distinction a été

presque généralement adoptée, et en conséquence on a appelé les premières des *preuves inartificielles*, ἀτέγγους, et les dernières des *preuves artificielles*, ἐντέγγους. Les preuves artificielles sont ainsi nommées parce qu'elles tirent toute leur force de l'habileté de celui qui les emploie. Les exemples les plus fréquemment cités de preuves artificielles sont ceux que présentent le jugement de Salomon et l'histoire de la chaste Suzanne. Deux femmes réclament un enfant et chacune d'elles dit : il est à moi ; les preuves ordinaires manquent absolument. Que fait le sage Salomon ? Il ordonne que l'enfant soit coupé en deux et qu'une moitié soit donnée à chacune des parties demanderesses. Naturellement la véritable mère ne pourra consentir à ce qu'une pareille immolation se fasse devant ses yeux, et elle préférera voir le fruit de ses entrailles abandonné à sa rivale ; c'est ce qui arrive en effet, et grâce à cette preuve artificielle Salomon peut rendre le jugement le plus conforme à la vérité et à l'humanité.— C'est encore grâce à une preuve artificielle que le jeune Daniel fit éclater l'innocence de la chaste Suzanne. Il embarrassa les deux vieillards impudiques par une simple

question sur le nom d'un arbre et confondit ainsi leur imposture.

Les preuves inartificielles sont les préjugés, les rumeurs publiques, les tortures, les pièces et les témoins; chacune de ces preuves recevra des développements dans le chapitre second, à part la torture, dont nous dirons dès maintenant tout ce que l'on peut raisonnablement en dire : chez les Romains, les opinions étaient déjà partagées à ce sujet; les uns disaient que la *question* était un moyen infailible de découvrir la vérité, les autres soutenaient qu'on n'en retirait le plus souvent que de fausses déclarations, parce qu'il y a des hommes à qui la force de tout endurer rend le mensonge facile, et d'autres que leur faiblesse met dans la nécessité de mentir.

On divise aussi les preuves en *pleines* et *semi-pleines*; les *pleines* sont celles qui donnent une certitude complète, les *semi-pleines* celles qui ne font qu'ébranler la croyance. Cette distinction a quelque importance à propos de la délation du serment.

Quand une preuve prouve précisément le fait dont il s'agit, elle prend le nom de preuve *directe*; on la nomme preuve *indirecte* lorsqu'elle prouve seulement un autre fait qui à son tour servira à trouver la vérité.

On distingue la preuve *de droit* et la preuve *de fait*; nous ne nous occupons ici que de la preuve de fait.

Enfin la preuve est *simple* ou *préconstituée*; elle est simple quand elle intervient au moment même où la contestation se produit; elle est au contraire *préconstituée* lorsqu'au moment même où le rapport de droit intervient, on le constate par un signe extérieur, destiné à prévenir et à trancher toute discussion possible dans l'avenir. La déposition des témoins et l'aveu sont des preuves simples; les écrits, billets, reconnaissances sont des preuves *préconstituées*.

SECTION II

QUI DOIT PROUVER ?

Une personne possède une chose et en use comme ferait un propriétaire, est-elle véritablement propriétaire ? Le doute est possible, mais le mal ne se présume pas ; l'état de droit est le plus souvent joint à l'état de fait, et supposer qu'en général ce qui doit être est en effet, n'est point seulement ici un hommage rendu à l'honnêteté de ceux avec qui nous vivons, c'est aussi une condition essentielle de la vie sociale. La raison nous dit donc que si une autre personne revendique cette chose comme sienne, c'est à elle que doit incomber le fardeau de la preuve, car c'est elle qui émet une prétention contraire à l'état de fait ou au droit commun.

Cette solution équitable pour les droits réels ne l'est pas moins pour les obligations :

Lorsqu'une personne s'oblige envers une autre à lui procurer un certain bénéfice, il se forme entre ces deux personnes une relation juridique qui est un fait anormal : tous les hommes, en effet, sont naturellement indépendants les uns à l'égard des autres, car le simple respect des droits d'autrui n'a jamais été considéré comme un état de dépendance ; aussi, le créancier demandant à son débiteur récalcitrant l'exécution de son obligation se trouve-t-il placé en face d'une présomption qu'il doit détruire, la présomption de liberté. Comment la détruira-t-il ? En administrant la preuve que celui qu'il dit son débiteur est astreint envers lui, contrairement à ce qui existe habituellement, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Mettons ces principes en lumière par des exemples :

Titius est en possession d'un champ, il le cultive, il en recueille périodiquement les fruits;

Seius vient qui s'en prétend propriétaire : lequel des deux devra établir son droit de propriété ? Seius évidemment ; car, émettant une prétention tendant à modifier l'état de fait, il doit la prouver. S'il n'y réussit pas, Titius restera en possession, par la seule raison qu'il y est, sans avoir besoin de prouver l'origine ou la légitimité de cette possession ; il est protégé par une présomption que la preuve contraire peut seule détruire.

Mœvius prétend que Sempronius s'est obligé à lui livrer tel cheval ; le fait est possible ; mais, en cas de contestation de la part de Sempronius, ce sera à Mœvius de prouver l'obligation, car le rapport de créancier à débiteur, entre deux personnes prises au hasard, étant un fait anormal, on ne doit pas le présumer.

Supposons maintenant que la preuve du droit de propriété ou de la créance a été fournie ; si le possesseur prétend qu'il a un droit de propriété préférable, si le débiteur soutient qu'il s'est libéré, c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve. En effet, l'existence non contestée de ces deux rapports de droit, de

propriétaire à immeuble, de créancier à débiteur, constitue un nouvel état de fait, et celui-là veut changer l'état de fait qui prétend que ces rapports, dont la preuve a été fournie, ont cessé d'exister : on ne présume pas l'abandon du droit de propriété, la remise de la dette.

Les Romains suivaient-ils ces principes qui, jusqu'à présent, ne sont pour nous que des principes du droit naturel, de raison pure? Je réponds sans hésiter : oui; le doute n'est pas possible, et cela résulte de toutes les décisions données par les textes dans les espèces particulières.

Il convient néanmoins de dire, pour être exact et complet, que nous ne possédons aucune formule expresse, bien plus, que s'il fallait réduire en une règle générale et concise les notions que les jurisconsultes romains nous ont laissées sur la matière, nous arriverions à celle-ci, qui paraît en contradiction dans beaucoup de cas avec ce que nous avons dit : « *Actori incombis onus probandi.* » La contradiction consiste en ce que, en prenant cette règle au pied de la lettre, il faudrait conclure que le far-

deau de la preuve de toute proposition incom-
bait toujours chez les Romains à celui qui était
demandeur au procès, et nous avons vu que, si
le plus souvent il en est ainsi en droit pur, il y
a de nombreuses exceptions. Mais la contradic-
tion n'est qu'apparente, et il suffit de bien en-
tendre la règle pour rester convaincu que celui
qui élevait une proposition, qui l'invoquait dans
son intérêt et contre son adversaire, qu'il fût
du reste demandeur ou défendeur, devait en
offrir la justification. Le mot *actor* désignait en
effet, non pas celui qui introduisait l'action en
justice, mais la partie qui introduisait contre
l'autre un nouvel élément de décision, qui
alléguait quelque chose de nouveau, qui voulait
changer et renverser, au moins sur quelque
point, le *statu quo*, l'état où en étaient les
choses après des preuves faites, des reconnais-
sances données, ou une constatation d'état de
fait.

C'est ce qu'exprime fort bien cette règle
d'Ulpien : « *Ager etiam is videtur qui excep-
tione utitur, nam reus in exceptione actor
est.* »

Notre formule doit donc, si nous voulons qu'elle soit vraie absolument et toujours, être conçue dans ces termes : « *Actori incumbit onus probandi, reus excipiendo sit actor.* »

Deux exceptions aux principes que nous avons exposés avaient été établies, l'une en faveur des pupilles, l'autre contre les *argentarii* ; nous les étudierons bientôt, mais nous voulons auparavant essayer de résoudre la question si controversée de savoir à qui, dans l'action négatoire, incombe le fardeau de la preuve. Et d'abord qu'est-ce que l'action négatoire ? C'est celle par laquelle on prétend qu'une certaine chose dont on est propriétaire n'est pas grevée de tel droit de servitude, par exemple que telle propriété n'est pas grevée d'une servitude de passage ; c'est au fond une véritable affirmation qu'on est pleinement propriétaire. Si nous appliquions les vrais principes nous dirions : celui qui intente l'action négatoire agit-il contre une personne exerçant en fait la servitude contestée, il devra fournir la preuve, car il prétend que l'état de fait est contraire à l'état de droit ; agit-il contre un non possessor juris, c'est-à-dire contre une personne n'exerçant pas en fait la

servitude contestée, mais donnant sujet de craindre qu'elle ne veuille l'exercer le jour où les moyens de la repousser n'existeront plus, ce sera à cette personne de fournir la preuve, car la prétention du demandeur au procès, c'est la reconnaissance pour le présent, le maintien pour l'avenir d'un état de fait conforme au droit commun : la liberté du fonds.

Sont-ce bien là les principes que les jurisconsultes romains appliquaient ? Les textes sont assez nombreux, et leur véritable sens assez difficile à saisir pour que plusieurs opinions se soient produites ; nous exposerons seulement les trois principales, et nous dirons celle à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

Dans un *premier* système, on soutient que le demandeur doit toujours prouver l'inexistence de la servitude sans distinguer si le défendeur est possessor ou non possessor juris, et l'on argumente ainsi : de même que dans la revendication c'est au demandeur à prouver sa propriété, de même ici ce doit être à lui à prouver sa pleine propriété. Ce raisonnement est appuyé

par un texte d'Africain qui décide que dans l'action négatoire comme dans l'action confessoire c'est au demandeur à justifier sa prétention : « Si priusquam ædificatum esset, ageretur jus vicino non esse ædes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait quam ut eum cum quo ageretur cavere juberet non prius se ædificaturum quam ultro egisset jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, cum quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altius tollere eo non defendente, similiter (inquit) officio judicis continebitur ut cavere adversarium juberet nec opus novum se nunciaturum, nec adificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet punietur, ut jure suo probare necesse haberet : id enim esse petitoris partes sustinere (1). » Le défendeur doit défendre, mais quid s'il ne le fait pas, s'il ne fournit pas la caution judicatum solvi, quelle sera la sanction ? Il sera puni. Et comment ? Le texte est formel ; en ce qu'il devra prouver son droit ; donc pouvons-nous dire, s'il avait fourni la caution judicatum solvi, il n'aurait

(1) L. 15, D., De op. novi nunciat. (39, 1).

eu rien à prouver, et tout le fardeau de la preuve eût incombé à celui à qui elle incombe de droit, au demandeur.

Le demandeur, disent les partisans du *deuxième* système, n'a pas à prouver l'inexistence de la servitude, c'est à l'adversaire à prouver qu'elle existe réellement, car la propriété étant sortie libre des mains du Créateur, celui qui veut la démembrer doit prouver qu'il en a le droit. Quant à la décision d'Africain, elle n'embarrasse nullement les champions de cette opinion ; et, en effet, disent-ils, si Africain affirme que le demandeur a quelque chose à prouver, au moins n'indique-t-il pas ce qu'il doit prouver et restons-nous libres de prétendre que c'est seulement sa qualité de propriétaire, et non l'inexistence de la servitude.

Viennent enfin les défenseurs d'un système mixte : il faut voir, disent-ils, si la prétention du demandeur est conforme ou contraire à l'état de fait actuellement existant ; si elle est conforme, il n'a rien à prouver, puisqu'il défend le *statu quo*, puisqu'à l'origine tout fonds est libre et que la servitude ne se conçoit que comme le

résultat d'une convention expresse ou tacite. Mais si le défendeur a la *possessio juris*, si en fait il exerce la servitude, le demandeur doit prouver qu'endroit cette servitude n'existe pas, que le fait est contraire au droit. Il faut bien l'avouer, ce système, en même temps qu'il est celui de la logique pure, du droit naturel et de la raison philosophique, reçoit une grande force du texte suivant d'Ulpien : « Si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, si quidem tigna immissa sunt, eum qui servitutem sibi deberi ait ; si vero non sunt immissa, cum qui negat (1). » Ainsi donc Ulpien, prenant pour exemple la servitude de faire porter des poutres, nous dit d'une façon indirecte, mais formelle, que si les poutres ne sont pas encore appuyées sur le mur du voisin, celui qui nie la servitude n'a rien à prouver, mais que si elles sont déjà appuyées, il perd la qualité de possessor et doit prouver l'inexistence de la servitude.

On sait déjà quel système serait le nôtre si nous n'avions, pour résoudre la question, qu'à suivre les principes vrais ; mais notre travail est un

(1) L. 8, § 3, D., Si serv. vindic.

travail de constatation, et non d'imagination, d'érudition et non de législation ; aussi croyons-nous devoir nous rallier à l'opinion proposée par M. Demangeat, c'est-à-dire à la première.

Nous ne saurions mieux faire également pour la soutenir que de répéter les paroles mêmes de notre éminent professeur : « La seconde opinion, dit-il, est bien réellement contredite par la L. 15., *De op. novi nunciat*... Dans ce texte, la preuve dont veut parler Africain, c'est une preuve relative au fait litigieux lui-même, à l'existence ou à l'inexistence de la servitude. Quant à la question de savoir si le demandeur est propriétaire, la plupart du temps elle ne sera pas soulevée par le défendeur, et alors en fait le demandeur n'aura rien du tout à prouver ; or, Africain semble bien supposer que toujours le demandeur a une preuve à faire. D'ailleurs, quand le défendeur ne donne pas la caution *judicatum solvi*, en quoi consistera sa punition ? A prouver que son adversaire n'est pas propriétaire ! C'est là un genre de preuve que je n'ai jamais vu indiqué dans les textes. — Quant à la troisième opinion, je crois que logiquement elle doit mener trop loin ceux

qui l'enseignent. En effet, la distinction qu'ils font pour l'action négatoire, ils doivent la faire aussi pour l'action confessoire, et certes le texte d'Ulpien ne parle pas exclusivement de la première. Voilà donc un homme qui, parce qu'en fait il exerce une servitude, est absolument dispensé de prouver que le droit de servitude lui appartient ! Jamais je ne croirai que ce soit là l'idée qu'Ulpien a voulu exprimer. Son idée me paraît être simplement que celui des deux voisins qui est possessor peut provisoirement, au moyen d'interdits, empêcher tout changement. L'état de choses qui actuellement existe en fait, qu'il soit conforme à la prétention de celui qui prétend avoir un droit de servitude, ou conforme à la prétention du propriétaire qui prétend que la chose est libre de servitude, cet état de choses ne sera pas modifié tant qu'il n'y aura pas jugement sur le fond : voilà, suivant moi, l'avantage indiqué par Ulpien comme appartenant au possessor.

» Je crois donc que c'est toujours à celui qui intente l'action négatoire à prouver l'inexistence de la servitude. Le défendeur, au moyen d'une interrogatio in jure, doit faire connaître

comment il aurait acquis la servitude qu'il prétend avoir : le demandeur alors prouve que l'acquisition n'a pas pu s'opérer dans les circonstances indiquées. — Cette explication est conforme aux principes généraux du droit. Elle est, de plus, parfaitement d'accord avec la L. 15, de op. novi. nunciat ; le défendeur qui ne donne pas la caution judicatum solvi est puni en ce qu'il est maintenant dans la nécessité de prouver qu'il a effectivement le droit de servitude : les rôles sont ainsi véritablement renversés. »

D'accord sur le fond avec M. Demangeat, nous ne pouvons néanmoins admettre comme lui que cette explication soit conforme aux principes généraux du droit ; oui, elle y est conforme lorsque le défendeur est possessor juris, car alors la théorie romaine en même temps que les principes, nous disent que c'est au demandeur qu'incombe le fardeau de la preuve ; mais comment soutenir que les principes généraux soient appliqués lorsque c'est le demandeur qui est possessor juris ? Il demande le maintien de l'état de fait, donc suivant les principes il ne devrait rien avoir à prouver !

Disons plutôt que les Romains, ordinairement si rigoureux sur le terrain de la logique, ont songé uniquement ici au *plerumque fit* ; le plus ordinairement, en effet, l'action négatoire est intentée contre une personne qui, contrairement aux prétentions du demandeur, exerce une servitude.

L'opinion à laquelle la force des textes nous a bien un peu malgré nous rallié est également enseignée par M. Fresquet, dont l'argumentation nous a paru des plus décisives.

« Théophile fait très-bien remarquer dans sa paraphrase, dit M. Fresquet, que l'action négatoire est en réalité une action confessoire, dans laquelle on soutient que le fond n'a jamais été grevé de servitude : car « *onus probandi ei incumbit qui dicit*. » Ceci est du reste établi d'une manière irréfutable par le fragment 15, de *operis novi nunciatione*, D. 39,1. Voici ce que suppose le jurisconsulte Africain : une personne sachant que son voisin veut bâtir lui envoie une *vocatio in jus* pour établir qu'il n'a pas le droit *altiustollendi*, c'est intenter l'action négatoire ; le défendeur ne comparait pas.

S'il veut bâtir plus tard, il faudra qu'il prenne le rôle de demandeur et qu'il établisse son droit : c'est ainsi qu'on punit sa contumace. Le jurisconsulte continue en renversant l'hypothèse. Seius veut établir qu'il a le droit *altius tollendi*, il intente l'action confessoire, mais son adversaire ne s'y présente pas pour y défendre. Seius devient en quelque sorte possessor juris ; pour l'empêcher de construire, il faudra qu'on intente contre lui l'action négatoire. « *Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet punietur, ut jure suo probare necesse haberet ; id enim esse petitoris partes sustinere.* » Par ce moyen, celui qui ne défend pas au procès sera puni, en étant soumis à la nécessité de prouver son droit, c'est-à-dire de prendre le rôle de demandeur.

» Ainsi Africain dit formellement que, dans la seconde hypothèse, celui qui exerce l'action négatoire doit faire la preuve.

» Nous dirons donc d'une manière générale, que toutes les fois qu'on est demandeur dans une action confessoire ou négatoire, on doit faire la preuve qu'on élève une prétention bien fondée. »

Revenons maintenant aux deux exceptions que nous n'avons fait que signaler plus haut ; la première, avons-nous dit, avait été établie en faveur des pupilles ; voici à quel sujet :

On sait que, dans certain cas, le magistrat lui-même procède à la nomination du tuteur, lors, par exemple, qu'un impubère se trouve n'avoit aucun tuteur, ou que le tuteur testamentaire n'a été nommé que *ex conditione* ou *ex die certo*, ou qu'il est fait prisonnier par l'ennemi, ou encore qu'il est en démence, etc. ; dans tous ces cas, le pupille qui n'est pas satisfait soit de l'administration exercée par son tuteur, soit des comptes qui lui en sont rendus, peut poursuivre en justice non-seulement le tuteur, mais encore le magistrat chargé d'exigere *satisfactionem*, de recevoir la caution, c'est ce que dit formellement Justinien : « *Sciendum est non solum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceterisque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos qui satisfactionem accipiunt subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit adferre. Subsidiaria autem actio in eos datur qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisfacere*

non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri (1). » Supposons donc qu'un pupille recourt ainsi contre le magistrat *nominato tutoris*; il semble, d'après les principes établis, qu'il devra prouver que ce dernier lui a donné des fidéjusseurs insolvables, car la solvabilité est de droit commun; néanmoins le magistrat doit fournir la preuve que les fidéjusseurs étaient solvables au moment où ils sont intervenus.

La seconde exception, admise au préjudice des *argentarii*, s'est perpétuée longtemps dans notre ancien droit, notamment en Normandie; elle a même été rétablie transitoirement au commencement de ce siècle.

C'est l'exception non *numeratæ pecuniæ*.

Il y avait à Rome, comme de nos jours, des banquiers qui faisaient commerce de l'argent, en prêtant à celui-ci, en recevant de celui-là; quand ils prêtaient, ils avaient la précaution, pour bien fixer la somme et les conditions du

(1) Inst., § 2, De satisdat. tut.

prêt, d'employer la stipulation ou l'expensilation, et naturellement c'était avant la remise des espèces qu'ils usaient de cette rigueur toujours subie facilement par celui qui, étant dans une pressante nécessité, ne pouvait rien refuser à son prêteur. Mais une fois la stipulation ou l'expensilation consommée, le débiteur était à la discrétion du créancier, qui pouvait ne pas lui remettre les deniers, cause de l'engagement, car ici l'obligation naît des paroles prononcées ou de l'inscription sur le registre, quelle qu'en soit la cause, et quand bien même cette cause ne se serait pas réalisée ; mais le droit prétorien vint au secours du débiteur trompé, il put se soustraire à la *condictio* au moyen de l'exception de dol, en prouvant qu'il n'avait pas reçu l'argent. Puis, comme ces fraudes se multipliaient singulièrement et sans doute en haine des prêteurs, des *argentarii*, on fit un pas de plus ; le débiteur fut armé d'une exception de dol spéciale, rédigée *in factum*, qu'il lui suffit d'articuler, l'exception *non numeræ pecuniæ*. Ce fut au créancier de prouver qu'il avait réellement versé les espèces. Ce qui revenait à supprimer les obligations *verbis et litteris*, puisque les paroles et l'écriture cessaient d'être

la cause véritable de l'obligation et n'en étaient plus que l'expression.

Nous venons de voir en quel sens il faut entendre la règle : *actori incumbit onus probandi*, si l'on veut qu'elle soit rigoureusement exacte, et nous avons constaté que les Romains y avaient apporté deux exceptions ; il est une autre règle qui a trait également à notre matière et à laquelle il convient de ne pas faire dire plus qu'elle ne signifie en réalité ; elle nous est donnée par Paul qui la formule ainsi : « *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* » (1). A prendre à la lettre les paroles de Paul, il faudrait dire que la preuve d'un fait négatif est impossible, et que celui qui avance ce fait, qu'il soit du reste demandeur ou défendeur, qu'il émette une prétention conforme ou contraire au droit commun, n'a rien à prouver ; il y aurait là une confusion dans laquelle il faut prendre garde de tomber, et qu'il est facile d'éviter en entendant notre maxime avec prudence. Non, il n'est pas vrai de dire que le fardeau de la preuve incombe toujours à celui

(1) Dig., liv. XXII, tit. III, § 2.

qui affirme et jamais à celui qui nie ; ce qui est vrai et ce que nous avons déjà suffisamment établi, c'est que celui qui apporte en justice l'affirmation qu'un certain état de fait actuellement existant doit être changé en sa faveur, est obligé de fournir la preuve du bien fondé de sa prétention, et que celui qui se borne à nier qu'un changement doive être apporté au *statu quo* n'a rien à prouver. Mais si, par exemple, je nie l'état d'affranchi dans lequel vous vivez, je devrai prouver mon allégation, bien qu'elle soit négative, et vous qui affirmerez que vous avez été réellement affranchi, vous n'aurez aucune preuve à faire. La confusion s'est faite dans l'esprit de plusieurs glossateurs à la lecture d'un texte qui cependant se retourne singulièrement contre le système qu'ils prétendaient en tirer ; voici ce texte : « Actor quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit ; cum per rerum naturam factum negantis probatin nulla sit » (1). Les glossateurs, prenant isolément ces derniers mots : *cum per rerum naturam factum negantis pro-*

(1) Loi 23, Code, liv. III.

batio nulla sit, en firent cette maxime générale : il n'y a jamais de preuve à faire pour celui qui nie, toute preuve d'une négation est impossible par la nature même des choses. Il suffisait cependant d'une lecture un peu plus attentive et un peu moins prévenue pour comprendre que ce membre de phrase étant l'explication de celui qui le précède a un sens essentiellement relatif ; le demandeur, dit tout d'abord le texte en question, ne peut pas, en se reconnaissant dans l'impossibilité de prouver sa prétention, forcer le défendeur à prouver le contraire, pourquoi ? Parce que, continue-t-il, celui qui nie le fait allégué contre lui, qui se contente d'attendre la justification des attaques, n'a, par la nature même des choses, aucune preuve à faire.

Mais la raison elle-même ne nous enseigne-t-elle pas que si la preuve d'un fait négatif est souvent impossible, cela tient non pas au caractère négatif du fait, mais à son indétermination, de telle sorte qu'un fait affirmatif serait tout aussi difficile à prouver s'il était également indéterminé ; et en effet, sera-t-il plus facile de prouver que je suis monté tous les

jours au Capitole, ou bien que je n'y suis jamais monté ? Evidemment non, car le contrôle de chacun des instants de ma vie serait à faire, ce qui n'est pas possible. Voilà pour la négative de *fait*; la question ne se pose même pas pour la négative de *droit* ou de *qualité*, parce qu'elle contient toujours une affirmation, l'affirmation contraire.

Pour nous résumer, nous ne saurions mieux faire que de citer ces quelques lignes de Marcadé, qui, dans une forme concise, contiennent tous les principes que nous venons de développer et qui sont aussi vrais en droit romain qu'en droit français : « Ainsi, la meilleure manière de répondre à la question de savoir par qui doit se faire la preuve, ce n'est pas de dire que la preuve incombe au demandeur; ce n'est pas non plus de dire qu'elle incombe à celui qui affirme et non à celui qui nie. Ces deux propositions, très-exactes quand on les entend comme elles doivent être entendues, présentent un sens ambigu qui pourrait induire en erreur. Il faut dire que toute prétention nouvelle, toute allégation tendant à changer l'état actuel des choses, doit être prouvée par celui

qui la met en avant, et jamais par celui contre qui elle est dirigée et qui la conteste » (1).

Après nous être résumé, concluons : lorsque le demandeur n'aura pas établi sa prétention, le juge devra maintenir le *statu quo* ; l'état de fait est en effet le plus souvent conforme à l'état de droit, et celui qui veut le changer se trouve en face d'une présomption aussi sage qu'utile, qu'il doit tout d'abord renverser en prouvant que le droit a été violé.

