

Dehoey, Frédéric-Ételbert. Faculté de droit de Paris. Thèse pour le doctorat... (Droit romain : de la Preuve littérale. Droit français : de l'Admissibilité de la preuve testimoniale en matière civile.) Par Dehoey (Frédéric-Ételbert.).... 1869.

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.

6182

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PAR

DEHOIEY (Frédéric-Etelbert)

PARIS

TYPOGRAPHIE HENNUYER ET FILS

7, RUE DU BOULEVARD, 7.

1869

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR

1869

LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le mardi 10 août 1869, à dix heures.

PAR

DEHOIEY (Frédéric-Etelbert)

NI. A. CARISEY (YONNE)

PRÉSIDENT : M. LABBÉ.

SUPPLÉANTIS : } MM. COLMET-D'AAGE, } professeurs.
 } GIRAUD, }
 } VUATRIN, }
 } DESJARDINS, agrégé, }

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

PARIS

TYPOGRAPHIE HENNUYER ET FILS

7, RUE DU BOULEVARD, 7.

1869

A MON ONCLE, A MA TANTE

A MES PARENTS, A MES AMIS

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DROIT FRANÇAIS

DE L'ADMISSIBILITÉ

DE LA PREUVE TESTIMONIALE

EN MATIÈRE CIVILE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.

L'application de l'écriture à la constatation des conventions, pour en assurer la preuve, a dû suivre de près son invention et se développer à mesure que se répandait son usage. Chez les peuples commerçants surtout, les progrès de ce genre de preuve durent être rapides; tandis, au contraire, que chez les nations qui proscrivaient le commerce et les arts, comme les Spartiates, où chez celles dont la constitution sociale était défavorable aux transactions commerciales, comme les Hébreux, l'emploi des écrits fut peu fréquent. — Les Babyloniens paraissent avoir les premiers fait usage de la preuve littérale; cet usage se répandit chez les Hébreux, et la donation de Tobie à son fils nous en fournit un exemple. — En Égypte, et probablement aussi dans les autres pays, l'écriture fut d'abord employée dans les monuments du droit public et du droit international; ce ne fut que plus tard qu'elle fut appliquée aux simples relations du droit privé; et, dans les écrits de cet ordre, l'usage des actes privés dut précéder celui des actes authentiques; dans les temps anciens, les écrits n'étaient point accompagnés de la signature des parties; on y suppléait par l'apposition de sceaux et de cachets et par l'assistance de témoins plus ou moins nombreux. Mais ce n'était là qu'un moyen bien

imparfait d'assurer l'identité des contractants, et les inconvénients qu'il présentait furent sans doute la cause de la défaveur qui fut pendant longtemps répandue sur la preuve littérale ; c'est pour y remédier qu'on eut recours à l'emploi d'écrivains publics chargés de la constatation des conventions et de la rédaction des actes ; en d'autres termes, à l'authenticité de l'écriture. Pour assurer la conservation de ces écrits, on imagina aussi de les déposer soit chez de simples particuliers investis de la confiance des parties, soit, comme à Athènes, chez des banquiers, dont les registres pouvaient, dans certains cas, servir de preuve.

A Rome, l'usage de la preuve littérale ne se développa que lentement, comme celui de l'écriture. Dans les premiers temps, elle était à peu près inconnue, et ce ne fut qu'à la longue qu'elle vint prendre place dans la procédure à côté de la preuve testimoniale ; mais elle n'occupa jamais, vis-à-vis de celle-ci, qu'un rang secondaire dans la pratique, bien que, d'ailleurs, elle ne lui fût pas inférieure en autorité. En effet, dans le droit romain, la conviction du juge 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. Et l'on voit combien, sous une législation qui cependant mettait légalement sur la même ligne la preuve littérale et la preuve testimoniale (15, Code, de *Fide instr.*), ce système général de procédure, cette latitude laissée à l'*arbitrium* du juge, était favorable à l'usage de la dernière.

Du reste, l'utilité de l'écrit se bornait ordinairement à faciliter la preuve de la convention : l'écrit n'était que

probatoire ; quant à la validité de la convention elle-même, elle en était indépendante (4 et 12, Code, de *Fide instr.* ; — 4 et 12, Code, de *Probat.*). Elle n'y était subordonnée que lorsque telle était la volonté des contractants (19, Code, de *Fide instr.* ; — Inst., de *Empt. vendit.*) ; et cette volonté résultait implicitement du contrat *litteris*. En outre, dans quelques cas, la loi exigeait spécialement l'intervention de la preuve écrite, par exemple quand il s'agissait d'établir l'ingénuité, et, dans le dernier état du droit, la solennité de l'écriture était attachée à certains contrats : l'adoption, la transaction et certaines donations entre-vifs et testamentaires.

Ainsi, en règle générale, on voit qu'à Rome les témoins ne passaient pas, en droit, avant les lettres, bien qu'en fait l'usage de la preuve testimoniale fût le plus fréquent. Mais les deux modes de preuve peuvent-ils être opposés l'un à l'autre, et, en cas de conflit, l'un d'eux est-il préférable ? C'est là une question dont le développement trouvera sa place dans le cours de ce travail.

Quant au sens du mot *instrumentum*, cette expression se prenait dans une double acception : largement entendue, elle s'appliquait à tous les moyens qui peuvent servir à éclairer le débat, déclarations de témoins, aveux des parties, écrits, etc. (20, D., de *Fide instr.*). Plus spécialement, cette dénomination sert à désigner les écrits destinés à assurer la preuve d'un fait juridique, et c'est dans ce sens qu'elle est employée dans notre titre au Digeste. A ce point de vue, on distinguait les actes publics et les actes privés, distinction qui n'était pas aussi tranchée que celle qui sépare aujourd'hui les actes privés des actes authentiques ; nous la reproduirons dans notre étude, car elle n'en a pas moins une grande importance.

En ce qui touche les textes que nous avons à consulter en cette matière, ils sont peu nombreux, surtout dans les monuments de l'époque classique, et se réduisent à quelques textes de Gaius et au titre assez court du Digeste déjà cité; mais le titre du Code est plus riche en documents, et les Nouvelles complètent la législation de cette matière, qui avait pris de plus grands développements dans le dernier état du droit.

CHAPITRE I

DES ACTES PRIVÉS.

SECTION I. — DES DIFFÉRENTES ESPÈCES D'ACTES PRIVÉS.

Les actes privés sont 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.

Les noms et les formes de ces titres ont subi de nombreuses variations, et si nous nous plaçons à l'époque de la république romaine, nous voyons que parmi ces écrits il en était qui non-seulement étaient probatoires, mais encore constitutifs de l'obligation. Nous nous trouvons ici en présence de l'obligation littérale, et, bien qu'elle ne soit pas l'objet spécial de notre travail, nous ne pouvons cependant nous dispenser d'en parler à cause de l'enchevêtrement de ces matières; du reste, elle nous appartient toujours en un point: en ce que l'écrit qui sert à constituer l'obligation *litteris* sert en même temps à la prouver.

Dans l'ancien droit romain, le consentement réciproque des parties ne suffisait pas pour créer l'obligation; il fallait une forme matérielle pour traduire l'intention; l'obligation n'était formée que par les formalités symboliques du *nexum*, la vente fictive *per æs et libram*, la *nuncupatio*, ou paroles solennelles qui faisaient la foi des contractants. Plus tard, ces formalités se simplifient; on ne conserve plus que la *nuncupatio*, et l'obligation se forme par les paroles solennelles: *Dabis? — Dabo. — Spondes? — Spondeo*. Quand l'écriture fut plus répandue, l'argent fut

tenu pour donné et reçu, non plus par des paroles, mais par un écrit : *expensilatio*, *pecunia expensa lata*. On peut dire que cette dernière dérivation du *nexum* forme la transition entre le système rigoureux et formaliste de l'ancienne législation en matière d'obligations et les principes plus naturels, plus philosophiques des temps modernes sur l'effet du simple consentement.

Comment l'écriture en vint-elle à remplacer les paroles dans la formation de l'obligation? C'est qu'à Rome il était en usage que chaque *pater-familias* consignât sur un registre domestique toutes les opérations concernant les intérêts pécuniaires de sa famille. Ce registre, dont le brouillon mensuel s'appelait *adversaria*, portait le nom de *codex* ou de *tabulæ*. Sur les *adversaria*, ou main courante, les opérations étaient relatées au fur et à mesure qu'elles se produisaient, non méthodiquement, mais chronologiquement. Ils n'avaient aucune force probante en justice; les *tabulæ*, au contraire, à cause de leur origine antique et de leur caractère presque religieux, jouissaient d'une très-grande autorité. Cicéron, *pro Roscio comæ*, nous montre l'importance de ces tables domestiques et leurs caractères différents des *adversaria* : « Quid est quod negligentem scribamus adversaria? Quid est quod diligentem conficiamus tabulas? Quæ de causâ? Quæ hæc sunt menstrua; illæ sunt æternæ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ; hæc parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur... »

Ces *tabulæ* prenaient aussi le nom de *codex accepti et expensi*; cela vient de ce que ce registre était rédigé avec une page pour les opérations qui constituaient créancier, (*codex expensi*), et une page pour les opérations qui constituaient débiteur (*codex accepti*).

Ces registres paraissent, à l'origine, avoir été destinés à constater des faits préexistants, des opérations accomplies; leurs énonciations pouvaient être invoquées en justice pour toute espèce de convention, et elles pouvaient faire preuve au profit du propriétaire même du registre, sauf la preuve contraire que pouvait offrir l'adversaire, soit en produisant son registre, soit en faisant entendre des témoins. (Cicéron, *in Verrem*, nous dit : « Plurima
« signa pulcherrima, plurimas tabulas optimas depor-
« tasse te, negare non potes. Atque utinam neges! unum
« ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse,
« vicisti. »)

Elles servaient aussi à prouver un *mutuum*, ainsi que nous l'apprend Aulu-Gelle dans ses *Nuits attiques* : « Pe-
« tebatur apud me pecunia quæ dicebatur data numerata-
« quo; sed qui petebat neque tabulis neque testibus id
« factum dicebat. »

Quand l'énonciation couchée sur le registre n'était pas autre chose qu'une inscription de créance, elle prenait le nom de *nomen*, du nom du débiteur inscrit sur le livre; puis on en vint à désigner par ce mot la créance elle-même. On appelait *arcaria nomina* les énonciations par lesquelles on constatait les créances qui résultaient d'un *mutuum*. Ce qui créait l'obligation, ce n'était point l'écriture, c'était la numération des espèces. Gaius (*Comm. III*, § 131, *in fine*) le dit en termes formels : « Arcaria no-
« mina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ
« testimonium præbere. » Ce mot *arcaria* vient de *arca*, coffre-fort, non parce qu'ils sont déposés *in arcis* pour servir de preuve, mais parce que c'est de là qu'est partie la somme et qu'est née l'obligation (Ortolan, t. III, p. 246). Ces écrits n'étant point constitutifs d'obligation,

mais simplement probatoires, étaient accessibles aux étrangers : « Unde proprie dicitur arcariis nominibus
« etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed
« numeratione pecuniæ obligantur; quod genus obliga-
« tionis juris gentium est. » (Gaius, *Comm. III*, § 132.)

Mais si sur ces registres on suppose que celui qui les tient a, du consentement d'un tiers qui voulait se constituer débiteur, porté en des termes consacrés qu'une somme d'argent a été par lui déboursée dans l'intérêt de ce tiers, *pecunia expensa lata*, alors cette écriture est par elle-même une cause d'obligation, et non plus seulement un témoignage écrit d'une opération de droit intervenue; c'est l'écriture qui engendre l'obligation, comme les paroles dans la stipulation. Il n'y a plus ici à rechercher si la numération d'espèces a eu lieu; était-ce par suite d'un prêt, d'une vente, ou *donandi animo*, que le tiers s'est obligé? Peu importe, il est tenu *litteris*; le registre porte ces mots : *Pecunia expensa lata, pecunia accepta relata*. Mais il peut n'y avoir là rien de réel, et cette fiction ne doit point étonner; car, à l'origine, dans le *nexum*, on pesait l'argent pour constituer un prêt, et plus tard cette pesée fut fictive pour engendrer une obligation qui, résultant d'une autre cause, aurait la même force qu'un *nexum* véritable. Voilà le *nomen* par excellence.

Si l'un des registres porte : *Expensum Primo centum*, faut-il une écriture corrélatrice sur l'autre registre, *acceptum a Secundo centum*? Un passage de Gaius nous autorise à croire que ce n'est pas indispensable (*Comm. III*, § 137); il compare l'obligation qui se forme *litteris* et l'obligation qui se forme *verbis*. Dans l'obligation verbale, l'une des parties interroge et l'autre répond, toutes deux parlent; dans l'obligation littérale, l'une d'elles seule-

ment, le futur créancier, en portant sur son registre qu'il a fait un déboursé d'argent, *obligat*, devient créancier, et l'autre est obligé : « *Quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius... obligatur.* » Mais ce qui peut faire doute, c'est que le passage du manuscrit de Gaius renferme un mot illisible, et si avec certains auteurs on le remplaçait par *referendo* (*alius referendo obligatur*), il faudrait admettre, pour l'existence du contrat, la nécessité de deux actes réciproques des parties; mais ce mot n'est ajouté que par conjecture, et sans lui le texte est formel : la mention du créancier seul suffit, *expensum ferendo*; le débiteur doit seulement consentir, et son consentement paraît n'avoir été soumis à aucune formalité : il peut être prouvé par toute espèce de preuves, par témoins, par exemple, et, ce qui nous confirme dans notre idée qu'une mention corrélatrice de la main du débiteur n'est pas indispensable pour la formation du contrat littéral, c'est que, et Gaius nous l'apprend encore (*Comm. III, § 138, Absenti expensum ferri potest*), ce contrat peut se faire entre absents; comment le créancier pourrait-il vérifier si le débiteur a porté sur son registre : *pecunia accepta*? Exiger la mention conforme de la part du débiteur, c'était empêcher entre absents la formation de l'obligation *litteris*.

Gaius désigne ces énonciations sous le nom de *transcriptitia*; quelques-uns le font venir de ce que la mention solennelle est transcrite du brouillon sur les *codices*; mais alors que signifie la distinction des *nomina transcriptitia a re in personam*, ou *a persona in personam*? Nous croyons donc, avec la majorité des auteurs, que cette dénomination leur a été attribuée parce qu'ils servaient à

transformer en obligation littérale une obligation qui existait déjà entre les parties, en un mot, à opérer une novation.

Cette novation pouvait avoir lieu dans deux hypothèses distinctes :

1° Il est possible qu'une dette venant d'un contrat réel ou consensuel existe d'abord entre les parties ; elles peuvent transformer cette obligation en obligation littérale, en consignant sur leur registre que le débiteur a reçu du créancier la somme qui doit faire l'objet de l'obligation ; cette obligation nouvelle aura désormais pour cause l'écriture, et l'obligation primitive disparaîtra ; c'est ce qu'on appelle, dit Gaius, une *transcriptio a re in personam*. (*Comm. III*, § 129.) Cicéron nous donne un exemple de cette novation, lorsqu'il raconte par quels subterfuges Pythius, banquier de Syracuse, fait acheter ses jardins par le chevalier romain Cannius, et le fait ensuite obliger *litteris* (*de Officiis*, liv. III, § 14) : « Emit
« homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit,
« et emit instructos, nomina facit, negotium conficit. »

2° Il est possible qu'une obligation littérale résulte déjà d'une mention sur un registre à la charge de *Titius* et que, par une mention nouvelle, la charge de cette obligation soit portée sur un autre débiteur, *Seius*, qui y aura consenti. Il y a là substitution d'une obligation nouvelle à une obligation ancienne qui s'éteint, c'est une novation par changement de débiteur. (Gaius, *Comm. III*, § 150.) C'est ce qu'on appelle une *transcriptio a persona in personam*.

A l'origine, l'*expensilatio* était un contrat purement civil, réservé aux seuls citoyens romains ; les pérégrins n'étaient pas admis à l'usage des *nomina transcriptitia*.

Nerva et l'école proculéienne les excluèrent complètement; Sabinus et Cassius leur interdisaient seulement les *nomina transcriptitia a re in personam*. Aussi durent-ils avoir recours à une autre forme; c'est d'elle que Gaius parle, lorsqu'il nous dit qu'il existait pour les pérégrins une autre manière de s'obliger *litteris*. Ce mode consistait dans la rédaction d'un écrit qui émanait, non plus du créancier, mais du débiteur, écrit qui pouvait être isolé et n'était point porté sur un registre *isolé*, puisqu'après avoir été signé et scellé par le débiteur, il était remis au créancier, pour rester l'acte constitutif de sa créance.

Cette manière de s'obliger donnait naissance à deux actes, les *chirographa* et les *syngraphæ*; les différences qui séparent ces deux actes nous ont été révélées par Asconius: « *Chirographa ab una parte servari solent; syngraphæ signatæ utriusque manu, utriusque parti servandæ traduntur.* » Le *chirographum* est un écrit unique émané du débiteur, remis au créancier et conservé par lui (*χειρ*, main; et *γραφω*, j'écris).

Les *syngraphæ* (*σύν*, avec; *γραφω*, j'écris) sont des écrits faits en double et dont chaque exemplaire porte la signature des parties contractantes. Chacune des parties conservait un exemplaire.

La dernière forme est beaucoup plus ancienne que la première, car Plaute, qui vivait au sixième siècle de Rome, y fait déjà allusion dans ses comédies; mais elle disparut aussi la première, et il n'en est plus question à l'époque de Justinien; dans les lois de cette époque le mot de *chirographum* est le seul que nous rencontrons.

On ne s'accorde pas sur le point de savoir si ces écrits constituaient par eux-mêmes le contrat *litteris* ou n'étaient qu'un *instrumentum* ou moyen de preuve? C'est cette

dernière opinion qui est la plus répandue en Allemagne ; mais en France, la première est presque universellement admise. On s'appuie sur le paragraphe 134, *Comm. III* de Gaius : « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur « chyrographis et syngraphis. »* Si Gaius ne dit pas, comme en parlant des *nomina transcriptitia, litterarum obligatio fit*, s'il est moins formel en parlant des *syngraphæ*, cela peut tenir à ce que nous ne sommes pas ici en présence de la vraie obligation littérale du pur droit civil romain, et que nous n'avons qu'une sorte d'obligation *litteris*, image du *nomen transcriptitium* admise pour les étrangers. Peut-être même ne faut-il voir là qu'une légère variante de rédaction, qui ne peut impliquer une différence aussi considérable entre ce genre d'écrits et celui dont Gaius parlait précédemment. Remarquons, en effet, avec quelle précision il indique le caractère simplement probatoire des *arcaria nomina* : « *Recte dicimus « arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. »* Pourquoi eût-il été moins explicite en nous présentant ce même caractère dans les *chirographa*? Et c'est après nous avoir parlé des *nomina transcriptitia*, le contrat littéral par excellence, auxquels les pérégrins n'étaient point admis, qu'il nous dit : « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur « chirographis et syngraphis..., quod genus obligationis « peregrinorum proprium est. »* Ne devons-nous pas conclure de là que ces écrits opéraient d'une manière conforme à l'*expensilatio*, qu'ils ne constataient pas une obligation préexistante, comme celle venant d'une vente, d'un louage, etc., pour en servir de preuve, mais qu'au contraire ils l'éteignaient, en opéraient novation, et la remplaçaient par l'obligation *litteris*? Tenons donc pour

certain que c'était là l'obligation littérale à la portée des étrangers.