Pas de garantie pour les individus, et par conséquent pas de société possible sans l'application de ces principes ; les Romains l'avaient bien compris et pratiquaient notre maxime :
» *Actore non probante, reus absolvitur.* »

(1) Marcadé, liv. III, tit. III, chap. IV.

SECTION III

DES DIVERS MOYENS DE PREUVÉ ET DE LA FORCE DE CHACUN D'EUX.

L'article 1316 de notre Code énumère cinq modes de preuve : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment; les Romains, au contraire, n'en reconnaissent que quatre :

La preuve littérale,
La preuve testimoniale,
L'aveu,
Les présomptions.

Pourquoi donc ne rangeaient-ils pas le serment parmi les modes de preuve proprement dits ? C'est que, à parler le vrai langage du droit, le serment est une transaction ou une présomption suivant les cas, mais n'est jamais

un moyen de preuve particulier, bien qu'il conduise au même résultat et puisse à ce titre être considéré comme une espèce de preuve.

En effet, prenons le serment déféré par la partie, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, nous reconnaitrons facilement un pacte si nous en faisons l'analyse. Deux personnes ne savent comment terminer une contestation qui s'est élevée entre elles. Elles finissent par s'entendre pour trouver dans le serment un moyen de sortir d'embarras. L'une d'elles propose à l'autre de jurer, et celle-ci consent à le faire, c'est de cet accord des parties que le serment tire sa puissance. Tous les jurisconsultes, en effet, s'attachent à mettre en lumière le caractère conventionnel qui fait l'essence et la force du serment : *Ex pactione ipsorum ligatorum decidentur controversiæ* ; et encore : *Jusjurandum speciem transactionis continet*. Disons toutefois que le serment déféré en justice s'écarte d'une transaction ordinaire, car la partie à laquelle on offre de le prêter ne peut pas s'y refuser impunément ; si elle ne le prête pas, elle s'attire une condamnation certaine, et si

elle le réfère, elle met le sort du litige entre les mains de son adversaire.

Quant au serment déféré par le juge, on ne peut véritablement y voir qu'une simple présomption, puisque le juge n'est pas lié. Celui-ci y a recours lorsque des doutes subsistent dans son esprit, par suite de l'insuffisance des preuves, *inopia probationum*. Il ne pourrait le déférer si elles faisaient complètement défaut, et il ne le pourrait pas davantage si elles étaient complètes. Ce serment trouvera sa place dans les cas où le juge hésite, soit que les arguments d'une égale valeur aient été produits de part et d'autre, soit que ceux qui ont été fournis par l'une seulement des parties ne semblent pas suffisants : « Solent sæpe judices in dubiis causis, exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit (1). »

Ainsi donc les jurisconsultes romains ont été plus scrupuleux de l'exacte vérité juridique en ne rangeant pas le serment parmi les modes de preuve.

(1) Inst., liv. II, tit. xxiii, § 12.

Il nous reste à examiner, pour terminer cette troisième section et ce premier chapitre, quelle est la force relative de chacun des modes de preuves cités plus haut.

L'aveu, cela n'est pas contestable, doit tenir la première place, si nous suivons l'ordre chronologique, car on a dû le voir apparaître comme le moyen de preuve le plus légitime et le plus naturel dans les premières contestations qui se sont produites. Quant à sa force relative, on peut dire qu'en droit civil, l'aveu prime également tous les autres moyens de preuve, puisqu'en fait comme en droit, il réduit la contestation à néant, sans que la partie condamnée puisse jamais se plaindre, ce qui arrive trop souvent quand le juge a été dans l'obligation d'avoir recours aux écrits, aux témoignages ou aux présomptions.

Il est non moins évident qu'il faut donner le dernier rang aux présomptions ; celles-ci en effet ne sont pas l'affirmation directe du fait cherché, elles ne conduisent à la vérité que par un travail de l'esprit où les chances d'erreur sont multipliées.

Mais quel rang assigner à la preuve littérale et à la preuve testimoniale ? Dans le droit moderne, la question n'est pas controversée, la preuve littérale prime la preuve testimoniale. La solution est loin d'être aussi claire en droit romain, et si nous supposons des écrits en présence des témoins, nous donnerons la préférence aux premiers ou aux seconds, suivant que nous aurons adopté le système proposé par tel ou tel interprète.

Les systèmes qui ont été produits à ce sujet peuvent se réduire à trois principaux :

Le *premier*, proposé par Pothier et Domat, donne la préférence à la preuve littérale ; c'est certainement le plus rationnel, et c'est à ce titre qu'il a été adopté par notre législation moderne ; mais le désir qu'ont eu nos grands jurisconsultes de se persuader et de persuader aux autres qu'en ce point comme en tant d'autres les Romains avaient mis leur droit d'accord avec la raison, ne saurait suffire à établir fortement un système. Ce qu'il faut avant tout en pareille matière, ce sont des textes, et les textes manquent absolument, à

moins qu'on ne prétende invoquer celui-ci : « Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur (1). » Mais, outre que cette loi n'a pas pour elle toutes les garanties d'authenticité, puisque, restituée par Cujas, elle apparaît pour la première fois dans l'édition de Godefroi comme extraite des Basiliques, elle peut très-facilement donner lieu à des traductions qui ne prouvent pas ce qu'ont voulu en tirer Pothier et Domat. Elle peut en effet vouloir dire que ceux qui ont signé un acte ne sont pas admis à en démentir la teneur, ou bien encore que le témoin qui, ayant donné son témoignage par écrit dans un certain sens, viendrait ensuite affirmer le contraire de vive voix, ne devrait pas être entendu.

Dans un *deuxième* système, la preuve testimoniale l'emporte sur la preuve littérale ; la novelle 73 et un rescrit d'Adrien donnent un certain crédit à cette opinion, qui cependant ne saurait nous satisfaire complètement. Et en effet, le rescrit d'Adrien : « Divus Adrianus rescripsit testibus se, non testimoniis creditu-

(1) Loi 1, C., De testib.

rum » (1), n'a rien à faire dans la question qui nous occupe : il s'agit de savoir lequel l'emporte d'un écrit ou d'un témoignage proprement dit, et Adrien ne parle que des témoignages : il veut qu'ils soient donnés verbalement, et non envoyés par déposition écrite. La novelle 73 a certainement une plus grande importance : « Tunc nos quidem existimavimus ea quæ viva dicuntur voce et cum jurejurando, hæc dignora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere » (2) ; elle montre en effet quelle autorité, vraiment plus grande que chez nous, la preuve testimoniale avait à Rome ; mais elle ne prouve pas suffisamment ce que les partisans de ce système en induisent, à savoir : que la preuve testimoniale prime la force littérale, car la novelle ne parle que d'écritures contestées ou contradictoires, et Justinien dit que pour les apprécier il vaudra mieux recourir à l'audition des témoins qu'à l'examen des écritures, puisqu'elles sont elles-mêmes douteuses ; en un mot, l'hypothèse à laquelle s'attache Justinien est trop spéciale pour qu'on se permette d'en tirer une règle générale. On a bien aussi

(1) L. 3, § 3, Dig., De testib.

(2) Nov. 73, chap. III.

invoqué l'autorité de Cicéron (1); mais une œuvre littéraire n'a pas assez de précision juridique pour servir de base vraiment solide à un système dans une question aussi délicate.

Enfin, dans un *troisième* système, la preuve littérale et la preuve testimoniale jouissent d'une égale force ; ainsi, des écrits et des témoins se trouvant en concurrence, on ne devra accorder aucune préférence aux premiers sur les seconds. Ce système peut se fonder sur le texte suivant : « In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium » (2). Mais, pour que ce texte conserve toute sa valeur il faut négliger la loi I, Code, *de testibus*, et le traduire, ainsi que nous avons fait, en rejetant ce second sens, qui cependant est tout aussi plausible que le premier : il n'y a pas de preuves qu'on ne puisse faire que par écrit : à défaut d'écrit, on arrivera au même résultat par témoins.

Il est difficile, on le voit, de se rallier sans

(1) Pro Archia poeta, chap. IV.

(2) L. 15, C., De fide instr.

arrière-pensée à l'un de ces trois systèmes ; aussi, d'autres opinions ont-elles été émises : Donneau, par exemple, propose une distinction entre les écrits publics et les écrits privés, en donnant naturellement une plus grande autorité aux premiers et en les préférant aux simples témoignages. On a enfin essayé, avec raison suivant nous, de résoudre la question d'une manière tout historique.

A l'origine, a-t-on dit, les Romains ne se servirent que de la preuve testimoniale, et la preuve littérale leur resta longtemps inconnue ; cela devait être, et cela fut en effet : cela devait être, parce que l'usage de l'écriture ne se répandit que lentement à Rome ; et cela fut, car les textes qui se rapportent à cette époque en font pleine foi. Mais peu à peu l'écriture devient populaire, on commence à constater ce dont plus tard nos jurisconsultes feront un brocard, que *qui mieux abreuve mieux preuve*, et alors on a recours à la preuve littérale, qui est plus commode et plus sûre. Cependant, une longue habitude et le respect des vieilles institutions maintiennent malgré tout à la preuve testimoniale une supériorité marquée,

jusqu'à ce que la preuve littérale elle-même se soit constitué un passé et ait été pour ainsi dire consacrée par le temps. Il y eut alors un moment où la preuve testimoniale et la preuve littérale jouirent d'une égale autorité, un moment auquel on peut donner pour date le premier siècle de l'ère chrétienne et où la loi 15 au Code *de fide Instr.*, formule de l'équilibre entre ces deux genres de preuve, est déjà dans la réalité des choses avant d'être rédigée en constitution. Cette constitution, en effet, est de Constantin, c'est-à-dire du commencement du quatrième siècle. Dès lors la preuve littérale fait de rapides progrès ; elle prend un essor dans lequel elle n'est plus arrêtée par l'ignorance ou la routine, et nous voyons au troisième siècle le jurisconsulte Paul constater la supériorité des écrits sur les témoins chaque fois qu'aucun doute n'existe sur la sincérité des écrits : « Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturas interrogari non possunt » (1). Puis c'est Justin qui, au v^e siècle, dans une constitution remarquable repousse la preuve testimoniale contre la teneur d'un

(1) Paul, Sent., V, 15, § 4.

écrit : « Generaliter sancimus ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat ; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis incerta religionem judicis possit instruere » (1). Enfin, la loi 18, au Code, *de testibus*, interdit de faire par témoins la preuve d'un paiement total ou partiel d'une obligation constatée par écrit.

Il est donc vrai de dire que la preuve littérale qui dans les premiers temps de Rome était complètement inconnue, devint bientôt égale en autorité à la preuve testimoniale et qu'elle la surpassa peu après, pour lui rester supérieure sous Justinien, pendant tout le temps de la décadence de l'empire d'Orient, et être plus tard adoptée par nos jurisconsultes comme le mode de preuve par excellence.

(1) L. 13, au Code, *De non numer, pecu.*

CHAPITRE II.

RÈGLES SPÉCIALES AUX DIVERS MODES DE PREUVE.

SECTION I.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

Il serait difficile autant que puéril d'énumérer les nombreux avantages qui résultent pour l'homme et pour la société de l'invention de l'écriture, mais il est incontestable que son application à la constatation des conventions pour en assurer la preuve est l'un des plus précieux, sinon des plus célébrés.

Les peuples adonnés au commerce furent les premiers à user largement de ce genre de preuve, tels sont par exemple les Babyloniens : les Spartiates, au contraire, peuple dont la

constitution sociale n'était pas favorable aux transactions commerciales, n'apprirent que bien tard à consigner dans les actes publics ou privés leurs engagements ou les mutations de propriété qu'ils opéraient. Il en fut de même à Rome; les Romains, en effet, ne furent jamais et n'étaient pas, dans l'origine surtout, des trafiquants, mais des guerriers chez qui la hache n'était pas seulement le signe et l'instrument du combat, mais aussi le signe et l'instrument de l'acquisition de la propriété. La preuve littérale fit donc des progrès bien lents, et si plus tard elle acquit en autorité autant et même plus d'importance que la preuve testimoniale, il reste vrai de dire qu'en fait elle fut beaucoup moins pratiquée : jamais au reste on ne vit, comme chez nous, l'écriture être la condition essentielle de la validité d'une convention; l'écriture n'était que probatoire, et pouvait toujours être remplacée par un autre mode de preuve. La validité d'une convention n'était subordonnée à l'existence de l'écriture que lorsque telle avait été la volonté expresse des parties, volonté qui se manifestait par l'emploi du contrat *litteris*. Dans quelques cas exceptionnels seulement, l'écrit-

ture ne pouvait pas être remplacée par une autre preuve, par exemple lorsqu'il s'agissait d'établir l'ingénuité ; elle fut aussi exigée dans les derniers temps du droit romain pour certaines donations, la transaction et l'adoption.

La preuve littérale peut résulter soit d'actes privés, soit d'actes publics ; on nomme actes privés ceux qui sont écrits et signés par les parties contractantes ou écrits par un tiers et signés par elles, sans le concours d'un officier public. C'est de ceux-ci que nous nous occuperons tout d'abord.

Nous l'avons dit, l'écrit à Rome n'était ordinairement que probatoire, et ce n'était que par exception, dans le contrat *litteris*, qu'il était constitutif d'obligation ; nous devons dire un mot de ce mode de contracter, parce qu'il se rapporte intimement à notre sujet.

Les Romains donnaient le nom d'*adversaria* à ce que nous appelons aujourd'hui un brouillon, registre sur lequel les opérations commerciales sont notées au fur et à mesure

qu'elles se produisent. Ils donnaient le nom de *Tabulæ* ou de *Codex expensi et accepti* à un autre registre sur lequel ils ouvraient un compte spécial à chacune des personnes avec lesquelles ils se trouvaient en relation d'affaires, et dans lequel on retrouvait classées avec ordre et méthode les opérations qu'on n'avait fait que consigner sur l'*adversaria*; en un mot, les Romains avaient, comme nous également, à côté de leur brouillon, un grand-livre. Cicéron, dans plusieurs passages très-connus de ses discours contre Verrès, nous dit et ce qu'étaient ces différents livres et quelle foi leur était due. Il montre d'abord combien est invraisemblable l'allégation d'un citoyen qui prétend ne pas avoir tenu de livres. « *Habeo et istius et patris ejus, accepti tabulas omnes; quas diligentissime legi atque digessi: patris, quoad vixit; tuas, quoad ait te confecisse. Nam in isto, judices, hoc novum reperietis: audimus aliquem tabulas nunquam confecisse. Quæ est opinio hominum de Antonio falsa: nam fecit diligentissime... Audimus alium non ab initio fecisse, sed ex tempore aliquo confecisse; est aliqua etiam hujusce rei ratio. Hoc vero novum et ridiculum est, quod hic no-*

bis respondit cum ab eo tabulas postularemus : usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse, postea destitisse » (1). Dans un autre passage, Cicéron, continuant à nous montrer l'importance de ces tables domestiques, distingue parfaitement les *tabulæ* des *adversaria* : « Suum codicem, testis loco recitare (dit Cicéron, répondant à Fannius qui invoquait ses *adversaria*), arrogantiae est ; suarum prescriptionum et litterarum *adversaria* proferre, non amentia est ? Quod si eandem vim, diligentiam auctoritatemque habent *adversaria* quam *tabulæ*, quid attinet codicem instituere ? Conscribere ? Ordinem conservare ? Memoriae tradere litterarum vetustatem ?... Hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ ; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque *adversaria* in iudicium nemo ; codicem protulit, tabulas recitavit » (2).

L'autorité des *Tabulæ* était telle qu'elles pouvaient faire preuve au profit du proprié-

(1) Seconde action contre Verrès, liv. I, n. 23.

(2) Pro Roscio Comædo, n. 2.

taire même du registre, sauf la preuve contraire que pouvait offrir l'adversaire, soit en produisant son registre, soit en faisant entendre des témoins : « *Plurima signa pulcherrima, plurimas tabulas optimas, deportasse te negare non potes : atque utinam neges ! Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti* » (1).

Nous venons de voir comment une obligation peut être constatée *litteris*, mais une obligation peut aussi être formée *litteris* : c'est lorsque, du consentement d'un tiers qui veut se constituer débiteur, on a sur son *Codex* porté une phrase sacramentelle comme celle-ci : *Expensum centum*. Le tiers devient alors *ipso facto* débiteur de cent envers le propriétaire du registre, et le contrat intervenu se nomme *expensilatio*. Il est si vrai que ce contrat est formé *litteris*, qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si la numération des espèces a eu lieu, le tiers est engagé quand bien même il n'aurait pas reçu cent, et c'est à la suite de certains abus que nous avons déjà signalés à

(1) *Pro Roscio Comædo*, n. 23.

ce sujet que naquit l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Une question qui aujourd'hui encore est très-controversée est celle de savoir s'il est nécessaire que sur le *Codex* du débiteur se trouve une inscription semblable à celle qu'a faite le créancier sur le sien. La négative nous semble hors de doute. Ceux qui combattent notre opinion ne peuvent en effet appuyer leur système que sur ce passage de Cicéron : « Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen, at in hujus non erit. Cur potius illius quam hujus credetur ? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset ? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset ? Nam, quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas : æque enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum prescripsit » (1). Mais il faut bien remarquer que, dans ce passage où Cicéron parle de l'adversaire Fannius,

(1) Pro Roscio Comædo, n. 1.

la preuve seule de l'obligation est en jeu et non l'obligation elle-même, de sorte que la mention corrélatrice peut-être remplacée par la preuve testimoniale, l'aveu de la partie ou de simples présomptions. Et du reste, il est un texte de Gaius qui nous semble des plus probants : « Quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius... obligetur (1). » Gaius en effet fait, comme on le voit, résulter l'obligation de la simple *expensilatio* (*alius expensum ferendo obligat*), sans exiger aucune *acceptilatio* corrélatrice. Enfin, ce contrat, c'est encore Gaius qui nous l'apprend, peut se former entre absents ; donc une seule mention est suffisante ; car comment le créancier pourrait-il vérifier si le débiteur a porté sur son registre *pecunia accepta* ? (2)

Le mot *Nomen*, dans le langage juridique, signifie *créance*, parce que les Romains avaient l'habitude d'inscrire sur leurs tables domesti-

(1) Gaius, Comm., III, § 137.

(2) Gaius, Comm., III, § 138, *Absenti expensum ferri potest.*

ques le nom de celui qui, pour quelque cause que ce soit, devenait leur débiteur. Au mot *Nomen* on ajoutait celui de *transcriptitium*, lorsque le contrat litteris avait été, comme il était presque toujours, le moyen de faire une novation. Quelques auteurs ont pensé que ce mot *transcriptitium* venait de ce que les notes prises chaque jour sur l'*adversaria* étaient ensuite transcrites sur le Codex, mais il n'en est certainement rien, et nous croyons avec la majorité des auteurs que ce mot *transcriptitium* a été accolé au mot *Nomen*, parce que le contrat intervenu servait à transformer en obligation littérale une obligation qui existait déjà entre les parties ; car sans cela comment expliquerait-on la distinction des *nomina transcriptitia a re in personam* ou *a persona in personam* ? Voici au reste ce que dit Gaius à ce sujet : « Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a personâ in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi » (1).

(1) Gaius, Comm., III, §§ 128-130.

L'expensilatio n'étant pas dans l'origine permise aux Pérégrins, ceux-ci durent avoir recours à une autre forme pour s'obliger litteris : le débiteur rédigeait un écrit qu'il signait et qu'il scellait, puis il le remettait au créancier qui le conservait comme l'acte constitutif de sa créance.

De là naquirent deux espèces d'actes : les *chirographa* et les *syngraphæ*. Asconius nous donne la différence entre ces deux actes : « *Chirographa ab una parte servari solent ; syngraphæ signatæ utriusque manu, utriusque parti servandæ traduntur.* » Ainsi donc le *Chyrographum* était un écrit unique, émané du débiteur ; il le remettait au créancier, et celui-ci le conservait. Les *Syngraphæ* au contraire étaient des écrits en double, et dont chaque exemplaire portait la signature des parties contractantes. Chacune des parties, comme chez nous dans les contrats synallagmatiques, conservait un exemplaire de l'écrit, de l'engagement.

Tout porte à croire, malgré l'opinion généralement répandue en Allemagne, que ces

écrits constituaient par eux-mêmes l'obligation.

Le mot *Cautio* n'avait pas dans le droit romain le même sens que dans notre droit ; on l'employait pour désigner tous les instruments probatoires que nous trouvons dans les textes sous les diverses qualifications de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*. On l'employait aussi spécialement pour désigner la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée en retour d'un *mutuum*, et c'est ainsi que le mot *Cautio* est devenu pour ainsi dire synonyme de *Chyrographum*.

De même que le mot *Nomen* servait à désigner ce que nous appelons aujourd'hui créance, le mot *Apocha* servait à désigner ce que nous appelons aujourd'hui quittance. En regard de l'*Apocha* ou quittance, les Romains avaient l'*Antapocha* (*ἀνταπόχῃ*, quittance; *ἀντί*, en échange), récépissé de la quittance ou contre-quittance. Ces deux écrits avaient une importance considérable qu'il convient de signaler : nous ne dirons rien de l'*Apocha*, qui s'est perpétuée chez nous sous le nom de

quittance, et qui était à Rome, comme la quittance est encore maintenant, la garantie du débiteur, garantie qu'il ne paiera pas une deuxième fois. L'Antapocha mérite de plus grands développements, parce que nous n'avons plus rien aujourd'hui que nous puissions comparer à cet écrit. L'Antapocha était nécessaire dans plusieurs circonstances. Prenons un exemple : une personne emprunte une somme d'argent qu'elle ne doit rembourser que dans un long espace de temps, à condition qu'elle paiera tous les ans un certain intérêt. Trente ans se passent, et les intérêts ont été servis régulièrement ; si le débiteur est de mauvaise foi, ne pourrait-il pas prétendre qu'il ne doit plus rien, ni capital ni intérêts ? Evidemment si, et il n'aura pour cela qu'à invoquer la prescription, sans que le créancier puisse, par un écrit quelconque, repousser cette allégation mensongère. Les quittances qu'il a données ne lui seront en effet d'aucun secours, car ce n'est pas lui qui les a ; elles ne sont pas entre ses mains ; c'est le débiteur qui les possède, et il lui est facile de les détruire, de les nier. Que faudrait-il pour éviter cette fraude ? Il suffirait que le dé-

biteur, en recevant quittance des intérêts qu'il a servis, donnât au créancier un reçu de sa quittance, et alors celui-ci pourrait au besoin prouver et sa créance d'intérêt, et sa créance de capital. C'est à cette éventualité que paraît chez les Romains l'Antapocha : le créancier, en présentant cet écrit, prouvait que les intérêts avaient été demandés et reçus, et que la prescription n'avait pu avoir lieu. L'Antapocha, il est à peine nécessaire de le faire remarquer, n'avait de raison d'être et ne pouvait en effet être exigée que lorsqu'il s'agissait de prestations périodiques (1). Elle ne pouvait être demandée que si le créancier avait déjà remis sa quittance (2).

Les actes privés, nous venons d'examiner les principaux, étaient soumis à certaines formalités : tout d'abord la signature des parties contractantes, puis, suivant les cas, la présence des témoins. La signature des parties était toujours exigée, c'est ce que dit expressément le texte suivant : « Scripturas quæ sæpe asso-

(1) L. 19, Code, liv. IV, tit. xxi.

(2) L. 19, Code, tit. xxi.

lent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis necne..., sive tota series eorum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non » (1). Quant à la présence des témoins elle n'était nécessaire que si les parties voulaient donner à l'acte qu'elles passaient une efficacité semblable à celle des titres publics ; car, lorsqu'il s'agissait de droits réels, les titres publics, quoique postérieurs en date, l'emportaient toujours sur les actes privés faits sans la présence de témoins. La signature des témoins n'était pas aussi essentielle que celle des parties contractantes, mais elle devait être donnée chaque fois que les témoins savaient ou pouvaient écrire ; s'ils ne savaient ou ne pouvaient écrire, ils attestaient verbalement que l'acte avait été dressé en leur présence, et si plus tard l'acte était méconnu, on s'en rapportait tant à leur témoignage qu'à la comparaison des écritures. Quant au témoignage proprement dit, nous devons noter qu'il n'avait de réelle valeur qu'autant qu'il venait de per-

(1) L. 10, Code, liv. VIII, tit. xviii.

sonnes dignes de foi, d'une honorabilité incontestable. Justinien va jusqu'à écarter les artisans ou les hommes obscures : « Et non quostam artifices, ignobiles, neque villissimos, neque nimis obscuros (1). »

L'écrit qui émane de celui qui le produit ne peut faire foi ni en sa faveur ni en faveur de ses héritiers, que s'il est appuyé par d'autres adminicules. Il serait en effet d'un dangereux exemple de donner foi à des notes par lesquelles un individu se serait constitué lui-même créancier ; c'est pourquoi, ici, le fisc ni personne ne peuvent, par de simples notes qu'ils ont faites eux-mêmes, prouver qu'on leur doit quelque chose (2).

Si l'écrit émane de l'adversaire et s'il est reconnu, soit volontairement, soit en justice, il fait pleine foi en faveur de celui qui le produit ; son autorité est égale à celle d'un acte authentique. Dans le cas où il serait nié, la comparaison des écritures et le témoignage de

(1) Novelle 90.

(2) L. 7, Code, De probat., liv. IV, tit. xix.

ceux qui ont assisté à sa confection seront le secours du créancier.

S'il est constaté en justice que le débiteur a renié à tort son écriture ou sa signature, Justinien veut qu'il soit condamné au double en faveur de l'adversaire : la condamnation avait auparavant un tarif fixe qui était de vingt-quatre sous d'or.

La mention de la cause était-elle essentielle à la validité du billet ? C'est là une question qui avait son intérêt en droit romain et qui l'a conservé dans notre droit français. Les textes nous apprennent que, si le billet faisait mention de la cause, c'était au débiteur à prouver que la cause était fausse, sans quoi le billet était valable et le débiteur ne pouvait se soustraire à l'obligation de le remplir ; si au contraire la mention n'existait pas, c'était à celui qui invoquait le billet à prouver qu'il avait été souscrit pour telle ou telle cause : nous pouvons donc dire que la mention de la cause n'était pas essentielle, puisque la validité du billet n'était pas subordonnée à son existence, mais qu'elle était très-utile, puisque,

suivant qu'elle existait ou qu'elle n'existait pas, c'était au débiteur ou au créancier à produire une preuve toujours délicate, quelquefois très-difficile.