CAUTIONES. — Ce mot, en droit romain, n'avait pas le sens spécial que nous y attachons aujourd'hui ; pris dans un sens large, il indique toutes les garanties qu'une partie peut donner à l'autre ; il renferme donc tous les instruments probatoires que nous trouvons dans les textes sous les diverses qualifications de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*, et dont Gaius (l. 4, D., liv. XXII, tit. IV) disait : « Fiunt ut quod actum est per eos facilius « probari possit ; » et Constantin (liv. IV, tit. XXI, C., l. 15) : « Eandem vim obtinent tam fides instrumen- « torum quam depositiones testium. »

On l'employait aussi spécialement pour désigner la promesse écrite de payer une somme d'argent déterminée (*certam pecuniam*), en retour le plus souvent d'un *mutuum* déjà fait ou qui reste à faire. C'est dans cette acception que le mot *cautio* est devenu pour ainsi dire synonyme de *chirographum*, si bien que, dans les textes du Digeste, nous les voyons souvent employés l'un pour l'autre. Une constitution d'Alexandre Sévère qualifie même la *cautio* d'obligation. C'est la constitution VII du Code (*de non numerata Pecunia*, liv. IV, tit. XX) : « Si quasi accepturus « mutuam pecuniam adversario cavistis quæ numerata « non est, per conditionem obligationem repeterè..... « potestis. » Sans doute on pourrait discuter beaucoup sur ce texte : dans quel sens y est pris le mot *cavere*? est-ce dans un sens restreint ou général? le mot *obligationem* désigne-t-il un *chirographum*, c'est-à-dire un titre constitutif d'obligation, ou seulement un écrit destiné à constater l'obligation? Dans la langue des jurisconsultes romains, les deux mots s'alliaient quelquefois, c'est ainsi

que nous voyons (l. 13, § 6, D., 5, 8) : « Si tibi codicem com-
« modavero, et in eum chirographum debitorem tuum
« cavere feceris. » Dans le corps du droit de Justinien,
on voit encore apparaître les *chirographa*, mais ils ont
pour synonyme la *cautio* ou promesse écrite de payer une
somme certaine, et le plus souvent en vertu d'un *mu-
tuum*; nous examinerons un peu plus loin quels étaient
à cette époque les effets du *chirographum* ou de son syno-
nyme la *cautio*.

ΑΡΟΧΗ (ἀπέχω, je reçois). — On désignait par là ce
que nous appelons aujourd'hui la quittance, c'est-à-dire
l'écrit par lequel un créancier reconnaît qu'il a été payé,
et qui sert au débiteur à prouver sa libération. Ce genre
d'écriture était le plus souvent employé pour la percep-
tion des revenus, fermages ou intérêts.

ΑΝΤΑΡΟΧΗ (de ἀντι, en échange et ἀπέχω, quittance). —
C'est le récépissé de la quittance ou contre-quittance. Ce
titre était remis au créancier d'une rente ou de toute autre
dette périodique, pour le sauvegarder contre la prétention
qu'aurait pu émettre le débiteur d'être libéré par la pres-
cription; elle tenait donc lieu pour lui de titre nouveau ou
d'acte reconnaissant.

Examinons un peu plus en détail l'utilité de ces deux
écrits. Supposons que le bailleur d'un immeuble ait reçu
tous les ans du *colonus* la *pensio* qui lui était due; le bail
remonte déjà assez haut pour qu'on en ait perdu le sou-
venir; si le colon vient à changer la nature de sa posses-
sion, qu'il nie le droit du bailleur et agisse comme s'il
était vraiment *dominus fundi*, il y aura débat sur la pro-
priété, et le bailleur, qui réclame son fonds, devant se
porter demandeur, sera obligé de prouver son droit de
propriété. S'il n'en fait point la preuve, la possession

restera au *colonus*, quoiqu'il n'y ait aucun droit. L'*antapocha* parera à ce danger, car elle prouvera l'existence du bail et la possession précaire du *colonus*.

Supposons encore qu'un débiteur ait payé régulièrement les intérêts du capital qui lui avait été prêté : au bout de trente ans, s'il est de mauvaise foi, il peut, en invoquant la prescription, prétendre qu'il ne doit plus ni capital ni intérêts. Le créancier pourra-t-il invoquer les quittances qu'il a données ? Mais elles ne sont point entre ses mains, c'est le débiteur qui les a, et il n'aurait garde de les produire. Si le créancier, après avoir donné quittance au débiteur, en avait à son tour retiré un reçu, s'il avait exigé une *antapocha*, il prouverait que les intérêts ont été demandés et reçus, et que la prescription n'a pu s'accomplir.

L'*antapocha* peut être exigée pour les loyers et autres redevances annuelles, pour les intérêts qu'un débiteur doit en échange de la jouissance d'un capital, et autres cas semblables, toutes les fois, en un mot, qu'il y a lieu à des prestations périodiques : c'est ce qui ressort textuellement de la loi 19, Code, liv. IV, tit. XXI. Elle ne pourrait être réclamée pour les prestations qui n'ont lieu qu'une fois : vous me devez 200 en vertu d'un *mutuum*, je ne pourrai au moment du paiement exiger de vous une contre-quittance.

L'*antapocha* ne peut être demandée qu'autant que le créancier a déjà donné sa quittance ; cela résulte évidemment de ces mots de la loi précitée (l. 19, Code, liv. IV, tit. XXI) : « ... Qui apocham suscepit, ab eo antapocham suscipere. » Mais comment l'obtiendra-t-il du débiteur ? Il ne peut l'y contraindre par la force ; il sera donc obligé d'agir en justice. Par quelle action ? lui don-

nera-t-on une *condictio ex lege* qui compète à tous ceux auxquels la loi accorde un droit sans dire par quelle action il pourra être exercé? Par la *condictio*, le débiteur ne peut être condamné que *in id quod creditoris interest*; or quel est l'intérêt du créancier? Il est nul maintenant, car ce n'est qu'en vue d'un danger futur, purement éventuel, qu'il demandait la contre-quittance; le débiteur ne peut être condamné pour ce qui arrivera plus tard, car il est de droit certain qu'on ne peut comprendre dans la condamnation ce qui, dans la suite, pourrait éventuellement venir s'ajouter à l'obligation. La *condictio ex lege* ne sera-t-elle donc pour le créancier d'aucune utilité? Si cependant il est une hypothèse où il pourra réussir par cette voie, c'est lorsque le débiteur poursuivi dira: « J'ai payé, mais je refuse de donner une contre-quittance. » Cet aveu fait en justice aura certainement la force d'une *antapocha privata*.

Mais il pourra très-bien arriver que le colon ou le débiteur de mauvaise foi, en refusant de donner la contre-quittance, nie à la fois la dette et le paiement qu'il en aurait fait. Quelle sera dans ce cas la ressource du créancier, puisque la *condictio ex lege* ne peut lui rien faire obtenir? Il interpellera son débiteur extrajudiciairement et lui demandera une contre-quittance: si le débiteur refuse, le créancier prendra des témoins pour constater ce refus, afin que plus tard le débiteur ne prétende pas devant le juge qu'il ne s'est jamais opposé à délivrer l'*antapocha*. Alors le créancier intentera contre le débiteur non point une action nouvelle, mais l'ancienne action, celle par laquelle il pouvait obtenir le paiement des intérêts ou de la *pensio*. Le débiteur se verra alors dans l'alternative de payer une seconde fois ou de mon-

trer la quittance : dans le premier cas, le droit du créancier est suffisamment sauvegardé ; dans le second, il y aura aveu de la dette, aveu que le créancier fera consigner dans le jugement, dont il obtiendra une copie, par l'ordre du juge, et qui lui tiendra lieu de contre-quittance.

Quant à l'*apocha*, elle est utile au débiteur, en ce sens qu'elle lui permettra de ne point payer deux fois. Il est toujours prudent qu'il la retire, alors même qu'il pourrait prouver le paiement par témoins : les témoins peuvent mourir, tandis que la quittance peut toujours être soigneusement conservée.

Le débiteur peut-il se contenter de la remise que le créancier lui ferait de son billet ? Il le pourrait sans doute, s'il pouvait toujours en faire la preuve, car il repousserait l'action du créancier par une exception tirée du *pactum de non petendo* ; mais le créancier peut nier la remise : elle a pu être faite hors de la présence des témoins, ou même devant des témoins maintenant morts ou absents. De quelle utilité pour le débiteur sera la possession du billet ? prouvera-t-il sa libération en le montrant au juge ? L'écrit prouve la dette, il ne prouve point la remise : le débiteur ne pourrait-il lui-même en avoir fait un, qu'il présenterait au juge pour faire croire à un paiement ?

Même au cas où nul écrit, nul témoin ne pourrait faire foi de la dette, il est encore prudent qu'il retire une quittance. A quoi bon, dira-t-on, puisque le créancier n'aura contre lui aucun moyen de contrainte ? Si, répondrons-nous, car le créancier peut lui déférer le serment, et il sera bien obligé, s'il est honnête, d'avouer qu'il devait, et il ne pourra prouver sa libération que par la quittance.

Le débiteur peut donc se refuser à payer si le créancier ne veut pas lui donner une quittance, ou en faire rédiger une *manu notarii publici*. Mais s'il a déjà compté l'argent au créancier, l'*apocha* n'étant pas encore retirée, que pourra-t-il faire pour sa sauvegarde? Il pourra agir en répétition de son billet, si le créancier en est encore nanti, par une *condictio sine causa*, et même exiger la quittance, car, ainsi que nous venons de le dire, c'est pour lui le seul moyen de sûreté. Il ne peut avoir la *condictio ex lege*, car la loi la donne au créancier qui réclame une *antapocha*, mais non au débiteur qui demande une *apocha*; il ne peut avoir non plus l'ancienne action, car c'est lui qui devait et non le créancier; on doit donc lui donner la *condictio ob causam dati, causa non secuta*; car le débiteur a payé pour deux causes: la première, pour satisfaire le créancier; la seconde, pour obtenir sa libération pour l'avenir (*in futurum*), et il n'obtiendra ce but qu'en ayant une preuve certaine de sa libération; cette preuve, la quittance seule peut la lui fournir. Il aura donc la *condictio ob causam dati, causa non secuta*. (Donel, liv. VII, p. 4339.)

Nous venons de parcourir les actes privés dont les textes romains font mention; les uns sont simplement probatoires, les autres sont à la fois générateurs d'obligation et écrits probatoires; avant de signaler les autres différences qui les séparent, abordons l'étude des formalités qui étaient nécessaires pour leur validité.

SECTION II. — FORMALITÉS ESSENTIELLES AUX ACTES PRIVÉS.

Ces écrits, soit qu'ils aient été rédigés par les parties, soit qu'ils l'aient été par un tiers, que des témoins aient

assisté à leur rédaction ou non, devaient toujours être signés des parties contractantes. C'est ce que décide expressément la loi 11 au Code, *Qui potiores in pignore*, liv. VIII, tit. XVIII : « *Scripturas quæ sæpe assolent a*
« *quibusdam secreto 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.* » La loi 28, Dig., liv. XVI, tit. VIII, nous montre une application de cette règle : elle décide que la reconnaissance d'un dépôt fait dans une lettre non signée de celui qui l'a écrite, mais commençant par donner les noms du dépositaire et du déposant : « *Cæcilius Candidus*
« *Pactio Rogatiano suo salutem,* » n'a aucune valeur juridique. Il en serait de même d'un billet écrit en entier de la main du débiteur et non signé de lui : rien, en effet, n'indique que les parties ne se sont pas contentées de faire un simple projet : donner force obligatoire à un pareil billet eût été ouvrir la porte à trop de fraudes.

Il n'était point nécessaire en principe d'appeler des témoins à la rédaction des actes privés ; mais quand les actes étaient ainsi passés sans témoins, leur efficacité était fort restreinte ; ils ne pouvaient créer de droits réels, et les titres publics, quoique postérieurs en date, l'emportaient toujours sur eux. L'empereur Léon, dans la loi 8, *Qui potiores in pignore*, que nous citons plus haut, dit : « *Sin autem jus pignoris vel hypothecæ ex*
« *hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi conten-*
« *derit, eum qui instrumentis publice confectis nititur,*
« *præponi discernimus, etiamsi posterior is contineatur.* »
Le porteur d'un titre authentique passera donc sur le gage ou le bien hypothéqué avant le porteur d'un acte

privé, quand même celui-ci aurait, une date antérieure.

Mais les parties pouvaient donner à leurs écrits une plus grande autorité ; il leur suffisait d'appeler des témoins à la confection de l'acte et de le leur faire signer. « *Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* » (L. 8, *Qui potiores in pignore*, déjà citée.) La Novelle 73, chap. I et II, prescrit ce procédé aux parties pour le *mutuum* et quelques autres contrats ; la sanction de cette disposition se trouve au chapitre IV de la même Novelle, et consiste en ce que l'écrit n'aura aucune force probatoire s'il n'est corroboré par la déposition des témoins ; le créancier n'aura plus qu'une seule ressource (*novissimum subsidium*), c'est de déférer le serment au débiteur.

Dans cette même Novelle 73, Justinien décide que si l'objet du billet ne dépasse pas une livre d'or, il suffira que deux témoins aient été présents à la rédaction de l'écrit.

Si l'objet dépassait une livre d'or, mais que l'on se trouvât à la campagne, alors, à cause de la difficulté de trouver des témoins sachant écrire ou signer, deux seraient encore suffisants ; mais si l'on était à la ville et que l'objet du billet fût supérieur à une livre d'or, trois témoins devraient être appelés, et même cinq, si le contrat avait lieu entre personnes ne sachant pas écrire, ou ne le sachant qu'imparfaitement : *pro illitterato aut paucas literas sciente.* (Novelle 73, chap. VIII.)

Bien plus, Justinien exigeait que ceux qui étaient appelés comme témoins fussent des hommes tout à fait dignes de foi et d'une réputation irréprochable : *probatae atque integre opinionis.* Dans la Novelle 90, il pousse la rigueur jusqu'à écarter des artisans ou des hommes obscurs : « *Et non quosdam artifices, ignobiles, neque*

« vilissimos, neque nimis obscuros. » Il va même jusqu'à n'accorder aucune créance au témoignage de ceux qui auraient prêté leur assistance par le pur effet du hasard, sans y avoir été invités. « Hæc autem inania et ex transitu perhibita testimonia, nulla modis omnibus valere ratione. »

Les témoins appelés à concourir aux actes devaient les signer ; s'ils ne savaient ou ne pouvaient, ils attestaient verbalement que l'acte avait été dressé en leur présence et qu'ils connaissaient la personne qui l'avait fait : « Quia his presentibus subscripsit qui documentum fecit et hunc noverunt. » (Novelle 73.) Si l'acte était méconnu, on s'en rapportait tant à leur témoignage qu'à la comparaison des écritures. Notons, en passant, que si l'acte n'avait pas été dressé en présence de témoins, il ne pouvait y avoir lieu à la comparaison des écritures. Cette mesure fut prise par suite de nombreux procès en vérification d'écritures qui avaient eu lieu, et Justinien la justifiait en disant : « Ut non in sola scriptura et ejus examinatione pendamus, sed sit judicantibus etiam testium soletium. »

SECTION III. — DE LA FOI DUE AUX ACTES PRIVÉS.

Examinons maintenant quelle est la foi due aux actes privés, mais en laissant de côté pour un instant les écrits qui par eux-mêmes étaient constitutifs d'obligation.

Une première distinction est nécessaire : ou l'écrit émane de celui qui le produit, ou il émane de son adversaire.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Cet écrit ne faisait foi en faveur de celui qui l'avait écrit ou de ses héritiers, que s'il était

appuyé par d'autres adminicules. La loi 5, C, liv. IV, tit. XIX (*de Probat.*) nous dit que les titres de famille ou notes particulières ne font pas foi isolément, à moins qu'ils ne soient appuyés par d'autres adminicules. La loi 6 du même titre fait une application de ce principe : Les comptes du défunt trouvés dans sa succession ne suffisent point pour prouver qu'une somme lui était due : de même, si dans son testament il avait déclaré qu'on lui devait une chose ou une certaine somme.

Scævola (l. 31, Dig., *de Probat.*), prévoyant l'hypothèse où un créancier aurait, sur le *chirographum* de son débiteur, fait mention d'un nouvel engagement, dit : « La note écrite sur le billet d'une somme qui vous était due d'ailleurs ne peut pas produire d'obligation. »

La raison générale de toutes ces décisions nous est fournie par la loi 7 (Code, *de Probat.*, liv. IV, tit. XIX) : « Il serait d'un dangereux exemple de donner foi à des notes par lesquelles un individu se serait constitué lui-même un débiteur : 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. »

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — L'écrit privé fait foi contre celui qui l'a signé, comme l'acte authentique, pourvu que la signature soit reconnue ou volontairement ou judiciairement. Si le signataire du billet nie qu'il soit écrit par lui ou sur son ordre, le demandeur aura deux moyens de preuve pour combattre l'allégation de son adversaire : le témoignage de ceux qui ont assisté à la confection de l'acte et la comparaison des écritures. Le défendeur, qui prétend que l'acte qu'on lui oppose est faux, ne pourra réussir qu'autant que, l'écrit renfermant la mention des jour et lieu où il aura été rédigé, il prouvera que, le

même jour, il se trouvait dans un lieu différent. Cette preuve pourra se faire *sive testibus, sive instrumentis*.

Instrumentis. — Si le même jour et dans un autre lieu un acte avait été dressé par un *tabularius* et que le prétendu signataire y fût intervenu soit comme partie, soit comme témoin. Mais cet acte doit être public ou *quasi publice confectum* : car si l'écrit émanait du défendeur, il ne ferait point preuve, puisque ce serait une écriture domestique, et s'il émanait d'un tiers, il faudrait appliquer le principe que le témoignage d'un seul ne fait point foi (*unius testimonio non esse credendum*).

Testibus. — En amenant des témoins qui déclareront l'avoir vu ce jour-là dans un autre endroit. Mais combien en faudra-t-il? Autant que le demandeur en produit pour prouver que le billet est bien de son adversaire, et s'il en présente trois, le défendeur devra-t-il en amener un égal nombre? L'avis qui semblait avoir prévalu, c'est qu'il fallait plus de témoins pour repousser un écrit que pour le confirmer : l'acte, disait-on, a par lui-même la force d'un témoignage, c'est un quatrième témoin de plus, d'où il vous en faudra au moins cinq pour le combattre. Dans une autre opinion, on disait : Si l'écrit s'appuie sur le témoignage de trois témoins et que, d'un autre côté, trois témoins également dignes de foi viennent en combattre la sincérité, il y a, au point de vue de la preuve, identité de situation pour les parties, et l'on doit appliquer cette règle de droit : « *In pari causa potio-
« esse debere reum unde petitur, et contra actorem pro-
« nuntiandum esse.* » (L. 125, *de Regulis juris*, liv. I, tit. XVII.) Or celui qui présente l'écrit est *actor* dans ce débat, que ce soit le créancier qui invoque le billet de son débiteur, que ce soit le débiteur qui présente la quit-

tance du créancier : « Nam in exceptione reus est actor. » (Donel, sur le livre IV, tit. XXI du Code, *de Fide instr.*, tit. VII.)

Si la fraude de celui qui se refusait à reconnaître sa signature ou son écriture était reconnue en justice, il était puni de son mensonge par une amende de 24 sous d'or dont le montant revenait à l'autre partie, et, de plus, s'il se trouvait dans le cas d'opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, il était déchu du droit d'en user. Cette seconde pénalité n'était appliquée que pour les actes passés devant un tabellion en présence de témoins; on ne l'étendait pas aux procès relatifs à des actes privés simples (l. 16, Constantin, Code, *de Fide instr.*). Justinien la modifia dans sa Nouvelle 18, chap. viii, et établit pour tous les cas sans distinction une condamnation *in duplum*, toujours au profit de l'adversaire.

La foi due au billet sera différente, selon qu'il fera ou non mention de la cause. S'il porte que c'est pour cause d'achat, de louage de société que l'obligation a pris naissance, ce fait sera tenu pour vrai, et le débiteur qui en contesterait la réalité n'y saurait être admis s'il ne s'appuyait sur les preuves les plus évidentes et consistant dans des écrits : « Evidentissimis probationibus in scriptis « habitis » (l. 22, 3, Dig., *de Probat.*, liv. XXV, 4), sinon l'on s'en tiendrait au billet qui contient la reconnaissance du fait obligatoire : « Tunc enim stare eum oportet suæ « confessioni. » (*Eod. loc.*)

Si, au contraire, l'écrit n'indiquait point la cause, il n'était pas nul, mais c'était au créancier à prouver l'existence de cette cause, la réalité du fait qui avait donné lieu à l'obligation : « Debitum esse ostendere quod in cautio- « nem deduxit. » (Liv. XXII, 4, *de Probat.*, l. 25, 4.) Il en

était de même quand l'écrit s'exprimait confusément (*in-discrete loquitur*) sans préciser suffisamment le fait obligatoire.

On voit donc par ces textes de quelle utilité était pour le créancier l'énonciation de la cause dans les actes, puisqu'elle le dispensait d'une preuve souvent fort difficile à établir.

Si, au lieu de rédiger un écrit simplement probatoire, les parties s'étaient liées par une obligation *stricti juris*, une obligation littérale, une *expensilatio*, si elles avaient fait un *nomen transcriptitium*, les choses ne se passaient plus de la même manière. Peu importait, selon le strict droit civil, qu'il y eût ou non une cause préexistante, l'écriture avait eu lieu suivant les formes voulues, le débiteur était tenu; l'écriture était par elle-même la *causa civilis contrahendæ obligationis*. Mais les préteurs et la jurisprudence vinrent au secours du débiteur, en lui accordant, pour le cas où il se serait obligé sans motif, l'exception *doli mali*, ou une exception rédigée *in factum*; le débiteur qui l'invoquait devait la prouver conformément aux principes généraux.

On voit donc la différence dans les deux cas : dans le premier, lorsque l'écrit est un simple instrument probatoire, c'est au créancier à prouver l'existence de la cause; dans le second, au contraire, lorsque l'écrit a servi à former le contrat *litteris*, c'est au débiteur à prouver la non-réalité de la cause. Cependant il est une hypothèse très-remarquable où l'on dérogeait à cette règle. Si l'obligation littérale avait eu lieu par suite d'un *mutuum* ou d'un prêt d'argent, et que le débiteur prétendit que l'argent ne lui avait pas été compté, il avait pour se défendre contre l'action du créancier une exception de dol qui,

rédigée *in factum*, prenait le nom d'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Voyons comment, dans ce cas, on était arrivé à donner cette exception au débiteur et quelle en était la portée. Une personne se trouve porteur d'un écrit émané d'un tiers, écrit qui la constitue créancière de celui qui l'a signé : l'auteur de l'écrit prétend que cette somme dont il s'est déclaré débiteur devait lui être prêtée, et que, dans l'espoir qu'elle allait lui être comptée, il a, par anticipation, écrit, signé et scellé l'acte qui le constitue débiteur. Le porteur du billet agit contre le prétendu débiteur : dans ce cas, nous disent les textes, le signataire peut répondre à l'action du créancier par l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Il alléguera que la somme d'argent qu'il a reconnu devoir ne lui a pas été comptée, et en opposant cette exception, le débiteur mettra le porteur du billet dans la nécessité de démontrer autrement que par l'écrit qu'il a véritablement remis la somme. Ce qu'il y a de tout à fait caractéristique, et de vraiment déroga-toire aux principes généraux, à cette règle *reus excipiendo fit actor*, c'est que celui qui oppose cette exception n'a pas à la prouver et rejette sur le créancier le fardeau de la preuve. Cette disposition s'explique non pas tant par l'impossibilité de prouver un fait négatif, comme le supposent dans leur constitution les empereurs Maximien et Dioclétien, que par la nécessité de prévenir, autant que possible, les fraudes que les prêteurs d'argent pouvaient facilement commettre au détriment de gens en détresse qui demandaient à emprunter. En effet, comme l'écrit intervenait souvent avant la numération des espèces, il était possible qu'un homme de mauvaise foi tentât de se prévaloir de son titre, sans avoir de son côté exécuté sa

promesso. (*Instit.*, tit. XXI, liv. III, l. 7; Code, liv. IV, tit. XXX.)

Le débiteur apparent a un autre moyen à prendre : il peut, sans attendre que le prétendu créancier l'attaque, prendre lui-même l'initiative, et agir par la *condictio sine causa*, pour ressaisir son billet, et il réussira à moins que que le créancier ne démontre qu'il a réellement compté les écus : « Quo non impleto, absolutio sequatur. » (L. 3, Code, liv. IV, tit. XXX.)

Justinien accorde une autre faculté au signataire du billet : il peut, dans le délai de deux ans, adresser une simple protestation par écrit, soit au créancier porteur du billet, soit en son absence à un magistrat, et en vertu de cette protestation *querela non numeratæ pecuniæ* (l. 14, pr., et § 4, Code, liv. IV, tit. XXX), il pourra opposer en tout temps l'exception *non numeratæ pecuniæ* : après les deux ans écoulés, s'il n'a fait cette protestation, il sera forcément condamné sans pouvoir rien alléguer contre l'existence du billet. Il est parfaitement admis par tout le monde, dans ce cas, qu'il ne pourra plus rejeter sur le créancier la preuve du versement des espèces ; mais pourra-t-il lui-même essayer de démontrer, à l'aide de preuves qu'il produirait, que les écus n'ont pas été comptés ? Il y a controverse sur ce point. Quant à nous, il ne nous paraît pas douteux qu'il n'en ait pas le droit. En effet, Justinien dit en termes formels (*Instit.*, liv. III, tit. XXI) : « Dum queri non potest ; » il ne peut plus se plaindre, l'expression est absolue. Dans la constitution du même empereur, qui forme la loi 14 au Code (§ 3, liv. IV, tit. XX), nous voyons : « Post elapsum tempus, in his nec jusjurandum offerre liceat. » Passé ce délai sans protestation, il ne peut même plus déférer le

serment à son adversaire : ce serment serait le moyen le plus simple de terminer la contestation ; or, à plus forte raison, ne doit-on pas l'admettre à produire d'autres preuves qui exigeraient des débats sérieux à cause du temps qui s'est écoulé. (M. Labbé à son cours.)

Ce fut d'abord pour les simples écrits probatoires où la cause n'était pas exprimée, que la preuve fut mise à la charge du créancier, et ce ne fut que par extension qu'on appliqua la même règle aux écrits générateurs d'obligation. Mais, après cette extension, l'obligation *litteris* n'exista donc plus, puisque, indépendamment de la production du titre, il fallait encore que le prétendu créancier fit la preuve de la réalité de son droit ?

Deux opinions sont en présence :

PREMIÈRE OPINION. — Sous Justinien, tout écrit est désormais un mode de preuve et pas autre chose ; aussi, pour désigner l'écrit qui constitue une obligation à la charge d'une personne, les textes insérés dans le Digeste et dans le Code emploient indifféremment les mots *cautio* et *chirographum*, et même rencontre-t-on plus souvent l'expression *cautio* dans les textes où il s'agit de l'exception *non numeratæ pecuniæ* ; or le sens ordinaire du mot *cautio*, quand il s'agit d'écritures, c'est écrit destiné à servir de preuve. Une *cautio* (ainsi que nous le disions plus haut) dans le sens large est une garantie, une sûreté ; ainsi une *stipulatio* est une *cautio*, car c'est une sûreté ; un écrit est également une *cautio*, c'est une sûreté pour le créancier d'avoir une preuve de son droit dans l'écrit qui lui est remis par le débiteur. Or, dans notre matière, puisqu'on emploie indifféremment les expressions *cautio* et *chirographum*, c'est pour désigner des écrits servant de preuve.

Quand une preuve est alléguée, elle peut être combat-

tue par une preuve contraire quelle qu'elle soit, le juge apprécie et c'est sur sa valeur qu'il forme sa conviction ; mais quand l'écrit constate une obligation de quantité résultant d'un *mutuum*, une prétendue obligation *quasi ex mutuo*, dans ce cas il y aura sur la preuve des règles spéciales. Pendant un certain laps de temps, en effet, le signataire du billet peut rejeter sur son adversaire la charge de démontrer la cause réelle de l'obligation, c'est-à-dire la numération des espèces, la *causa civilis* du *mutuum*, et, après ce temps, le débiteur ne peut plus combattre la force probante de l'écrit émané de lui, par cela seul qu'il a laissé passer ce temps ; il est censé avoir avoué la cause naturelle de son obligation, et il ne pourra plus y avoir à ce sujet de contestation possible. Par le jeu de ces règles sur la preuve, on arrive donc à quelque chose qui ressemble à une obligation *litteris* ; en effet, on a un écrit qui est un mode de preuve, mais qui, par suite du silence du prétendu débiteur, n'est plus susceptible de preuve contraire : c'est un écrit qui donne une preuve irréfragable, l'obligation semble ainsi en résulter, puisqu'il ne peut être discuté ; le débiteur est alors condamné sur le vu de l'écriture, il y a donc là quelque chose qui simule une obligation *litteris*.

DEUXIÈME OPINION. — En se conformant à l'exposé même que fait Justinien (*Instit.*, liv. III, tit. XXI, et l. 14, pr., et § 4, Code, liv. IV, tit. XXX), on dit que le billet qui exprime une obligation de quantité, une obligation semblable à celle qui peut résulter d'un *mutuum*, forme une cause d'obligation et produit un contrat littéral. Comment cela a-t-il pu se faire, puisque l'*expensilatio* est tombée en désuétude ? C'est que les Romains ont adopté l'usage qui avait une doctrine pérégrine, l'usage des *chirographa* et

des *syngraphæ*, qui étaient entrés dans le droit des gens ; mais il n'est plus question des *syngraphæ*, il ne reste plus que le *chirographum*, et il exprime une obligation unilatérale, comme le *mutuum*. Au moyen de ce *chirographum*, on remplaçait un contrat réel par un contrat littéral. Un commentateur de Cicéron, Asconius, nous dit que cette habitude des Romains de tenir des registres s'est perdue, lorsque l'on a commencé à condamner les débiteurs sur le vu des écrits émanés d'eux (*postquam litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari cœpit ad nostram memoriam, tota hæc vetus consuetudo cessavit*) ; donc l'*expensilatio* est tombée en désuétude, lorsqu'il a été reçu dans l'usage que les débiteurs remissent à leurs créanciers des écrits, des *chirographa* les constituant débiteurs. Cette transformation était une chose très-raisonnable ; aussi s'est-elle promptement répandue. Si le défendeur contestait la vérité de son écriture, c'était un fait qui devait être apprécié par le juge ; mais s'il prétendait avoir remis cet écrit sur la promesse qu'une numération d'espèces lui serait faite et qu'elle n'avait point eu lieu, il fallait que le préteur autorisât le juge à examiner ce point. C'était là le but de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. L'obligation qui résulte de l'écrit peut être paralysée pendant un certain temps par l'exception, mais elle résulte de l'écrit, et lorsque l'exception ne peut plus être opposée, elle tirera toujours toute sa force de l'écrit.

Vous vous prétendez mon créancier en vertu d'un *mutuum*, vous agissez contre moi devant le juge, vous produisez des preuves pour établir la *res* qui est la condition du *mutuum*, la numération des espèces. Ici les preuves du créancier peuvent être combattues par des preuves contraires du défendeur, sans que celui-ci ait besoin, pour

discuter celles de son adversaire, d'avoir fait insérer une exception dans la formule, car le point en question est celui-ci : Y a-t-il eu obligation *ex mutuo* ?

Supposons maintenant que, pour assurer la restitution d'un *mutuum* convenu entre les parties, elles aient fait une stipulation. Celui qui va remettre l'argent interroge l'autre partie, qui répond dans l'espoir de recevoir une somme égale à celle dont elle se déclare débitrice. La numération d'espèces pouvait ne pas avoir lieu ; le stipulant agit contre le promettant, non pas en vertu du *mutuum*, mais de la stipulation ; le prétendu débiteur peut contester l'existence du contrat verbal, invoquer un alibi par exemple ; mais s'il est certain que la stipulation a eu lieu, il est débiteur, le demandeur est créancier, créancier en vertu de la stipulation et non du *mutuum*. Si, dans cette hypothèse, le défendeur objecte que c'est en vertu d'une numération d'espèces qui n'a pas eu lieu, qu'il a répondu, pourra-t-il se faire écouter du juge ? Non, le juge ne doit résoudre qu'une seule question : la stipulation existe-t-elle ? Or elle existe. Si le défendeur veut soulever cette seconde question, que la numération n'a pas eu lieu, il sera obligé de faire insérer dans la formule l'exception *non numeratæ pecuniæ* (§ 2, *Instit.*, liv. IV, tit. XIII). Pourquoi ici est-elle nécessaire, et ne l'était-elle pas lorsque le demandeur se prétendait créancier en vertu d'un *mutuum* ? C'est parce qu'ici l'obligation résulte des paroles, qu'elle a sa cause non pas dans une numération d'espèces, mais *verbis*, et que si le défendeur veut contester autre chose que la réalité de la stipulation, il lui faut une exception.

Si nous transportons cette décision dans la matière du contrat verbal, nous voyons que nier l'existence de l'une

au temps de Justinien, c'est nier l'existence de l'autre, l'obligation *verbis* et l'obligation *litteris* produisant les mêmes résultats et recevant les mêmes modifications de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Comparons encore les termes des *Institutes* de Justinien avec le paragraphe correspondant de Gaius (Gaius, *Comm. III*, § 134; — Justinien, *Instit.*, liv. III, tit. XXI) où il traite des *chirographa*, et nous verrons que les rédacteurs des *Institutes* ont reproduit presque mot pour mot la phrase du juriconsulte. Cela prouve bien que l'idée est la même et que ce sont les anciens *chirographa*, altérés par la succession des temps et par l'influence de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui ont passé dans les *Institutes* de Justinien. (M. Labbé à son cours.)

Signalons ici en passant un progrès immense accompli par la législation romaine; dans le droit primitif romain, le droit civil pur, on exigeait, pour qu'une obligation existât, qu'elle eût une cause génératrice, une cause efficiente; par exemple, s'il s'agissait d'une obligation contractuelle, il fallait le consentement presque toujours suivi d'un fait, ou manifesté dans des formes prescrites par le droit civil; rien de plus n'était exigé. Si le débiteur, qui par des paroles avait conclu la stipulation, ou par l'écriture le contrat littéral, prétendait que sa volonté avait été déterminée par un mobile, une cause impulsive chimérique, s'il disait: J'ai consenti en prévision d'un avantage qui ne s'est point réalisé, pouvait-il, d'après les principes du droit civil pur se soustraire à son obligation en démontrant l'inanité de cette cause impulsive? Non, l'obligation existait par cela seul qu'elle avait une cause efficiente. Les préteurs d'abord, et ensuite une jurisprudence impériale, établirent une règle différente; ils déci-

dèrent que, pour que l'obligation fût pleinement valable, il faudrait qu'elle eût non-seulement une cause génératrice, mais encore que la volonté du débiteur eût été déterminée par un motif réel et non imaginaire, de sorte que, lorsque celui qui avait répondu à une stipulation ou remis un *chirographum* alléguait qu'il s'était constitué débiteur en prévision d'un avantage qui ne lui avait pas été procuré, il pouvait faire insérer dans sa formule une exception qui lui permettait de soulever devant le juge cette question dont ne s'occupait point le droit civil : Y a-t-il une cause impulsive réelle de la part du débiteur? C'est là un progrès immense, progrès qui a été recueilli par notre droit moderne.

CHAPITRE II

DES ACTES PUBLICS.

Outre les actes privés, dont nous venons de nous occuper, il y avait encore en droit romain deux espèces d'actes publics, les actes publics proprement dits, ou *scripturæ publicæ*, et les *scripturæ forenses*. Ces dernières furent en usage dès le commencement de la république ; les autres, au contraire, ne prirent naissance que dans le dernier état du droit. Cependant, quoique différents de formes et d'effets, il arrive très-souvent, et notamment dans les textes de Justinien, qu'on les trouve confondus, comme si aucune différence ne les séparait.

SECTION I. — DES SCRIPTURÆ PUBLICÆ.

Dans le dernier état du droit, on donnait un véritable caractère d'authenticité aux écrits, en les faisant insinuer. Cette insinuation consistait dans la remise des titres à un *actuarius* chargé de les conserver dans un dépôt public, qu'on appelait *archivum*. Elle avait lieu *quasi sub forma judicii*, en présence d'un magistrat. A Rome et à Constantinople, ce magistrat était le *magister census*, et dans les provinces les *defensores civitatis*.

Cette insinuation n'était pas la même en droit romain que sous notre ancienne législation, et il ne faudrait pas croire que la transcription moderne n'en est que la continuation : les différences les plus profondes séparent ces institutions ; à Rome, l'insinuation n'avait aucun carac-

tère fiscal, ce n'était pas la copie de l'acte qui était déposé dans l'*archivum*, mais l'original lui-même ; l'*actuarius* pouvait le communiquer aux parties intéressées et leur en délivrer des copies.

Pour qu'un écrit pût jouir de ce privilège de l'authenticité, l'insinuation suffisait par elle seule ; il n'était pas nécessaire qu'il eût été rédigé par un tabellion, fait en présence de témoins et signé par eux ; c'est ce que nous montre clairement la loi 31 au Code, liv. VIII, tit. LIV : « In donationibus 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... » Il suffisait de l'affirmation devant l'*actuarius* des contractants ou de celui qui s'obligeait, que l'acte était bien l'expression sincère de leurs volontés.

Ces actes ainsi insinués devenaient, à proprement parler, des actes publics, faisant foi par eux-mêmes, et ne pouvant être combattus ni par la preuve testimoniale ni par des actes privés. « Censu et monumenta potiora testibus esse senatus censuit. » (L. 10, Dig., de Probat.) Le témoignage de l'*actuarius* était, comme celui du notaire d'aujourd'hui, un *testimonium publicum*.

Les actes de donation et les testaments étaient particulièrement soumis à cette formalité.

Justinien, dans sa Nouvelle 15, chap. v, § 2, donne l'ordre « ut in civitatibus habitatio quædam publica distribuatur, in qua conveniens est defensores monumenta « recondere, eligendo quemdam in provincia qui eorum

« habeat custodiam ; quatenus incorruptæ maneat hæc,
« et velociter invenientur a requirentibus... »

SECTION II. — DES SCRIPTURÆ FORENSES.

Les *scripturæ forenses* étaient des écrits rédigés par des tabellions avec les formalités prescrites et en présence d'un certain nombre de témoins. On les appelait *forenses*, parce que c'était au *forum* que ces écrivains avaient leurs bureaux (*stationes*) et remplissaient leur office.

Ces tabellions ne ressemblaient en aucune façon aux officiers qui aujourd'hui ont le pouvoir de rédiger des écrits authentiques ; les textes renferment bien les noms de *tabelliones* et de *notarii*, mais l'acceptation est toute différente de celle de *tabellion* dans notre ancienne jurisprudence, et de *notaire* aujourd'hui. En droit romain, on désignait constamment par ces mots un homme de plume prêtant son ministère à ceux qui ne savent point écrire et servant d'intermédiaire entre les parties pour rédiger par écrit leurs conventions. Aussi croyons-nous pouvoir dire que le tabellionnat romain ne doit pas être considéré comme l'origine du notariat moderne ; cette origine prend sa source dans notre ancienne jurisprudence française.

Les écrivains dont nous parlons portèrent d'abord le nom de *tabularii* ou *notarii* ; c'étaient de simples scribes, en général des esclaves publics qui écrivaient en abréviation (*notis*) des actes de toute nature : ils sténographiaient les discours publics, et de là leur vint aussi le nom de *cursores* ou *logographi* ; personne ne les rappelle mieux aujourd'hui que l'écrivain public. Bientôt ils acquirent une certaine influence dans la cité, les particuliers s'habi-

tuèrent à se servir de leur ministère, et leur rôle prit de jour en jour le caractère d'une fonction publique; sous l'empire, leur charge devint comme un véritable office, c'est alors que l'officier qui en était chargé prit le nom de *tabellio*, et on continua à désigner par ceux de *tabularii* ou *notarii* les simples écrivains attachés aux magistrats ou aux tabellions eux-mêmes, en qualité de sous-scribes ou clercs.

Parlons maintenant de la rédaction du titre: les *tabularii*, installés au *forum* dans leurs *stationes*, dressaient d'abord un projet que l'on appelait *scheda*; puis, on allait devant le tabellion, qui mettait le brouillon au net (*in mundum*) et en donnait lecture aux trois témoins. L'écriture se faisait d'abord sur des tablettes de bois enduites de cire (*ceræ*), puis sur un papier (*charta*) marqué d'un timbre qu'on appelait *protocollum* et qui portait le nom de *comes sacrarum largitionum* (ministre des finances sous lequel la *charta* avait été faite).

Le *tabellio* ne signait pas l'original, et jusqu'à Justinien, la signature des témoins ne fut pas exigée; on se contentait seulement de l'apposition de leur sceau. Un sénatus-consulte rapporté dans les sentences de Paul (liv. V, tit. XXV, § 6) exigea que les tablettes contenant les conventions fussent entourées d'un triple fil les traversant vers le milieu de la partie supérieure de la marge et rattaché au bois par un sceau de cire. « Amplissimus
« ordo decrevit eas tabulas quæ privati vel publici
« contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita
« signari ut in summa marginis ad mediam partem per-
« foratæ triplici lino constringantur, ut exteriores scrip-
« turæ fidem interiori servent. Aliter prolatae tabulæ nihil
« momenti habent. »

Justinien, dans ses Nouvelles 44, 47 et 73, règle avec beaucoup de détails les formalités de ces écritures. Dans la Nouvelle 44, chap. 1, *Proœm.*, il ordonne expressément aux tabellions d'être présents à l'expédition des actes et d'y mettre eux-mêmes la dernière formule, afin de pouvoir témoigner en connaissance de cause devant le juge. « Et non aliter imponatur chartæ completio, nisi hæc
« gerantur, ut habeant unde sciant negotium et interro-
« gati a iudicibus possint quæ subsecuta sunt cognoscere
« et respondere, maxime quando litteras sunt ignorantes
« qui hæc injungunt. »

Dans le chapitre xi de la même Nouvelle, pour prévenir les fraudes, il leur défend d'écrire leurs actes sur des feuilles dont le *protocollum* aurait été coupé : « Et ut pro-
« tocollum non incidant, sed insertum relinquunt. » Aux paragraphes 1 et 2 du chapitre 1, il édicte la sanction de ces dispositions ; elle ne consiste point dans la nullité de l'acte, mais dans la destitution de l'officier.