Nous venons de voir que, lorsque l'écrit est un simple instrument probatoire, c'est au créancier à prouver l'existence de la cause quand celle-ci n'a pas été mentionnée, mais si les parties se sont liées par une obligation *stricti juris*, si l'écrit qu'elles ont dressé est par lui-même constitutif d'obligation, si en un mot elles ont formé un contrat *litteris*, c'est au débiteur à prouver qu'il s'est engagé sans cause, quand bien même aucune cause n'aurait été mentionnée dans l'acte, car ici la cause de l'obligation étant l'écriture elle-même, la présentation de l'écrit par le créancier suffit à tout tant que le débiteur n'a pas nié sa signature ou invoqué l'exception de *dol*. Nous savons déjà qu'une exception remarquable avait été apportée à cette règle lorsque l'obligation *littérale* avait eu lieu par suite d'un *mutuum*, c'est l'exception *non numeratæ pecuniæ* qui était donnée au signataire d'un billet qui n'avait pas reçu la somme pour le remboursement de

laquelle il s'obligeait litteris. Dans ce cas, en effet, le débiteur apparent qui était attaqué pouvait, en indiquant l'exception dont il s'agit, mettre le porteur du billet dans la nécessité de démontrer autrement que par l'écrit qu'il avait véritablement compté les espèces. Le débiteur apparent avait aussi un moyen de recouvrer sa liberté sans attendre les poursuites du créancier, il n'avait pour cela qu'à intenter la *condictio sine causâ*, à l'effet de se faire rendre son billet, et le porteur était obligé de le restituer s'il ne parvenait pas à prouver qu'il avait réellement versé la somme indiquée dans le billet. Enfin, comme après deux années l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne pouvait plus être utilement invoquée et qu'on rentrait dans le droit commun, Justinien donne au débiteur apparent le moyen d'éviter cette situation, c'est de rédiger une protestation ou *querela non numeratæ pecuniæ*, et de l'adresser, soit au porteur du billet, soit à un magistrat, et moyennant cette formalité, l'exception *non numeratæ pecuniæ* sera toujours ouverte.

Ici se présente une question qui de tout temps a occupé les commentateurs et qui de tout

temps aussi les a divisés : l'obligation littérale existe-t-elle encore à l'époque de Justinien ? La raison de douter est que, nous venons de le voir, l'expensilatio est tombée en désuétude. Ceux qui soutiennent que l'obligation littérale était encore en usage appuient ainsi leur opinion : l'expensilatio, disent-ils, n'a disparu qu'au moment où les Romains ont commencé à se servir du chirographum, ou billet par lequel on se constituait débiteur envers son créancier. C'est du reste ce que dit précisément Asconius, un commentateur de Cicéron : « Postquam litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari cœpit ad nostram memoriam, tota hæc vetus consuetudo cessavit. » Donc, concluent-ils, on s'obligeait encore litteris, non pas il est vrai par l'expensilatio, mais par le chirographum. Ceux qui pensent au contraire que le contrat litteris n'existait plus du temps de Justinien s'appuient sur ce texte bien formel des Institutes : « Olim scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur ; quæ nomina hodie non sunt in usu (1). » Il est vrai que les adversaires de cette opinion opposent

(1) De litterarum oblig.

les Institutes à elles-mêmes par une phrase dans laquelle Justinien dit encore que l'obligation se contracte litteris, mais les champions de la négative ne se tiennent pas pour battus, et ils prétendent, avec raison, croyons-nous, expliquer ainsi cette contradiction : « Il paraît que les Pérégrins s'obligeaient en déclarant par écrit leur volonté de s'obliger. Gaius, après avoir parlé des nomina transcriptitia, ajoute : *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* D'après Asconius, on appelait chirographum l'écrit signé d'une seule des parties, tandis que les syngraphæ étaient signées des deux parties. Des auteurs ont cru trouver au Digeste des exemples de ces écrits obligatoires. Scævola nous donne le texte d'un chirographum adressé à un banquier, envers qui s'oblige le souscripteur (1). De même, dans un fragment de Modestin est rapporté un chirographum par lequel Gaius Seius s'oblige à payer dix sous

(1) L. 47, § 1, D., De pactis (2-14).

d'or comme les ayant empruntés, et, de plus, les intérêts (1). Il est probable qu'à l'origine ces écrits obligatoires étaient parfaitement distincts de ce qu'on appelle instrumentum ou cautio, c'est-à-dire de l'écrit simplement destiné à servir de preuve de l'existence d'un contrat quelconque. Mais on arriva peu à peu à confondre ce qui fait naître l'obligation et ce qui prouve qu'elle existe; c'est précisément ainsi qu'on peut s'expliquer que Justinien admette encore des obligations contractées litteris. Je m'adresse à Titius, et je lui demande de vouloir bien me prêter cent sous d'or; il me répond : « Je vais vous les prêter : donnez m'en une reconnaissance écrite. » Puis Titius, muni de cette reconnaissance, refuse de me compter les écus. Que va-t-il arriver ? « Plane, dit Justinien, si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest : hoc enim sapissime constitutum est. Sic sit ut et hodie, dum queri non potest, scripturâ obligetur; et ex eâ nascitur conditio cessante scilicet verborum

(1) L. 41, § 2, D., De usuris (22,1).

obligatione (1). » Ainsi, un homme a eu l'imprudence de reconnaître par écrit, comme lui ayant été fait, un prêt d'argent qu'en réalité il n'a pas reçu : comme au bout d'un certain temps il ne sera plus recevable à dire que les écus ne lui ont pas été comptés, il se trouvera en quelque sorte obligé *scriptura*. Voilà le langage de Justinien; dans un langage plus exact, on dirait que le souscripteur d'un billet est obligé en vertu d'un *mutuum* qui est légalement présumé lui avoir été fait (2). »

La preuve littérale, nous l'avons dit plus haut, peut résulter d'actes privés ou d'actes publics, nous venons d'étudier les premiers et nous avons vu à quelles conditions foi leur est due; parcourons brièvement les seconds, en suivant la même méthode d'examen.

Les actes publics proprement dits se nommaient *scripturæ publicæ*.

On donnait le nom de *scripturæ forenses* à des écrits rédigés au Forum et entourés de

(1) Inst., pr. (2^e alinéa), De litter. oblig.

(2) Ch. Demangeat, t. II, p. 204-205.

certaines garanties : c'étaient des actes publics d'une seconde espèce.

Les *scripturæ publicæ* ne prirent naissance que dans le dernier état du droit : Voici à quelle condition un écrit prenait véritablement le caractère d'authenticité : on le faisait insinuer, c'est-à-dire qu'on le remettait à un *actuarius* chargé de le conserver dans des archives publiques, autrement dit dans l'*archivum* ; cette remise devait, pour produire tous ses effets, être faite devant le *magister census* à Rome et le *defensor civitatis* dans les provinces. Toute personne ayant un intérêt légitime à prendre connaissance des pièces déposées dans l'*archivum* pouvait en demander communication à l'*actuarius*.

Les *scripturæ publicæ* faisaient foi par elles-mêmes et ne pouvaient être combattues par aucun autre mode de preuve.

L'insinuation, qui n'était que facultative pour les actes ordinaires, était obligatoire pour les testaments et les donations : les Romains avaient donc compris, comme le comprirent

de nos jours les législateurs, que ces deux actes devaient être entourés de garanties particulières.

Justinien ordonna la création d'archives publiques dans toutes les villes où il n'en existait pas : « Ut in civitatibus habitatio quædam publica distribuatur, in qua convenimus ut defensores monumenta recondere, eligendo quemdam in provincia qui eorum habeat custodiam ; quatenus incorruptæ maneant hæc et, velociter invenientur a requirentibus (1). »

Marc-Aurèle, poussant cette idée plus loin et devançant son siècle, fit une tentative qui est restée sans effet pour créer des registres de l'état civil ; il ordonna que toutes les naissances fussent enregistrées dans les trente jours.

Ajoutons, pour en terminer avec les *scripturæ publicæ*, que l'insinuation par elle seule suffisait à produire le bénéfice d'authenticité ; donc, nul besoin de signature de témoins : « In dona-

(1) Novel. 15, chap. V, § 2.

tionibus quæ actis insinuantur, non necessarium esse judicamus vicinos vel alios testes adhibere; nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant. Verum et illas donationes, quas gestis non est necessarium alligari, si forte per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione, valere præcipimus (1). »

Les *scripturæ forenses* avaient moins d'autorité que les *scripturæ publicæ*, mais elles en avaient davantage que les *instrumenta privata*; aussi les appelait-on quelquefois *media*. Voici quelle est l'origine des *scripturæ forenses*: des *tabularii* ou *nolarii*, hommes de plume, que nous ne saurions mieux comparer qu'à nos écrivains publics, se tenaient dans les premiers temps de la république au Forum, dans des bureaux appelés *stationes*, et là rédigeaient les conventions des personnes qui ne savaient pas écrire: on voit que leur ministère n'avait tout d'abord rien d'officiel et qu'on ne peut établir aucune relation entre lui et celui que remplissent aujourd'hui les notaires. Mais peu

(1) Loi 31 au Code, liv. VIII, tit. LIV.

à peu la charge de ces tabularii ou notarii devint un véritable office, et ceux qui furent appelés à le remplir prirent le nom de *tabelliones*, laissant celui de tabularii ou notarii à ceux qui les aidaient dans leur charge. Pour la rédaction de l'acte, le tabellion devait se servir d'un parchemin revêtu d'un protocole, c'est-à-dire d'une espèce de timbre qui portait le nom du *comes sacrarum largitionum*, ou ministre des finances, sous lequel la convention était passée. Justinien exigea que les actes continssent l'année du règne de l'empereur, le nom du consul, le mois et le jour de l'indiction, les noms du tabellion et des témoins, et les dates en toutes lettres. L'écrit étant ainsi rédigé, le tabellion en donnait lecture aux trois témoins, afin qu'ils pussent un jour affirmer la sincérité. Enfin, ils devaient, la lecture faite, apposer leur sceau ; ils furent même obligés, à partir de Justinien, de mettre leur signature au bas de l'acte. Le sceau en cire des trois témoins réglementaires était non-seulement une garantie de leur présence à la rédaction de l'acte, c'était aussi une garantie contre les changements ou falsification que des faussaires auraient pu être tentés d'apporter aux tablettes, car ce sceau avait sa place marquée sur un fil

qui, de distance en distance, traversait trois fois la marge. On trouve en effet dans les Sentences de Paul le sénatus-consulte suivant : « Amplissimus ordo decrevit eas tabulas quæ privati vel publici contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari ut in summamarginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servant. Aliter prolatae tabulae nihil momenti habent (1). »

Nous avons vu plus haut que les scripturæ publicæ faisaient foi par elles-mêmes et ne pouvaient être combattues, ni par la preuve testimoniale, ni par des actes privés; il n'en était pas de même des scripturæ forenses; celles-ci, en effet, n'avaient par le privilège de l'authenticité, et elles n'avaient de force que par l'affirmation du tabellion ou des témoins. Voici comment on procédait quand l'acte était produit en justice : on appelait le tabellion pour qu'il vint reconnaître l'écriture et en affirmer la sincérité; s'il était mort, on appelait les témoins, et si ceux-ci eux-mêmes

(1) Sent. de Paul, liv. V, tit xxv, § 6.

n'existaient plus, on avait recours à la vérification des écritures, moyen que l'on employait, du reste, qu'à la dernière extrémité et comme ressource extrême.

Les *scripturæ publicæ*, nous l'avons dit, ont le privilège de l'authenticité, tandis que les *scripturæ forenses* ne font pas foi par elles-mêmes, c'est là la différence générale, pratique, qui distingue ces deux espèces de preuves littérales ; mais les *scripturæ forenses* ont cependant beaucoup plus d'autorité que les *instrumenta privata*, et il convient de signaler les différences. Tout d'abord, l'écrit privé, s'il n'est pas écrit par celui qui s'engage, doit au moins être signé de lui ; les *scripturæ forenses*, au contraire, ont toute leur autorité sans la signature des parties contractantes. L'écrit privé ne fait pas foi s'il est nié par celui auquel on l'oppose, tandis que les *scripturæ forenses*, fussent-elles niées, font foi tant qu'on n'a pas démontré leur fausseté. La loi 11 au Code nous fournit une troisième différence : le créancier, en vertu de *scripturæ forenses*, aura la préférence sur un créancier simple possesseur d'un écrit privé quand il s'agira d'effectuer

le partage du gage ou du bien hypothéqué entre les divers créanciers privilégiés, lors bien même que le second aurait pris date antérieurement au premier (1). Enfin, l'application du sénatus-consulte Velleïen est plus ou moins rigoureuse selon qu'on est en présence d'un acte privé ou de *scripturæ forenses*; citons d'abord le texte : « *Antiquæ jurisdictionis retia, et difficillimos nodos resolventes, supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat : omnimodo teneri, et non posse [senatusconsulti Velleiani uti auxilio : sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit. Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum : omnimodo esse credendum, eam pecunias, vel res accepisse, et non esse ei ad senatusconsulti Velleiani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto,*

(1) Liv. VIII, tit. xviii, Qui potiores in pignore.

tunc, si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias, vel res, et sic subiisse obligationem; repelli eam a S. C. juvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum: tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari (1). » Ainsi, on le voit, d'après la nouvelle jurisprudence, si la femme a reçu le prix de son intercession, elle ne pourra plus recourir au S. C. Velléien. Mais le texte pose ici une distinction: si l'acte lui-même d'intercession mentionne qu'elle a reçu quelque chose et si cet acte est *publice confectum, a tribus testibus consignatum*, la femme s'est fermé tout retour au bénéfice du S. C. Velléien; si, au contraire, la femme a intercédé sans écrit ou si l'écrit qui constate son intercession n'est pas tel que celui que nous venons de décrire, alors, en principe du moins, elle reste protégée par le S. C. Velléien, quoiqu'elle ait reçu quelque chose pour l'engager à intercéder, car c'est dans ce cas au stipulant à prouver qu'elle a véritablement reçu, *si possit stipulator ostendere*.

(1) Code, liv. IV, tit. xxix, loi 23.

« *Scripturæ diversæ fidem sibi invicem derogantes, ab unâ eâdemque parte prolatae, nihil firmitatis habere poterunt.* » Ce texte (1) de la loi 14 au Code résout une difficulté qui peut très-bien se présenter dans la pratique : la même partie produit des titres différents dérogeant les uns aux autres ; quelle valeur auront-ils ? Ils n'auront aucune force, dit la loi, et on n'aura égard ni aux uns ni aux autres. Mais quid, si les titres contraires, au lieu d'être produits par la même partie, sont produits par l'une et l'autre ? Les actes s'annuleront-ils réciproquement comme dans le cas précédent ? Evidemment non, car il y a un de ces actes qui est l'expression de la vérité, et il ne faut pas que la malhonnêteté d'une partie prive l'autre de ses moyens d'action, aussi déciderons-nous que le juge devra ajouter foi à l'acte dont l'auteur ou le possesseur mérite le plus de créance (2).

En vertu du principe « *confessi in jure pro judicatis habentur,* » le titre reconnu faux par

(1) Code, liv. IV, tit. xxi, loi 14.

(2) Dig., loi 30, De probationibus.

l'une des parties ne pouvait plus être produit en justice dans un procès entre les mêmes parties.

Si, d'autre part, un titre a été reconnu comme vrai par le juge, le tiers auquel on l'oppose peut encore l'arguer de faux, pourvu toutefois qu'il prête le serment qu'il n'agit pas par esprit de chicane : de « calumnia » ; celui qui a produit le titre doit alors le produire de nouveau ou jurer qu'il a cessé de le posséder sans dol ; à défaut de cette production ou de ce serment, le titre est tenu pour faux, mais celui qui est ainsi provoqué à le produire ou à jurer n'est pas puni comme faussaire parce qu'il peut avoir refusé de jurer par un scrupule de conscience.

La loi Cornelia de Falsis, autrement nommée *Testamentaria nummaria*, édicte des peines très-sévères contre les faussaires : c'était pour les hommes libres la déportation, et pour les esclaves la peine de mort.

SECTION II

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

La preuve testimoniale, nous l'avons dit, était à Rome d'un emploi très-fréquent, presque exclusif même à l'origine, tant l'écriture eut de peine à obtenir droit de cité chez ce peuple essentiellement guerrier, préférant s'enrichir par les conquêtes et les incursions que par le commerce et les transactions, plus fait en un mot pour porter la hache que pour manier la plume ; d'autre part, les Romains ne l'ignoraient pas, la preuve testimoniale est peut-être la plus défectueuse au point de vue de la recherche de la vérité, car l'amitié, l'inimitié, la cupidité, la crainte, toutes les passions enfin et tous les sentiments qui nous agitent sont autant de causes de faux témoignages ; aussi verrons-nous deux grandes règles domi-

ner toute la théorie de la preuve testimoniale : d'abord la capacité générale en principe, c'est-à-dire admissibilité de tous, même des femmes et des esclaves dans certaines conditions, à venir déposer (1), puis en pratique recommandation expresse aux juges de n'accepter que les témoignages les plus dignes de foi (2).

Il est à peine besoin de dire que nous ne nous occuperons pas ici des témoins qui interviennent dans la confection des preuves préconstituées, mais seulement de ceux qui sont appelés en justice pour corroborer ou infirmer les allégations des parties.

Remarquons encore, avant d'entrer dans le vif de la matière, qu'à Rome, plus encore que de nos jours, le grand art de l'avocat consistait à étudier les témoins et à s'emparer du côté faible de leur caractère ou de leur intelligence pour les amener à une déposition favorable à son client.

Quand nous disons que la capacité était gé-

(1) Loi 1, § 1, Dig., l. XXII, tit. v.

(2) Loi 3, § 1, Dig., l. XXII, tit. v.

nérale, nous n'entendons pas prétendre qu'il n'y avait pas d'incapables, mais simplement que ceux-là seuls étaient incapables qui étaient désignés spécialement par un texte de loi ; nous verrons du reste, en énumérant les incapacités absolues, qu'elles étaient peu nombreuses et commandées pour ainsi dire par la nature même des choses.

Incapacités absolues. Sont absolument incapables de témoigner en justice : 1° les infantes, c'est-à-dire les enfants qui ne parlent pas encore, et les *proximi infantia*, c'est-à-dire ceux qui commencent à parler, mais ne raisonnent pas encore ; les simples mineurs pouvaient témoigner dans une affaire civile, mais ils ne le pouvaient pas dans une affaire criminelle, à cause de la gravité de l'intérêt engagé ; 2° les fous ; 3° ceux qui, ayant été condamnés par un jugement public, ne se sont pas fait restituer en entier contre ce jugement, les prisonniers, les lutteurs, les personnes infâmes (1). Notons pour cette dernière classe de personnes qu'elles peuvent cependant être appelées en

(1) L. 3. § 5, liv. XXII, tit. v.

témoignage après avoir été soumises à la torture, lorsqu'il s'agit d'un crime de lèse-majesté et dans quelques autres cas très-rares et limitativement déterminés.

Pour ce qui est des femmes et des esclaves, un mot est nécessaire : nous avons dit qu'ils pouvaient être témoins ; les femmes, en effet, malgré l'état de dépendance dans lequel elles se trouvaient, pouvaient être entendues, la loi Julia de adulteriis en fait foi, puisqu'elle prive de cet honneur les femmes condamnées pour adultère ; il est vrai qu'Aulu-Gèle, en disant à la vestale Terratia que la loi Horatia lui rend un grand hommage en l'admettant à rendre témoignage, semble indiquer par là que c'était un privilège, et que seules parmi les femmes les vestales pouvaient témoigner en justice ; mais cette remarque d'Aulu-Gèle ne peut, dans tous les cas, avoir de valeur que pour les commencements de la République. Quant aux esclaves, on pouvait les entendre lorsqu'on manquait absolument d'autres moyens de preuve, et quand il s'agissait de leurs propres faits, on devait absolument les interroger.

Incapacités relatives. Les incapacités relatives proviennent spécialement des liens de parenté, des relations de maître à esclave ou à affranchi, d'avocat à client, de la différence de religion, etc. Ainsi, un père et ses enfants ne doivent pas être admis à déposer les uns contre les autres, il en est de même pour les personnes demeurant dans la même maison ; les esclaves ne peuvent déposer ni pour, ni contre leurs maîtres, de même les affranchis pour ou contre leurs patrons. Les présidents des provinces doivent prendre garde que celui qui a été avocat ou agent d'affaires dans une cause ne se présente ensuite dans la même cause comme témoin. La Novelle XC contient deux interdictions importantes : elle interdit de déposer à l'individu qui a un procès criminel avec celui contre lequel il est produit ; elle défend également à ceux qui ont tenté de concilier les parties d'être témoins s'ils n'y sont autorisés du consentement unanime des intéressés. Enfin, les juifs et hérétiques ne peuvent porter témoignage contre les orthodoxes ; quant aux manichéens et aux païens, ils ne sont pas admis à déposer les uns contre les autres.

Voilà pour les incapacités tant absolues que relatives ; un mot maintenant des *dispenses* : deux rescrits, l'un des *divi fratres*, l'autre de *Scævola*, les énumèrent à peu près toutes : « Quod ad testes evocandos pertinet, dit le premier, diligentiae judicantis est explorare quæ consuetudo in ea provincia, in quam judicat, fuerit. Nam si probabitur sæpe in aliam civitatem, testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum quin evocandi sint quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit qui judicat (1). » Et le second : « Inviti testimonium dicere non coguntur senes, valedudinarii, vel milites ; vel qui cum magistratu reipublicæ causâ absunt, vel quibus venire non licet (2). » Si nous ajoutons que ni les publicains, ni ceux qui ne se sont pas absentés pour éviter de déposer, ni les fournisseurs de l'armée ne peuvent être forcés de témoigner, nous aurons épuisé toutes les causes de dispense.

A côté de la dispense de témoigner, il en était une très-rare à Rome et que nous ne cite-

(1) L. 3, § 6, Dig., liv. XXII, tit. v.

(2) L. 8, Dig., liv. XXII, tit. v.

rons que comme document historique, c'est celle de venir soi-même déposer en justice. Les vestales mêmes étaient soumises au droit commun; Tacite, voulant montrer quel était le crédit dont jouissait une certaine Urgulania, nous dit qu'elle obtint de faire venir chez elle le préteur pour recevoir sa déposition : « Urgulaniæ potentia adeo nimia civitati erat ut, testis in causâ quadam quæ apud senatum tractabatur, venire dedignaretur; missus est prætor qui domi interrogaret cum virgines vestales in foro et judicio audiri, quotiens testimonium dicerent, vetus mos fuerit » (1).

On comprend facilement qu'une conviction se fasse plus ou moins grande chez le juge, suivant que le nombre des témoins venant corroborer ou infirmer l'allégation de l'une ou de l'autre des parties est lui-même plus ou moins grand; mais faut-il dire pour cela que le témoignage d'un seul ne devra jamais être pris en considération ? La question qui, philosophiquement et en droit pur se résout contre une telle exclusion, ne peut, en droit romain, se

(1) Annal., liv. II, § 34.

résoudre que d'une manière historique. Il est certain qu'à l'origine un seul témoignage, s'il était empreint d'un caractère frappant de vérité, pouvait suffire au juge comme base de sa conviction. Ainsi, Valère Maxime nous rapporte que Q. Scævola disait, après avoir déposé dans une affaire : « Ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli (1). » Ces paroles de Q. Scævola prouvent surabondamment que la pluralité des témoins n'était pas exigée à l'époque où il vivait, car si elle l'eût été, on ne conçoit pas qu'il eût pu prévoir le cas où sa seule déposition serait regardée comme suffisante, et l'éloge que Valère Maxime veut faire de sa modestie n'aurait aucune signification. Nous avons du reste des textes qui ne laissent aucun doute à cet égard, celui par exemple d'Arcadius : « Non ad multitudinem testium respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit (2). » M. Bonnier, dans son *Traité des preuves*, fait remarquer avec raison que le décret impérial cité par

(1) Valère Maxime, liv. IV, chap. 1. § 11.

(2) L. 21, § 111, Dig., liv. XXII, tit. v.

Paul: *Unius testimonio non esse credendum* (1), ne peut pas être présenté comme un principe général, parce que le témoin dont il s'agit dans l'espèce étant fils de l'affranchi de la partie qui le produisait en sa faveur, était par cela même suspect. Le décret peut donc avoir statué plutôt en fait qu'en droit. « Un autre texte, dont on a singulièrement abusé, ajoute M. Bonnier, c'est la loi 12 Dig., De testibus : Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficient. Donc, s'est-on écrié, si deux témoins peuvent suffire, il en faut au moins deux. Mais la pensée du jurisconsulte se trouve éclaircie par ce qui suit : Pluralis enim elocutio duorum numero conten'a est. Ulpien fait manifestement allusion à des lois spéciales qui exigeaient au pluriel *des témoins*, probablement dans des actes extrajudiciaires, et décide, comme on le ferait encore aujourd'hui, que deux suffisent. Mais il n'y a là aucun principe général sur le nombre des témoins requis en justice (2). » C'est seulement au Bas-Empire qu'apparaît la maxime : *Testis unus, testis*

(1) Loi 20, Dig., De quæst.

(2) Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, p. 371-372.

nullus; alors il ne faut jamais moins de deux témoins pour faire preuve, car Constantin dit dans un rescrit : « Nous avons déjà statué qu'un juge ne devrait pas admettre facilement le témoignage d'un seul, dans quelque cause que ce soit ; et maintenant nous statuons que la déposition d'un seul témoin, fût-il sénateur, ne devra même pas être entendue (1). »

Remarquons que, pour certaines affaires, le nombre des témoins était rigoureusement fixé; ainsi, nous voyons, par une constitution de Justinien, que pour prouver le paiement d'une dette qui résulte d'un titre il faut cinq témoins d'une réputation intègre, et que si le titre a disparu par suite d'un incendie ou de tout autre accident, trois pourront suffire.

Cependant, les témoins sont en scène; nous avons vu, en effet, qui peut être témoins, qui peut se dispenser de l'être, quel nombre est nécessaire; les témoins, nous le supposerons sont donc maintenant à la disposition du juge,

(1) Loi 9, § 1, Cod., l. IV, tit. xx,

et il nous reste à examiner d'après quelles règles sera reçu leur témoignage.

Tout d'abord, les témoins doivent prêter serment de dire la vérité, puis, s'ils résident dans la ville, ils doivent déposer verbalement, car souvent la vérité ressort bien moins des paroles qui sont dites que de la contenance et de l'assurance des témoins ; le rescrit suivant de l'empereur Adrien est formel en ce sens : « *Alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent* (1). » Une constitution attribuée à Justinien, qui manque dans les éditions ordinaires du Code, mais se trouve dans celle de Godefroy, ordonne que, dans le cas où les témoins n'habiteraient pas la ville au moment du procès, on leur enverra les procureurs des parties pour recueillir leurs dépositions sur les choses qu'ils savent et sur celles qu'ils ignorent. Dans tous les cas, avant d'interroger ou de faire interroger les témoins, le juge doit s'enquérir des diverses circonstances qui peuvent influencer sur la foi à accorder à leur témoignage : sont-ils décurions, plébéiens,

(1) L. 3, § 4, liv. XXII, tit. v.

leur vie est-elle irréprochable ou sont-ils méprisés, riches ou pauvres, capables d'être séduits pas l'espoir d'une récompense, amis ou ennemis du plaideur. Si la déposition est contradictoire ou ne présente pas une précision suffisante, le juge ne devra pas s'y arrêter ; il a du reste une très-grande latitude d'appréciation dans la foi que peut mériter le témoin, et les constitutions ne lui posent aucune règle fixe ; le rescrit suivant d'Adrien est très-explicite à cet égard : « Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de quâ quæritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim : non utique ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere, sed ex sententiâ animi tui te æstimare oportere quid aut credas, aut parum tibi opinaris (1). »

Le faux témoignage était puni très-sévère-

(1) L. 3, § 11, Dig., liv. XXII, tit. v.

ment, et les peines variaient suivant les distinctions établies par la constitution grecque de l'empereur Zénon. Ainsi, le faux témoin est d'abord poursuivi comme parjure, ensuite comme faussaire; on frappe de verges celui qui est soupçonné de mensonge; enfin, la partie condamnée par suite de l'imposture du témoin peut le poursuivre en réparation du dommage causé (1).

(1) L. 13, Code, liv. IV, tit. xx.

SECTION III

DE L'AVEU

L'aveu, que nos anciens auteurs qualifiaient de *probatio probatissima* était déjà chez les Romains un mode de preuve ayant ses règles propres et ses effets déterminés; il dut être, nous l'avons dit, le premier par ordre chronologique, car la fin naturelle et normale d'une contestation est la reconnaissance par l'une des parties que les faits allégués contre elle sont vrais, qu'elle se soumet à toutes les conséquences de cette réalité, qu'enfin sa résistance première était sans fondement. Voilà en effet ce qu'est l'aveu : L'aveu a été défini d'une façon très-exacte par nos auteurs modernes, mais était et a toujours été : la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son

égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

L'avou peut survenir chez nous à divers moments du procès : dans un procès criminel, il peut se produire soit pendant l'instruction préparatoire qui a lieu dans le cabinet du juge d'instruction, soit pendant l'interrogatoire qui a lieu lors des débats publics ; dans un procès civil, il peut se produire soit à l'audience, au cours de l'interrogatoire auquel donne lieu la comparution des parties, soit devant le juge-commissaire pendant un interrogatoire sur faits et articles ; qu'il intervienne pendant l'une quelconque de ces phases du procès, il produit son effet, il fait foi entière contre celui de qui il émane, pourvu qu'il remplisse certaines conditions de sincérité requises.

A Rome aussi, le procès civil avait plusieurs phases ; quelques détails sont ici nécessaires : lorsqu'une contestation s'élevait entre deux personnes, elles se présentaient devant le magistrat, lui exposaient l'objet du litige et attendaient de lui deux choses : il devait en effet, et dire le *droit* sur l'affaire en question et les

renvoyer devant le juge du *fait* chargé de décider en faveur de qui était le droit. Lorsque les parties étaient devant le magistrat, on disait qu'elles étaient *in jure*, *in judicio* lorsqu'elles étaient devant le juge; donc deux phases dans le procès, et l'aveu pouvant survenir pendant l'une de ces deux phases. On appelait aveu *in jure* celui qui était fait devant le prêteur chargé de dire le droit et de donner un juge, et aveu *in judicio*, l'aveu fait devant le juge, simple citoyen d'une certaine classe, chargé de prononcer sur le litige. L'aveu *in jure* était de deux espèces, dont l'une, la première, a peu de rapport avec notre sujet : lorsque les parties se présentaient devant le magistrat, son premier devoir était d'interroger le défendeur sur ses noms et qualités, pour constater s'il était bien la personne de laquelle le demandeur réclamait l'exécution d'une obligation; un aveu sur l'identité survenait ordinairement après cet interrogatoire, qui, loin de mettre fin au débat, le fixait au contraire en lui donnant une base certaine. La seconde espèce d'aveu *in jure* était l'aveu que faisait le défendeur, qui reconnaissait devant le prêteur la vérité du fait exposé par le demandeur; cet

aveu, on le comprend, ne pouvait survenir que dans les affaires où la demande était précise et tendait par exemple au remboursement de mille sous d'or ; il ne pouvait se produire dans les causes où le demandeur au contraire concluait à ce que le juge appréciât le dommage causé et fixât la somme propre à le réparer.

Que l'aveu soit fait par le défendeur lui-même ou par son avocat en sa présence, peu importe, le résultat est le même : le silence de la partie est une adhésion.

Un usage très-ancien et qui remontait à la loi des douze tables donnait à l'aveu in jure la force de la chose jugée : « Confessos in jure pro judicatis haberi placet (1), » et encore : « Quia confessus pro judicato habetur (2). » Cela se conçoit très-bien, car il est rare que l'on trahisse la vérité quand le fruit d'un tel acte doit être un dommage personnel et irrémédiable ; et du reste, ne serait-ce pas une indignité que celui qui a fait une déclaration formelle et précise pût

(1) Leg. unica. Cod. de confessis, 7.59.

(2) L. 2, D., liv. XLII, tit. II.

ensuite revenir sur sa parole et résister à son propre témoignage ? « *Nimis enim indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere (1).* »

Mais l'aveu in judicio ne faisait pas forcément pleine foi, et il était laissé au juge d'apprécier la valeur d'un tel aveu.

Les textes nous disent que, pour que l'aveu in jure soit assimilé au jugement, il faut qu'il soit exempt d'erreur de fait. Qu'est-ce donc que l'erreur de fait ? C'est cette croyance fausse et plausible dans laquelle nous pouvons être qu'un acte, un fait devant produire contre nous des conséquences juridiques est arrivé ; l'erreur de droit, au contraire, qui elle n'altère pas la force de l'aveu, est l'ignorance dans laquelle nous sommes des effets juridiques qui découlent naturellement d'un fait véritablement arrivé. Donnons un exemple de l'une et de l'autre de ces erreurs : Titius, se prétendant

(1) L. 13, C. De non numer, pecum.

fil de Gaius, qui vient de décéder, s'empare de sa succession et s'acquitte envers les frères de Gaius d'un fidéicommiss, comme en étant chargé par le défunt; ceux-ci lui donnent d'abord quittance et avouent par là qu'ils le reconnaissent comme fils de leur frère, mais ils s'aperçoivent bientôt qu'ils se sont trompés et que Titius n'est nullement le fils de Gaius. Faudra-t-il dire que la quittance qu'ils ont délivrée est une reconnaissance, un aveu valable(1), et qu'ils ne pourront plus revendiquer la succession de leur frère? Evidemment non, car il y a là erreur de fait, et Modestinus, interrogé sur ce cas spécial, répond que cette quittance du fidéicommiss délivrée par les frères de Gaius ne prouve pas l'état de celui à qui ils l'ont donnée; ceux-ci seront simplement obligés de prouver l'erreur par laquelle ils ont reconnu Titius comme fils de leur frère: « Non fatetur qui errat (2). » Ainsi donc, l'aveu qui résulte d'une erreur de fait établit une présomption contre celui qui l'a fait, et

(1) Le mot aveu est pris ici dans un sens plus large que ne le comporte notre sujet; l'exemple, tiré des textes, n'en est pas moins à sa place.

(2) L. 2, Dig., liv. XLII, tit. II.

c'est à lui de prouver son erreur ; mais cette preuve lui est toujours ouverte, et l'aveu qu'il a fait ne saurait être une fin de non-recevoir. Voici maintenant un exemple d'erreur de droit : Primus est depuis de longues années en possession du champ Sempronien ; Secundus, le véritable propriétaire, le lui réclame, et Primus avoue qu'en effet il lui appartient ; cet aveu, fait in jure, a la force d'un jugement, et quand bien même Primus apprendrait ensuite qu'il aurait pu repousser la juste prétention du propriétaire en invoquant la prescription, il est obligé d'abandonner le champ Sempronien, parce qu'il n'y a là qu'une erreur de droit : « Non fatetur qui errat, nisi jus igno-ravit. »

Dans notre droit moderne, l'erreur de fait annule l'aveu et l'annule toujours ; il n'en est pas de même à Rome, où l'erreur de fait elle-même laissait quelquefois subsister toute la force de l'aveu. Supposons qu'on intente contre moi l'action du premier chef de la loi Aquilia ; on sait que la première partie de cette loi porte que celui qui aura tué injustement un esclave ou un quadrupède (de ceux qui sont au

nombre des troupeaux appartenant à autrui), sera condamné à payer au propriétaire la plus grande valeur que la chose a eue dans l'année ; je suis certain que l'esclave, par exemple, au sujet duquel je suis actionné, n'a pas été tué par moi ; mais il y a longtemps que la chose s'est passée, et je manque, pour le moment, de preuves suffisantes pour me défendre ; que ferai-je ? Soutiendrai-je que je ne suis pas l'auteur du dommage causé ? Il y aurait quelque danger, car si je ne réussis pas à repousser complètement l'accusation de mon adversaire, je serai condamné à payer, non pas la plus grande valeur que l'esclave a eue pendant l'année, mais le double de cette valeur, parce que cette action de la loi Aquilia a cela de particulier, qu'en cas de dénégation ou de contestation de la part du coupable la condamnation se double contre lui : « *Adversus inficiantem in duplum actio est.* » Il se pourra donc que malgré la conviction dans laquelle je suis de mon innocence, je trouve intérêt à avouer ma responsabilité ; mais si plus tard je retrouve des titres ou des témoignages constatant de la façon la plus précise que l'esclave a

été tué par Titius et non par moi, je ne pourrai néanmoins rétracter mon aveu, car il y a eu pour ainsi dire transaction, contrat aléatoire entre moi et la justice : j'ai préféré payer une chose que je ne devais pas que de courir la chance de la payer deux fois. La même hypothèse et le même résultat peuvent se présenter dans le cas d'un legs per damnationem : j'avoue devoir un objet légué per damnationem et il se trouve que cet objet n'existait pas dans la succession ; je devrai néanmoins en payer l'estimation, et cela par une raison identique à celle que nous venons de développer plus haut.

Il arrive quelquefois, au contraire, que la reconnaissance faite par un individu (ce n'est plus ici précisément un aveu) ne peut constituer une preuve, soit contre lui, soit contre ses héritiers, et qu'il n'a même pas besoin de prouver son erreur ; c'est ce qui se présente dans le cas du paiement de l'indu.

Verser, à titre de paiement, une somme d'argent entre les mains de quelqu'un, c'est

reconnaître, c'est avouer que l'on doit à cette personne, et, d'après les principes posés, il faudrait dire que c'est à celui qui a effectué ce versement à prouver qu'il a été victime soit d'une erreur de fait, soit d'un dol ; il n'en est cependant pas toujours ainsi, et si celui qui a payé indûment est un pupille, un mineur ou une femme, un cultivateur étranger aux affaires, un militaire, un homme incapable d'administrer, ce ne sera pas à lui à prouver son erreur ; son aveu n'aura aucune force contre lui et ce sera à celui qui a reçu à prouver qu'il a reçu en vertu d'une juste cause. Dans ce cas cependant, comme dans toutes les espèces identiques qui peuvent se présenter, celui qui, contrairement aux principes généraux, est obligé de prouver, a toujours la faculté de déférer le serment à son adversaire, et le juge peut le référer si ce dernier refuse de le prêter.

Nous verrons, en étudiant l'aveu en droit français, que l'un de ses caractères distinctifs, c'est l'indivisibilité. L'aveu était-il également indivisible chez les Romains, ou si l'on veut, le

demandeur pouvait-il tirer avantage de la partie de l'aveu qui lui était favorable en ne tenant aucun compte de celle qui atténuait, diminuait ses droits ? Nous pensons que les Romains n'avaient pas de règle fixe à cet égard et qu'ils laissaient au juge le soin de décider suivant les circonstances si l'aveu pourrait ou non être divisé. Scævola expose une espèce assez curieuse dans laquelle la division était possible : « Titius Sempronius salutem habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum : ex quibus debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis, item quos Trophimati decem, item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. Quæro an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet ? Respondit, ex epistola, de quâ quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem deposituram rerum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem aestimaturum. » Ainsi donc, Titius reconnaît dans une lettre qu'il tient en dépôt, des frères Sempronius, certains objets.

Mais il ajoute que, d'un autre côté, les déposants lui doivent dix, d'après les comptes de leur père. On demande si cette lettre fait preuve, en faveur du dépositaire, de l'existence de la dette. Le jurisconsulte Paul répond que non, que seulement il y a preuve du dépôt, laquelle peut être complétée. Quant à la question de savoir si cette même lettre fait preuve, en faveur du dépositaire, de l'obligation qu'il y a mentionnée à son profit, le jurisconsulte ajoute que ce point est abandonné à l'appréciation du juge.

SECTION IV

DES PRÉSUMPTIONS

Les trois modes de preuve que nous venons d'étudier, la preuve littérale, la preuve testimoniale et l'aveu, puisent toute leur force dans le témoignage de l'homme, dans l'affirmation elle-même du fait contesté ; il n'est donc pas nécessaire d'un grand effort d'induction, pour arriver à la vérité quand l'écrit a été reconnu authentique, le témoin digne de foi et l'aveu fait dans des conditions de véracité suffisantes ; il n'en est pas de même du quatrième et dernier mode de preuve qu'il nous reste à examiner. Ici, en effet, nous ne sommes plus en présence de l'affirmation elle-même du fait contesté, mais seulement de l'affirmation d'un autre fait, dont le rapport, plus ou moins rapproché avec le fait en litige, peut nous amener,

à la suite d'un raisonnement compliqué, à la vérité recherchée.

Les Romains distinguaient trois espèces de présomptions :

1° Les présomptions dites *juris et de jure*, c'est-à-dire celles qui n'admettent pas de preuves contraires ; la chose jugée, le serment défère ou référé produisent des présomptions de ce genre.

2° Les présomptions dites *juris tantum*, c'est-à-dire celles qui sont admises comme preuves, dispensent de preuves, mais n'excluent pas la preuve contraire.

3° Les présomptions qui ne font loi par elles-mêmes qu'autant qu'elles sont appuyées d'autres preuves ou seulement d'autres présomptions. La loi 26 au Dig., livre XXII, tit. III, donne un exemple de cette espèce de présomptions : « Procula quum magnæ quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem ejus in ratione cum heredibus compensare vellet; ex diverso autem allegaretur,

nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, quum variis ex causis sæpe in rationem fratris pecunia ratio Proculæ solvisset : divus Commodus, quum super eo negatio cognosceret, non admisit compensationem ; quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.»

Notre titre : *De Probationibus et Præsumptionibus*, s'occupe spécialement des présomptions de la seconde espèce et donne en exemples les hypothèses les plus remarquables ; nous en citerons quelques-unes :

Un individu a fait ce que permet de faire le droit commun, et quelqu'un vient prétendre qu'il ne devait pas faire ce qu'il a fait ; ce sera au demandeur à appuyer son allégation par une loi spéciale, une constitution particulière, une convention ; car le défendeur n'aura besoin, pour repousser son adversaire, que d'invoquer la présomption *ex eo quod evenit plerumque*, elle lui servira de preuve et ne pourra être détruite que par la preuve contraire.

Un testateur, par un premier testament, a chargé de remettre quelque chose à un indi-

vidu incapable de recevoir, puis il fait un second testament dans lequel il ne fait aucune mention de ce fidéicommiss; il y a cependant présomption que le fidéicommiss a été répété, et l'héritier sera tenu de prouver le changement de volonté du testateur, lorsque le fisc revendiquera le fidéicommiss comme fait en fraude de la loi. Cette présomption se tire de ce qu'il arrive souvent que les testateurs, pour couvrir la fraude d'une affaire, disposent par un autre testament dans lequel ils instituent héritière la même personne qu'ils avaient chargée de ce fidéicommiss.

Nous avons dit et démontré qu'en général les présomptions *juris tantum* ne sont que la constatation du droit commun, notre titre contient une exception assez singulière pour être citée : on sait que presque toujours, dans les actes d'affranchissement, les patrons stipulaient des services de celui qu'ils affranchissaient; on pourrait donc penser qu'il y avait présomption en faveur des patrons, et qu'en cas de contestation, c'était à l'affranchi à prouver qu'il avait été affranchi, exempt de tout service. Il n'en était cependant rien, et c'était, au contraire,

au patron à jouer le rôle de demandeur et à fournir la preuve qu'il avait stipulé, et qu'on lui devait tels et tels services (1).

(1) L. 18, Dig., liv. XXII, tit. III.

DROIT FRANÇAIS

DE L'AVEU

CHAPITRE I^{er}

NOTIONS GÉNÉRALES

L'évidence externe, celle que nous fournissent nos sens, ne peut suffire au magistrat pour former sa conviction de juge : elle ne peut suffire parce que nous ne percevons par nous-mêmes qu'un nombre de faits très-restreint ; elle ne peut suffire parce que, sous peine de voir tomber une à une les garanties nécessaires à la vie sociale, le juge doit rendre ses jugements, non d'après ce qu'il a ap-

pris comme homme, mais d'après ce qu'il a pu apprendre comme juge au cours des débats (1). Il faut donc que le magistrat appelle à lui d'autres moyens pour connaître et apprécier les faits qui lui sont soumis ; ces moyens, qui ont l'immense avantage de mettre au service de la vérité et de la justice toutes les forces d'une société organisée, sont du domaine du raisonnement et ont, par conséquent, leur source dans la déduction et l'induction : « Le nombre des faits, a dit Bentham, qui tombent sous la perception immédiate de chaque individu n'est qu'une goutte d'eau dans le vase, comparé à ceux dont il ne peut être informé que sur le rapport d'autrui (2). »

Nous ne dirons rien de la déduction ; ce procédé, qui consiste à descendre d'une vérité générale pour arriver à une vérité particulière, est très-employé dans la preuve du droit, mais il n'est pour ainsi dire d'aucune utilité dans la preuve du fait, puisqu'il ne

(1) Nous ne parlons, comme on le voit, que de l'évidence externe extrajudiciaire.

(2) Bentham, Preuves judiciaires, liv. I, chap. 7.

conduit jamais à la découverte d'un fait nouveau, d'une vérité nouvelle, et sert plutôt à contrôler la vérité qu'à la dévoiler; l'induction, au contraire, qui est la base philosophique de l'aveu et de toutes les autres preuves de fait, devra nous arrêter davantage.

S'élever d'une vérité particulière à une vérité générale, tel est le système de raisonnement qui porte le nom de système inductif; donnons, tout d'abord, un exemple d'induction : on a remarqué que, dans un cas déterminé, un individu ayant pris Dieu à témoin de la vérité de son affirmation, avait en effet été sincère ; d'autres remarques semblables, peu ou point contredites par des remarques contraires, ayant été faites en grand nombre, on en a conclu que l'invocation de la Divinité impressionne assez l'homme pour mettre une garde sur ses lèvres et n'en laisser sortir que la vérité. Voilà une induction. Nous sommes ici, en effet, en présence d'une vérité particulière : la constatation qu'un homme ayant juré d'être sincère dans ses affirmations l'a été en réalité ; de cette vérité particulière, nous nous sommes élevés à cette vérité générale : l'homme qui a prêté serment d'être sincère l'est ordi-

nairement. Nous avons donc été du moins au plus, nous avons tiré une vérité du sein d'une autre vérité moins étendue. Cela, au premier abord, paraît assez difficile à justifier, mais cela cependant s'explique par la confiance innée que l'homme possède dans la stabilité des lois de la nature physique ou morale. Cette croyance elle-même ne dérive pas de l'observation, car elle la dépasse et sert plutôt à la diriger; mais la main du Créateur en a déposé le germe dans les esprits, et elle est comme un instinct providentiel de la pensée que tous les hommes apportent en naissant.

Est-ce à dire que l'induction nous conduira toujours à la vérité ? Evidemment non ; mais quand nous ne pourrons absolument pas vérifier directement l'exactitude d'un fait, nous arriverons, à l'aide de l'induction, à acquérir une probabilité qui approchera de bien près la certitude, si nous procédons lentement, avec prudence et réserve. Bacon a dit : « *Hominum intellectui non plumæ addendæ, sed plumbum potius et pondera : ut cohibeant omnem saltum et volatum* (1). »

(1) *Nov. Org.*, aph. CIV.

Nous voyons maintenant quelle relation intime il y a entre l'aveu et l'induction; celle-ci est la base philosophique elle-même de l'aveu, car nous pouvons faire pour l'aveu le raisonnement que nous faisons plus haut pour le serment, et la probabilité que nous obtiendrons sera plus grande, il faut bien le dire à la honte de l'humanité, que dans l'espèce précédente, parce qu'ici l'intérêt de celui qui est appelé à renseigner la justice est en cause, et que ce qu'il affirme, il l'affirme contre lui-même : c'est le défendeur en un mot qui prononce ici sa propre condamnation. Mais, nous ne saurions trop le répéter, l'induction ne fournit que des probabilités, et il faut au juge une grande circonspection : il devra donc, autant qu'il sera en lui, accumuler preuves sur preuves, afin d'éviter les erreurs judiciaires qui, outre qu'elles froissent les intérêts personnels et sont presque toujours irrémédiables, enlèvent à l'autorité judiciaire sa première force, c'est-à-dire le respect.

C'est par un argument à fortiori, sommes-nous en droit de dire, que l'aveu, comparé aux titres, aux témoignages, au serment et aux

présomptions, peut être considéré comme un moyen de preuve parce qu'en général l'homme est peu porté à affirmer un fait qui doit avoir contre lui des conséquences juridiques; aussi nos anciens auteurs appelaient-ils l'aveu : *probatio probatissima*, la preuve la plus probante, la preuve par excellence. D'où vient donc que l'article 1350 de notre Code, 4°, énumérant les présomptions établies par la loi, range parmi elles l'aveu de la partie ? C'est là un point que nous aurons à éclaircir quand nous nous occuperons spécialement de l'aveu en matière civile, car les principes étant tout différents en matière criminelle, la solution ne saurait être la même dans les deux cas et ne peut ainsi trouver place dans des notions générales.

Convaincu que la meilleure division d'un sujet se tire de la nature des choses, nous n'hésitons pas à adopter celle qu'a choisie M. Bonnier; nous traiterons donc distinctement de l'aveu en matière criminelle et de l'aveu en matière civile, et nous marquerons les différences entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire.

CHAPITRE II

DE L'AVEU EN MATIÈRE CRIMINELLE

SECTION I

DE L'AVEU JUDICIAIRE

Le fait même qu'une nation pratique au criminel une procédure inquisitoire ou une procédure accusatoire n'est pas sans influence sur la théorie de l'aveu.

Dans le système accusatoire, en effet, que certains pays conservent encore, nous trouvons d'un côté un accusateur qui, se chargeant de rendre évidente la culpabilité de celui qu'il a dénoncé, assume ainsi l'obligation d'apporter toutes les preuves nécessaires à la conviction du juge ; de l'autre un accusé qui, jouant pour

ainsi dire le rôle de l'une des parties dans nos procès civils, le rôle de défendeur, doit repousser une à une toutes les allégations de son adversaire. Le juge n'a donc point ici à s'occuper de provoquer l'aveu, et comme son ministère pendant les débats doit se borner à diriger la lutte entre les deux champions, comme sa conscience, suivant la belle expression de Carmignani, est le terrain que les deux adversaires doivent s'efforcer de gagner, il est certain qu'il commettrait un abus de pouvoirs s'il tentait quelque chose en ce sens. Quant à l'accusateur, ce n'est pas non plus vers l'aveu qu'il doit diriger ses moyens, ses efforts : il a accusé, donc il avait des preuves, et c'est à les exposer qu'il lui faut se donner tout entier. Si cependant l'aveu de l'accusé survenait au cours des débats, il aurait pour résultat de terminer l'affaire, puisque l'accusateur n'aurait plus rien à prouver, ou du moins ne trouverait plus devant lui un coupable à convaincre.

L'aveu a une bien autre importance dans le système inquisitoire; ici, en effet, le but directement cherché par le magistrat, c'est la

vérité apparaissant dans toute sa lumière, et nous avons vu que l'aveu, à raison du préjudice qu'il cause toujours à celui qui le fait, est une des moilleures preuves que les inquisitions, si nous pouvons nous exprimer ainsi, que les interrogatoires ont porté juste. Le magistrat essaiera donc d'agir sur l'esprit et sur la conscience de l'accusé, afin d'atténuer autant que possible l'influence de la raison d'intérêt, qui ne peut conseiller que le mensonge à celui qui est sous le coup d'une condamnation.