Dans la Nouvelle 47, chap. 1, *Proœm.*, il exige que les actes portent en tête cette inscription : *Imperii illius sacratissimi imperatoris anno toto*, le nom du consul, les mois et jour où l'acte a été passé.

Les *scripturæ forenses* n'avaient pas, comme nos écrits authentiques d'aujourd'hui, le don d'emporter exécution forcée ; elles n'étaient que l'application de la preuve testimoniale à la rédaction d'un acte, et celui qui l'écrivait n'était qu'un témoin jouissant d'un peu plus de crédit que les autres. Lorsque l'acte était produit en justice, le *tabellio* devait venir en reconnaître l'écriture et en affirmer la sincérité ; s'il était mort, on appelait les témoins qui avaient assisté à la rédaction, et à leur défaut on recourait à la vérification d'écritures. (Nouvelle 73, § 3.)

Si même le tabellion, n'ayant pas écrit l'acte de sa propre main, s'était adjoint un scribe (*amanuensis*), et dans certains cas un *adnumerator* pour compter les espèces, ces deux acolytes devaient aussi déposer du même fait sous la foi du serment (Nouvelle 73, chap. vii, § 1). Leur témoignage suffisait si le tabellion était mort ou absent, et l'on procédait à la vérification de la signature du notaire en présence des témoins. Si le tabellion seul se présentait, les autres étant empêchés, son seul témoignage appuyé de son serment donnait assez de garantie pour qu'il n'y eût pas encore lieu à la comparaison d'écritures.

S'il n'y avait eu ni scribe ni *adnumerator*, et que le tabellion fut décédé, on procédait à la vérification de l'écriture de ce dernier, et en même temps à celle de la signature des témoins et des parties contractantes. Ce n'était qu'à défaut de tout autre moyen et comme ressource extrême que la comparaison des écritures était admise.

Si parmi les témoins instrumentaires quelques-uns venaient déclarer qu'ils n'avaient pas été présents à la confection de l'écrit, devait-on ajouter foi à leur dire et l'écrit devenait-il suspect ? Combien fallait-il de témoins pour arriver à ce résultat ? Il faut distinguer : n'y a-t-il eu, lors de la rédaction de l'acte, que le nombre nécessaire de témoins, trois par conséquent, si l'un d'eux seulement prétend ne pas avoir assisté à la rédaction de l'acte, l'écrit alors devient suspect, car il ne reste plus que deux témoins, qui ne suffisent pas pour la rédaction d'un acte *publice confectum*.

Si, au contraire, huit témoins, par exemple, assistaient à la confection de l'écrit, il suffira du témoignage de trois témoins dignes de foi, quoique les cinq autres déclarent

ne pas avoir été présents, pour que l'acte fasse pleine foi.

Les actes dont nous nous occupons sont sous quatre rapports supérieurs aux *instrumenta privata*; mais comme, d'un autre côté, leur force probante est moins forte que celle qui est attachée à l'*instrumentum publicum*, quelques commentateurs les ont désignés sous le nom de *media*. (Donel, liv. VII, p. 1302.)

Comparons les *scripturæ forenses* aux *instrumenta privata* :

1° L'écrit privé ne fait foi qu'autant qu'il est reconnu pour vrai par celui auquel on l'oppose.

L'*instrumentum publice confectum*, malgré les dénégations de l'adversaire, fait foi tant qu'on n'a pas apporté la preuve de sa fausseté. L'exécution de l'acte était concédée provisoirement sans préjudice de l'action de faux, qui pouvait être librement poursuivie. Cela est décidé par Alexandre Sévère à la loi 2, au Code de notre titre, pour les dettes de sommes d'argent. Cette loi ne permet point au débiteur de retarder ainsi le payement, dans le seul but de préjudicier au créancier.

2° L'écrit privé écrit sur l'ordre d'un tiers ne fait foi qu'autant qu'il est signé de lui.

Aucun texte n'exige que les *scripturæ forenses* renferment la signature des parties contractantes.

3° Une troisième différence, dont nous avons déjà eu occasion de parler à propos des *instrumenta privata*, nous est révélée par la loi 11 au Code (liv. VIII, tit. XVIII, *Qui potiores in pignore*). L'empereur Léon décide que le porteur d'un titre authentique passera sur le gage ou le bien hypothéqué avant le porteur d'un acte privé, quand même celui-ci aurait une date antérieure.

4° Lorsqu'une femme intercéda pour autrui, son obligation était nulle : « Totam obligationem senatus improbat, » comme le dit Julien (l. 16, § 1, Dig., *ad Sen.-cons., Velleian.*, liv. XVI, tit. XX) ; si, pour éluder l'application du sénatus-consulte, elle déclarait dans un acte *publice confectum* avoir reçu telle somme en *mutuum*, il ne lui était pas permis de le combattre, « et intercessio valebit. » Si elle s'était au contraire engagée par un simple écrit privé, il ne lui était pas permis d'invoquer la protection de la loi. C'est ce que dit clairement Justinien dans la loi 23 au Code (liv. IV, tit. XXIX, *ad. Sen.-cons., Velleian.*) : « Sed si quidem in
« ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid ac-
« cepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instru-
« mentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus
« consignatum : omni modo esse credendum eam pecu-
« nias vel res accepisse, et non esse ei ad senatus-consulti
« Velleiani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis
« intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc,
« si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias
« vel res, et sic subiisse obligationem repelli eam, à sena-
« tus-consulti juvamine. »

Il est un seul cas où les écrits *forenses* ne font point foi de l'aveu qu'ils renferment : c'est lorsque l'obligation a eu pour cause une numération d'espèces et que cette numération n'a pas eu lieu ; en un mot, toutes les fois que celui qui est obligé peut invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. La loi 3 au Code (*de Dot. Caut. non numerat.*, liv. V, tit. XV) nous en donne un exemple ; il s'agit d'un mari qui a donné dans l'*instrumentum dotale* quittance de la dot : « In dotibus quas datas esse dota-
« libus instrumentis conscribi moris est, eum adhuc nulla
« datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non

« numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, non solum
« marito contra uxorem, vel ejus heredes..... »

Mais qu'arriverait-il si la même partie produisait des titres différents dérogeant les uns aux autres? La loi 14 au Code (*de Fide instr.*, liv. IV, tit. XXI) déclare qu'on n'aura égard ni aux uns ni aux autres; qu'ils ne pourront constituer aucune preuve. Cette règle est commune aux actes privés et aux actes publics. La loi 14 est aussi applicable au cas où les clauses d'un même acte seraient contraires entre elles. Dans cette hypothèse, l'écrit tout entier ne perdrait pas son autorité; les clauses contraires seraient seules dénuées de tout effet. Si, par exemple dans un testament, le testateur avait dit: « Que mes héritiers sachent que cette année, aux calendes de janvier, j'ai reçu à Cologne 100 de Titius, qu'il me devait par suite d'un prêt que je lui avais fait; » et que plus loin il dise encore: « Que mes héritiers sachent que cette année, aux calendes de janvier, j'ai reçu à Spire 100 de Titius qu'il m'a prêtés, » les deux clauses sont contraires, car il est bien évident qu'à la même époque le testateur ne pouvait être à la fois et à Spire et à Cologne. Titius ne pourra donc, en s'appuyant sur l'une ou l'autre de ces clauses, prétendre qu'il est libéré ou qu'il est devenu créancier des héritiers. (Donel, liv. VII, p. 1281.)

Lorsque les deux clauses contraires avaient pour objet des legs faits dans deux testaments différents et portant la même date, la loi 14 (déjà citée) n'est pas applicable. Si dans son testament le testateur a légué 100 à Mævius et que dans une copie faite suivant les formes voulues le legs soit seulement de 50, quel écrit devra faire foi? Tous deux ont la même autorité. Le legs le plus faible était validé d'après la règle: *Favorabiliores esse reos,*

quam actores in pari causa. (L. 125, Dig., liv. L, tit. XVII, *de Reg. juris.*; — Donel, p. 1282.) Si les deux testaments étaient de date différente, pas de difficulté; le dernier était toujours regardé comme valable.

Les titres contraires peuvent être produits, non plus par la même partie, mais par l'une et l'autre, en ce sens qu'un acte étant produit, l'adversaire lui oppose un acte diamétralement contraire. Quel est dans ce cas le devoir du juge ? Doit-on dire en présence de cette contradiction que les actes se neutralisant doivent être considérés comme non avenus ? Pour le décider ainsi, on pourrait tirer un argument d'analogie de la loi 30, Dig., liv. XXVI, tit. II, *Testamentaria Tutela*, et du paragraphe 27, *de Legatis* : il s'agit dans ces textes d'une personne qui, dans son testament, a nommé Titius tuteur de ses enfants ; mais deux personnes, un père et un fils, portent le même nom ; quelle est celle que le testateur a voulu désigner ? On ne peut le savoir avec certitude. Alors, dans le doute, il n'y a pas lieu à la tutelle testamentaire. « Duo sunt Titii, pater
« et filius ; datus est tutor Titius, nec apparet de quo
« sensit testator : quæro quid sit juris ? Respondit : is da-
« tus est quem dæro se testator sensit ; si id non appa-
« ret, non jus deficit, sed probatio : igitur neuter est tutor. »
Mais cette décision est toute spéciale à l'hypothèse de la loi 30, et tient à ce que le choix d'un tuteur doit être tout à fait certain : « Quia certo iudicio debet quis pro tu-
« tela suæ posteritati cavere. » L'analogie n'existe donc pas, les raisons de décider ne sont plus les mêmes. Le juge devra s'en rapporter aux circonstances pour former sa conviction. Ainsi, les écrits émanent-ils de personnes différentes, il devra ajouter foi à celui dont l'auteur mérite le plus de créance (l. 30, Dig., *de Probat.*) ; viennent-

ils au contraire de la même personne, à celui qui est le plus favorable au débiteur (l. *Favorabiliores*, de Gaius, 125, Dig., de *Reg. juris*). Il pourra aussi, à défaut de circonstances particulières, déférer le serment à l'une des deux parties (l. 31, Dig., de *Jur.*, liv. XII, tit. II).

Lorsqu'un titre était reconnu faux dans quelques-unes de ses dispositions, il ne s'ensuivait pas nécessairement que les autres clauses dussent perdre toute créance. La loi 42, Code (liv. II, tit. IV, de *Transactionibus*), nous montre bien que telle est la règle : « Ita demum ut, « si de pluribus causis vel capitulis eadem pactiones seu « transactiones initæ fuerint, illa tantummodo causa vel « pars retractatur, quæ ex falso instrumento composito « convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus. » Supposons un *chirographum* constatant que Titius a donné à Mævius 100 écus d'or, et que Sempronius est intervenu comme fidéjusseur pour garantir le remboursement ; il est prouvé que Sempronius n'a pas accédé à l'obligation de Mævius : le titre est donc faux sur la fidéjussion, mais le *mutuum* n'en restera pas moins établi contre Mævius par sa signature.

Si vous vous servez d'un titre qui a déjà été reconnu comme faux entre les mains d'un autre, cela ne peut vous préjudicier, car n'étant point partie au premier procès, vous n'aviez pas à en appeler. C'est ce que dit Alexandre Sévère (l. 2, Code, de *Fide instr.*). La sentence par laquelle un titre était reconnu faux n'était donc opposable qu'à celui contre lequel elle avait été rendue, et non à d'autres. — L'adversaire devrait donc recommencer le procès et faire juger une seconde fois la fausseté du titre.

Celui qui devant le magistrat avait avoué que le titre

qu'il produisait était faux ne pouvait plus s'en servir ni dans le procès actuel ni dans le cours de tous ceux qui pourraient intervenir entre les mêmes parties (l. 3, Code, de Fide instr.). C'est une application du principe que « *confessi in jure pro judicatis habentur.* » — S'il avait seulement déclaré *in jure*, à cause du doute qui s'était élevé sur sa validité, qu'il ne s'en servirait pas, l'adversaire n'avait plus rien à craindre, et le titre était considéré comme non venu. Seulement, trois conditions étaient nécessaires : 1° cette déclaration devait être faite devant témoins : *se non usurum contestari* ; et 2° *in jure* : car si elle n'avait pas eu lieu devant le magistrat, rien n'empêchait la partie de se servir de son titre, puisqu'on ne pouvait plus lui opposer la maxime : « *Confessi in jure pro judicatis habentur.* » Toutefois, si elle était convenue avec son adversaire de ne point en user, elle pouvait être arrêtée par l'exception *pacti conventi* ; — 3° cette déclaration devait avoir lieu lorsque la validité du titre était contestée : si elle intervenait à un autre moment, rien ne prouverait que la partie a déclaré ne pas vouloir se servir du titre parce qu'il était faux, plutôt que parce qu'elle avait d'autres moyens de preuve qui le rendaient inutile.

D'un autre côté, un acte produit déjà dans le litige et reconnu comme vrai par le juge pouvait encore néanmoins, malgré cette épreuve, cette sorte de consécration, être argué de faux, pourvu toutefois que la personne prête à intenter l'action affirmât par serment qu'elle n'agissait pas par esprit de chicane, de *calumnia*. Alors celui qui avait déjà produit le titre était tenu de le produire une seconde fois, ou de jurer qu'il avait cessé de le posséder sans dol. A défaut de cette production ou de

ce serment, le titre était réputé faux. Toutefois la peine de faux n'était pas encourue dans le cas de refus de serment, car ce refus pouvait tenir à un scrupule de délicatesse assez souvent respectable (l. 22, Codo, *in fine*, de *Fide instr.*).

Disons aussi que la peine infligée en cas de faux était pour les esclaves le dernier supplice, et pour les hommes libres la déportation. Cette pénalité fut édictée par Cornélius Sylla dans une loi qui a conservé son nom : c'est la loi Cornélia, *de Falsis*. Elle porte aussi les noms de *Testamentaria Nummaria* ; car elle s'appliquait et aux faux en matière de monnaie et aux faux commis en matière de testaments ; mais en réalité ses dispositions étaient générales et frappaient tous ceux qui auraient écrit, scellé, lu ou représenté un acte faux et ceux qui auraient sciemment gravé ou apposé un faux cachot.

CHAPITRE III

DE L'AUTORITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE A L'ENCONTRE DE LA PREUVE LITTÉRALE.

Si nous supposons les écrits en présence des témoins, laquelle, de la preuve littérale ou de la preuve testimoniale, aura le plus d'autorité? Cette grave question, posée depuis longtemps entre les interprètes du droit romain, a donné naissance à plusieurs systèmes contraires que nous devons faire connaître. Trois principaux se trouvent en présence :

1° La preuve testimoniale a plus de force que la preuve littérale ;

2° La preuve littérale a plus de force que la preuve testimoniale ;

3° La preuve littérale et la preuve testimoniale ont un poids égal.

PREMIER SYSTÈME. — La preuve testimoniale l'emporte sur la preuve écrite. C'est le système de Treutler et Schulting ; les témoins l'emportent sur les écrits, même sur les écrits publics. On s'appuie sur un rescrit d'Adrien (l. 3, § 3, Dig., *de Testibus*) : « Divus Hadrianus..... « rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum ; » mais ce texte est tout à fait en dehors de notre question ; il ne suppose aucun conflit entre les dépositions des témoins et les preuves écrites : Adrien veut que le juge entende lui-même les témoins et ne se contente pas de leurs dépositions écrites. La Novelle 73, chap. III, fournit un appui plus sérieux à ce premier système :

« Tunc nos quidem existimavimus, dit Justinien, ea quæ
« viva dicuntur voce et cum jurejurando, hæc digniora
« fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. »
Mais il faut remarquer que cette Nouvelle ne s'occupe que
d'écritures contestées et soumises à vérification, et elle
décide que, pour apprécier la sincérité de l'écrit, la dépo-
sition des témoins est un moyen plus certain que la
comparaison des écritures. On a invoqué l'autorité de
Cicéron (*pro Archia poeta*, chap. iv) : « Est ridiculum...
« quum habeas amplissimi viri religionem, integerrimi
« municipii jusjurandum fidemque, ea, quæ depravari
« nullo modo possunt, repudiare; tabulas, quas idem
« dicis solere corrumpi, desiderare. » Mais il ne faut
point perdre de vue, ce qui diminuera l'autorité de ce
passage, qu'il s'agit non d'une cause ordinaire, mais
d'un procès qui intéresse les lettres et la cité romaine;
et du reste Cicéron ne prétend pas détruire par des
témoignages l'autorité des écrits; il veut au contraire
suppléer par des témoignages à un écrit public qui
n'existe plus : « Ille tu tabulas Heraclensium publicas
« desideras? » Mais ces tables sont détruites : «... quas
« italico bello, incenso tabulario, interiisse simul omnes. »

DEUXIÈME SYSTÈME. — C'est la preuve littérale qui l'em-
porte sur la preuve testimoniale. C'est celui de Pothier
et Domat; il s'appuie sur la loi 1^{re} au Code, *de Tes-
tibus* : « Contra scriptum testimonium, non scriptum
« testimonium non fertur. » Ce système est le plus ra-
tionnel; c'est aussi celui de notre législation moderne;
mais nous ne croyons pas qu'il soit l'expression de la
législation romaine. D'abord la loi 1^{re} ne saurait être
un fondement bien solide : cette loi, restituée par
Cujas, apparaît pour la première fois dans l'édition de

Godofroi comme extrait des Basiliques. Ce texte n'est donc pas parfaitement authentique; d'ailleurs, on peut le traduire ainsi : Les témoins signataires d'un acte ne sont pas admis à en démentir l'énoncé. — Elle peut vouloir dire encore que la déposition verbale n'est pas admise contre la vérité écrite, c'est-à-dire que le témoin n'est pas admis à démentir de vive voix la déposition écrite soit par lui, soit sous sa dictée. Ce serait une application du principe posé dans la loi 2 au Digeste, *de Testibus*, qui défend d'entendre les témoins « qui adversus fidem « suam testationis vacillant. »

TROISIÈME SYSTÈME. — Le troisième système se fonde sur la loi 15, au Code, *de Fide instr.* : « In exercendis liti-
« bus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum
« quam depositiones testium. » On le formule ainsi : La preuve écrite et la preuve testimoniale ont la même autorité. On néglige la loi 1, Code, *de Testibus*, comme n'étant qu'une restitution de Cujas. Si, dans certains cas, la loi met les dépositions des témoins au-dessus de la preuve écrite, c'est que les témoins sont *omni exceptione majores*. Si, au contraire, la preuve écrite l'emporte sur la preuve testimoniale, c'est que l'autorité de l'écrit est incontestable. (Paul, sent. V, 15, § 4.)

Dans ce système, on est obligé de supposer des circonstances accessoires pour expliquer les différentes solutions des lois romaines. D'ailleurs, la loi 15, *in Exercendis*, etc., ne suppose aucun conflit entre les dépositions des témoins et le contenu d'un acte; elle signifie simplement que les deux modes de preuve, pris isolément, doivent être admis également et avec la même autorité.

Pour résoudre la question, Doneau propose une distinction entre les écrits publics, *instrumenta publica*, d'une

part, et les *instrumenta privata* ou *publice confecta*, d'autre part. Les premiers ont une autorité plus grande que les dépositions des témoins : « Censur et monumenta publica « potiora testibus esse senatus censuit. » (L. 10, Dig., de *Probat.*)

« Nam superfluum est privatim testimonium cum publica monumenta sufficiant. » (L. 31, Code, de *Donat.*) Quant aux actes privés ou quasi publics, leur autorité égale celle de la preuve testimoniale. (L. 15, Code, de *Fide instr.*)

Une autre opinion, assimilant l'*instrumentum publice confectum* à l'*instrumentum publicum*, admet que la preuve testimoniale, impuissante contre eux, pourra seulement balancer l'autorité de l'*instrumentum private confectum*.

Enfin, on a proposé une explication historique des anomalies que présente le texte sur le sujet que nous étudions.

Quand l'écriture commença à se répandre chez les Romains ; quand, auprès de la preuve par témoins, qui était d'abord la seule employée, apparut timidement la preuve par l'écriture, il est probable que, soutenue par une longue habitude, la preuve testimoniale conserva longtemps la supériorité.

Avec le temps, l'équilibre s'établit ; nous pouvons prendre pour formule de cet équilibre une constitution de Constantin (an 317), la loi 15, Code, de *Fide instr.*—Plus avantageuse, parce qu'elle était plus certaine, et n'ayant plus, dans cette époque de civilisation, à lutter contre l'ignorance, qui avait été aux premiers temps de Rome, et qui sera plus tard, au moyen âge, sa principale ennemie, la preuve littérale fit des progrès rapides et prit bientôt sur la preuve testimoniale une supériorité qui

nous est attestée pour la première fois par le juriconsulte Paul, lorsque, généralisant le principe de la loi 10, Dig., *de Probat.*, il étend l'autorité des *instrumenta* à tous les écrits dont la sincérité n'est pas mise en doute : « Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturas interrogari non possunt. » (Paul, sent. V, 15, § 4.)

Il existe au Digeste un texte du même juriconsulte qui forme la loi 25, *de Probat.* : « Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit; nisi ipso specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese hæc indebitè promississe. » Le juriconsulte refuse la ressource de la preuve testimoniale à celui qui s'est reconnu débiteur par un écrit indiquant la cause de la dette. Il est vrai que plusieurs auteurs refusent de reconnaître dans ce texte un fragment de Paul. « Le style de ce texte, dit M. Bonnier, indique évidemment une interpolation; les expressions *cautio indebitè exposita* — *indiscrete loquitur* — *indebitè promississe* appartiennent à la langue du Bas-Empire; la distinction entre le cas où la cause est exprimée et celui où le billet *indiscrete loquitur* est présentée par Justin comme une innovation. »

Dans tous les cas, nous avons une constitution de Justin écrite au cinquième siècle, c'est-à-dire environ trois siècles après Paul, qui forme la loi 13 du Code, *de non Numer. Pec.* : « Generaliter sancimus ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex an-

« tecedente 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 iudicis possit instruere. »

L'empereur refuse formellement la preuve testimoniale contre l'autorité de la *cautio*.

Une constitution d'Alexandre Sévère, de l'an 224, refuse d'admettre la seule preuve testimoniale dans une question d'état. (L. 2, Code, *de Testibus*.)

Il est vrai que Justinien (l. 14, Code, *de Contr. et Comm. Stipulatione*) semble s'écarter de notre principe en autorisant la preuve par témoins contre la preuve écrite; remarquons d'abord qu'il ne l'admet qu'avec de grandes précautions : « Vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores. » D'ailleurs il s'agit dans l'espèce d'un écrit constatant un contrat, pour la formation duquel la présence des parties est indispensable, et il y a doute sur la présence des parties, présence mentionnée dans l'acte.

La loi 18, au Code, *de Testibus*, interdit même de faire par témoins la preuve d'un paiement total ou partiel d'une obligation constatée par écrit : « Nisi quemque testes idonei, et summæ atque integræ opinionis....., hique cum sacramenti religione deposuerint sub presentia sua debitum esse solutum. »

L'exception *non numeratæ pecuniæ* est bien une brèche à l'autorité de l'écrit; nous avons expliqué les causes qui l'avaient fait admettre, nous n'y reviendrons pas ici; d'ailleurs on peut dire dans ce cas que les témoins ne figurent que pour corroborer la preuve littérale.

En résumé, la question étant ainsi posée, quelle est, sous Justinien, la force de la preuve testimoniale à l'encontre des écrits? Nous la résoudrons par une distinction :

S'agit-il d'attaquer la sincérité d'un écrit, sa véritable origine? on peut recourir aux deux modes de preuve. S'agit-il de prouver que la teneur de l'acte n'est pas conforme à la réalité des faits qu'il mentionne? sur ce point la preuve testimoniale ne sera pas admise ou ne sera admise qu'accessoirement à la preuve littérale. (Just., pr., *de Empt.*; — Paul, sent. V, 15, § 4.)

Nous avons rencontré des lois qui nous présentent la preuve testimoniale et la preuve littérale également admissibles et pesant du même poids dans la balance du juge. (L. 15, Code, *de Fide instr.*)

Dans d'autres lois, la preuve testimoniale est placée au-dessous de la preuve littérale. (L. 14, Code, *de Contra stip.*; — l. 18, Code, *de Testibus*. Nov. 90, chap. II.)

Il y a des lois qui repoussent formellement les témoins dans certains cas; par exemple, la preuve testimoniale n'est pas admise contre la teneur d'un écrit (L. 13, Code, *de non Num. Pec.*), ni dans une question d'ingénuité. (L. 2, Code, *de Testibus*.)

D'autres lois admettent les témoins, mais à défaut de preuves écrites, ou concurremment avec elles, mais en manifestant pour celles-ci une préférence marquée.

Aucune loi ne repousse, en aucun cas, la preuve écrite; partout où elle est possible, elle est admise; aucune loi ne la déclare inférieure à la preuve testimoniale. Cette supériorité de la preuve littérale sur la preuve testimoniale s'est maintenue pendant tout le temps de la décadence de l'empire d'Orient.

CHAPITRE IV

DE LA PRODUCTION ET DE LA PERTE DES TITRES.

Avant de terminer l'étude de notre sujet, nous croyons qu'il convient de tracer les règles relatives à la production des titres en justice et d'indiquer les conséquences de la perte des instruments.

DE LA PRODUCTION DES TITRES. — Il a toujours été admis, et cela est conforme à la raison et au bon sens, que celui qui invoque contre son adversaire, soit un fait nouveau, contraire à l'état de choses existant, soit une créance quelconque contraire à l'état de liberté, qui est la position normale de deux hommes l'un vis-à-vis de l'autre, doit faire la preuve de son droit ou de sa créance, et, s'il ne peut y parvenir, le défendeur n'aura besoin de recourir à aucun moyen de preuve pour voir tomber les prétentions de son adversaire. Nous trouvons souvent répétée dans les textes du droit romain la formule de cette règle : « *Actori incumbit onus probandi. — Excipiendo reus fit actor. — Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* » Elle est encore écrite dans l'article 1315 du Code Napoléon.

Un autre principe bien connu, c'est que ni l'une ni l'autre des parties ne peut être forcée de produire des écrits qui lui seraient nuisibles : *Nemo cogitur edere contra se.* Les empereurs Dioclétien et Maximien décidèrent formellement que l'adversaire n'est pas obligé de fournir

une preuve qui se retournerait contre lui : « Unde intel-
« ligitis quod intentionis vestræ proprias afferre debetis
« probationes, non adversus se ab adversariis adduci. »
(L. 7, Code, de Testibus.)

Il y avait cependant quelques exceptions à ce principe ;
les titres emportant des obligations réciproques, comme
les titres de vente ou de louage, devaient toujours être
présentés par celui qui les détenait ; il en était de même
pour les livres des marchands qui constataient l'*accep-*
tum et l'*expensum*. Il était encore permis au contribuable
actionné par le fisc, et ne pouvant, par suite de la perte
de ses quittances antérieures, établir la quotité de sa
dette, d'exiger la représentation des registres fiscaux.
(L. 4, Code, de Fide instr.) Enfin, le juge pouvait forcer
le défendeur à exhiber ses livres au cas où il s'agirait de
la répétition d'un dépôt confié. (L. 1, Code, de Edendo.)
La loi 2, au même titre, semble même conférer au juge
le pouvoir d'exiger la production de tous les actes publics
qui pourraient servir à la découverte de la vérité. Il faut
se garder d'exagérer la portée de cette loi, qui détruirait
la règle que nous avons posée ; il vaut mieux croire
qu'elle a eu en vue des titres appartenant à des tiers étran-
gers au procès.

Quand l'acte a été produit au procès, il devient pour
ainsi dire commun aux deux plaideurs, et celui qui s'en
est servi le premier ne peut le retirer du procès, ni refu-
ser de le communiquer à l'autre partie qui prétend l'ar-
guer de faux. Il faut excepter le cas où le titulaire affir-
merait sous serment qu'il a perdu l'acte sans sa faute.

De même que des tiers étrangers au procès sont tenus
de venir déposer oralement devant le juge qui les en
requiert, de même aussi ils sont forcés de fournir les do-

uments dont ils sont détenteurs et qui sont présumés propres à éclairer le débat, pourvu cependant que cette production soit sans danger pour le tiers détenteur. Cette restriction n'est que l'application du principe : *Nemo contra se edere cogitur*. Ajoutons encore qu'on était dispensé de produire des titres qui pouvaient nuire à certaines personnes unies par des liens de parenté ou de patronage, c'est-à-dire aux personnes contre lesquelles on n'était pas forcé de porter témoignage.

Les titres doivent être produits devant le juge (*apud quem res agitur*). Le demandeur doit produire les siens avant la *litis contestatio*; mais il n'est pas obligé de les désigner à son adversaire avant le procès. Le défendeur fait connaître les siens selon les besoins de la cause. Remarquons cependant que le fisc, quand il est demandeur, jouit du privilège de pouvoir forcer son adversaire à faire connaître les titres sur lesquels il compte fonder sa défense. (L. 2, Dig., *de Jure fisci*.) Dans tous les cas, on n'est tenu de communiquer que la partie du titre ou des livres qui a trait à la question en litige et sur laquelle on veut s'appuyer. (L. 3 et 10, § 2, Dig., *de Edendo*.)

Si la production des titres, surtout celle des titres appartenant à des tiers, était difficile à cause de la distance, il y avait lieu à une sorte de commission rogatoire, c'est-à-dire que l'examen des titres était confié au juge du lieu de leur situation, qui envoyait un rapport au juge devant lequel l'affaire avait été commencée et qui, seul, était compétent pour la terminer. (L. 18, Code, *de Fide instr.*; — l. 20, Dig., *de Judiciis*.)

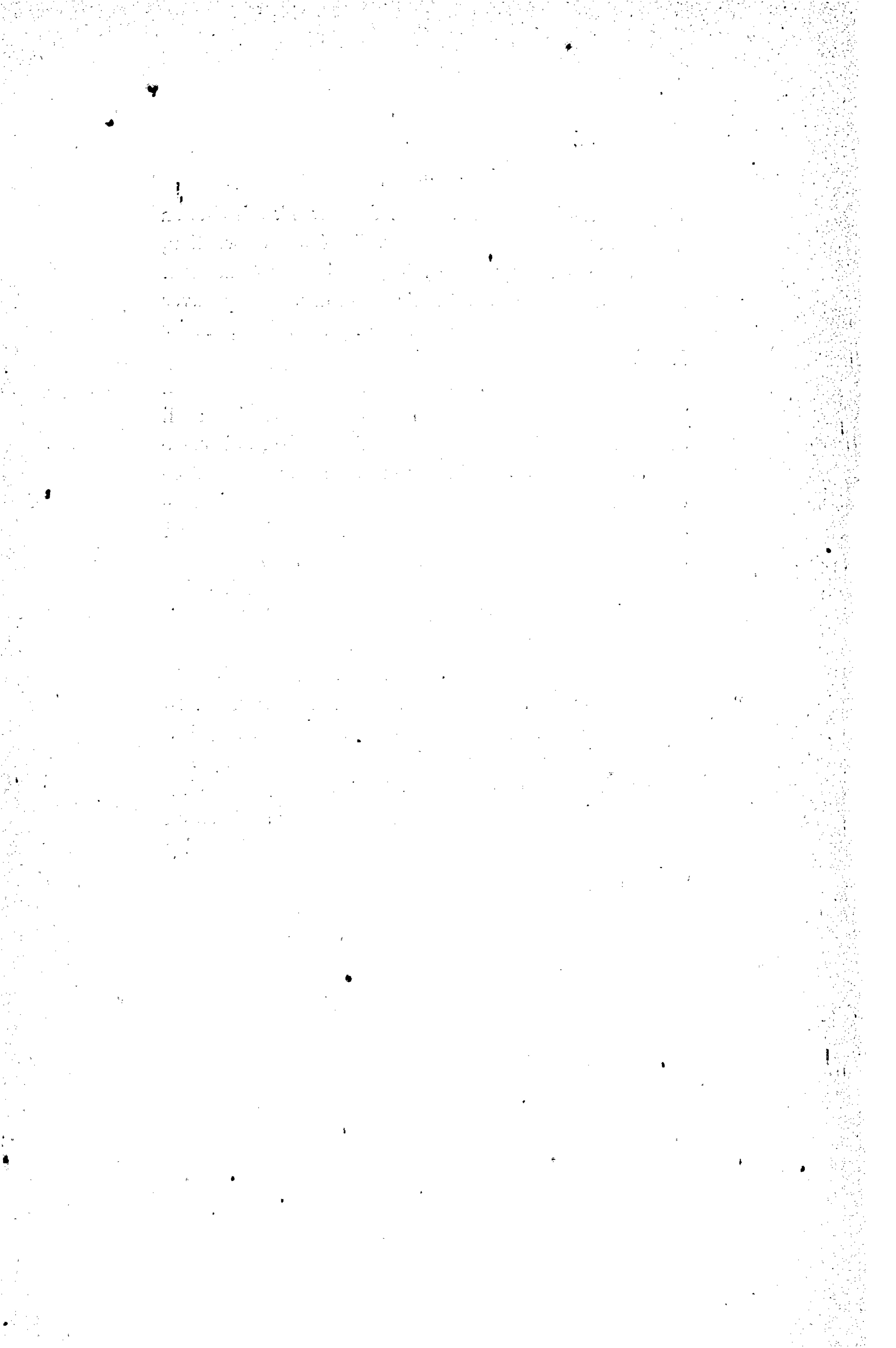
DE LA PERTE DES TITRES. — Dans la plupart des cas, l'écrit n'était pas exigé pour la validité du contrat, mais il servait seulement à le prouver d'une façon plus facile

et plus certaine; aussi la perte du titre n'avait-elle, en général, aucune influence sur la validité de la convention, et le créancier qui ne pouvait produire l'*instrumentum* constatant son droit avait toujours la faculté de prouver autrement la convention intervenue. (L. 19, Code, *de Fide instr.*)

Mais il y avait certains cas pour lesquels la preuve en justice ne pouvait être faite que par un écrit. C'est ainsi qu'une constitution de l'empereur Alexandre, qui forme au Code la loi 2 (*de Testibus*), nous dit : « Si tibi contro-
« versia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instru-
« mentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad
« ingenuitatis probationem non sufficiunt. »

De même encore un *instrumentum dotale* était exigé comme preuve du mariage, quand il s'agissait de légitimer des enfants issus d'une union antérieure, ou bien quand le mariage se formait entre une personne illustre et une femme *quæ ludis scenis sese immiscuerunt*. (L. 10 et 11, Code, *de Natur. liber*; — Just., *de Nuptiis*, § 13.)

Dans tous ces cas, et généralement quand l'écrit perdu servait à constater un contrat qui exige la formation d'un acte, la partie devait prouver d'abord qu'il y avait eu un titre avant d'être admise à faire la preuve des faits qui y étaient énoncés.



DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I

DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE CIVILE.

Nous envisagerons la preuve testimoniale en matière civile sous deux rapports :

- 1° En ce qui concerne les questions d'intérêt pécuniaire et privé ;
- 2° Relativement aux questions d'état.

SECTION I. — DE LA PREUVE TESTIMONIALE DANS LES QUESTIONS D'INTÉRÊT PÉCUNIAIRE ET PRIVÉ.

L'article 1341 du Code Napoléon nous présente les deux principes fondamentaux de notre matière :

PREMIER PRINCIPE. — *La rédaction d'un écrit est exigée toutes les fois qu'il s'agit d'un intérêt excédant 150 francs.*

DEUXIÈME PRINCIPE. — *Même pour un intérêt n'excédant pas 150 francs, dès lors que cet intérêt est constaté par un écrit, on ne peut rien prouver par témoins qui vienne contredire ou éteindre les énonciations de cet écrit.*

I

Occupons-nous d'abord du premier principe : il faut rédiger un écrit pour tout fait présentant un intérêt de plus de 150 francs.

C'est à 100 livres que les ordonnances fixaient la somme

au delà de laquelle la preuve par témoins ne devait plus être admise ; notre article ne la défend que pour une valeur excédant 150 francs. La prohibition, loin de perdre de sa sévérité première, n'en est devenue que plus rigoureuse ; les changements et les altérations que le numéraire a subis depuis 1566 rendaient nécessaire cette augmentation, et les 150 francs d'aujourd'hui ne valent pas les 100 livres tournois d'autrefois. Doit-on s'étonner de cette rigueur de la loi, et croire que les circonstances morales n'étaient pas propres à encourager le législateur à étendre le jeu de la preuve testimoniale ? Non : s'il s'est montré plus sévère que celui de 1566, c'est que l'usage de l'écriture, étant devenu plus familier, rendait la preuve littérale plus facile.

Au-dessous de 150 francs, la preuve par témoins est admise, car si les conventions dont l'objet ne dépasse pas ce chiffre ne pouvaient être prouvées par le témoignage, la nécessité de recourir à l'écriture, et surtout d'aller chez un notaire lorsque les parties ne savent pas écrire, empêcherait souvent de petites opérations qui d'ordinaire se font avec beaucoup de célérité et à peu de frais ; du reste, lorsque l'intérêt du demandeur est si modique, la subornation des témoins n'est pas à craindre.

Mais dès qu'un intérêt supérieur à 150 francs se trouve en jeu, il y a obligation pour les parties de constater dans des écrits authentiques ou sous seing privé tous les faits qui les intéressent. Il ne faut pas croire que l'écrit soit nécessaire comme condition de validité, et que sans lui le fait resterait sans valeur légale ; s'il en était ainsi, il n'y aurait plus en droit français que des actes solennels, et il est précisément contraire à l'esprit de notre législation de subordonner la validité des actes à l'accomplisse-

ment de certaines formalités. Il ne s'agit ici que d'une question de preuve, et la pensée de la loi est uniquement que le fait allégué ne pourra pas se prouver par témoins ; mais elle n'exclut point les autres moyens de preuve, et il resterait toujours à la partie la ressource de l'aveu et du serment. Il ne s'agit pas évidemment de ces actes auxquels la forme donne seule l'existence légale et dont on peut dire : « *Forma dat esse rei,* » tels que les contrats de donation, d'hypothèque, de mariage... ni de ceux pour lesquels la loi exige impérieusement des écrits, comme le compromis et la transaction, sans les soumettre d'ailleurs à aucune forme spéciale et solennelle.

L'article dit : Il doit être passé acte *de toutes choses* excédant 150 francs ; de toutes choses, c'est-à-dire pour tout fait qui intéresse pécuniairement une personne pour plus de 150 francs, et non pas seulement pour des conventions soit productives, soit extinctives d'obligations, soit translatives de droits réels. Le principe posé par la loi est général. L'ordonnance de Moulins avait déjà employé ces expressions *de toutes choses*, et elles avaient paru être expliquées par l'article 54, qui disait : « Seront passez contrats. » L'ordonnance de 1667 a voulu rendre l'application de la règle plus générale ; elle a conservé les mots *de toutes choses*, mais a évité celui de *contrats*. C'est bien ainsi qu'on l'interprétait dans l'ancien droit, et nous voyons dans Danty : « L'ordonnance de 1667 ayant dit : « *Seront passés actes de toutes choses*, on ne doit pas douter que sa disposition renferme non-seulement les conventions, mais généralement toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu s'en procurer une par écrit. » Et Danty cite encore dans le même sens l'opinion de Jousse et de Pothier.

Le Code a voulu consacrer la même théorie, et nous en trouvons la preuve dans notre article 1344 lui-même. Les mêmes expressions s'y retrouvent, et avec cette circonstance qu'elles y ont été mises après coup et en remplacement de ces autres mots du projet *de toutes conventions sur choses*. (Fenet, t. XIII, p. 41.)

L'article 1348 apporte une nouvelle preuve, puisqu'il déclare excepter de la règle les délits, les quasi-délits et toutes les circonstances et les événements où la rédaction d'un écrit eût été impossible; or on n'excepte d'une règle que les cas d'application qu'elle embrasse et qui y resteraient soumis si l'exception n'existait pas.