Nos législateurs, on le sait, ont adopté un système mixte qui, d'inquisitoire qu'il est dans la première phase du procès, devient pour ainsi dire accusatoire dans la seconde : la théorie de l'aveu a donc chez nous toute son importance.

Il convient maintenant de serrer de plus près le sujet et d'examiner à quel moment et par quelles voies le magistrat arrivera à provoquer un aveu judiciaire efficace dans l'état actuel de notre procédure criminelle.

L'aveu judiciaire, il est à peine besoin de le

dire, est celui qui se fait en justice devant le magistrat compétent ; cet aveu, fait au moment où la condamnation ou l'acquiescement sont imminents, a une gravité qui ne peut échapper à l'accusé le plus insouciant, le plus ignorant ; c'est, pour ainsi parler, un aveu officiel, qui a par conséquent une bien plus grande importance que l'aveu extrajudiciaire.

L'aveu judiciaire, au grand criminel du moins, peut être obtenu soit par l'interrogatoire lors de l'instruction préparatoire, soit par l'interrogatoire qui a lieu pendant les débats publics. Étudions ces deux phases du procès.

C'est le juge d'instruction qui ordinairement et régulièrement est chargé de l'interrogatoire lors de l'instruction préparatoire ; cet interrogatoire doit avoir lieu de suite lorsqu'il y a un mandat de comparution, et dans les vingt-quatre heures en cas de mandat d'amener. Le juge qui ne satisferait pas immédiatement aux prescriptions de l'article 93 du Code d'instruction criminelle manquerait gravement à ses devoirs, car l'interrogatoire a été établi, non seulement pour rechercher les preuves de la

culpabilité du prévenu, mais aussi dans le but de lui fournir des moyens de justification : en un mot, l'interrogatoire, joint aux autres modes d'information, doit avoir pour objet la découverte de la vérité et non la découverte d'un coupable. Ces idées sont aujourd'hui consacrées par la jurisprudence : elle décide en effet que si le prévenu n'a pas été mis en demeure de donner ses défenses, nulle prévention ne peut être admise.

Le Code est muet sur les formes à observer dans cet interrogatoire, mais on doit évidemment, en tenant un grand compte des règles nouvelles et générales que contient notre législation criminelle, procéder suivant que l'indique la célèbre ordonnance de 1670, qui réglait la matière d'une façon fort détaillée, et suivre aussi certaines des dispositions qui sont édictées pour l'audition des témoins. L'interrogatoire sera donc fait secrètement ; le juge d'instruction y procédera lui-même, seul, au tribunal ou à la geôle ; il ne sera assisté que du greffier qui, recueillant les demandes du juge et les réponses de l'inculpé, en formera un procès-verbal pour ser-

vir à l'accusation; enfin, ni le ministère public, ni la partie plaignante, s'il y en a une, ne pourront être présents : le prévenu n'ayant pas encore de défenseur ne doit pas être mis aux prises avec l'accusation.

Il est facile de voir que cette manière de procéder est très-favorable à l'accusé et à l'accusation; le juge n'étant pas ici, comme plus tard le procureur de la République, l'adversaire de l'accusé, n'a qu'un but, qu'une passion : la recherche de la vérité. S'il lui paraît que l'accusé est innocent, il continuera à l'interroger pour apprendre de lui les circonstances qui rendent sa culpabilité invraisemblable ou impossible; si, au contraire, les faits de la cause rendent la culpabilité probable, le juge, tout en se gardant de suggestions fâcheuses, tout en ne posant que de simples questions de fait, s'efforcera d'éveiller les remords de l'accusé et de lui ouvrir ainsi la bouche pour un aveu, c'est-à-dire pour la vérité. Si dans ces conditions l'aveu survient, il sera vraisemblablement l'expression de ce qu'a fait, de ce qu'a dit l'inculpé. Mais avant tout, nous ne saurions trop le répéter avec M. Ortolan, « que le juge

d'instruction se garde de l'ancien esprit qui présidait à ces interrogatoires sous la procédure inquisitoriale (1), et des promesses, et des finesses, et des obsessions ou des intimidations en vue de surprendre, d'obtenir ou d'arracher un aveu ! Ils s'en gardera sans doute, mais qu'il veille sévèrement à ce que rien de pareil ne se produise de la part des agents auxquels la surveillance de l'inculpé est livrée : qu'on se souvienne de l'aveu de la femme Gardin ! (2) » Cet interrogatoire, qui doit être lu au prévenu et au sujet duquel celui-ci sera

(1) M. Ortolan veut parler ici de cette procédure inquisitoriale qui exclut tout débat public.

(2) M. Ortolan, justement frappé du nombre encore trop considérable des erreurs judiciaires, aimait à rappeler à son cours l'histoire de la femme Gardin. Cette femme, vivement pressée par un juge d'instruction de plus de zèle que de prudence, s'avoua coupable d'un parricide dont elle était innocente ; le jury devant lequel elle rétracta son aveu resta convaincu par les charges de l'instruction et la condamna, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, aux travaux forcés à perpétuité (arrêt de la Cour d'assises du Nord du 13 août 1861). Nous n'oublierons jamais avec quel accent de criminaliste sévère et de citoyen honnête, notre regretté professeur disait qu'il voudrait voir inscrites au frontispice de tous les cabinets d'instruction ces paroles pleines d'enseignement : « *Souvenez-vous de la femme Gardin !* »

interpellé s'il veut y apporter quelque changement, peut être réitéré chaque fois que le juge le trouve utile, car, quoiqu'il ne soit pas survenu de nouvelles charges, on peut ainsi obtenir des aveux qu'il a été impossible d'avoir auparavant; dans tous les cas, avant de clore l'instruction, un interrogatoire final doit être fait afin que l'inculpé puisse s'expliquer sur l'ensemble des charges. Considéré au point de vue qui nous occupe spécialement, cet interrogatoire final a une grande importance; l'inculpé peut, en effet, avoir refusé d'avouer son crime, au cours des divers interrogatoires qu'il a subis, soit parce que les charges qui lui étaient opposées une à une et isolément ne lui semblaient pas invincibles, soit parce que les remords, la conscience n'avaient pas encore parlé, et il n'est pas impossible que sa résistance cède en entendant une instruction complète et habilement ménagée, ou que, fatigué de la lutte qu'il soutient contre la vérité, il ne se sente plus la force de persister plus longtemps dans la voie du mensonge.

L'instruction est close et l'accusation, nous le supposons, a été prononcée : l'accusé, s'il

est détenu, sera dans les vingt-quatre heures envoyé dans la maison de justice du lieu où doivent se tenir les assises, et vingt-quatre heures s'étant écoulées depuis cette translation, il sera interrogé par le président de la Cour d'assises ou par un juge délégué (1). Quelle est l'utilité de cet interrogatoire? Quelles seraient les conséquences d'un aveu qui surviendrait à ce moment? Le but de cet interrogatoire, suivant un arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1844, est non seulement d'avertir l'accusé de choisir un défenseur et de se pourvoir, s'il s'y croit fondé, contre l'arrêt de renvoi, mais encore de le mettre à même de faire, avant l'ouverture des débats, les changements qu'il croirait utiles aux explications qu'il a données dans le cours de l'instruction, et, par suite, de faire apprécier par le président chargé de cet interrogatoire, s'il est ou non nécessaire de procéder à une instruction supplémentaire, conformément aux articles 301, 313 et suivants. Quant à des aveux, il est facile de voir qu'il en surgira bien rarement, si l'on considère que le plus souvent le prési-

(1) Art. 202, 203. Cod. I. C.

dent se bornera à inviter l'accusé à choisir un défenseur et à lui demander s'il persiste dans les déclarations qu'il a faites devant le juge d'instruction. Si cependant l'accusé, mû par cette nécessité que Dieu a mise en nous de dire la vérité et qui agit à son heure, avouait son crime au président des assises, celui-ci aurait à le renvoyer devant le juge d'instruction, et nous retombons alors dans l'hypothèse que nous avons examinée plus haut.

Lorsque l'aveu n'a pas été obtenu pendant l'instruction préparatoire, on peut encore espérer l'obtenir par l'interrogatoire public qui a lieu lors des débats (1). Ce cas, nous devons le dire, se présentera plus rarement, car l'accusé qui arrive jusqu'aux bancs de la Cour d'assises sans avoir rien avoué est ou bien innocent ou bien décidé à tenter jusqu'au bout la chance d'une dénégation soutenue, et puis le président des assises est moins bien placé que le juge d'instruction pour arriver à un semblable résultat. Son rôle, en effet, plus encore

(1) Cet interrogatoire n'est pas obligatoire pour le Président des assises, puisqu'aucun article de loi ne le lui impose, mais il a toujours lieu dans la pratique.

que celui du juge d'instruction, est l'impartialité : il est également au service de la défense et de l'accusation. Tout ce qu'il peut faire, c'est de représenter à l'accusé toutes les pièces relatives au délit et pouvant servir à conviction, de l'interpeller de déclarer s'il les reconnaît. La présence des objets mêmes qui ont servi au crime ou des dépouilles de la victime peut agir sur sa conscience et amener une révélation (1). Du reste, cette dernière partie de la procédure mixte que nos législateurs ont adoptée au criminel, si elle n'est pas aussi favorable que la première pour provoquer un aveu, a des avantages qui compensent au centuple cet inconvénient. Il suffit, pour en être convaincu, de lire cette note que Mittermaier, savant auteur allemand d'un traité sur les preuves en matière criminelle, place à la fin de la partie qu'il consacre à l'aveu du prévenu : « Disons maintenant que le caractère inquisitorial de la procédure criminelle allemande donne naissance à une conséquence des plus dommageables. Le juge d'instruction est forcément amené à prendre l'aveu pour point de

(1) M. Bonnier. Traité des preuves, tome I, p. 512.

mire de tous ses efforts. De là souvent des représentations fallacieuses faites à l'inculpé, des menaces, des promesses ; de là ces détentions préventives prolongées à dessein, dans l'espoir d'une confession qui se fait attendre. Les lois allemandes, sous le nom de *peines de désobéissance* (*Ungelhorsamstrafen*) autorisent les coups, l'incarcération plus *longue* ou plus *rigoureuse*, contre tout inculpé qui refuse de répondre, se comporte mal ou ment à la justice : ce sont là autant de prétextes fournis au juge pour imposer de véritables tortures à l'inculpé qui ne voulait pas avouer, et qui souvent alors, poussé par le désespoir, débite autant de mensonges sous forme de confession. Les juges d'instruction, ceux surtout qui sont jeunes et avides d'avancement, mettent à honneur d'obtenir le plus d'aveux possible. Comment s'étonner ensuite de toutes ces rétractations postérieurement survenues, de toutes les plaintes chaque jour renouvelées contre l'emploi de ces moyens que la loi doit réprimer ? Le peuple refuse sa confiance aux jugements criminels basés sur des aveux qui semblent extorqués. Et tous les jours la justice allemande voit diminuer la considération qui devrait être son nécessaire

apanage. En cette matière comme en toute autre, le système français de la publicité et du débat oral doit réunir tous les suffrages. L'accusé avoue-t-il à l'audience, tous les assistants se convainquent que rien n'a été fait pour l'y contraindre, et que ses paroles n'émanent que de sa libre volonté; les juges, à leur tour, devant lesquels il comparait en personne, peuvent examiner attentivement toute sa contenance et lui accorder ou refuser créance en connaissance de cause. Des mesures illégales ont-elles été mises en œuvre dans l'instruction préliminaire? l'accusé peut le déclarer devant tous, affront auquel le magistrat instructeur se garde toujours de s'exposer. Que si enfin l'aveu rapporté à l'audience a déjà été produit dans l'information, il y a là une double garantie de sa véracité et de sa valeur comme moyen de preuve (1). »

Nous venons de voir à quel moment et de quelle manière l'aveu peut être provoqué en matière criminelle proprement dite; un mot

(1) Mittermaier, traité de la Preuve en matière criminelle, p. 300, en note.

seulement sur la provocation de l'aveu en matière correctionnelle et de simple police.

Dans la plupart des affaires correctionnelles, et à plus forte raison dans celles de simple police, on peut éviter de parcourir les différents degrés d'instruction que la Code a dû indiquer pour des affaires plus importantes. Ici, la véritable instruction est celle qui se fait à l'audience publiquement, et qui se confond avec l'interrogatoire de l'accusé. Nous n'avons donc pas à prévoir le cas d'un aveu survenant au cours de l'instruction préliminaire : ce sera au président du tribunal correctionnel ou au juge de paix à chercher, en suivant les règles de prudence précédemment données, à obtenir à l'audience même une confession (1) qui, nous le verrons en examinant la force de l'aveu, a plus d'importance ici qu'au grand criminel.

Après avoir examiné de quelle manière l'a-

(1) Nos anciens auteurs réservaient le nom d'aveu pour les matières civiles, et appelaient confessions les aveux faits au criminel.

veu peut être provoqué, et à quel moment il peut intervenir, il convient de voir à quelles conditions cet aveu aura toute sa force; nous indiquerons ensuite quelle est cette force; on peut les réduire à cinq qui seraient : la *vraisemblance*, la *crédibilité*, la *précision*, la *persistance*, la *concordance*, avec les autres preuves relevées par la procédure.

Un mot sur chacune de ces conditions :

1° *La vraisemblance.* — On reconnaîtra que cette condition existe dans un aveu en étudiant les lois de la nature qui ont dû être mises en jeu dans le crime en question, et en les rapprochant de l'être même de l'inculpé, c'est-à-dire de ses qualités physiques et morales. C'est ainsi qu'on ne devra pas admettre comme vraisemblable l'aveu par lequel un accusé, en qui la force physique relative ferait évidemment défaut, viendrait déclarer avoir tué, à l'aide de ses mains seules, un homme beaucoup plus robuste que lui.

2° *La crédibilité.* — On ne pourra avoir confiance dans l'aveu de l'inculpé, si son aveu

consiste à rendre compte de choses qu'il n'a pas vues et qu'il ne fait que supposer; avec nul par conséquent que celui par lequel on prétendrait avoir tué quelqu'un en le précipitant dans un fleuve, si on ajoute que du reste on a pris la fuite aussitôt et qu'on n'a même pas vu tomber sa victime dans l'eau. Avec nul également si au moment du crime l'inculpé était, par suite de son jeune âge, ou de l'ivresse ou de la folie, incapable de constater sainement les faits auxquels il a pu prendre part ou qui se sont passés devant lui. Avec nul enfin que celui qui ne semble pas fait sous la pression de la voix de la conscience. Il peut arriver, et cela s'est vu en effet, qu'un grand criminel, saisi par erreur par l'autorité judiciaire au sujet d'un délit assez minime, s'en avoue coupable afin de se procurer un alibi et détourner les investigations de la justice, ou bien que par un dévouement poussé à l'extrême un innocent se déclare responsable d'un crime qu'un parent ou un ami a seul commis.

3^e *La précision.* — Un aveu doit être précis et avoir pour objet un fait parfaitement formulé; quelle foi en effet ajouter à un aveu

ainsi fait : il se peut que j'aie tué un individu ; ou bien : si la justice en est informée, elle doit l'être à bon droit ?

4° *La persistance.* — Les contradictions sur les points de détail sont pour ainsi dire inévitables dans une affaire tant soit peu compliquée, et ne peuvent avoir d'influence sur la force de l'aveu ; mais un accusé qui, après avoir fait une confession, en ferait une autre complètement opposée, devrait bien plutôt être considéré comme ayant voulu arrêter, retarder l'œuvre de la justice, que comme ayant dit la vérité sur les faits qui lui sont reprochés.

5° *La concordance* avec les autres preuves relevées par la procédure. — Un cadavre a été trouvé sur une grande route : on a constaté trois blessures, dont deux au cœur et l'autre à la tête, les blessures avaient toutes un diamètre de dix centimètres, et avaient été faites de droite à gauche ; il est vraisemblable que, si la confession de l'inculpé est en rapport avec ces faits, elle est exacte.

Le Code d'instruction criminelle, qui traite, dans les articles 154, 189 et 241, de la manière de constater les crimes, les délits et les contraventions, ne fait aucune mention de l'aveu, aussi, est-il très-difficile de réduire en un corps de doctrine les principes juridiques appliqués en la matière lorsqu'on considère l'aveu au point de vue de sa force probante. Faut-il dire avec les anciens, que la simple confession de l'accusé exige sa condamnation, quelle que soit la peine qui doit s'ensuivre? Evidemment non, car d'une part, au grand criminel, les jurés n'ont pas à rendre compte des motifs de leur conviction, et d'autre part, aucun texte de loi n'imposant aux juges du tribunal correctionnel ou de simple police, de s'en rapporter à la seule déclaration de l'accusé, on ne peut pas affirmer d'une façon générale que l'aveu soit une présomption légale. Doit-on, au contraire, respectant à la lettre la maxime *Nemo auditur perire volens*, ne tenir aucun cas de l'aveu, et ne voir dans sa survenance que cet heureux allègement de conscience qu'un juge éprouve toujours lorsque l'accusé lui-même reconnaît la véracité des faits allégués contre lui? Nous ne le pensons pas davantage, car,

malgré les formes si diverses que prend aujourd'hui la manie du suicide, il est des aveux qui empruntent aux circonstances dans lesquelles ils sont faits un caractère de sincérité indéniable, et n'a-t-on pas vu, du reste, des coupables avouer leur crime, non dans l'intention de se perdre, mais dans l'intention clairement évidente d'obtenir un adoucissement à la peine qui les attendait ? Ce n'est donc pas dans ces extrêmes que se trouve la vérité : non, l'aveu n'est pas toujours obligatoire pour le juge ; non, celui-ci ne doit pas toujours refuser toute créance à l'aveu. Si, en matière criminelle proprement dite, l'aveu survient au cours de l'instruction, il établira de fortes présomptions contre l'inculpé, mais il n'aura cependant pas force d'arrêter cette instruction ; elle suivra au contraire son cours, et conduira l'accusé jusqu'à la Cour d'assises, où il aura à confirmer ou à rétracter son aveu. S'il le renouvelle, les jurés y ajouteront telle foi qu'ils jugeront convenable, car d'après les termes mêmes de l'article 342, la loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particu-

lièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de l'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. Ils pourront donc, suivant les circonstances, faire d'un aveu la base unique de leur conviction, ou le considérer comme non venu. La loi anglaise défend d'adresser à l'accusé des questions d'où résulterait une preuve contre lui ; nous avons constaté que, quoique l'interrogatoire ne soit pas obligatoire pour le président des assises, la loi française ne pousse pas aussi loin les scrupules ; il faut cependant reconnaître que les preuves résultant des paroles d'un accusé ne doivent être admises qu'avec une extrême réserve, et en tenant amplement compte de sa situation d'accusé, du trouble où il peut être jeté par l'appareil imposant de la justice, de sa valeur intellectuelle, et enfin, de l'habileté du magistrat qui l'interroge.

Telle est la force de l'aveu en matière criminelle proprement dite ; elle est la même en

matière correctionnelle, où l'aveu, sans obliger le juge à une condamnation, peut cependant servir de base unique à sa conviction et à son jugement; mais il est généralement admis qu'en matière de simple police, l'aveu a une plus grande autorité, et que le tribunal de simple police ne peut acquitter l'inculpé sous le prétexte que la contravention à lui imputée n'a pas été constatée par un procès-verbal quand elle est avouée par le contrevenant. La modicité de la peine à encourir semble être le seul motif de cette solution toute de jurisprudence.

Tous les crimes, délits et contraventions se prouvent suivant qu'il est dit aux articles 154, 155, 156 et 189 du Code d'instruction criminelle; il n'y a d'exception que pour le crime de complicité d'adultère, qui ne peut être prouvé, aux termes de l'article 338 du Code pénal, qu'au moyen de *lettres ou pièces écrites par le prévenu*, le cas de flagrant délit excepté. Est-ce à dire que l'aveu fait par le prévenu ne sera pas une preuve suffisante de sa culpabilité, si, nous le supposons toujours, cet aveu survient entouré de toutes les conditions de sincérité

requis ? La question est controversée. L'article 338, dit-on dans une première opinion, est formel et limitatif : « Les seules preuves qui seront admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. » L'aveu n'est pas compris parmi les modes de preuves admis ; donc il ne peut être d'aucune valeur s'il survient. Les paroles prononcées par l'orateur du Corps législatif sont, ajoute-t-on, favorables à cette interprétation : « Il importait, a-t-il dit, de fixer la nature des preuves qui pourront être admises pour établir une complicité que la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des conjectures hasardées, ou des rapprochements fortuits. Après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pourront admettre que celles qui résulteront des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ; c'est dans ces lettres, en effet, que le séducteur dévoile sa passion et laisse échapper son secret. » Ce n'est pas tout, la jurisprudence elle-même est venue confirmer cette solution par un arrêt de la Cour royale de Paris, d'après lequel on ne

peut considérer comme pièce écrite par le prévenu de complicité d'adultère, l'aveu par lui fait dans un interrogatoire de lui signé, et par lui subi en état d'arrestation, dans une procédure criminelle, parce qu'une pareille déclaration dans une telle position, n'était ni spontanée ni libre de la part du prévenu. Malgré ces diverses autorités, nous croyons que l'aveu, non pas il est vrai toute espèce d'aveu, mais l'aveu fait spontanément et librement, peut et doit servir de preuve dans le crime de complicité d'adultère. Et d'abord, pour ce qui est de l'article 338, nous pensons que nos adversaires l'interprètent d'une façon trop judaïque : voyons en effet dans quel but il a été édicté, et nous comprendrons mieux quelle est sa portée. Le but de cet article, cela ressort clairement des discussions et discours du Corps législatif, que nous avons déjà cités, est d'empêcher que des *indices frivoles*, des *conjectures hasardées*, des *rapprochements fortuits*, exagérés par la malignité publique, ne deviennent la base d'une accusation ou d'une condamnation, si des tiers pouvaient être admis à déposer dans un semblable débat ou si le juge avait pu se contenter de présomptions, si

graves qu'elles semblent d'ailleurs. Mais ici, y a-t-il à craindre quelque chose de pareil ? Evidemment non, et l'aveu de la partie aura même plus de force, est-il permis de dire, que ne pourraient en avoir des lettres qui souvent sont d'un style d'autant plus violent et exalté que leur auteur a moins obtenu. Quant à l'arrêt de la Cour de Paris du 18 Mars 1820, il n'a d'autorité qu'autant qu'il s'agit d'un aveu fait devant le juge d'instruction, aveu qui en effet s'il est presque toujours libre, n'est jamais ou presque jamais spontané ; nous sommes donc en droit de penser que s'il se fût agi d'un aveu fait à l'audience, ou du moins intervenu sans aucune provocation du juge d'instruction, l'arrêt eût été formulé dans un sens tout opposé.

Nous verrons, en étudiant l'aveu en matière civile, que l'indivisibilité est un des caractères distinctifs de l'aveu, c'est-à-dire que la partie qui s'en rapporte à la bonne foi de son adversaire ne peut pas accepter celles des déclarations de celui-ci qui lui sont favorables, et rejeter celles qui lui sont contraires : c'est tout un ou tout autre. En est-il de même ici, et faut-il dire

que l'aveu est indivisible en matière criminelle ? Le Code est muet à ce sujet, mais la jurisprudence a depuis longtemps décidé que les tribunaux de répression peuvent s'arrêter à une partie de l'aveu du prévenu et ne tenir aucun compte des autres parties, que le principe de l'indivisibilité est inapplicable en matière criminelle. Cela se conçoit parfaitement, du reste, car, si l'aveu est indivisible en matière civile c'est que la partie qui veut en profiter, ayant pu, le plus souvent, se procurer d'autres preuves de son droit, est coupable de ne l'avoir pas fait et doit supporter toutes les conséquences de sa négligence. Le ministère public, au contraire, n'est pas toujours dans la possibilité d'avoir une preuve nettement établie du crime qu'il pousse, et quand il prend acte de l'aveu d'un prévenu, il ne s'en rapporte pas positivement à sa bonne foi, comme cela a lieu dans un procès civil, il saisit au passage le cri de la conscience et a le droit de rejeter toutes les allégations qui, modifiant l'aveu, lui semblent, d'après les circonstances du fait, dictées par la raison d'intérêt et de préservation. Il y a là du reste des règles de prudence que nous n'avons pas à signaler, mais qu'un juge ne

manquera jamais d'observer, et il est bien évident que si à côté d'un aveu formel de l'inculpé il y a dénégation sur certains points qui viendraient aggraver le crime, la peine prévue pour le délit moindre est seule applicable, à moins que d'autres preuves n'aient démontré la réalité des circonstances aggravantes.

Contrairement aussi à ce qui a lieu en matière civile, l'aveu peut toujours être rétracté en matière criminelle ; cette diversité de solution n'a pas au surplus une aussi grande importance qu'on pourrait le croire, car de même que l'aveu en matière criminelle n'oblige pas le juge, la rétractation de l'aveu ne saurait forcer sa confiance. Ce sera à lui d'examiner si l'aveu primitivement fait avait ou non tous les caractères de sincérité désirables, si la rétractation qui survient est ou non fondée sur des faits vraisemblables ou même vérifiés vrais ; c'est là plutôt une question de fait, une question d'appréciation, qu'une question de droit, et nous n'avons pas à nous y arrêter.

SECTION II

DE L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE

Il semble que ce soit chose très-facile en même temps que très-raisonnable pour un coupable de garder le silence le plus absolu au sujet du crime qu'il vient de commettre et qui est encore ignoré ; il n'en est cependant rien, et toujours, ou presque toujours, toute preuve faisant-elle défaut d'ailleurs, le criminel sera lui-même son premier accusateur. Un mot, du reste, suffit à le compromettre : on se souvient encore de ce fonctionnaire public qui, après avoir tué le mari gênant de celle qui avait consenti à devenir sa maîtresse, vint retrouver celle-ci au théâtre dans une loge et lui dit devant d'autres spectateurs cette simple parole : *il dort* ; il n'en fallut pas davantage

pour mettre la justice sur la trace du coupable.