Quelques arrêts, parmi lesquels un de Toulouse, du 18 mai 1831 (Dev., 1831, II, 302), ont décidé que notre article ne s'appliquait pas au créancier qui, sur une exception de prescription qui lui est opposée, prétend établir que sa créance existe toujours, et que la prescription ne s'est pas accomplie, parce qu'elle a été interrompue par un paiement d'intérêts ou d'arrérages (art. 2248). Ils déclarent que le créancier pourra prouver par témoins le maintien de son droit, quelle qu'en soit l'importance, et ils en donnent pour raison qu'il ne s'agit que d'un fait et non d'une convention, et que, dès lors, la preuve n'est plus dans la catégorie de celles que la loi défend d'administrer par témoins. Mais, ainsi que nous l'avons établi plus haut, l'article 1344 édicte sa prohibition pour toutes circonstances quelconques, et l'article 1348 n'excepte que celles dans lesquelles il y a eu impossibilité de se procurer un écrit. Or le créancier ne pouvait-il point, si sa créance était exigible, en poursuivre le remboursement avant les trente ans, ou se faire donner une reconnaissance écrite de la dette? En cas de rente, ne pouvait-il

pas exiger ou des contre-quitances constatant les paiements d'arrérages faits par le débiteur, ou le contraindre à passer titre nouvel (art. 2263). Il n'était donc pas dans l'impossibilité d'avoir un écrit; puisqu'il n'est pas compris dans l'exception, il reste donc dans la règle de l'article 1341.

Même pour dépôts volontaires, la preuve par témoins n'est pas admise au delà de 150 francs. Le Code a dû s'expliquer expressément sur ce cas particulier, afin de prévenir certains doutes qui déjà s'étaient élevés dans notre ancienne jurisprudence. Sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, plusieurs jurisconsultes avaient soutenu que la preuve pouvait toujours en être faite par témoins, parce que, disaient-ils, il n'est ni dans l'usage ni dans les bienséances, que celui qui fait un dépôt dans les mains d'un ami, et qui reçoit par conséquent un service, demande une reconnaissance écrite; cela paraîtrait offensant dans beaucoup de cas.

Ce raisonnement manquait de justesse; le déposant ne fait pas injure au dépositaire, lorsqu'il lui demande une reconnaissance écrite des choses qu'il lui remet; cette mesure de prudence est prise non contre lui, mais contre ses héritiers, que l'on ne peut connaître à l'avance, et qui d'ailleurs pourraient légitimement nier le dépôt, s'ils en ignoraient l'existence. C'eût été aussi laisser la porte ouverte aux procès que l'on voulait prévenir, car il n'eût pas été plus difficile à un fripon de suborner des témoins pour déposer d'un dépôt que d'un prêt. C'est ce qu'a pensé l'ordonnance de 1667, et notre Code après elle.

Quelques arrêts rendus avant l'ordonnance de 1667, nous dit Pothier, avaient aussi admis la preuve par témoins de prêts à usage, parce que, comme les dépôts,

ces prêts se font ordinairement entre amis, sans en retirer de reconnaissance par écrit; mais cette ordonnance ayant compris le dépôt volontaire dans la règle générale qui exige une preuve par écrit, à plus forte raison doit-on conclure la même chose du prêt à usage, puisque celui qui fait un dépôt a encore plus lieu de craindre d'offenser son ami en lui demandant un écrit que celui qui prête.

Il en est de même encore, et par *à fortiori*, dans le louage de choses mobilières, de meubles meublants, d'un cheval, d'une voiture, etc...; cela n'est pas sans inconvénient, car il n'est guère d'usage de retirer une reconnaissance écrite de la personne à qui on loue un cheval ou tout autre objet; mais la loi est positive. Comme en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279), celui de qui on réclamera l'objet et qui niera le prêt ou le louage en sera présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire, et cette preuve ne pourra être faite que conformément aux dispositions du Code civil. Les circonstances de la cause pourraient seules autoriser les tribunaux à s'écarter du principe.

La loi, dans l'article 1341, se sert de ces mots *somme* ou *valeur*: l'objet réclamé en effet peut ne pas être de l'argent. Dans ce cas, la loi n'ayant fixé aucune base d'appréciation, le juge sera nécessairement investi d'un pouvoir discrétionnaire; il devra déterminer le chiffre soit par lui-même, soit au moyen d'une estimation faite par experts; il ne devrait admettre l'évaluation du demandeur que si elle était reconnue exacte par l'adversaire. Et en effet, pour déterminer si l'intérêt est ou n'est pas supérieur à 150 francs et si la preuve testimoniale est ou non admissible, il ne faut pas considérer le montant de la demande formée par le réclamant, mais bien le

quantum réel du droit résultant du fait qu'il veut prouver. L'article 1341, lorsqu'il demande de passer acte pour plus de 150 francs, se reporte au moment même de la convention, au moment où s'accomplit le fait générateur du droit, et nullement à l'époque du procès qui pourra s'élever plus tard. N'en trouvons-nous pas également la preuve dans les articles 1343 et 1344, qui prohibent l'admission de la preuve testimoniale lorsque le demandeur, qui primitivement avait réclamé 160 francs qu'on lui devait, restreint sa demande primitive à 140 francs, ou déclare sa créance le restant d'une créance plus forte qui dépassait le taux légal?

Après avoir établi dans l'article 1341 que la preuve testimoniale ne serait pas admise au-dessous de 150 francs, la loi développe et sanctionne ce principe dans les articles suivants.

La loi considère tout à la fois et le moment où le droit est né et le moment où il est mis en exercice devant la justice. Et d'abord le moment où le droit est né : la crainte de la subornation des témoins n'était pas le seul motif qui a fait prohiber en principe la preuve testimoniale ; il y en avait un second, cité dans le préambule de l'ordonnance de Moulins, la multiplicité des procès. La loi actuelle, comme l'ordonnance, s'est préoccupée des difficultés, des lenteurs et des embarras de la preuve testimoniale, et elle a voulu, autant qu'il était en elle, couper court à ce genre de constatation judiciaire ; lors donc qu'elle ordonne que toute opération dont l'objet excède 150 francs soit constatée par écrit, c'est un devoir qu'elle impose, et à côté duquel elle place la sanction. Celui-là n'est pas admis à faire preuve par témoins qui a pu se procurer une preuve écrite et qui ne l'a pas fait.

Les événements ultérieurs ne peuvent effacer la faute qu'il a commise dans le principe, la sanction est définitive, irrévocable.

Nous pouvons donc ainsi formuler notre règle : « La « preuve par témoins sera inadmissible si l'intérêt en « question excédait 150 francs dans l'origine, quoiqu'il « soit moindre aujourd'hui. »

Les articles 1343 et 1344 n'en sont que des applications.

ART. 1343. — « Celui qui a formé une demande excé-
« dant 150 francs ne peut plus être admis à la preuve testi-
« moniale, même en restreignant sa demande primitive. »

ART. 1344. — « La preuve testimoniale, sur la demande
« d'une somme même moindre de 150 francs, ne peut être
« admise lorsque cette somme est déclarée être le restant
« ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point
« prouvée par écrit. »

Titius vous devait et vous doit encore 200 francs, vous ne pouvez faire preuve par témoins, encore bien qu'après avoir intenté votre action vous déclariez restreindre votre demande à 150 francs (art. 1343) ; vous êtes en faute, vous auriez dû, dès le principe, vous procurer une preuve écrite ; vous chercherez vainement à éluder la prohibition de la loi par le sacrifice d'une partie de votre créance pour sauver l'autre : la preuve testimoniale vous sera refusée.

Si, dès l'abord, au lieu d'intenter votre action pour 200 francs, vous n'en réclamez que 150, prétendant que cette dernière somme seule vous est due, les témoins seront, il est vrai, entendus ; mais, dès que par leur déposition il deviendra certain que ces 150 francs font partie d'une somme plus forte, la preuve aura été inutile, comme faite en violation de l'article 1344. Qu'on ne dise

point que le juge, après avoir ordonné l'enquête, est lié par son interlocutoire, car la preuve n'a été admise que par erreur; le juge doit rendre son jugement sans avoir égard à l'enquête, car cette enquête était contraire à la loi.

Quelques auteurs, s'appuyant sur ces expressions de l'article 1344, *lorsque cette somme est déclarée*, ont prétendu que la preuve testimoniale était admissible. La prohibition de notre article, disent-ils, s'applique au cas où la somme est *déclarée* être le restant ou faire partie...; d'où il résulte que si la somme était simplement demandée sans dire qu'elle est le restant d'une somme plus forte, la preuve par témoins devrait être admise. (Malleville, *Comm.*, sur l'article 1344.) Ce raisonnement, fondé sur un argument *à contrario*, a trouvé peu de partisans. On conçoit, en effet, combien il serait illogique et peu digne de la part du législateur de dire au créancier : Agissez franchement et loyalement, déclarez que les 150 francs que vous réclamez faisaient partie d'une créance supérieure à ce chiffre, et vous succomberez; dites au contraire mensongèrement qu'ils forment l'intégralité de votre créance et vous réussirez, malgré la preuve postérieurement acquise de votre déloyauté!

Quelle que rigoureuse que paraisse la disposition de l'article 1343, elle doit toujours être observée; mais il ne faut pas non plus cependant trop la prendre au pied de la lettre. Ainsi, le témoignage devrait être admis si vous prouviez que votre créance n'est vraiment que de 150 francs, et que c'est par erreur que vous en aviez d'abord demandé 200. La créance n'est et n'a jamais été que de 150 francs, elle n'a jamais fait partie d'une somme plus forte. L'article 1341 (*in pr.*) ne vous était pas applicable, et cette circonstance qu'une erreur de fait a été

commise ne pourrait être une raison ni un prétexte pour exiger un écrit.

Une créance de 200 francs se trouve divisée (art. 1220) entre votre frère et vous par suite du décès de votre père : vous ne pouvez pas plus faire preuve par témoins pour les 100 francs qui forment votre moitié, que votre père ne l'aurait pu pour la somme entière, ou une partie quelconque de cette somme. C'est surtout en vue de ces cas, que, sur la demande du Tribunat, on a ajouté à notre article 1344 les mots *ou faire partie*, qui n'existaient point dans le projet. Au moment de la demande, la somme, il est vrai, est inférieure à 150 francs ; mais lorsque la dette a pris naissance, elle était supérieure à ce chiffre ; votre père a été en faute de ne point exiger un écrit. Comment les héritiers du défunt auraient-ils plus de droit que le défunt lui-même ?

Pierre vous devait 200 francs, il vous a payé à compte 50 francs. Vous ne pourrez prouver par témoins qu'il vous doit encore 150 francs, parce que c'est là le restant d'une créance plus forte (art. 1344). Vous êtes en faute de n'avoir point fait dresser un écrit, vous en subirez la peine.

Ces décisions de l'article 1344 ont été critiquées. Que les 150 francs forment tout le montant de la créance ou qu'ils soient le restant d'une créance plus forte dont une fraction est déjà payée, ou qu'ils soient seulement une partie d'une créance dont le demandeur sacrifie le reste pour ne point perdre tout, peu importe, a-t-on dit : du moment que je ne demande pas plus de 150 francs et que la loi n'admet la crainte de la subornation que pour un intérêt supérieur, ma demande devrait être admise,

Assurément cette critique serait fort juste si la loi ne s'était préoccupée que de la subornation des témoins ; mais

elle a eu aussi en vue, ainsi que nous le faisons remarquer plus haut, les lenteurs et les embarras de la preuve testimoniale, qu'elle a voulu restreindre autant qu'il était en elle. « Je veux, dit le législateur, même abstraction faite « du danger des faux témoins, écarter autant que possible « le faux témoignage, et je vous ai ordonné en conséquence « de faire un écrit toutes les fois que la chose en vaudrait « la peine (c'est-à-dire quand il s'agirait de plus de « 150 francs). Or vous étiez dans ce cas pour l'objet dont « vous venez aujourd'hui demander une partie, si faible « qu'elle soit. Votre demande tend à introduire le témoi- « gnage dans une circonstance d'où ma règle l'éloigne : « je n'accueillerai donc point votre demande. »

Si le demandeur offrait de prouver par témoins non la créance primitive supérieure à 150 francs et dont la somme aujourd'hui réclamée est le restant, mais une promesse postérieure portant spécialement sur cette dernière somme, devrait-il être écouté? Ainsi j'ai prêté à Paul une somme de 300 francs en présence de témoins ; à l'échéance du terme, il me donne seulement 200 francs, mais il promet devant plusieurs personnes de me rendre le surplus dans un mois. Cette promesse que j'ai acceptée est un nouveau contrat qui peut être prouvé par témoins, puisque la somme qui en est l'objet ne dépasse pas 150 francs. Je pouvais, sans contrevenir à la loi, me contenter de témoins ; qu'importe qu'une promesse primitive de 300 francs ait précédé cette nouvelle promesse de 100 francs et en ait été la cause? il ne s'agit pas de prouver pourquoi vous m'avez promis, mais seulement si vous m'avez promis. C'est une nouvelle obligation et non point une réduction de l'ancienne créance. L'offre de la prouver par témoins ne paraît donc nullement contraire à la disposi-

tion bien entendue de l'article 1344. Telle était aussi la doctrine de Pothier (*Oblig.*, n° 756) : « Si le demandeur, « dit-il, offrait la preuve testimoniale non d'une vente faite « pour le prix de 200 francs, non d'un prêt de 200 francs, « mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur « de lui payer 60 francs qui restaient dus, je pense qu'il « devrait être reçu à la preuve, car cette promesse est une « nouvelle convention n'excédant pas 100 livres; rien « n'empêche que la preuve testimoniale n'en puisse être « admise. »

Vous me vendez 300 francs un cheval pour lequel je vous compte à l'instant 160 francs, en reconnaissant devant témoins vous devoir encore une somme de 140 francs. Comme dans l'hypothèse précédente, les témoins devront être entendus, et il y a ici une raison de moins de douter. On ne peut plus dire que les 140 francs soient le restant d'une dette plus forte, ils font bien partie du prix de 300 francs, mais ils ne sont pas le restant d'une créance de 300 francs, puisqu'ils ont à eux seuls formé toute la créance du vendeur; l'autre partie du prix lui ayant été payée à l'instant même où il livrait le cheval, il n'a jamais été créancier pour cette partie.

La loi, avons-nous dit, ne se place pas seulement au moment où le droit est né, mais encore au moment où il est porté en justice. La cause de la prohibition est alors la crainte de la subornation des témoins. Du moment que le droit par vous réclamé est supérieur à 150 francs, peu importe la question de savoir s'il était tel à l'origine, car de quelque manière qu'il soit arrivé à dépasser la limite tracée par la loi, vous avez un égal intérêt à vous procurer de faux témoins. Vous deviez vous faire donner un écrit, dès que vous avez vu votre droit arriver à 150 francs.

Posons donc cette seconde règle : *Si l'intérêt en litige se trouve excéder 150 francs au moment de la demande, quoique dans l'origine il fût inférieur à ce taux, la preuve testimoniale sera inadmissible.* La loi applique cette règle dans les articles 1342, 1345 et 1346.

Art. 1342. — « La règle ci-dessus s'applique au cas « où l'action contient, outre la demande du capital, une « demande d'intérêts qui réunis au capital excèdent la « somme de 150 francs. »

Ainsi le créancier qui a sans écrit, mais en présence de témoins, prêté à 5 pour 100 une somme inférieure à 150 francs, doit avoir le soin de se faire payer exactement chaque année les intérêts échus, ou, s'il les laisse accumuler, d'exiger un écrit dès qu'ils, réunis au capital, ils vont dépasser 150 francs; il n'aurait plus autrement pour prouver le prêt que la ressource de l'aveu ou du serment, et il en serait ainsi lors même que, par le paiement d'une ou plusieurs années d'intérêts, la créance serait retombée au-dessous de 150 francs, car elle serait alors le restant d'une créance plus forte et tomberait sous l'application de l'article 1344. Dès qu'à un instant quelconque votre créance a excédé 150 francs, le témoignage sera désormais impossible pour chacune de ses parties.

Mais, croyons-nous, il ne faut pas appliquer la règle aux intérêts moratoires, c'est-à-dire aux intérêts qui ont couru depuis la demande, car ils n'en faisaient point partie : le retard que le débiteur récalcitrant a mis à payer ne peut pas enlever au créancier le bénéfice de la preuve testimoniale.

Les accessoires ne doivent être réunis au principal que s'ils naissent de la convention même, s'ils en sont la conséquence directe et nécessaire; il en serait autrement

s'ils venaient d'un fait postérieur au contrat, et n'étaient point, par conséquent, une suite immédiate et forcée de la convention. Ainsi les dommages-intérêts réclamés pour inexécution de l'obligation, ou pour retard dans son exécution, ne doivent pas être cumulés avec le principal. Ce préjudice éventuel causé au créancier est un fait postérieur qui se rapproche d'un délit, et que raisonnablement l'on ne pouvait faire entrer en ligne compte, lorsqu'il s'agissait de savoir si l'on devait ou non dresser acte de la convention. C'est ce qui résulte clairement de la modification que subit au conseil d'État la rédaction première de l'article 1342. Cet article portait dans le principe : « La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action « contient, outre la demande du capital, une demande « en dommages-intérêts. » Ces derniers mots ont disparu lors de la rédaction définitive, et ont été remplacés par le mot *intérêts* seul, ce qui modifie la portée de notre article.

Si les parties avaient à l'avance fixé par une clause le montant des dommages-intérêts (art. 1152), il en serait autrement. Cette clause, qui équivaut à une stipulation d'intérêts, doit, comme toute autre convention, être prouvée par écrit dans les limites tracées par la loi. (Bonnier, *Traité des preuves*, p. 198.)

ART. 1345. — « Si dans la même instance une partie « fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre « par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la « somme de 150 francs, la preuve par témoins ne peut « être admise, encore que la partie allègue que ces « créances proviennent de différentes causes, et qu'elles « se soient formées en différents temps, si ce n'était que « ces droits procédassent par succession, donation ou autrement de personnes différentes. »

Ainsi, quand en janvier je vous ai vendu un objet moyennant 100 francs que vous ne m'avez pas payés, qu'en février je vous ai donné un autre objet en location pour 40 francs qui sont également restés dus, et que plus tard je vous prête 20 francs, le prêt de cette petite somme élevant mon droit contre vous à 160 francs, je dois avoir soin de faire dresser un écrit qui constate ou les trois dettes ou du moins l'une d'entre elles, de manière à n'avoir jamais plus de 150 francs à prouver contre vous par témoins.

Si l'on ne suivait que les déductions du raisonnement, il faudrait dire que la preuve testimoniale doit être admise dans cette hypothèse : en effet, la loi ne m'ordonnait de constater par écrit aucune de ces trois conventions, puisque la valeur de l'objet de chacune d'elles n'excédait pas 150 francs : il semblerait donc que je ne puis être privé du droit de les prouver par témoins. Boiceau, qui commentait l'ordonnance de Moulins, ne doutait pas qu'il n'en fût ainsi, l'ordonnance n'ayant pas de règle spéciale à cet égard. Cependant Pussort, rédacteur de l'ordonnance de 1667, présenta aux magistrats, assemblés par l'ordre du roi pour donner leur avis sur le projet de loi, un article tendant à rejeter la preuve testimoniale lorsque les demandes du créancier jointes ensemble excéderaient 100 livres, quoique provenant de différentes causes et en différents temps. Cet article fut vivement combattu par le premier président de Lamoignon, qui le trouvait contraire au droit et à l'usage. L'article fut cependant adopté (tit. XX, art. 5), et sa disposition a été reproduite par l'article 1345 : « L'esprit de l'ordonnance, en défendant cette « preuve, dit Pothier, ayant été que les particuliers ne « fussent point exposés aux risques de la subornation des

« témoins pour des sommes considérables et excédant
« 100 livres, qui leur seraient demandées par des fripons,
« elle doit être refusée soit que cette somme soit pré-
« tendue pour une seule ou pour plusieurs causes, étant
« aussi facile de suborner des témoins qui déposent de
« plusieurs fausses créances, que d'en suborner qui dé-
« posent d'une seule. Lorsqu'aux créances qui n'excè-
« dent pas cette somme le créancier en ajoute une nou-
« velle qui fait monter le total de toutes les créances à
« plus de 100 livres, il doit en faire dresser acte. »

Tous ces motifs sont inapplicables lorsque les créances proviennent de personnes différentes, par succession, donation ou autrement. Il n'y a plus de contravention à l'esprit de la loi, ni de la part du créancier actuel ni de la part de ses auteurs, puisque la jonction n'est pas le résultat d'un contrat intervenu avec le même débiteur, mais résulte de la force même des choses. Aussi le Code, comme l'ordonnance de 1667, admet-il alors la preuve par témoins (art. 1345, *in fine*).

L'exception de la fin de notre article ne s'appliquerait point au cas où celui qui a acquis par succession, donation, etc., une créance inférieure à 150 francs, se rendrait ensuite directement créancier du même débiteur par un nouvel acte qui porterait la valeur de sa créance à plus de 150 francs ; nous supposons d'ailleurs qu'il l'a fait, sachant bien qu'il était déjà créancier. En pareil cas, en effet, il pouvait retirer une preuve écrite du fait qui l'a rendu créancier pour la seconde fois. Et l'on ne saurait dire que les deux créances procèdent de deux personnes différentes, puisque la seconde procède de cette personne même sur la tête de qui reposait déjà la première.

Pour former le total qui doit rendre inadmissible la

preuve testimoniale, quand il dépasse 150 francs, on ne doit pas compter les créances qui sont de nature à pouvoir se prouver par témoins. Ainsi on laissera en dehors de l'addition : 1° celles qui, présentant un commencement de preuve par écrit, peuvent dès lors recevoir un complément de preuve par témoins, d'après l'article 1367; 2° celles qui, étant nées dans des circonstances où la rédaction d'un écrit était impossible, peuvent dès lors pleinement s'établir par témoins, d'après la disposition de l'article 1348; et il devra en être ainsi aussi bien quand elles seront antérieures aux autres créances du demandeur, que quand elles leur seront postérieures.

Je vous demande 200 francs, dont 100 me sont dus par suite d'un prêt, et les 100 autres par suite d'un dépôt nécessaire (art. 1368); peu importe que le dépôt ait suivi ou précédé le prêt; dans tous les cas, mes deux créances pourront être prouvées par témoins. En effet, si le dépôt est antérieur, j'aurais pu, dans la pensée que j'allais devenir votre créancier pour plus de 150 francs, exiger de vous un écrit; mais la question n'est pas de savoir si j'aurais pu, mais bien si j'aurais dû le faire. Et ne pouvais-je me dire que, mon dépôt étant dans l'un des cas auxquels l'article est inapplicable, mon prêt ne pouvait pas dès lors rentrer sous le coup de cet article, et que, la preuve testimoniale étant admissible, je n'avais nul besoin d'exiger de vous un titre écrit? La loi est assez sévère dans tous nos articles pour qu'on n'ajoute pas à sa rigueur.

Afin que les règles précédentes soient plus exactement observées, l'article 1346, qui reproduit à cet égard la disposition de l'article 6 du titre XX de l'ordonnance de 1667, porte que : « Toutes les demandes, à quelque titre

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

Le but de cet article est de prévenir tout subterfuge, de restreindre autant que possible le nombre des petits procès et d'empêcher qu'un homme de mauvaise foi n'obtienne, à l'aide de témoins et par des demandes successives, une forte somme qu'il diviserait par parties, en s'abstenant toutefois de déclarer que c'est une portion ou restant d'une créance excédant 150 francs, et qui n'était pas prouvée par écrit afin d'éviter l'application de l'article 1344. Disons aussi que l'article se proposait de restreindre le nombre des petits procès et d'obtenir une plus prompt expédition des affaires en réunissant plusieurs procédures en une seule; c'est ce qui explique que la règle s'applique non-seulement au cas où la réunion des demandes excède 150 francs, mais aussi et indistinctement au cas où la réunion est inférieure à ce taux.

Nous devons comprendre dans la règle même les créances dont la preuve par témoins serait autorisée, c'est-à-dire soit qu'elles s'appuient sur un commencement de preuve par écrit (art. 1347), soit qu'elles proviennent de différentes personnes (art. 1345), ou que, pour toute autre raison, elles soient soustraites à la règle prohibitive du témoignage, telles que celles qui ont eu pour cause un quasi-contrat, un délit ou quasi-délit (art. 1348). La loi ne distingue pas; il faut réunir, dit-elle, dans un même exploit, absolument et sans distinction, toutes les demandes qui ne sont pas en mesure d'être *absolument prouvées par écrit*. Les termes de l'ordonnance étaient formels à cet égard; l'article 1347 paraît, il est vrai,

contrarier cette interprétation lorsqu'il déclare que les règles ci-dessus, et par conséquent, dit-on, l'article 1346, reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Mais cette rédaction s'explique très-bien si on se reporte au projet du Code, dans lequel ne figurait pas l'article 1346.

Quant aux droits qui n'étaient pas nés lors de la demande, il est évident qu'on ne pouvait forcer le créancier à les comprendre dans son action. Il serait absurde d'exiger que je mette au nombre de mes demandes celle d'un droit que je n'ai pas et dont je ne soupçonne peut-être pas même l'existence future. Je sais bien que je suis obligé de demander simultanément toutes les créances non prouvées par écrit, mais ce ne peut être que celles qui existent déjà au moment où l'action est intentée, et ce n'est qu'à l'égard de celles-là que la loi dit ensuite que les autres demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit ne seront point reçues.

Faut-il appliquer l'article 1346 aux droits qui, existant déjà, ne sont pas exigibles? La question est controversée. Pour l'affirmative, on dit que l'article ne distingue pas entre les créances exigibles ou non exigibles; que le terme plus ou moins reculé de l'échéance n'a rien à faire dans la question, et que, l'article 1345 voulant que tout créancier dont les droits sont arrivés à 150 francs se procure désormais une preuve écrite pour tout ce qui viendra ensuite augmenter ses droits, son obligation à cet égard ne peut pas disparaître par cette circonstance que la nouvelle créance ou l'une des créances est d'une échéance éloignée. (Colmet de Santerre, p. 610, n° 319 bis.)

La négative nous semble préférable : le principe de la

prohibition de la preuve testimoniale, sanctionné par l'article 1346, est assez rigoureux, pour qu'il ne soit pas permis d'aller au delà. Notre article présente une disposition pénale qui ne permet pas de l'étendre par interprétation; tout ce qu'il ne défend pas doit rester dans le droit commun, et ce serait aller contre les principes fondamentaux de la matière qu'exiger ce qu'elle n'exige pas. L'article 1345 veut qu'on additionne toutes les demandes faites dans la même instance, et l'article 1346 ordonne de réunir et de former par le même exploit toutes les demandes non justifiées par écrit. Or on ne peut pas former la demande de créances non exigibles; ces créances ne peuvent donc pas être demandées dans l'instance introduite pour les autres. Mais, objecte-t-on, si les créances non échues ne peuvent pas être demandées par l'exploit, elles peuvent du moins être indiquées afin que le juge les calcule avec les autres. Sans doute, répondrons-nous, logiquement on eût pu pousser la rigueur jusque-là; mais le législateur n'est point allé si loin; il s'est tenu dans les termes du bon sens pratique en parlant de demandes formées, et on ne forme point une demande pour des créances non échues. (Bonnier, *Traité des preuves*, n° 162.)

L'article 1346 dit que c'est par un même exploit que toutes les demandes doivent être formées. Faut-il entendre le mot *exploit* dans le sens littéral, ou interpréter l'article dans le même sens que s'il y avait le mot *instance*; de sorte que si le créancier forme ses demandes par des actes distincts, mais dans une seule et même instance, il ait obéi au vœu de la loi? Ce serait, croyons-nous, faire une substitution purement arbitraire que changer ainsi les termes de la loi, et prendre *exploit* pour synonyme

d'instance. Ces deux mots ont chacun un sens propre et parfaitement limité. D'ailleurs, dans l'article 1345, le législateur avait employé cette dernière expression (*instance*), et s'il ne l'a point répétée dans l'article suivant, c'est que sa pensée était différente.

Ainsi que nous venons de le voir, les demandes non justifiées par écrit, qui n'auront pas été comprises dans le premier exploit, ne pourront pas s'établir par témoins ; mais le pourront-elles par un autre moyen de preuve ? Le demandeur pourrait-il, par exemple, déférer le serment à son adversaire ? Le texte et l'esprit de la loi s'y refusent, dit-on. Le texte est formel : « Les demandes postérieures ne seront pas reçues. » Il ne dit pas seulement qu'elles ne pourront se prouver par témoins. L'esprit de la loi est de diminuer autant que possible le nombre des procès ; or, que l'on veuille s'appuyer sur le serment de l'adversaire ou prouver par témoins, il y aura toujours un procès nouveau, une succession d'instances lorsque la loi ne voulait qu'une instance unique.

Cette interprétation nous paraît bien stricte et bien rigoureuse : pourquoi serait-on plus sévère pour la sanction de l'article 1345 que pour celle de l'article 1344, qui se contente de repousser la preuve par témoins ? Le texte dit bien que les demandes ne seront pas reçues ; mais ne peut-on pas croire qu'il a voulu, en d'autres termes, reproduire la prohibition de prouver par témoins ? Et, dans un chapitre qui ne s'occupe que de la preuve testimoniale, le législateur peut n'avoir songé qu'à ce mode de preuve et avoir négligé de réserver l'aveu et le serment. Quant au but de la loi, c'est l'économie des frais, et cette économie n'est-elle point réalisée par la prohibition de l'enquête ? (Voir en ce sens Colmet de Santerre, n° 319 bis, IV, p. 610.)

II

*Exclusion de la preuve testimoniale contre et outre
le contenu aux actes.*

Nous allons maintenant étudier le sens et la portée du second principe renfermé dans l'article 1344. Comme le premier, il est reproduit de l'ordonnance de 1566 :

ART. 54. — « ... Avons ordonné et ordonnons que doré-
« navant, de toutes choses excédant la somme ou valeur
« de 100 livres, pour une fois payer, seront passez con-
« trats pardevant notaires et témoins, par lesquels con-
« trats seulement sera faite et reçue toute preuve esdites
« matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, ne
« sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant
« icelui, lors ou depuis. »

L'ordonnance de 1667, tit. XX, art. 2, s'est encore montrée plus sévère : « ... Et ne sera reçue aucune
« preuve par témoins contre et outre le contenu aux
« actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant,
« lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une
« somme ou valeur moindre de 100 livres. » Ainsi une nouvelle prohibition est introduite : la prohibition qui, sous l'ordonnance de Moulins, est restreinte au cas où l'intérêt de la demande dépasse 100 livres, n'a plus de limite, son application embrasse tous les cas. L'ordonnance de 1667 a passé tout entière dans notre Code, à peu de chose près dans les mêmes termes : rien n'est changé, si ce n'est le chiffre de 100 livres qui se trouve remplacé par 150 francs.

Lorsque les parties dressent un acte qui constate leurs conventions, elles doivent le rédiger ou le faire rédiger de manière à ce qu'il ne puisse pas devenir plus tard la

source d'un procès. Elles doivent relater non-seulement l'objet principal, mais encore les clauses accessoires qu'elles ont arrêtées avant ou pendant la rédaction; en un mot, tout ce qui a été convenu, mais rien au delà. A côté de ce devoir que la loi leur impose, se trouve la sanction : si l'une des parties affirme que l'acte qu'elle a dressé ou fait dresser sous sa surveillance est infidèle, qu'il ne renferme pas toutes les clauses convenues, qu'il ne rapporte pas la convention telle qu'elle a été faite, elle affirme par là même qu'elle n'a pas rempli le devoir que lui avait imposé la loi, et la loi la punit en lui refusant le bénéfice de la preuve testimoniale.

Ainsi on ne peut prouver par témoins :

1° Que telle clause qui est relatée n'a pas été entendue entre les parties; par exemple, que la somme prêtée est de 100 francs, lorsque le chiffre énoncé dans l'acte est supérieur; que le prêt est gratuit, lorsque l'acte porte un intérêt de 5 pour 100; que l'obligation est pure et simple, si l'acte fait mention d'un terme ou d'une condition.

Ce serait prouver contre l'acte;

2° Que telle ou telle clause accessoire, qui n'est pas relatée dans l'acte, a pourtant fait partie de la convention; par exemple, que l'obligation est à terme ou conditionnelle, bien que l'écrit ne parle ni de terme ni de condition; qu'un domaine a été affermé moyennant telle somme et telle redevance en nature, lorsqu'il n'est question dans l'acte que d'un loyer en argent.

Ce serait prouver contre l'acte.

En un mot, prouver contre le contenu d'un acte, c'est vouloir par la preuve testimoniale restreindre, élargir ou modifier d'une manière quelconque les mentions de cet écrit, qui doit toujours être accepté tel qu'il est; c'est in-

voquer une modification soit restrictive, soit extensive de l'obligation.

Lorsque l'article 1344 défend de prouver contre le contenu de l'acte, il ne faut pas croire que, par ce second principe, il interdise de recourir au témoignage pour interpréter l'acte : ce n'est point vouloir modifier une clause que de chercher à en bien saisir le sens et la portée ; l'interprétation des actes est autorisée par la loi dans toutes les conventions. Il sera donc permis de recourir aux témoins, pourvu qu'on ne fasse qu'une interprétation et qu'on s'en tienne définitivement et uniquement à l'acte qui sera reconnu avoir telle signification et s'appliquer à tel objet. C'est ainsi qu'à défaut de mention expresse dans un acte de vente des dépendances d'un domaine, ces dépendances pourront être établies par la preuve testimoniale.

La défense de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes ne s'applique qu'aux personnes qui y ont été parties et à leurs héritiers ou ayants cause, parce qu'ils doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui s'y trouve écrit et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis une chose qui devait y être comprise. Cette prohibition ne saurait concerner les tiers au préjudice desquels on aurait inséré dans les actes des choses contraires à la vérité, car il ne leur a pas été possible de se procurer une preuve écrite pour attester la fausseté de ces énonciations.

Si donc, dans un acte de cession des droits d'un héritier à un non-successible, les parties avaient déclaré un prix excédant le prix réel, afin d'empêcher les cohéritiers d'exercer le droit de retrait conformément à l'article 841, en remboursant au cessionnaire le prix de la cession, rien n'empêcherait ces cohéritiers de prouver par témoins que

le prix porté dans l'acte est de beaucoup supérieur au prix réel. Il en serait de même dans l'hypothèse de l'article 1699, et Pothier le décidait ainsi dans tous les cas de retrait.

La règle ne serait pas non plus applicable au cas où, l'une des parties ayant été victime d'un dol, d'une fraude, de violence ou même d'erreur, l'acte constaterait par son contexte que tout s'est régulièrement passé entre les parties; il faudrait au contraire appliquer celle-ci : que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible à celui qui l'invoque de se procurer une preuve écrite du fait qu'il allègue à l'appui de sa prétention.

Mais, à part le cas de violence ou de dol, les parties sont-elles recevables à attaquer pour cause de simulation un acte qu'elles ont volontairement souscrit? Est-ce là contrevenir au principe qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes? Si la simulation a été faite *in fraudem legis*, la jurisprudence autorise les parties à faire preuve par tous les moyens possibles; c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 7 mai 1836, dans l'hypothèse d'un billet ayant pour cause apparente un prêt, tandis que la cause réelle était un dédit de mariage. On ne pouvait exiger que la fausseté de la cause fût établie par une contre-lettre. Entendu autrement, l'article 1341 ne pourrait que favoriser toutes les fraudes à la loi, puisque ce serait en rendre la preuve impossible.

Lorsque les parties n'ont eu en vue ni de nuire à des tiers ni de frauder la loi, c'est-à-dire en cas de simulation simple et qu'il n'y a eu ni dol ni violence, c'est le cas, à dire, avec Pothier, que la partie qui argue de la simulation est en faute de ne point s'être fait délivrer une contre-

lettre : ainsi un vendeur poursuivi en garantie par l'acheteur ne serait point admis, pour échapper à la garantie pour cause de vente, à soutenir que la vente n'est point réelle, que ce n'était qu'une liquidation de société. (Arrêt de cassation du 6 août 1828.)

Nous connaissons maintenant la portée du second principe de l'article 1341 : il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ; aussi pouvons-nous passer à l'examen d'une grave question, l'une des plus ardues peut-être de notre sujet : Peut-on se servir de la preuve testimoniale pour établir le paiement d'une créance, qui en fait a été constaté par écrit, même lorsque cette rédaction par écrit n'était pas exigée ?

Cette question en embrasse une plus générale : La règle qu'il est défendu de prouver outre et contre le contenu aux actes contient-elle tous les faits qui sont de nature à exercer une influence plus ou moins directe sur le contrat dont le titre est représenté ?

La majorité des auteurs enseigne que, lorsqu'une convention a été constatée par écrit, les parties, qui par des conventions postérieures y ont apporté quelque changement, doivent avoir soin de les relater soit dans le même acte, soit dans un acte séparé. Ces modifications soit restrictives, soit extensives de la première ne pourront se prouver par témoins, alors même que leur objet n'excéderait pas 150 francs. Quant aux conventions qui ont pour but de supprimer la première, d'éteindre les obligations qu'elle avait fait naître, il n'est pas nécessaire d'en retirer une preuve écrite ; elles pourront, si leur objet n'excède pas 150 francs, se prouver par témoins.

En effet, dit-on, que défend la loi ? De prouver outre et contre l'acte, de mettre en conflit la preuve littérale et la

preuve orale; or celui qui demande à prouver un paiement ne cherche pas à lutter contre l'acte qu'on lui oppose, il en reconnaît parfaitement l'exactitude, et il en est de même de celui qui invoque une dation en paiement, une novation, une remise de la dette, etc.

La négative répond : Si l'argument est juste, il faut conclure que l'on peut aussi prouver les modifications soit restrictives, soit extensives qui sont intervenues après coup. Un acte porte que la somme sera payable au domicile du créancier, et le débiteur soutient qu'une convention postérieure est intervenue, qui lui permet de faire le paiement à son propre domicile : lui refuserez-vous la preuve testimoniale? Est-ce qu'il ne peut point dire, comme le débiteur qui invoque sa libération : Je n'attaque point l'acte, je reconnais l'exactitude de toutes ses énonciations; il est bien vrai qu'il a été convenu que le paiement serait fait au domicile du créancier, mais il en a été décidé autrement après coup, et c'est cette dernière convention que je demande à prouver. L'argument dont se sert l'affirmative pour permettre la preuve de l'extinction de la créance entraînerait à permettre la preuve de toutes les modifications restrictives ou extensives de l'obligation.

Mais, objectent alors les partisans de l'affirmative, l'obligation constatée dans un écrit dont la validité n'est pas contestée est réputée exister aujourd'hui telle qu'elle était à son origine : donc c'est prouver contre l'acte que prouver que l'obligation n'est plus ce qu'elle était dans le principe, qu'elle est, par exemple, devenue à terme ou conditionnelle; donc on ne peut prouver par témoins les modifications qu'elle a, selon le dire de l'une des parties, subies après coup.

Notre réponse sera la même que tout à l'heure : pour

démontrer que l'on ne peut prouver par témoins que l'obligation qui est relatée dans l'acte a cessé d'exister par suite d'une convention postérieure, le créancier dira : Mon titre prouve 1° que l'obligation a existé, et 2° qu'elle existe encore, sauf la preuve du contraire ; donc c'est vouloir prouver contre l'acte que prétendre établir que l'obligation dont je rapporte la preuve écrite n'existe plus. Si donc c'est prouver contre l'acte que soutenir que l'obligation qui y est relatée n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était d'abord, à bien plus forte raison est-ce prouver contre lui qu'établir que l'obligation dont il prouve l'existence n'existe plus. L'argument dont se sert l'affirmative pour refuser la preuve par témoins des modifications apportées à la créance peut donc être appliqué aux conventions extinctives.