Les mobiles qui poussent un coupable à parler de son crime sont aussi nombreux que variés, citons les principaux :

1° Il arrive souvent que deux complices s'entretenant des circonstances, des moyens, du temps, du lieu d'un crime commis ou à commettre, ont eu des témoins de leur conversation, malgré toutes les précautions prises pour être seuls.

2° L'homme est porté par instinct à confier à autrui les actes les plus intimes de sa vie, c'est un besoin auquel il résiste difficilement : tantôt, ce sera espérance de sympathie, tantôt simple jactance, tantôt enfin intention mal avisée de se disculper ; toujours quelque chose fera sortir le coupable des règles de la prudence la plus élémentaire.

3° Le coupable n'a pas de plus grand ennemi que le trouble dans lequel il vit sans cesse. Toujours il croit entrevoir des soupçons déjà

formés, aussi interroge-t-il timidement pour savoir ce qu'on connaît ou ce qu'on présume; il n'ose pas se taire en présence de ceux qui parlent librement sur le fait en question; il croit qu'en se mêlant à la conversation il prendra un air d'assurance qui le sauvera, et il oublie qu'étant l'auteur du crime il ajoutera forcément à son récit des circonstances connues de lui seul et qui attireront sur lui tous les regards, toutes les pensées.

4^o Il se peut que le délinquant, pressé par l'angoisse ou le remords, se soulage par des confessions soit d'une manière confidentielle auprès de ses amis, ou de ceux qu'il croit l'être, soit même dans l'intention que ces aveux soient rapportés à la justice comme preuves.

Ces confessions extrajudiciaires n'ont trait à notre matière qu'en tant que, grâce à quelque circonstance, elles viennent à être connues de la justice. Les causes de divulgation ne sont pas, du reste, aussi rares qu'on pourrait le penser, et sans parler de la trahison qui par sa nature même rend suspect celui qui en est l'auteur, il est facile de supposer des cas assez

nombreux où les paroles, les écrits d'un criminel arriveront jusqu'à ses juges.

L'aveu extrajudiciaire n'a pas une bien grande importance en matière criminelle, mais encore ne faudrait-il pas dire avec Mittermaier qu'il n'a aucune valeur : « L'aveu, pour faire preuve, dit-il, doit être rapporté en justice. Lorsqu'il est extrajudiciaire il est nul ; on n'y peut voir le plus souvent qu'un acte de légèreté, qu'une parole à laquelle son auteur n'attache lui-même aucune importance ; quelquefois il n'a parlé que par jactance ; ailleurs, il a voulu se moquer d'un tiers, ou peut-être il a voulu simplement se tirer d'un mauvais pas (1). » Nous pensons être plus dans le vrai en traçant certaines distinctions d'après lesquelles on accordera plus ou moins de crédit à l'aveu extrajudiciaire : la première pourrait se tirer de la personne qui a reçu l'aveu ; que si, à raison de la qualité relative de cette personne, l'accusé ne devait pas facilement se laisser aller à une confession, qui était de nature à détruire la bienveillance et l'estime

(1) Mittermaier, *Traité des Preuves*, p. 266.

dont il avait besoin près d'elle, il n'est pas supposable qu'il ait parlé contre la vérité. On devrait examiner ensuite si l'aveu contient toutes les circonstances accessoires, dont la preuve est rapportée ailleurs, ou s'il a été fait en bloc, en termes tout généraux, sans énonciation de détails. Le motif ou la personne qui a provoqué l'aveu serait aussi chose à considérer; on en peut inférer souvent que l'inculpé, après avoir pesé les conséquences de ses paroles et les graves motifs qui le poussent à parler, a voulu dire la vérité; dans d'autres circonstances, on en peut conclure également qu'il a raconté tel ou tel fait, sans intention sérieuse au fond. Enfin, sa contenance aidera singulièrement à découvrir s'il a dit la vérité ou s'il a voulu se moquer de celui qui l'écoute.

Ces principes de bon sens et de simple raison sont ceux, croyons-nous, qu'on doit appliquer, faute de textes, à notre procédure criminelle en matière d'aveu extrajudiciaire. Tous les indices tendant à faire croire que l'aveu extrajudiciaire est l'expression de la vérité seront entendus et consignés par le juge d'après les règles mêmes qui régissent la preuve testimoniale.

CHAPITRE III

DE L'AVEU EN MATIÈRE CIVILE

SECTION I

DÉFINITION ET EXPOSITION

L'aveu, suivant la définition pour ainsi dire aujourd'hui consacrée, est la *déclaration* par laquelle une personne reconnaît comme vrai *un fait* de nature à produire contre elle des *effets juridiques*. Cette définition, on le voit, ne comprend pas toute espèce de déclarations : il faut pour constituer un aveu que la déclaration ait pour objet un fait, et que ce fait soit capable de produire des conséquences juridiques.

Et d'abord, l'aveu tel que l'entend le Code

a toujours pour objet un fait, par exemple un prêt reçu, un achat conclu; jamais il ne portera sur une question de droit. Toutes les déclarations que ferait l'une des parties en ce sens, si catégoriques et si défavorables qu'elles puissent être pour elle, ne pourraient pas lui être opposées; ainsi, c'est en vain que le demandeur dans une cause obtiendrait de son adversaire une déclaration soit écrite et extrajudiciaire, soit orale et judiciaire, par laquelle celui-ci reconnaîtrait que la contestation est soumise à telles règles de droit, que la solution du différent est soumise à tel article du Code: les juges seuls sont compétents en pareille matière, et toutes les conventions des parties sont nulles à cet égard.

Il faut de plus que le fait avoué puisse produire et ait été avoué pour produire en effet, contre celui qui le reconnaît, des conséquences juridiques. Ne seront donc pas considérées comme aveux 1° la déclaration par laquelle on reconnaîtrait comme vrai un fait n'ayant pas directement trait à l'affaire en cause, ou qui y ayant trait directement ne serait pas de nature, vu son peu d'importance, à créer ou du moins à

affirmer une obligation de l'avouant envers le demandeur, car, comme le dit très-bien Toullier, l'aveu n'est autre chose que le *oui* du débiteur qui reconnaît pour vrai le fait ou la dette dont il s'agit ; 2° la déclaration qui, faite au cours des débats, ne l'aurait pas été dans la pensée que cette déclaration suffirait comme preuve et dispenserait le créancier d'en apporter

autres à l'appui de sa demande. Il peut se faire en effet que des arguments employés par l'une des parties pour le succès de sa cause soient de nature à pouvoir être retournés contre elle dans une plaidoirie habilement ménagée et semblent ainsi des aveux indirects ; jamais, nous le répétons, on ne devra voir là des aveux dans le sens du Code, c'est-à-dire faisant pleine foi contre celui qui les fait.

Il est à peine nécessaire de faire remarquer que ces déclarations, sans valeur comme aveux, ne laissent pas que d'être d'une grande utilité pour le juge, qui peut et doit en tenir compte pour former la base de sa conviction ; elles peuvent même quelquefois servir de commencement de preuve par écrit.

On a bien souvent, trop souvent suivant nous, comparé l'aveu à une convention ; comme la convention, a-t-on dit, l'aveu doit être libre, exempt d'erreur, de violence, de dol ; il en diffère en ce que la convention se rapporte toujours à un fait présent, tandis que l'aveu se rapporte à un fait passé ; nous ne nions pas l'analogie, mais nous pensons que ce serait un tort d'y attacher trop d'importance, car cette comparaison conduit, si on n'y prend garde, insensiblement, mais sûrement, à cette doctrine que l'aveu, pour avoir toute sa force, doit être accepté comme la convention par la partie qui compte en tirer profit : nous montrerons en temps voulu toute la fausseté de cette doctrine.

Nous suivrons dans cette étude de l'aveu en matière civile la marche que nous avons adoptée pour traiter de l'aveu en matière criminelle. Nous examinerons donc séparément l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire, nous verrons quand et comment l'aveu peut être provoqué, quelle est sa force probante ; nous étudierons enfin tout spécialement deux des caractères de l'aveu, son irrévocabilité et son indivisibilité.

SECTION II

DE L'AVEU JUDICIAIRE

L'aveu judiciaire, d'après l'article 1356, est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial ; l'aveu judiciaire est donc celui qui se fait en justice. Mais est-il nécessaire qu'il ait lieu pendant l'instance même dans laquelle la partie adverse veut l'invoquer, ou suffit-il que ce soit pendant une instance quelconque entre les deux parties ? La question est controversée, et si d'un côté nous voyons Merlin (1), Zachariae (2) et M. Larombière (3) soutenir la première opinion, nous voyons d'autre part un auteur jouissant d'un grand crédit, Mar-

(1) Merlin, quest., V^e Confession.

(2) Zachariae, p. 596, t. V.

(3) M. Larombière, p. 396, t. V.

cadé (1), se décider sans hésitation pour la seconde. C'est aussi à celle-ci que nous nous rangeons, et cela pour trois raisons : d'abord, le texte est formel, et puisqu'il ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer ; l'aveu judiciaire, dit-il, est la déclaration faite en justice... en justice, c'est-à-dire dans une instance quelconque et non pas dans telle instance. Et puis, le simple bon sens ne nous dit-il pas que du moment où un fait a été reconnu comme vrai par le défendeur dans un procès, le demandeur n'aura plus à faire la preuve de ce fait si un second procès s'élève entre les mêmes parties. Enfin, ce qui nous engage le plus fortement peut-être à nous ranger à cette opinion, c'est la pauvreté même des arguments invoqués par ses adversaires. Merlin, le seul qui motive sa manière de voir, s'appuie sur l'autorité de Voët. Mais quelle est donc la doctrine de Voët en la matière ? Voët dit que *tout au moins l'aveu serait encore une grave présomption dans une seconde instance ; donc, dit-on, Voët ne pense pas que l'aveu qui n'est pas fait dans l'instance même dans laquelle il*

(1) Marcadé, p. 220, t. V.

est invoqué soit véritablement un aveu judiciaire, puisque l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait ! C'est tirer là des paroles de Voët une conséquence qui n'y est nullement renfermée, car ces mots : « tout au moins.... » prouvent surabondamment que Voët, en parlant ainsi, n'entend qu'exprimer une concession que seront *au moins* obligés de faire les adversaires de l'opinion soutenue par Marcadé. Pour Voët lui-même, l'aveu fait dans une première instance entre certaines parties aura, dans une autre instance, entre les mêmes parties, toute la force d'un aveu judiciaire, sera un aveu judiciaire : « In uno judicio civili facta etiam probat in alio inter eadem personas. »

De la définition que nous avons donnée de l'aveu judiciaire, définition qui n'est autre que le texte même de l'article 1356, il résulte que toute déclaration qui n'est pas faite en justice, c'est-à-dire qui n'est pas faite dans une instance de laquelle doit sortir un jugement, n'est pas un aveu judiciaire; aussi estimons-nous, malgré quelques décisions de jurisprudence, mais en nous appuyant et sur les principes et

sur d'autres décisions contraires de jurisprudence, que l'aveu fait devant le juge de paix, au bureau de conciliation, n'est pas un véritable aveu judiciaire, un aveu ayant force probante, un aveu dans le sens que le Code donne à ce mot dans l'article 1356. L'aveu ainsi fait au bureau de conciliation n'est pas du reste sans valeur, il peut servir de preuve au même titre que tout autre aveu extrajudiciaire, soit oralsi le procès-verbal de non conciliation n'a pas été signé, soit écrit si on a pris soin de le faire signer.

Fidèle à la même doctrine, nous déciderons que l'aveu fait devant des arbitres est un aveu judiciaire, puisque les arbitres sont de véritables juges et leur sentence un véritable jugement. Nous n'en dirons pas autant, malgré l'avis de quelques auteurs, de l'aveu fait devant un notaire, commis par justice pour procéder soit à une liquidation, soit à un partage, encore bien que cet aveu soit consigné dans son procès-verbal, car ici on ne saurait dire, sans forcer le sens des mots, que l'aveu est fait en justice : le notaire, en effet, supplée la justice dans des détails qui lui prendraient

inutilement son temps, mais n'est pas la justice.

L'aveu judiciaire peut être, ou spontané, ou provoqué.

En étudiant l'aveu en matière criminelle, nous avons vu qu'il peut être obtenu, soit dans l'interrogatoire qui a lieu lors de l'instruction préparatoire, soit dans l'interrogatoire qui a lieu lors des débats publics. Ces interrogatoires sont les deux moyens mis par la loi à la disposition de la justice pour provoquer l'aveu, aussi bien que pour découvrir d'autres preuves de la culpabilité ou de l'innocence de l'inculpé; mais ces deux moyens, la justice ne peut pas les employer à son choix, le premier après le second, par exemple, ou l'un à l'exclusion de l'autre; en matière civile, au contraire, la justice peut employer à son choix les deux moyens mis à son service pour provoquer l'aveu. Ces deux moyens sont l'interrogatoire sur faits et articles, et la comparution des parties.

Quelques détails sur chacun d'eux.

L'interrogatoire sur faits et articles a une origine assez ancienne : nous ne dirons pas qu'il nous vient de Rome ou d'Athènes, mais il est cependant certain qu'il était en germe dans certains usages ou certaines institutions de ces deux pays. Pratiqué avec exagération, si nous en croyons Rebuffe (1), avant 1535, il fut réglementé une première fois par l'ordonnance de 1667, puis par le Code de procédure : il conviendrait peut-être d'y apporter encore quelque amélioration, car il reste aujourd'hui même très-défectueux dans la pratique.

Aux termes de l'article 324 du Code de procédure, l'interrogatoire peut être demandé par les parties, en toutes matières et en tout état de cause ; son but, cela ne fait pas question, est de provoquer le défendeur à un aveu ; mais, nous le dirons après Dumoulin, Bellet, M. Bonnier, il est entouré de formalités trop nombreuses pour être toujours efficace. D'abord, il est secret, et la partie adverse n'étant pas

(1) Lorsqu'un plaideur refusait de répondre aux écrits de la partie adverse, certains juges s'arrogeaient le droit de le tenir prisonnier dans sa propre maison jusqu'à complète satisfaction. (Rebuffe, *Tract. de respons.*, art. 1, gloss. un.)

même présente, il sera bien rare que celle qui est interrogée se trouve embarrassée par des questions qui lui auront été signifiées au moins vingt-quatre heures à l'avance. Dumoulin déjà se plaignait en termes assez vifs de ce formalisme ; le célèbre jurisconsulte pensait avec raison que la présence de la partie demanderesse empêcherait le défendeur de nier aussi facilement, et lui-même ayant eu un procès à soutenir sans avoir obtenu d'assister à l'interrogatoire, il se permit de dire, en parlant de l'arrêt du Parlement : *In hoc curia pessime judicavit*. Le juge, il est vrai, peut, en usant de son pouvoir discrétionnaire, interroger sur d'autres faits que ceux qui ont été signalés dans la requête, mais il le fera bien rarement, retenu qu'il sera par la crainte de dépasser la limite de ses pouvoirs. L'interrogatoire sur faits et articles n'est donc pas une conception parfaite, mais encore ne dirons-nous pas avec quelques auteurs, qu'il devrait disparaître de notre Code de procédure pour ne laisser place qu'à la comparution personnelle. Si celle-ci, en effet, a l'avantage de mettre les parties en présence, de les prendre à l'improviste, et de les obliger à des réponses qu'elles n'ont pu préparer, l'in-

interrogatoire a celui d'isoler des adversaires que l'irritation et la passion rendent incapables de rien changer à leurs déclarations premières tant qu'ils sont face à face : l'interrogatoire les place devant un juge qui, par son impartialité, peut amener le calme dans leur esprit, et les faire revenir insensiblement d'une allégation mensongère ; c'est assez dire que ces deux institutions se complètent, et que, s'il est désirable que l'une d'elles soit perfectionnée, il ne saurait l'être qu'elle soit supprimée.

La comparution personnelle a une origine plus récente, et, malgré les avantages incontestables qu'on s'accorde à lui reconnaître sur l'interrogatoire, elle ne fut bien longtemps employée que pour les affaires commerciales ; mais *Dieu ayant béni la simplicité des juges-consuls*, la pratique introduisit peu à peu l'usage de la comparution dans les affaires civiles. Aujourd'hui, la comparution des parties à l'audience est d'un emploi très-fréquent. Quoi de plus naturel, en effet, que d'ordonner aux parties de venir s'expliquer elles-mêmes devant la justice sur les faits qui les tiennent en désaccord ? Les choses sont plus clairement

dites par ceux qu'elles intéressent directement que par des mandataires ou des représentants. Et puis, la tenue, le geste, l'assurance ou l'embarras des parties, sont des indices précieux pour le juge; la comparution simultanée et la confrontation de celles-ci en public, leur arracheront souvent une vérité qu'elles auraient eu la force de voiler si les réponses aux questions qui leur sont posées n'avaient pas dû être entendues de l'adversaire. Voici en résumé en quoi diffèrent les deux modes de provocation de l'aveu dont nous venons de parler :

1° La comparution des parties a lieu à l'audience, c'est-à-dire en public, les parties présentes; l'interrogatoire est fait par le tribunal tout entier; l'interrogatoire sur faits et articles, au contraire, a lieu dans le cabinet de l'un des juges: il est donc secret et la partie interrogée est seule présente.

2° Dans la comparution personnelle, les questions sont posées aux parties sans qu'elles leur aient été communiquées à l'avance, tandis que dans l'interrogatoire sur faits et articles, les questions qui doivent être posées à la partie

lui sont communiquées vingt-quatre heures avant la réunion chez le juge-commissaire, et ce n'est qu'en usant de son pouvoir discrétionnaire que celui-ci peut en poser de nouvelles.

3^o Dans l'interrogatoire sur faits et articles, il est dressé procès-verbal des questions adressées par le juge et des réponses faites par la partie : rien de pareil n'a lieu dans la comparution des parties.

Nous verrons en étudiant la force probante de l'aveu qu'il n'est pas indifférent de savoir quel est le caractère du jugement qui ordonne la comparution personnelle ; ce jugement est en effet ou interlocutoire ou simplement préparatoire.

L'aveu n'a cette force probante que lui reconnaît l'article 1356 qu'autant qu'il est fait par certaines personnes. Quelles personnes sont donc capables de faire un aveu, quelles personnes en sont incapables ? La question est difficile car, deux principes sont ici en jeu, qui semblent au premier abord se combattre. Nos anciens auteurs appliquaient la maxime sui-

vante : *Qui non potest donare non potest confiteri*, ou : celui-là ne peut pas avouer qui ne peut pas donner, qui n'a pas la complète disposition de l'objet en litige. Mais d'autre part, la philosophie du droit ne nous dit-elle pas que l'avoué a toute sa force dans cette quasi certitude que l'homme qui avoue la réalité d'un fait entraînant contre lui des conséquences juridiques dit toujours la vérité ? Donc, peut-on objecter, il n'importe pas que l'avouant ait ou n'ait pas la libre disposition de l'objet en litige ; l'avoué qu'il fait a-t-il toutes les conditions de sincérité requises, il est valable et doit produire son effet ; ne les possède-t-il pas, il est nul, absolument nul. C'est à montrer l'harmonie de ces deux principes que nous devons nous appliquer. On reconnaît généralement que « là où il ne s'agit que de questions pécuniaires, l'avoué a en général une force absolue ; tant pis pour la personne capable qui reconnaît sciemment une dette fautive : la société ne doit pas de protection aux intérêts privés qui jugent à propos de se sacrifier eux-mêmes (1). » Par conséquent, lorsqu'il s'agira

(1) M. Bonnier, *Traité des Preuves*, p. 445.

de personnes capables, maîtresses d'elles-mêmes et maîtresses de leurs biens, on suivra la maxime que l'aveu est l'expression de la vérité; que si ces personnes, dans le but de déguiser une libéralité, mentent à la justice, celle-ci n'a pas à les protéger malgré elles, et elles seront obligées, non par l'acte que reconnaît l'aveu puisque cet acte n'a pas eu lieu, non par l'aveu puisqu'un aveu par lui-même n'oblige pas, mais par le jugement ou pour mieux dire par la loi (art. 1356). On suivra également la même maxime quand il s'agira d'incapables qui avoueront un acte fait dans la limite de la capacité que la loi leur reconnaît, c'est-à-dire que contre eux aussi l'aveu fera pleine foi; mais ici, comme il s'agit de personnes n'ayant pas la pleine disposition de leurs biens, le juge devra examiner attentivement, par tous les moyens qui sont en son pouvoir, si l'aveu est sincère, s'il ne déguise aucune libéralité, car le juge doit, dans ce cas, protection à l'avouant contre lui et malgré lui. Si au contraire l'aveu est fait par une personne juridiquement incapable de faire l'acte qu'elle avoue, il n'y a même pas à considérer si l'aveu est ou non sincère; l'acte qu'elle avoue étant inefficace par lui-même, l'aveu qu'elle en fait

ne peut être d'aucune valeur et c'est ici le cas d'appliquer notre première maxime : qui non potest donare, non potest confiteri. Cette maxime est pareillement applicable lorsqu'un incapable ayant avoué un acte qu'il aurait pu faire dans la limite restreinte de sa capacité le juge croit reconnaître que l'aveu n'est pas sincère et que l'acte qu'il vise n'a pas eu lieu.

Ceci dit, examinons quelques espèces particulières :

Le mineur non émancipé peut-il faire un aveu ? La plupart des auteurs répondent négativement et ils concluent qu'en conséquence il ne peut être appelé à un interrogatoire sur faits et articles ; la raison qu'ils en donnent est que l'aveu, de la part d'un mineur non émancipé, équivaldrait à une aliénation, et que, ne disposant pas de ses droits, il ne peut aliéner. Nous sommes d'un avis tout opposé et nous pensons avec Demiau-Crouzillac et Delaporte, que le mineur non émancipé peut faire un aveu valable. Mais dans quel cas ? La réponse est facile : chaque fois que l'engagement au

sujet duquel il est interrogé est lui-même valable et il est valable dans les cas de délit ou de quasi-délit (art. 1310). L'aveu en effet, nous le répétons, n'oblige pas par lui-même ; ce qui oblige, c'est l'acte qu'il reconnaît ; or les délits et les quasi-délits obligent les mineurs non émancipés, donc l'aveu sincère qu'ils en font doit avoir force probante.

Que dirons-nous du mineur émancipé ? Quant à lui, il ne dispose pas de ses capitaux mobiliers ni de ses immeubles, mais il a la libre administration de ses biens et de son commerce ; chaque fois donc qu'il aura à répondre dans une cause où il s'agira de l'administration de ses biens ou de son commerce, il pourra faire un aveu valable ; chaque fois au contraire qu'il s'agira d'actes qu'il a faits hors de la limite de sa capacité, son aveu n'aura pas plus de valeur que l'engagement qu'il aura pu contracter. Il est bien entendu, et cela par a fortiori, qu'il est responsable de ses délits et de ses quasi-délits, et que l'aveu qu'il en fait ne peut être rejeté que par défaut de sincérité.

Quant à la femme mariée, il y a lieu de distinguer. Est-elle séparée de biens, s'est-elle réservée, quoique mariée sous le régime dotal, de toucher une partie de ses revenus, ses biens sont-ils paraphernaux, dans tous ces cas, c'est-à-dire toutes les fois que la femme a des biens qui lui sont restés véritablement personnels, elle peut être interrogée sur son administration et faire des aveux valables ; l'autorisation de son mari n'est même pas absolument nécessaire, car, par le fait même du jugement qui ordonne l'interrogatoire, elle est autorisée par la justice. La femme est-elle au contraire mariée sous le régime de la communauté, la question est alors plus douteuse, et les auteurs sont divisés : le plus grand nombre cependant pensent avec Dalloz, que la femme est suffisamment intéressée pour pouvoir être interrogée, et par conséquent pour pouvoir faire un aveu valable ; ils s'appuient sur un arrêt du Parlement de Paris du 7 janvier 1550, qui est ainsi commenté et approuvé par Rebuffe : *Quia poterit uxor citius veritatem dicere quam ejus maritus qui forte est procarutor vel advocatus antiquus, qui non solent laqueis capi, sicut nec annosa vulpes*. Les dissidents objectent que

la communauté étant un être moral qui a pour chef le mari, la femme ne peut être mise directement en cause tant que dure cette communauté, et qu'elle ne commence à avoir des droits que dans le cas et au moment où elle l'accepte.

Un tuteur également, suivant les cas, pourra ou ne pourra pas être interrogé sur faits et articles. Ils pourra l'être chaque fois que sa responsabilité est complètement engagée dans les faits en question, et elle est engagée pour tout ce qui est relatif à son administration, pour tout ce qui touche aux droits mobiliers du pupille ou de l'interdit. La responsabilité du tuteur n'étant pas engagée quand il s'agit des droits immobiliers ou des droits attachés à la personne du mineur ou de l'interdit, il ne pourra, dans ces divers cas, être interrogé, car les aveux qui ne sont pas personnels ne sont d'aucune valeur.

Que dirons-nous enfin de l'aveu fait au profit d'un incapable ? La réponse est bien simple : comme on est incapable de donner à une personne incapable de recevoir, on appliquera

notre maxime : Qui non potest donare non potest confiteri, toutes les fois qu'il n'apparaîtra pas clairement aux juges, qui ont à ce sujet un pouvoir discrétionnaire, que l'aveu est sincère et qu'il ne cache pas une libéralité déguisée.

L'aveu peut être fait soit par les personnes que nous venons d'indiquer, soit, pour elles, par un fondé de pouvoir spécial : un simple mandataire ne suffirait pas. L'avoué lui-même, lorsqu'il n'est pas muni d'un pouvoir spécial, ne peut valablement avouer pour son client; mais, comme à raison de son titre d'officier public il est toujours réputé en possession d'un mandat suffisant, on ne pourra faire tomber l'aveu qu'il aura fait qu'en employant la procédure lente et difficile du désaveu. Quant à l'avocat, n'étant pas officier public, il n'est pas nécessaire d'user contre lui du désaveu pour annuler l'aveu qu'il a pu faire, il suffit de faire protester par avoué; si cependant l'aveu avait été fait devant l'avoué et sans sa protestation immédiate, il faudrait employer le désaveu contre l'avoué, parce que son silence a pu et dû être pris pour un acquiescement par le tribunal.

Nous venons d'examiner quelques-unes des conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'aveu, faut-il ajouter avec certains auteurs que l'aveu devra être accepté par la partie adverse ? La question est controversée : les uns enseignent que l'aveu fait librement et spontanément produit immédiatement tous ses effets, et que, n'étant pas un contrat, il n'est pas nécessaire qu'il soit accepté par l'adversaire ; les autres disent que l'aveu, tant qu'il n'y a pas eu acquiescement de la part de la partie adverse, n'est pas complet et peut être retracté purement et simplement. Après avoir mûrement réfléchi, nous nous croyons obligé de combattre cette dernière doctrine, qui est celle de notre respecté maître M. Bonnier ; nous n'emploierons du reste, pour le faire, que les armes, que les arguments qu'il nous fournit lui-même.

— « Pour soutenir, dit-il (1), que l'aveu ne peut être rétracté, bien qu'il n'ait pas été accepté par l'adversaire, on dit qu'il ne faut pas confondre avec une convention la simple déclaration d'un fait. Une convention exige le concours de deux volontés, et ne peut dès lors pro-

(1) Bonnier, t. 1, p. 449-450.

duire effet au profit d'une personne non présente qu'autant que cette personne a déclaré vouloir en profiter. Mais la déclaration d'un fait, surtout lorsqu'elle a lieu en justice, doit être présumée vraie, si elle est libre et spontanée, quand même l'adversaire ne s'en serait pas fait donner acte ; cette circonstance postérieure semble étrangère à la validité intrinsèque de l'aveu, validité qui devait exister au moment même où il a eu lieu. Bien que ces considérations ne manquent pas de gravité, l'utilité pratique a fait depuis longtemps prévaloir l'opinion contraire. On a trouvé trop de danger à ce qu'il ne fût pas permis de revenir immédiatement sur des paroles proférées à la légère par la partie, souvent même par son représentant, ou sur des expressions d'une requête, échappées à l'inexpérience d'un jeune clerc, quand il n'y avait encore aucun droit acquis pour la partie adverse. Cela était si bien établi dans notre jurisprudence, que Pothier (Oblig., n° 881), définit la confession judiciaire l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte. Si les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit ces expressions de Pothier, c'est qu'ils

n'ont pas songé à ce point ; mais rien n'indique de leur part l'intention d'innover en présence d'une pratique constante. » Ainsi M. Bonnier reconnaît en principe que l'aveu n'étant pas une convention, n'a pas besoin pour avoir toute sa valeur de l'acquiescement de la partie au profit de laquelle il est fait ; il reconnaît également qu'un fait avoué vrai n'en est pas moins avoué vrai parce que la partie qui pourra profiter de cette déclaration n'en a pas pris acte, mais il pèse les inconvénients qui peuvent résulter de cette pratique et se range à l'opinion contraire.

Certes, nous ne méconnaissons pas les difficultés du système que nous proposons ; mais, outre que celui de M. Bonnier comporte également les siennes, nous aurions véritablement besoin d'une raison de droit ou d'histoire interne de notre droit pour ne pas adopter une doctrine qui ressort de la nature même des choses par cela seul qu'elle est d'une application difficile. Or, la seule raison que donne M. Bonnier, c'est que Pothier définit la confession judiciaire : l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée

et dont le juge *donne acte*, et que si les rédacteurs de notre Code n'ont pas reproduit ces expressions de Pothier, c'est qu'ils n'ont pas songé à ce point; quant à nous, nous trouvons que cet argument se retourne on ne peut plus fortement contre M. Bonnier et ceux qui le proposent avec lui. Ne pouvons-nous pas dire, en effet, que si les rédacteurs de notre Code n'ont pas reproduit ces expressions de Pothier qu'ils avaient devant les yeux, c'est qu'ils ont voulu innover en cette matière et ne pas suivre l'ancienne jurisprudence? Nous pouvons donc conclure avec M. Larombière: « Il ne s'agit ici que d'une preuve; or, l'acceptation de l'adversaire ne saurait rien ajouter à l'efficacité de l'aveu, considéré sous le rapport de sa force probante. Peu importe qu'il ait été accepté ou non; la présomption qui en résulte, quant à l'existence du fait qui en forme le sujet, reste la même, puisqu'elle est attachée à la déclaration même de l'avouant, et que cette déclaration est présumée sincère, non pas parce que l'adversaire l'a acceptée, mais parce que nul n'est présumé mentir à son préjudice et déposer contre lui-même d'un fait qui ne serait pas vrai. »

Les conditions que nous venons d'énumérer étant remplies, foi entière est due à l'aveu judiciaire (art. 1356); d'où vient donc que l'article 1350 de notre Code, 4^o, énumérant les présomptions établies par la loi, range parmi elles l'aveu de la partie? L'aveu ne serait-il donc pas une preuve proprement dite? L'aveu ne serait-il donc qu'une présomption? C'est le moment de répondre à cette question que nous n'avons fait que poser en étudiant l'aveu au criminel. Pour nous, il y a évidemment là un vice de rédaction que la nature même des choses indique et que d'autres articles du Code relèvent. Si, en effet, l'aveu n'est qu'une présomption, parce qu'il fait présumer que la déclaration de celui qui le fait est sincère, il faudra dire aussi que l'écrit, même authentique, n'est qu'une présomption, parce qu'il fait présumer que ce qu'il contient est la relation exacte, d'une convention ou d'un fait, que le témoignage, que le serment, pour la même raison, ne sont que des présomptions. Cela serait doublement absurde, car, comme le fait très-bien remarquer Marcadé, l'aveu dans tous les cas ne pourrait pas être considéré comme une présomption, mais seulement comme la

base d'une présomption, de même que le mariage d'un homme et d'une femme est non pas une présomption, mais la base de cette présomption établie par la loi, que celui-là est le père d'un enfant qui est le mari de la femme accouchée. Et, du reste, la rédaction de l'article 1316, qui se trouve sous la rubrique : *De la preuve des obligations et de celle du paiement*, le soin qu'ont eu les rédacteurs du Code de former une section spéciale, *Section iv*, pour traiter de l'aveu, au lieu d'en faire une simple division de la section *iii*, où sont traitées toutes les présomptions, la similitude enfin de rédaction entre l'article 1356, qui dit que l'aveu fait pleine foi, et l'article 1319, qui dit également que l'acte authentique fait pleine foi, démontrent suffisamment que l'aveu, de même que l'acte authentique, est une preuve proprement dite, et qu'il y a eu plutôt précipitation de rédaction dans l'article 1350 que système arrêté.

Mais il y a plus : certains auteurs reconnaissant, comme nous venons de le faire, que le Code, malgré le vice de rédaction de l'article 1350, range l'aveu parmi les modes de preuve,

critiquent le législateur d'avoir ainsi fait, et soutiennent, non pas que l'aveu n'est qu'une présomption, mais qu'il est plus qu'une présomption, plus qu'une preuve, et ne peut être considéré comme une preuve, puisque le demandeur n'a plus aucune preuve à faire dès que l'aveu a eu lieu. C'est véritablement là une dispute bien futile dont la pratique ne s'émeut nullement et que la doctrine généralement admise repousse facilement ; aussi nous étonnons-nous que des jurisconsultes comme Zachariæ et MM. Aubry et Rau aient reproduit cette critique. *Potius ab onere probandi relevationem quam probationem* (1), disent nos anciens auteurs en parlant de l'aveu, *l'aveu dispense plutôt de la preuve qu'il n'est une preuve* ; mais à ce compte, ni les écrits ni les témoignages ne sont des preuves, car eux aussi dispensent de toute preuve. Qu'est-ce, en définitive, qu'une preuve, sinon un moyen d'arriver à la connaissance de la vérité ? Or, l'aveu est un moyen d'arriver à la vérité ; donc l'aveu est une preuve.

Le silence d'une partie qui ne répond pas à

(1) Mascard, Prélim., quest. 7.

l'interpellation d'une autre partie ne saurait être considéré comme un aveu tacite, avoir la force d'un aveu ; mais le refus de répondre à l'interpellation du juge a un caractère plus grave. L'article 330 du Code de Procédure décide en effet que, dans le cas d'un interrogatoire sur faits et articles, si l'assigné ne comparait pas, ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés. C'est que, pour répondre ici à la question que nous ne faisons que poser plus haut, le jugement qui ordonne l'interrogatoire sur faits et articles est véritablement un jugement interlocutoire et non pas simplement un jugement préparatoire ; c'est que nous trouvons-là ce préjugé conditionnel, caractère distinctif du jugement interlocutoire, qui donne au silence ou à la non comparution de la partie une signification qui s'impose au juge et lui dicte pour ainsi dire sa sentence.

L'aveu peut-il être fait conditionnellement ? Evidemment non, car l'aveu, nous ne pourrions trop le répéter, n'est pas un consentement, et

ses effets ne peuvent dépendre de l'accomplissement d'une condition; le simple énoncé d'un aveu conditionnel suffit, du reste, pour en montrer toute l'étrangeté, ou pour mieux dire toute l'impossibilité. Prenons le plus classique des exemples : j'avoue, si navis ex Asia venerit, un devoir mille; de deux choses l'une en effet : ou bien je ne vous dois pas, et alors mon aveu est mensonger, que le navire revienne ou ne revienne pas d'Asie, ou il a un fondement, et il doit alors produire immédiatement son effet, quoiqu'il advienne par la suite. La jurisprudence semble apporter une exception à notre solution théorique : il a été jugé en effet que « l'assignation en cantonnement donnée à une partie, sous la condition de justifier de ses droits d'usage, ne constitue pas un aveu des droits prétendus. » Nous ne contestons nullement le bien fondé de ce jugement mais nous ne pensons pas qu'il contienne l'exception que veulent en tirer certains auteurs, car il y a plutôt là un défaut d'aveu qu'un aveu conditionnel. — De même qu'un aveu ne peut pas être fait sous la condition de l'accomplissement ou du non accomplissement d'un événement, il ne peut être fait

non plus sous une condition restrictive de ses effets ; c'est ainsi que dans une affaire Van-brugel, jugée à Bruxelles le 9 janvier 1807, on a reconnu que celui qui avoue en justice l'existence d'une dette ne peut, en apposant à son aveu cette condition, que ses immeubles resteront libres de toute inscription au profit du créancier, les soustraire à l'hypothèque attachée par la loi au jugement qui donne acte de la reconnaissance de la dette.

L'aveu qui en principe fait pleine foi contre celui qui l'a fait, contre ses héritiers et naturellement aussi contre ses créanciers, à moins que ceux-ci ne soient en droit d'invoquer l'article 1167 du Code civil, n'est d'aucune valeur dans certains cas. C'est d'abord lorsque la loi le veut ainsi, et elle le veut dans le cas de l'article 870 du Code de Procédure : elle déclare en effet que l'aveu du mari ne pourra être admis en matière de séparation de biens ; la même exception s'appliquera forcément en matière de séparation de corps. C'est ensuite lorsque l'exige un intérêt d'un ordre supérieur, la morale publique par exemple ; ainsi, lorsque la reconnaissance ou la recherche d'un

fait sont prohibés, l'aveu de ce fait ne peut être d'aucune valeur : on n'avouera donc pas utilement le commerce incestueux ou adultérin qui aurait donné naissance à un enfant.

L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait (art. 1356). Cette disposition du Code est loin d'être aussi simple qu'elle est courte ; elle nous demandera donc des explications assez détaillées. Nous commencerons par dire quel est le fondement de l'indivisibilité de l'aveu ; nous examinerons ensuite si ce principe, posé d'une façon aussi générale et exclusive par les rédacteurs du Code, est réellement sans exception.

L'aveu est indivisible. Qu'est-ce à dire ? L'aveu judiciaire est indivisible, c'est-à-dire que la partie au profit de laquelle il est fait doit le prendre tel qu'il est, en son entier, sans y rien changer ni retrancher ; vous prétendez par exemple que je vous dois mille francs payables ce jour même 1^{er} janvier 1874, mais vous n'avez aucune preuve à l'appui de votre demande ; nous allons en justice, et là, le

juge m'interrogeant pour savoir si je reconnais cette dette, j'avoue que je vous dois bien mille francs, mais qu'ils ne sont payables que le 1^{er} janvier 1875 : mon aveu est indivisible ; vous l'accepterez donc dans sa forme, sans pouvoir arguer, d'une part, de ma reconnaissance au fond, et rejeter, d'autre part, la modification que j'ai apportée à votre allégation. Rien ne se comprend mieux au reste que cette alternative dans laquelle la loi place le demandeur, d'accepter l'aveu tel qu'il est formulé, ou de le rejeter entièrement, c'est-à-dire de n'y puiser aucun élément de preuve. C'est au demandeur en effet qu'incombe le fardeau de la preuve, c'est à lui de prouver qu'on est obligé envers lui, et non au défendeur de démontrer qu'il est libre de tout engagement ; si donc le demandeur ne peut invoquer que l'aveu de son adversaire, que la reconnaissance du fait, puisque telle est la définition que nous avons donnée de l'aveu, il doit invoquer cet aveu dans sa teneur et réduire son allégation aux termes de cet aveu. Sans cette obligation, il ne serait plus fondé à dire que son adversaire a reconnu le fait en vertu duquel il est obligé

car au contraire l'aveu qu'a fait le défendeur serait en une certaine façon la dénégation de la prétention du demandeur. Voici quel est le fondement de l'indivisibilité de l'aveu : l'aveu est indivisible parce qu'il est la reconnaissance du fait allégué, et que ce n'est pas reconnaître un fait que d'en admettre une partie et en rejeter l'autre. L'expérience est là, au surplus, pour nous avertir qu'en isolant certaines expressions, on leur donne presque forcément un sens tout opposé à l'intention de celui qui les a prononcées.

Avant la promulgation du Code civil, il était laissé aux lumières et à la conscience des juges de décider si l'aveu de l'une des parties devait ou ne devait pas être divisé; aujourd'hui, l'article 1356 est formel, le juge ne peut plus qu'interpréter l'aveu, en fixer le sens sans que sa décision puisse être soumise à la Cour de cassation, mais il n'a plus le droit de décider si l'aveu sera ou ne sera pas divisible. Cependant, ce principe de l'indivisibilité de l'aveu ne doit être ni restreint, ni exagéré, et quelques distinctions qui ne sont pas contenues explici-

tement dans la loi doivent être faites d'une façon doctrinale. L'aveu, en effet, peut être pur et simple, qualifié, ou enfin complexe. L'aveu pur et simple est celui par lequel nous reconnaissons purement et simplement comme vraie l'allégation de notre adversaire, celui par lequel nous la reconnaissons dans son entier, sans y rien retrancher ou ajouter : la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'aveu ne peut se poser ici ; vous m'actionnez en paiement d'une rente viagère que je vous dois, dites-vous, en raison d'une somme d'argent que vous m'avez donnée en toute propriété à cet effet.

Pressé par les questions du juge, je reconnais dans ses termes mêmes, par un *oui*, votre allégation, en quoi mon aveu peut-il être divisible ou indivisible ?

Arrivons donc à l'aveu qualifié. L'aveu qualifié est celui par lequel nous reconnaissons comme vraie l'allégation de notre adversaire, mais sous certaines modifications ; ainsi, vous prétendez m'avoir prêté dix mille francs avec

intérêts de cinq pour cent par an, et remboursables en 1875; j'avoue avoir reçu de vous, en effet, cette somme, je reconnais, en outre, que je dois vous la rendre à la date que vous indiquez, mais je soutiens que vous me l'avez prêtée sans intérêts; voilà un aveu qualifié, et la question de l'indivisibilité se pose d'elle-même dans cette hypothèse. Pourrez-vous, divisant mon aveu en deux parties, prendre acte de l'une, et tenir l'autre comme non avenue, profiter de ce que j'ai avoué vous devoir dix mille francs et exiger, malgré mes dénégations, les intérêts de cette somme, sous prétexte que le plus souvent l'argent ne se prête que contre intérêts? Evidemment non, et c'est précisément pour les espèces semblables que la loi dit : l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. La simple raison indique, du reste, que celui qui, n'ayant aucune preuve de son droit, s'en rapporte à la bonne foi de celui qu'il actionne, ne peut que prendre sa déclaration telle qu'il la donne, ou n'en tenir aucun compte. Mais, compliquons l'espèce : je reconnais, dans son ensemble, la justesse de votre allégation; oui, vous m'avez prêté dix mille

francs, vous me les avez prêtés à cinq pour cent l'an, et je vous ai promis de vous les rembourser en 1875, mais je prétends que par un fait postérieur, par le paiement anticipé, avec intérêts, je me suis complètement libéré envers vous; mon aveu est-il indivisible? L'aveu n'est plus seulement ici qualifié, il est complexe, aussi la question demande-t-elle plus d'attention. Voët, qui reconnaît parfaitement dans le commentaire suivant, l'indivisibilité d'un aveu dont tous les articles sont connexes, et ont eu lieu dans le même laps de temps, aurait résolu, croyons-nous, notre espèce par la négative, comme on le verra par un second texte. Voët, dans son étude sur l'aveu, dit : « *Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa sint, et unius quasi actus continui factum contineant, non videtur circa eundem actum admittenda separatio; ut proinde vel tota confessio acceptanda sit, vel tota rejicienda, cum iniquum sit commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem coherentia. Quâ ratione, si quis fateatur se debere sub certa conditione, non recte actor acceptaverit debiti confessionem, et a reo confitente exigerit pro-*

bationem conditionem obligationi adjectam fuisse. » Ainsi, Voët reconnaît que l'aveu qualifié est indivisible, et il appuie son opinion de cette raison fort sage, qu'il serait inique de prendre dans un tel aveu ce qui est avantageux, et de repousser ce qui est défavorable ; pourquoi donc, ajoute-t-il aussitôt : « *Diversum esset, si confessione contineantur connexa quæ non eodem, sed alio tempore gesta sunt, et quidem talia quibus non opitulatur, sed magis obstat juris præsumptio, veluti si quis fateatur se primo pure debuisse, sed postea conditionem obligationi fuisse appositam, vel se debere seu debuisse, sed pactum de non petendo fuisse interpositum : recte etenim hoc casu ab eo qui debitum confessus est, probatio exigitur conditionis adjectæ.* » Ce n'est pas, en effet, la diversité ou la simultanéité du temps dans lequel les faits connexes ont eu lieu, qui fait que l'aveu est ou n'est pas indivisible, mais bien cette connexité même, car c'est elle qui, composant un seul faisceau de faits qui semblent isolés, les rend inséparables dans l'aveu. On peut, au contraire, diviser un aveu qui contient la déclaration de plusieurs faits n'ayant

entre eux aucune relation forcée ; ainsi, par exemple, en reprenant l'hypothèse précédente, si j'avoue avoir reçu de vous dix mille francs, mais que je prétende ne plus vous les devoir, parce que vous êtes devenu vous-même débiteur envers moi de pareille somme, et qu'il y a eu compensation, mon aveu pourra être divisé contre moi. « Autrement, dit M. Bonnier, en pressant les conséquences du principe de l'indivisibilité, on en viendrait au point que, si la créance alléguée par le débiteur dépassait le montant de sa dette, comme il serait impossible de scinder sa déclaration, le prétendu aveu finirait par intervertir les rôles, et par rendre, en dernière analyse, le créancier débiteur, ce qui est trop évidemment inadmissible (1). » Nous irons même, quant à nous, plus loin que M. Bonnier, et nous dirons qu'en l'espèce il n'y a pas de dérogation au principe de l'indivisibilité, nous sommes en effet en présence, non point d'un fait principal et de faits accessoires se rattachant au premier, mais de deux faits principaux, distincts, dont l'un a été en

(1) Traité des preuves, tome I, p. 456.

même temps l'objet de votre allégation et de mon aven, dont l'autre est complètement étranger à l'affaire qui nous sépare; il suffit donc que j'aie reconnu le bien fondé de votre allégation pour que mon aveu me condamne, sans que l'autre fait principal lui-même, que j'ai avancé, puisse détruire ou modifier en quoi que ce soit l'importance de ma déclaration.

C'est ici le moment de dire que le principe de l'indivisibilité ne s'applique pas à l'ensemble d'un interrogatoire : un interrogatoire se compose d'une suite de demandes et de réponses qui, elles-mêmes, ont trait à plusieurs séries d'actes ou de faits dont il s'agit d'apprécier l'exactitude pour arriver à la vérité cherchée. Il est bien évident que les nombreuses réponses qui sont faites par la partie aux demandes du juge, peuvent être prises par lui séparément, quand elles ne visent pas le même acte, et que le pouvoir d'appréciation dont il dispose alors ne peut rendre le jugement susceptible de cassation.

Il est à peine besoin de dire que toutes les

fc's que le demandeur, en sa demande, le défendeur, en son exception, pourront prouver le bien fondé de leur prétention par d'autres moyens que l'aveu, l'aveu cessera alors d'être indivisible, car, nous l'avons établi, l'aveu n'est indivisible qu'en raison de l'obligation où est le demandeur, où est le défendeur, l'un de prouver sa demande, l'autre son exception. Résulte-t-il de là qu'en matière commerciale, où tous les modes de preuves sont admis, l'aveu soit toujours divisible? Il le semble en principe, mais la pratique a établi que l'aveu, tout en étant ici plus facilement divisible, ne devra cependant être divisé que lorsque les circonstances le permettront, ce qui est laissé à l'appréciation des juges. Il ne faut pas, du reste, même en matière civile, exagérer le principe de l'indivisibilité; quand nous disons que l'aveu qualifié ou complexe est indivisible, nous voulons dire qu'on ne peut pas, par le simple effet de sa volonté, à sa fantaisie, pour ainsi parler, prendre acte de la partie qui nous est favorable, d'un aveu, et rejeter celle qui, si elle était admise, nous causerait quelque dommage : mais nous sommes d'avis, malgré l'opinion de quel-

ques auteurs, que l'on peut, en acceptant telle partie d'un aveu, prouver par témoins, s'il est possible, ou par des écrits, que l'autre est mensongère.

Certains auteurs signalent encore quelques exceptions au principe de l'indivisibilité; sont-ce vraiment des exceptions? nous ne le croyons pas, on jugera : l'aveu, dit-on, est divisible lorsque l'une de ses parties est d'une invraisemblance telle, qu'il y a contradiction évidente avec une autre partie; nous pensons, quant à nous, qu'il n'y a pas là exception au principe dont nous nous occupons, car, quand il y a contradiction entre deux parties d'un aveu, l'une détruit l'autre, et c'est au juge d'apprécier laquelle des deux constitue sincèrement l'aveu. — On dit encore que l'aveu peut et doit être divisé lorsque l'une de ses parties est en opposition formelle avec une présomption de droit; nous le croyons sans peine, et nous ne voyons pas là une nouvelle exception, car il serait plus qu'étrange qu'une partie, par son aveu, pût, par exemple, faire obstacle aux conséquences que la loi attache à la chose jugée.

— On ajoute enfin que l'aveu est divisible toutes les fois qu'il y a contre l'avouant des indices de fraude ou de simulation; ici encore point d'exception, quant à nous, car le premier devoir du juge est de distinguer la bonne ou la mauvaise foi de celui qui produit une allégation, comme de celui qui y répond, et chacun sait que la fraude met tout à néant.

L'aveu ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. On conçoit très-bien qu'en principe l'aveu soit irrévocable, car l'aveu, nous l'avons suffisamment démontré, est une preuve, et on sait que lorsqu'une preuve a été fournie, il ne peut dépendre de celui contre qui elle l'a été de l'annuler, de l'anéantir. C'est donc là un principe commun à tous les modes de preuve; mais il peut arriver qu'un fait que j'ai avoué n'ait jamais existé, ou du moins, n'existe plus. Vous vous prétendez mon créancier de dix mille francs, et vous me montrez à l'appui de votre demande un billet de pareille somme signé par mon père. J'examine la si-

gnature et la reconnais : j'avoue donc que je suis votre débiteur, et vous promets de vous payer dans un mois ; mais, parcourant les papiers de la succession, j'en découvre un qui n'est autre que la quittance même de la somme que vous me réclamez. Qu'ai-je avoué ? L'existence d'un fait qui a existé, mais qui n'existe plus ; j'ai été votre débiteur, mais je ne le suis plus ; mon aveu n'a pas porté sur un fait : il est donc nul et peut être révoqué. On a soutenu que l'aveu peut encore être révoqué quand il n'a pas été accepté par la partie à laquelle il doit profiter ; nous avons démontré en son temps toute la fausseté de cette doctrine, nous ajouterons seulement qu'un fait ne peut pas à la fois être et n'être pas, et que son existence ne peut pas, comme une obligation, un contrat, dépendre d'un consentement.

Il n'en serait pas de même si l'erreur dans laquelle j'étais tombé portait non sur un fait, sur le fait en litige, mais sur une règle de droit, sur les conséquences juridiques de mon aveu, par exemple, ou sur la possibilité dans laquelle j'étais d'invoquer un texte de loi pour ne pas

exécuter mon obligation. Ainsi, pour prendre l'espèce citée par M. Bonnier : « J'avoue avoir fait acte d'héritier, relativement à la succession de mon oncle ; j'ignorais que cet aveu entraînait pour moi l'obligation de payer ses dettes, même *ultra vires successionis* ; j'ai pu agir imprudemment, mais de ce que la vérité m'est préjudiciable, il ne s'ensuit nullement que je n'aie pas dit la vérité. » Supposons encore un billet en vertu duquel je suis débiteur d'une somme de mille francs ; je le reconnais, je m'avoue débiteur, pourrai-je me rétracter en disant que ce billet n'étant pas écrit en entier de ma main, et ne contenant pas, outre ma signature, le *bon* ou l'*approuvé* exigé par l'article 1326, j'aurais pu en opposer la nullité ? Evidemment non, car ces formalités exigées par l'article 1326 ne sont que la garantie de la personne assignée, elles n'ont donc plus d'objet dès que celle-ci a volontairement reconnu sa dette. Mais pourrait-on revenir sur l'aveu d'une dette en alléguant qu'elle était prescrite, et qu'on ne l'a avouée que dans l'ignorance de la prescription ? Nous le croyons sans hésiter, car la prescription étant une cause d'extinction des obligations, il y a là plutôt

erreur de fait qu'erreur de droit ; on pensait devoir et on ne devait pas ; la prescription n'est pas seulement fondée, en effet, sur une présomption de paiement, mais aussi sur des motifs d'ordre public, et on n'est jamais présumé y avoir renoncé.

Il faut se garder de confondre l'aveu qui est une déclaration avec d'autres déclarations qui peuvent lui ressembler, mais ne sauraient lui être assimilées : telles sont la ratification et la confirmation ; les principes ne sauraient être les mêmes puisque, dans le premier cas, c'est une question de preuve qui est en jeu, tandis que, dans le second, c'est une question de validité d'obligation. Vous réclamez de moi un legs que vous a fait mon père ; je vous le délivre ou reconnais vous le devoir, puis, plus tard, je vous demande la restitution du legs, ou je me rétracte, sous prétexte que le testament de mon père n'était pas parfaitement régulier en la forme, et qu'en particulier, pour ce qui concerne votre legs, j'aurais pu, en invoquant certaines règles de droit, certaines règles de forme, refuser de l'acquitter. Serai-je admis dans ma prétention ? Non, s'il s'était agi

ici d'un simple aveu, peut-être, puisque ma déclaration n'a aucun rapport avec les preuves. J'y serai admis si je puis prouver clairement que je n'ai reconnu ou délivré le legs que par suite d'une erreur de droit, c'est-à-dire, dans l'ignorance de vices qui rendaient le testament annulable.

SECTION III

DE L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE

L'aveu judiciaire, avons-nous dit, est celui qui est fait en justice, pendant le cours d'une instance; l'aveu extrajudiciaire, le mot l'indique, est celui qui n'est pas fait en justice, qui est fait hors justice, comme le dit Pothier. Il a une importance beaucoup moins grande que l'aveu judiciaire, et le Code ne s'en occupe que pour avertir que l'allégation d'un pareil aveu est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible: rien ne se comprend mieux, au reste, que cette restriction, car sans elle toute la théorie de la preuve testimoniale deviendrait inutile. Que faudrait-il en effet pour éluder les prohibitions sur l'emploi de la preuve testimoniale ? Il suffirait d'allé-

guer un aveu extrajudiciaire, et au lieu de produire des témoins du fait lui-même ou de l'acte à prouver, on en produirait sur l'aveu qui en aurait été fait dans une conversation ou autrement, et on arriverait ainsi au même résultat : c'est ce que l'article 1355 a pour but d'empêcher.

L'aveu extrajudiciaire purement verbal (c'est le seul dont nous ayons à nous occuper ici) fait-il pleine foi contre celui qui l'a fait, comme l'aveu judiciaire ? Le Code ne répond pas à cette question ; aussi les auteurs sont-ils partagés dans leurs opinions, les uns, avec M. Toullier, pensent que l'aveu extrajudiciaire, lorsqu'il est légalement prouvé, fait, aussi bien que l'aveu judiciaire, foi entière contre son auteur et ils argumentent ainsi : l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire sont deux actes de même nature qui tous deux tirent leur force de la reconnaissance libre et volontaire du fait avoué ; donc ils doivent produire les mêmes effets, et si l'article 1355 ne fait pas mention de cet effet en parlant de l'aveu extrajudiciaire, c'est que l'article 1356 doit poser le principe à propos de l'aveu judiciaire ; le droit romain

vient aussi appuyer leur doctrine par ce texte : « Stare oportet suæ confessioni (1), » qui ne fait aucune distinction entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire. D'autres font des distinctions; celle-ci par exemple que posent Dumoulin et Pothier : si l'aveu a été fait devant des créanciers et des témoins irréprochables, il fait pleine foi, si au contraire il n'a été fait que devant des étrangers, on ne le considère que comme une présomption. Cette autre adoptée par M. Larombière : l'aveu contient-il, outre la reconnaissance de l'obligation, l'expression de sa cause, de ses conditions, de ses diverses modalités, il fait preuve complète ; contient-il simplement la reconnaissance de l'obligation, mais d'une manière vague, générale, et sans en indiquer la cause, il n'en fournit alors qu'une preuve imparfaite qui a besoin d'être complétée, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions, ou au moyen du serment supplétif.

Pour nous, nous n'adopterons aucune de ces opinions, et considérant d'une part que les cir-

(1) L. 23, § 4. D., de probat.

constances dans lesquelles l'aveu extrajudiciaire intervient sont beaucoup moins solennelles, d'autre part que les paroles d'une conversation rapide et peu réfléchie ne sont presque jamais rapportées bien fidèlement, nous pensons avec M. Bonnier que l'on doit appliquer en cette matière l'article 1965 du Code hollandais ainsi conçu : « Il est laissé à la prudence du juge de déterminer l'effet de l'aveu extrajudiciaire. » Cette liberté d'appréciation résulte de cette circonstance même, du reste, que la preuve de l'aveu verbal extrajudiciaire ne peut être admise que dans les cas où la preuve testimoniale est admise; or, dans ces cas le juge peut se décider, soit d'après les déclarations des témoins, soit d'après les présomptions; il peut donc, ou bien attacher à l'aveu extrajudiciaire une autorité entière, ou n'en tenir aucun compte et apprécier d'après les circonstances du fait.

L'aveu extrajudiciaire, lorsqu'il est légalement prouvé, fait foi, non seulement contre son auteur, mais aussi contre les héritiers de son auteur; à une condition cependant, c'est que la personne qui doit bénéficier de l'aveu

ne soit pas une de celles auxquelles la loi défend à l'avouant de donner ; dans ce cas, les juges devront, d'après les circonstances, accorder foi entière ou refuser toute autorité à l'aveu, suivant qu'il paraîtra être l'expression d'une réalité ou un moyen de déguiser une donation.

L'aveu extrajudiciaire est-il indivisible ? Les auteurs et la jurisprudence ont donné à ce sujet des doctrines très-diverses : les unes tranchées, radicales, les autres pleines de distinctions ; nous croyons, quant à nous, que le principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire n'est pas applicable à l'aveu extrajudiciaire. D'abord, le texte même de la loi répugne à une solution différente de celle que nous proposons : la loi en effet ne parle que de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, et étendre la loi dans une question aussi délicate, n'est-ce pas la violer ? Mais il y a plus, l'aveu extrajudiciaire verbal, on le sait, ne peut être prouvé que dans les cas mêmes où la preuve testimoniale serait admissible, que dans les cas mêmes où les présomptions seraient admissibles ; le juge rend alors son jugement d'après les circonstances

de la cause, puisant sa conviction dans une présomption, dans une partie de l'aveu, dans un témoignage; il ne peut être arrêté par le principe de l'indivisibilité de l'aveu. Quant à cette objection, que le principe de l'indivisibilité devrait aussi bien être applicable à l'aveu extrajudiciaire qu'à l'aveu judiciaire parce que la preuve résultant d'un aveu est la même, de quelque manière que cet aveu ait eu lieu, parce que l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire tirent leur force de la reconnaissance faite par le défendeur, librement et volontairement, de son obligation, nous répondons que l'assimilation ne saurait aller aussi loin, car, faut-il le répéter, l'aveu judiciaire est fait dans des conditions de solennité, de précision, d'importance que ne possède jamais, ou presque jamais, un aveu extrajudiciaire. Enfin puisqu'avant la promulgation du Code, la violation de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, qui était déjà cependant un principe doctrinal, n'aurait pu donner lieu à cassation (1), ne pouvons-nous pas dire que la violation de l'indivisibilité de l'aveu extrajudiciaire, qui certainement n'est

(1) V. Merlin ; Répert. Confession.

pas affirmée par le Code, ne pourrait non plus donner lieu à cassation ?

Après la définition que nous avons adoptée et donnée de l'aveu judiciaire, il est à peine besoin de dire que nous rangeons au nombre des aveux extrajudiciaires celui qui est fait au bureau de conciliation, devant le juge de paix; cet aveu sera donc divisible comme tous les aveux extrajudiciaires.

On s'est demandé si les déclarations extrajudiciaires qui ont été régulièrement réitérées en justice constituent, à partir de cette réitération, un aveu judiciaire. Quelques auteurs ont prétendu, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'Orléans (1), que l'aveu qui avait été fait extrajudiciairement ne pouvait perdre son caractère d'aveu extrajudiciaire, par la volonté, par le fait d'une des parties, et qu'ainsi la réitération qu'elle en faisait en justice n'était d'aucune valeur. D'autres auteurs professant la doctrine opposée ont soutenu que l'aveu extrajudiciaire reproduit en justice ayant tous les

(1) Arr. 7 Mars 1818.

caractères de l'aveu judiciaire, en prenait toutes les qualités, et qu'ainsi il faisait pleine foi et était indivisible. Nous pensons qu'il y a exagération dans ces deux systèmes et qu'il y a lieu d'adopter un système mixte qui serait celui-ci : les déclarations extrajudiciaires réitérées en justice subsistent comme aveu extrajudiciaire, mais valent également comme aveu judiciaire, de sorte que celui qui les invoque peut s'en prévaloir suivant son intérêt : « Est-ce comme aveu judiciaire, dit M. Larombière, à qui nous empruntons cette ingénieuse doctrine, que la partie qui s'en prévaut invoque ces déclarations ; alors sans doute elles feront pleine foi, mais en même temps elles seront indivisibles. Les inconvénients de l'indivisibilité peuvent, dans ce cas, lui faire perdre ce qu'elle gagne du côté de la force probante de l'aveu. Si, au contraire, elle les invoque comme aveu extrajudiciaire, la divisibilité de l'aveu peut encore lui offrir des avantages qui compensent ce qu'elle perd du côté de sa force probante. Les avantages et les inconvénients lui étant signalés, c'est à elle à consulter son intérêt ; mais elle aura à subir pleinement les con-

séquences du choix qu'elle aura fait (1). »

Nous avons dû nous demander, en traitant de l'aveu judiciaire, s'il était ou non révocable, et nous avons vu qu'il pouvait être utilement révoqué en cas d'erreur de fait, qu'il ne le pouvait pas en cas d'erreur de droit; que dirons-nous de l'aveu extrajudiciaire ? Si l'aveu extrajudiciaire est révoqué d'une façon extrajudiciaire, l'aveu et sa révocation étant soumis au magistrat, celui-ci puisera dans cette contradiction et suivant les circonstances telles présomptions ou telle preuve qu'il jugera à propos. S'il est révoqué en justice, on est alors en présence d'un aveu extrajudiciaire qui a par lui-même la valeur que nous avons indiquée plus haut, mais qui, suivant les conditions de sincérité de la dénégation judiciaire, conservera ou perdra tout ou partie de cette force probante.

(1) M. Larombière, p. 398, t. v.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le fardeau de la preuve, dans l'action négatoire, incombe toujours au demandeur, qu'il soit ou non *possessor juris*.

II. La question de savoir si la preuve littérale prime la preuve testimoniale, ou si, au contraire, celle-ci a plus d'autorité que la première, doit se résoudre d'une manière historique : il nous paraît certain que, dans le dernier état du droit romain, la preuve littérale a plus de force que la preuve testimoniale.

III. Pour former un contrat *litteris*, il suffi-

sait de la mention portée par le créancier sur son registre, et du consentement du débiteur. Il n'était pas nécessaire que le registre du débiteur contint la mention inverse et corrélatrice.

IV. Sans pouvoir indiquer l'époque précise où a disparu l'obligation contractée par *expensilatio*, nous croyons devoir affirmer qu'elle était tombée en désuétude du temps de Justinien.

V. C'est seulement au Bas-Empire qu'apparaît la maxime : « Testis unus, testis nullus. » Jusqu'à cette époque, la pluralité des témoins n'était pas exigée.

VI. Celui qui, par suite d'une erreur de droit, a payé une chose qu'il ne devait pas, ne peut pas la répéter.

DROIT FRANÇAIS.

I. Pour qu'un aveu soit judiciaire, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait dans l'instance même dans laquelle il est invoqué; il suffit qu'il ait eu lieu dans une instance entre les mêmes parties.

II. L'aveu judiciaire n'a pas besoin d'être accepté pour produire ses effets, il ne peut donc être révoqué pour le seul défaut d'acceptation de la partie adverse.

III. Le mari qui demande la séparation de corps, pour cause d'adultère, ne peut pas empêcher le ministère public de requérir, ni le tribunal d'appliquer la peine déterminée par l'article 308 du Code civil.

IV. La possession d'état ne peut servir de preuve de la filiation naturelle, même à l'égard de la mère.

V. Le débiteur qui a donné en paiement une

chose dont il n'était pas propriétaire, ne peut demander la nullité du paiement, si ce paiement avait pour objet un corps certain.

VI. Dans l'article 1241, on doit considérer que la chose payée a tourné au profit du créancier incapable de recevoir, lorsqu'il est reconnu qu'il en a fait un emploi utile et raisonnable ; il n'est pas nécessaire que l'emploi subsiste au moment où la demande en nullité est formée.

VII. L'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt est totale et relative.

DROIT DES GENS.

I. L'un des belligérants ne peut considérer comme hostilité et comme contravention à la neutralité, la vente qu'une nation neutre fait à l'autre de ses marchandises, même de celles dites de contrebande de guerre (telles que des armes, bois de construction, navires, munitions

de guerre), lorsque ces marchandises sont l'objet de son commerce ordinaire.

II. Les principes du droit des gens réprouvent, entre nations civilisées, les représailles de guerre exercées contre les biens des particuliers, et surtout contre leur personne.

DROIT PÉNAL.

I. Le fait d'un témoin qui cache ou altère la vérité, de peur de s'accuser lui-même, ne constitue pas le crime de faux témoignage.

II. La résistance envers un officier public ne constitue pas le délit de rébellion lorsqu'elle repousse l'exécution d'un acte irrégulier ou arbitraire.

HISTOIRE DU DROIT.

I. La théorie des doubles a son origine dans la pratique du Châtelet.

II. La vénalité des offices à clientèle, qui fut supprimée en droit par la constitution du 3 septembre 1791, exista toujours en fait.

Vu par le président de la thèse,

DEMANTE.

Vu par le doyen,

G. COLMET-D'ANGE.

Vu et permis d'imprimer.

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

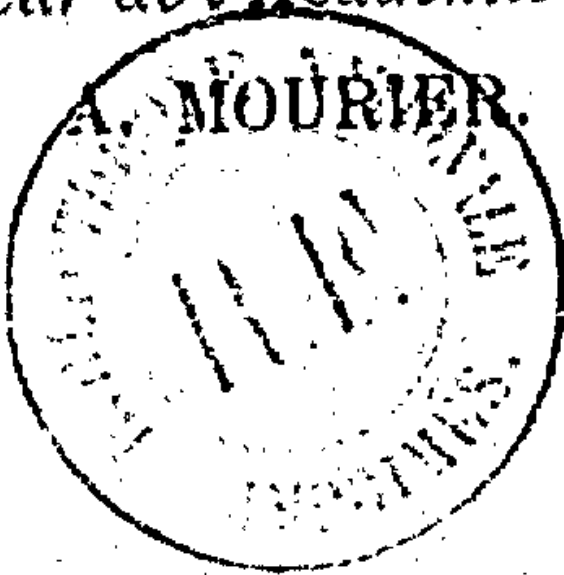


TABLE DES MATIÈRES



	PAGES.
CHAPITRE I ^{er} . — Règles communes aux divers modes de preuve	7
SECTION I ^{re} . — Notions générales.	11
SECTION II. — Qui doit prouver ?	21
SECTION III. — Des divers moyens de preuve et de la force de chacun d'eux	45
CHAPITRE II. — Règles spéciales aux divers modes de preuve	57
SECTION I ^{re} . — De la preuve littérale. . . .	57
SECTION II. — De la preuve testimoniale. . .	89
SECTION III. — De l'aveu	103
SECTION IV. — Des présomptions	115

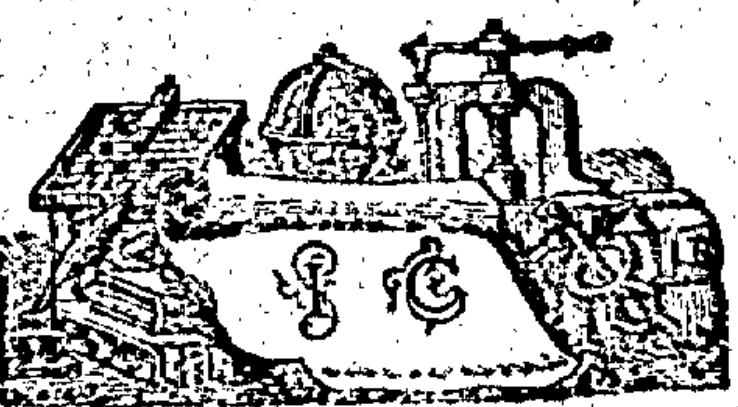
DROIT FRANÇAIS

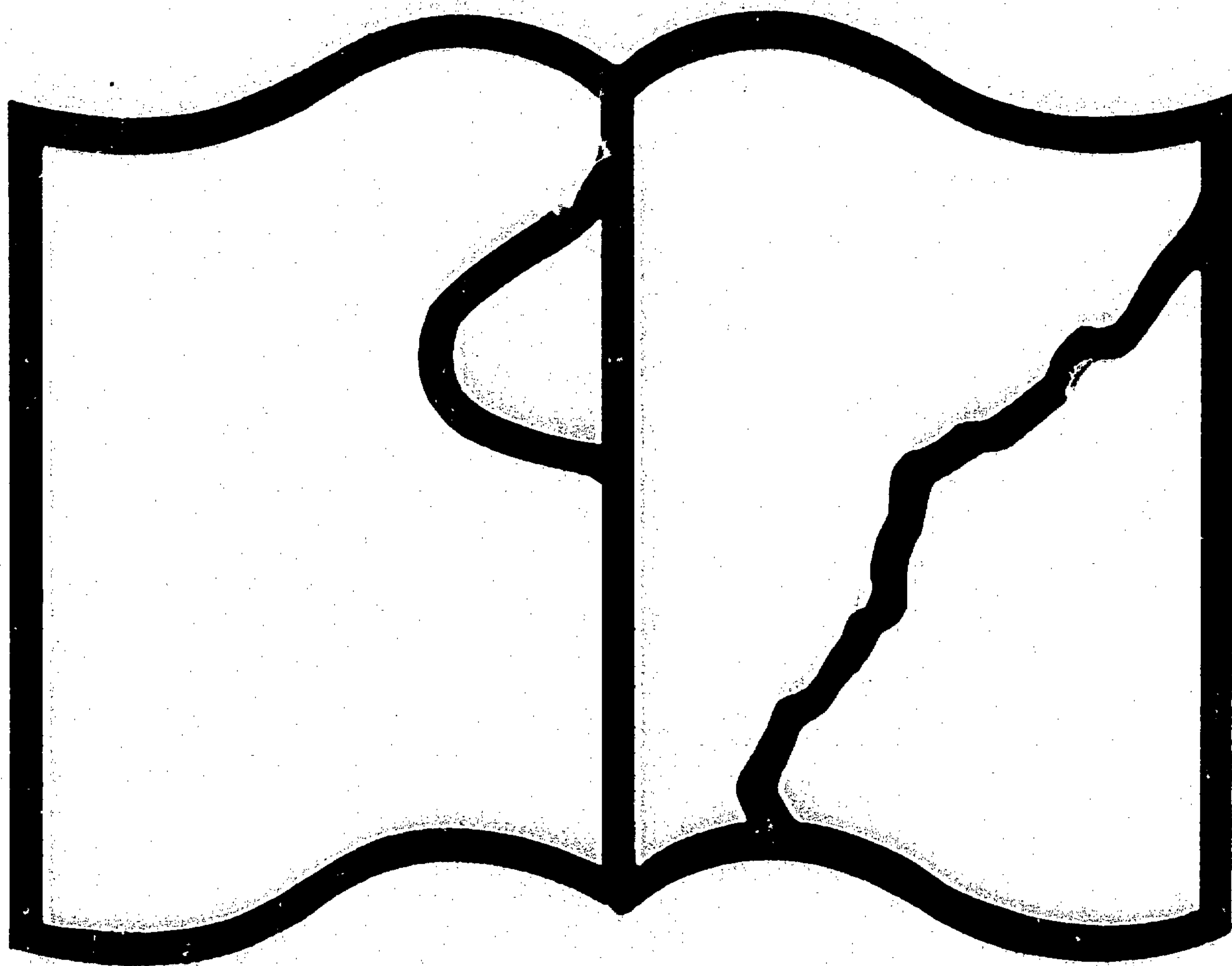
DE L'AVEU

CHAPITRE I ^{er} . — Notions générales. . . .	121
CHAPITRE II. — De l'aveu en matière criminelle.	127
SECTION I ^{re} — De l'aveu judiciaire. . . .	127

SECTION II. — De l'aveu extrajudiciaire . .	153
CHAPITRE III. — De l'aveu en matière civile	159
SECTION I ^{re} . — Définition et exposition . .	159
SECTION. II. — De l'aveu judiciaire, . . .	163
SECTION III. — De l'aveu extrajudiciaire . .	207

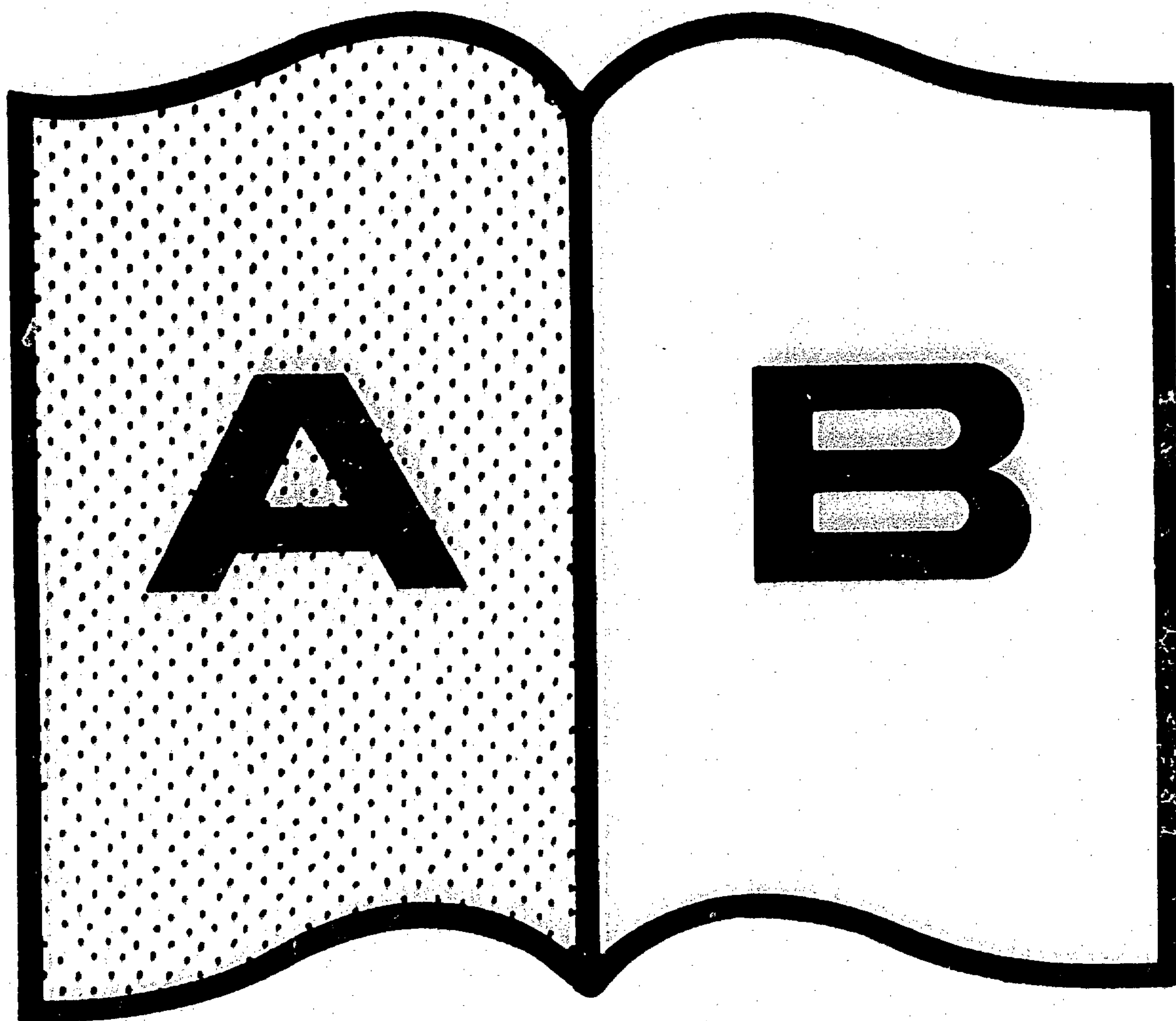
POSITIONS.	218
--------------------	-----





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

DROIT ROMAIN DE LA PREUVE

CHAPITRE I^{er}. - Règles communes aux divers modes de preuve

SECTION I^{re}. - Notions générales

SECTION II. - Qui doit prouver?

SECTION III. - Des divers moyens de preuve et de la force de chacun d'eux

CHAPITRE II. - Règles spéciales aux divers modes de preuve

SECTION I^{re}. - De la preuve littérale

SECTION II. - De la preuve testimoniale

SECTION III. - De l'aveu

SECTION IV. - Des présomptions

DROIT FRANCAIS DE L'AVEU

CHAPITRE I^{er}. - Notions générales

CHAPITRE II. - De l'aveu en matière criminelle

SECTION I^{re} - De l'aveu judiciaire

SECTION II. - De l'aveu extrajudiciaire

CHAPITRE III. - De l'aveu en matière civile

SECTION I^{re}. - Définition et exposition

SECTION. II. - De l'aveu judiciaire

SECTION III. - De l'aveu extrajudiciaire

POSITIONS