Les parties, dit-on, doivent insérer dans l'acte ou dans un acte séparé toutes les conventions postérieures qui le modifient, tandis qu'elles ne sont pas tenues d'y insérer les conventions qui l'éteignent ou d'en dresser un acte séparé ! Mais cet argument n'est qu'une pétition de principe : c'est la question résolue par la question. Pourquoi ce devoir dans le premier cas et non point dans le second ? Marcadé tâche d'en donner la raison : « Lorsque
« le fait allégué serait venu seulement changer l'état de
« choses antérieur dans quelque-une de ses parties,
« tout en le maintenant d'ailleurs, l'écriture est demandée
« pour la preuve, parce qu'il n'est pas croyable qu'on ait
« modifié les choses sans modifier l'écrit qui les consta-
« tait et que l'on conservait comme les constatant : il
« était trop naturel, du moment qu'on ne déchirait pas
« cet acte, pour laisser tout sous l'empire de la preuve
« testimoniale, d'en faire pour ainsi dire une édition

« nouvelle et exacte. Au contraire, quand le fait allégué
« serait venu détruire, supprimer le précédent état de
« choses, en sorte que l'écrit primitif voyait disparaître
« l'objet de sa constatation ; quand on est venu non pas
« conserver en le modifiant l'état de choses antérieur,
« mais créer un autre état de choses, qui supposait bien,
« mais qui faisait entièrement cesser l'état précédent :
« alors l'écriture n'est pas exigée, et la circonstance que
« le premier état était constaté par un écrit encore
« subsistant n'empêche pas de prouver le second par
« témoins, parce que, s'agissant alors d'une chose abso-
« lument nouvelle, d'une chose pour la constatation
« écrite de laquelle il aurait fallu non pas une édition
« nouvelle et corrigée du même acte, mais un autre
« acte, les parties se sont retrouvées sous le droit com-
« mun et ont été libres ou de rédiger cet autre acte, ou
« de se contenter de témoins, puisque l'intérêt (on le
« suppose) n'excédait pas 150 francs. »

Comment l'on avoue que les parties sont en faute lorsqu'elles n'ont pas inséré dans le même acte ou un acte séparé les modifications stipulées après coup, et que c'est à cause de cette faute que la loi leur refuse le bénéfice de la preuve testimoniale, et on déclarera innocent le débiteur qui, après avoir payé, n'aura pas exigé la suppression du titre, ou qui, le laissant subsister, n'a point retiré une quittance ? Quo s'il est naturel de faire une édition nouvelle de l'acte lorsqu'on modifie la convention qu'il renferme, ne l'est-il pas davantage, lorsqu'on l'éteint, de supprimer complètement le titre qui sert de preuve ? Dans le premier cas, où l'intérêt en jeu est minimo, vous exigez un écrit ; et dans le second, où il est bien plus important, vous ne l'exigeriez pas ?

M. Duranton, qui se borne à examiner la question au point de vue seul du paiement, sans parler des autres modes d'extinction, donne une raison autre que Marcadé. « Il arrive souvent, dit-il, qu'un paiement soit fait dans « une foire, dans un marché, ou dans toute autre circon- « stance particulière où le créancier n'a pas son titre sur « lui, et aussi lorsqu'il n'y avait pas facilité de faire en « ce moment une quittance par-devant notaire, ou même « sous seing privé. »

Mais qui ne voit que cette raison peut être également invoquée par celui qui voudrait prouver une modification postérieure de l'obligation ?

En cas de remise gratuite, on donne une raison particulière ; le débiteur a été dans l'impuissance morale de s'en procurer une preuve écrite. Sa méfiance en demandant un écrit blesserait justement le créancier qui vient de se montrer si généreux.

Mais qui nous empêche de répondre, ce que nous avons déjà dit à l'occasion du dépôt volontaire : C'est une mesure de prudence qui est prise non pas tant contre le créancier que contre ses héritiers, que l'on ne peut connaître à l'avance, et qui pourraient, dans l'ignorance de la remise, la nier de très-bonne foi.

M. Mourlon (*Revue critique*, t. IV, p. 128) fait remarquer à quelles conséquences bizarres on est forcé d'arriver dans le système que nous combattons.

Soit une dette de 150 francs à la charge de Pierre et cautionnée par Paul ; celui-ci prétend que le créancier, par une convention postérieure, lui a fait remise du cautionnement ; pourra-t-il faire entendre des témoins ? Non, répondra-t-on dans le système de MM. Marcadé et Duranton, car l'ancien état de choses subsiste toujours ; il a été

simplement modifié dans l'une de ses parties, et il n'est pas croyable qu'on ait modifié l'état de choses sans faire une édition nouvelle de l'acte qui les constatait.

Mais si la caution, au lieu de la remise du cautionnement, invoquait la remise de la dette, devrait-elle être entendue ? Evidemment, car il ne s'agit plus d'une simple modification de la créance, d'un changement apporté à l'état de fait antérieur, mais de son extinction complète.

Voilà donc deux solutions différentes ; les faits qui y ont donné lieu sont-ils, au point de vue qui nous occupe, différents aussi ? et dans les deux cas ne s'agit-il pas pour la caution de l'extinction de son obligation ? Si l'on objecte que nous appliquons mal le système que nous combattons, et que la caution peut aussi bien prouver par témoins la remise du cautionnement que la remise de la dette : mais alors, répondrons-nous, pourquoi, si la caution peut prouver par témoin que le cautionnement a été éteint après coup, le débiteur ne pourrait-il pas prouver de la même manière que par une convention postérieure on lui a fait remise de l'hypothèque ou du gage qu'il avait donné pour la sûreté de sa dette ?

La distinction sur laquelle repose le système de Marcadé ne saurait être admise ; elle est purement arbitraire, et ne peut s'appuyer sur un texte.

Aussi une autre explication a-t-elle été proposée : en défendant de prouver ce qui a été fait depuis la rédaction de l'acte, la loi n'a entendu parler que des dires, aveux, explications verbales qu'invoquerait l'un des contractants pour rendre à la convention le sens et la portée qu'elle a eus selon lui dès le principe, mais qui ne résultent pas des termes mêmes de l'acte ; et alors toutes les conventions postérieures soit extinctives, soit modificatives, de la

première, pourront être prouvées par témoins lorsque leur objet ne dépassera pas 150 francs.

A l'appui de cette interprétation, on invoque un argument historique : l'ordonnance de Moulins portait que nulle preuve n'est admise contre l'acte, ni sur ce qui est allégué « avoir été dit et convenu avant icelui lors ou « depuis » ; la prohibition renfermait donc à la fois, les dires et explications verbales d'une part, et de l'autre les conventions postérieures, qui auraient éteint ou modifié l'obligation. Dans l'ordonnance de 1667, le mot *convenu* a disparu, l'article 1341 ne l'a pas rétabli, tout semble donc faire croire que la prohibition ne s'applique plus qu'aux conversations, dires ou aveux (Colmet de Santerre).

Nous ne croyons pas ce système fondé ; et, en effet, est-ce bien dans une pensée restrictive que le mot *convenu* a été effacé, n'est-ce pas plutôt comme une redondance inutile ? Et le mot *dire*, dont le sens est général, ne peut-il en même temps s'appliquer aux simples explications verbales et aux conventions postérieures modificatives ou extinctives de la convention ?

Ce système, contraire à celui que nous soutenons, va directement contre l'esprit de la loi : n'est-ce pas ouvrir la porte aux procès que permettre aux parties de prouver par témoins les conventions qui ont eu pour but de supprimer ou de modifier une convention antérieure constatée par écrit. Le créancier, fort de son titre, ne manquera pas, s'il est peu honnête, de nier les paiements qui lui seront opposés ; ses héritiers, quoique de très-bonne foi, pourront invoquer le titre qui n'a pas été supprimé, puisqu'on ne leur oppose point de quittance.

Le texte et l'esprit de la loi nous paraissent donc formels en faveur de notre opinion.

CHAPITRE II

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

Les deux principes que nous venons d'examiner :
1° que la preuve testimoniale n'est point admise pour un intérêt supérieur à 150 francs ; 2° que, même au-dessous de ce chiffre, elle n'est admise ni outre ni contre le contenu aux actes, souffrent trois exceptions :

1° Quand il existe un commencement de preuve par écrit. (Art. 1347.)

2° Quand il a été impossible au réclamant de se procurer ou de conserver un titre écrit. (Art. 1348.)

3° En matière de commerce.

SECTION I. — PREMIÈRE EXCEPTION : COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT.

Cette exception a de tout temps été admise sous l'ancienne législation : bien que l'ordonnance de Moulins n'eût pas prononcé le mot de commencement de preuve par écrit, la doctrine avait suppléé à ce silence. L'ordonnance de 1667 vint combler cette lacune (tit. XX, art. 3) :
« N'entendons exclure la preuve par témoins pour
« dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte ou
« naufrage, ni en cas d'accidents imprévus où on ne
« pourrait avoir fait des actes, et aussi lorsqu'il y aura
« un commencement de preuve par écrit. » Remarquons

toutefois que l'ordonnance ne définit pas ce qu'on doit entendre par commencement de preuve par écrit.

Le Code Napoléon, dans l'article 1347, en donne une définition précise : « On appelle commencement de « preuve par écrit tout acte écrit qui est émané de celui « contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il « représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. » Ces mots « de celui contre lequel la demande est formée », faisons-le remarquer tout d'abord, doivent s'entendre non pas de la demande principale, mais de la demande à fin de preuve ; car il est clair que si c'est le défendeur qui veut, par exemple, prouver un paiement par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, l'acte qui lui en servira devra évidemment émaner du demandeur ou de celui qu'il représente.

Pour qu'il y ait légalement commencement de preuve par écrit, deux conditions sont nécessaires : 1° il faut que l'écrit émane du défendeur, auquel on l'oppose, ou de celui qu'il représente ; 2° que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué.

1° Il faut que l'écrit émane du défendeur, auquel on l'oppose, ou de celui qu'il représente.

En principe, l'exclusion de la preuve testimoniale n'entraîne pas avec elle l'exclusion des autres preuves orales moins suspectes, l'aveu et le serment. Si un aveu complet prouve la convention, il peut y avoir aussi un aveu incomplet qui, sans donner une pleine démonstration du fait allégué, est cependant de nature à le rendre vraisemblable, et alors, si cet aveu est constaté par écrit, il fait disparaître tous les dangers de la preuve testimoniale. L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose, autrement ce ne serait plus un aveu, et il ne rendrait plus

vraisemblable le fait allégué. Si c'était d'un tiers ou du demandeur qu'il émanait, il ne prouverait rien : ce serait tout au plus, dans le premier cas, le témoignage d'un tiers, et un témoignage rendu sans les garanties prescrites par la loi ; et dans le second, ce serait moins encore, car personne ne peut se faire un titre à soi-même.

Dans l'ancienne jurisprudence, et surtout à une époque très-rapprochée de l'ordonnance de Moulins, on n'exigeait point que le commencement de preuve par écrit eût ce caractère d'un avou, c'est-à-dire qu'il émanât du défendeur ; on cherchait autant que possible à éviter l'application de l'ordonnance que l'on considérait comme exorbitante. Mornac (*ad Legem certi*, § *Quoniam*, Dig., de *Rebus creditis*) disait que l'édit ne défendait point la preuve testimoniale pour une somme supérieure à 100 livres : « Si « vel tantillum scripto cui fides adhibeatur de re contro- « versa consistet, etc..... ; » et Vrevin, sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, rapporte un arrêt qui a jugé que la reconnaissance faite par une veuve, même dans l'inventaire de la communauté, d'une dette de cette communauté envers elle, peut être opposée aux héritiers du mari comme un commencement de preuve par écrit pour la part qui leur est demandée. On alla même si loin dans cette voie, qu'un jurisconsulte célèbre, discutant une question de restitution de trousseau, voyait un commencement de preuve par écrit dans les initiales dont sont marqués le linge et les hardes, parce que, disait-il, la marque est une espèce d'écriture qui tient lieu d'un commencement de preuve par écrit ; c'était prendre bien à la lettre le *tantillum scripto* de Mornac, et ajoutons que d'ordinaire cette marque est l'œuvre de la femme elle-même.

L'ordonnance de 1667 n'a point condamné formellement cette jurisprudence, puisque, ainsi que nous le faisons observer plus haut, elle n'a point défini ce qu'elle entendait par commencement de preuve par écrit. Danty et Pothier enseignèrent bien que l'écrit devait émaner d'une partie engagée dans la contestation, mais rien n'obligeait les tribunaux à se conformer à cette doctrine.

Sous l'empire du Code Napoléon, on a soutenu, et Toullier entre autres, contrairement au texte de l'article 1347, que, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit, il n'y a pas à considérer de quelle personne l'acte émane, il suffit que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué ; c'est une question d'appréciation laissée à la sagesse du juge, qui peut voir assez de vraisemblance dans un écrit, même non émané de celui à qui on l'oppose ou de son auteur.

A l'appui de sa thèse, Toullier invoque l'ancienne jurisprudence, dont nous venons de décrire l'état, et la disposition des articles 320, 1335, 2° et 3°, et 1336 du Code Napoléon.

Quant au premier argument, il suffit de répondre que l'autorité des anciens auteurs ne saurait être d'aucun poids dans la question, puisque de leur temps le commencement de preuve par écrit n'avait pas reçu de définition légale. Le second argument ne saurait avoir plus de force. Il est vrai que plusieurs textes du Code Napoléon nous offrent des exemples d'actes qui peuvent et même doivent servir de commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent point de celui auquel on les oppose comme tels, ou de son auteur. Ainsi, lorsqu'il s'agit de faire admettre la preuve testimoniale en matière de réclamation

d'état d'enfants légitimes, nous verrons que l'article 324 porte que le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres ou papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. Dans les articles 1335, 2°, et 1336, le Code nous donne encore des exemples d'écritures qui ne sont point émanées de celui contre lequel la demande est formée, ni de ses auteurs, et qui cependant peuvent servir de commencement de preuve. L'article 1335 est relatif aux copies des actes, et son deuxième paragraphe s'exprime ainsi : « Les copies
« qui, sans l'autorité du magistrat ou sans le consente-
« ment des parties, et depuis la délivrance des grosses
« ou premières expéditions, auront été tirées sur la mi-
« nute de l'acte par le notaire qui l'a reçue, ou par l'un
« de ses successeurs, ou par des officiers publics qui en
« cette qualité sont dépositaires des minutes, peuvent, en
« cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont an-
« ciennes : elles sont anciennes quand elles ont plus de
« trente ans ; si elles ont moins de trente ans, elles ne
« peuvent servir que de commencement de preuve par
« écrit. » Paragraphe 3 : « Lorsque les copies tirées sur
« la minute d'un acte ne l'auraient pas été par le notaire qui
« l'a reçue, ou par l'un de ses successeurs, ou par des of-
« ficiers publics, qui en cette qualité sont dépositaires
« des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit
« leur ancienneté, que de commencement de preuve par
« écrit..... »

L'article 1336 est relatif à la copie des actes transcrits sur le registre du conservateur des hypothèques ; il porte : « La transmission d'un acte sur les registres pu-

« blics ne pourra servir que de commencement de preuve
« par écrit..... »

De tous ces exemples, Toullier conclut qu'il n'est pas nécessaire, en règle générale, que l'acte émane de celui à qui on l'oppose. Toutes ces dispositions des articles précités ne sont que des exceptions qui, loin de détruire la règle, viennent la confirmer : *exceptio firmat regulam*. Notre règle est en vérité par trop formelle et précise pour qu'il soit permis de n'en pas tenir compte. Le deuxième alinéa de l'article 1347 est fait uniquement et tout exprès pour nous dire que l'écrit qui rend l'allégation vraisemblable doit, en outre, émaner de celui à qui on l'oppose.

On ne pourra donc ranger parmi les écrits formant commencement de preuve par écrit les actes sous seing privé dont l'écriture ou la signature est déniée ou méconnue. En effet, si mon adversaire dénie pour sienne l'écriture ou la signature que je prétends être de lui, ou méconnait cette écriture ou cette signature pour être celle de son auteur, il est évident que cet écrit que j'invoque comme commencement de preuve ne saurait avoir cet effet qu'après constatation judiciaire ; car tant que cette constatation n'est point faite, on ne peut dire que l'acte émane de cette personne, puisque c'est là précisément le point en question.

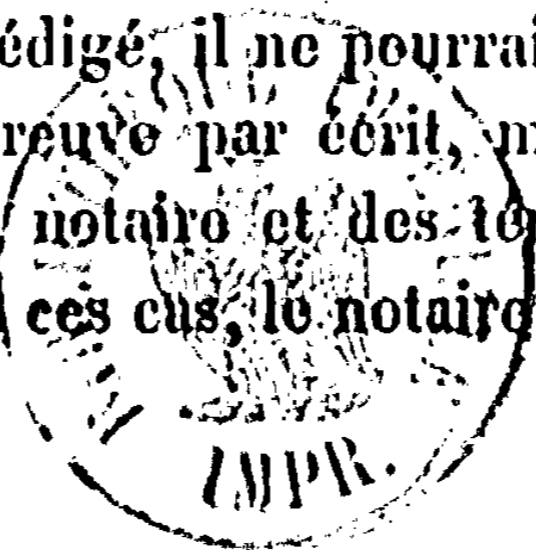
Par la même raison, des quittances émanées d'un prétendu créancier ne peuvent lui servir de commencement de preuve par écrit, puisque ce ne sont point des actes émanés de celui auquel on les oppose. Ces quittances, par le fait de leur présence, rendent vraisemblables contre lui les paiements qu'elles énoncent et même les paiements antérieurs s'il s'agit des arrérages d'une rente ;

mais si elles présentent la seconde condition exigée par la loi, elles ne présentent point la première. Aussi croyons-nous, malgré l'opinion contraire de Toullier, que le créancier d'une rente, auquel l'héritier du débiteur oppose la prescription, ne peut pas, pour arriver à prouver par témoins l'interruption de cette prescription, invoquer comme commencement de preuve par écrit les quittances d'arrérages qu'il a données à ce débiteur.

Le commencement de preuve par écrit peut se rencontrer soit dans des lignes tracées par la personne et non signées d'elle, soit dans des lignes écrites par un tiers, pourvu qu'elles soient signées d'elle; car la signature est une écriture, et apposée à la suite d'une écriture étrangère, elle lui donne force et permet d'attribuer au signataire les déclarations ou énonciations contenues dans le corps de l'écrit.

Les conditions de l'article 1347 peuvent encore très-bien se trouver réunies dans des registres, des papiers domestiques ou des lettres missives.

Il en sera de même d'un acte notarié, s'il réunit toutes les conditions exigées par la loi pour être valable et que les formalités prescrites pour remplacer la signature aient été remplies, car on se trouve alors en présence d'un fonctionnaire aux énonciations duquel la loi ordonne d'ajouter foi : on peut dire légalement que cet acte émane de vous, puisque le notaire l'affirme. Mais si l'acte, qui n'est ainsi ni écrit ni signé par la personne, était nul, soit pour vice de forme, soit pour incompétence ou incapacité de l'officier qui l'a rédigé, il ne pourrait plus servir de commencement de preuve par écrit, même à l'effet d'autoriser l'audition du notaire et des témoins instrumentaires, car, dans tous ces cas, le notaire est considéré



comme personne privée, la loi ne lui reconnaissant de caractère public que lorsqu'il est compétent, capable, et qu'en outre il s'est conformé aux formalités dont elle lui a prescrit l'observation. Pour que l'acte ainsi nul pût servir de commencement de preuve par écrit, il faudrait qu'il eût été signé par la personne à qui on l'oppose.

On pourrait encore admettre à ce titre les déclarations faites dans un interrogatoire sur faits et articles, bien que non signées de la partie. (Arrêt de rejet du 15 mars 1843 ; — Bonnier, *Traité des preuves*, n° 168). — Il en serait de même d'un procès-verbal de conciliation.

Pourra-t-on invoquer comme commencement de preuve par écrit, devant les tribunaux civils, les réponses faites précédemment dans le cours d'une instruction criminelle? Malgré les termes généraux de la loi : *Tout acte par écrit... qui rend vraisemblable le fait allégué*, la Cour de Paris, le 13 août 1836, avait jugé le contraire. Les juges civils, disait-on; ne peuvent puiser leur conviction dans les documents d'une procédure criminelle. Mais cette restriction était arbitraire, et l'arrêt de la Cour de Paris a été cassé le 2 juin 1840. L'acte doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ; or ce caractère appartient aux réponses faites devant le juge d'instruction, réponses qui sont lues à l'accusé, avant qu'il y appose sa signature, pour qu'il puisse reconnaître si ses déclarations n'ont pas été dénaturées. Mais on ne pourrait étendre cette décision aux simples dires constatés par les notes d'audience rédigées par le greffier. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 17 juillet 1841 : « Attendu « qu'on ne peut attribuer ce caractère à un écrit qui n'est « pas émané du prévenu, dont il n'a pu contrôler la te- « neur, qu'il n'a ni vu ni signé, et qui est l'ouvrage d'un

« officier à qui la loi n'a pas donné de mission spéciale à cet effet. »

Comme actes non écrits ni signés par la partie de laquelle ils émanent, et qui cependant peuvent servir de commencement de preuve par écrit, on peut citer les registres d'un marchand, écrits par ses commis et sous sa direction : ils sont comme écrits par lui-même, puisqu'ils le sont par ses préposés, ses mandataires.

On doit considérer comme émané de la personne à qui on l'oppose un écrit émané de son auteur ou de son mandataire. Ainsi les écrits émanés d'un défunt peuvent être opposés à ses héritiers, ses successeurs universels et à titre universel ; ceux d'un débiteur à ses créanciers, qui, conformément à l'article 1166, exercent ses droits et actions ; ceux d'un vendeur à l'égard de l'acheteur, d'un donateur à l'égard du donataire, en ce qui concerne la chose donnée ou vendue ; du mandataire à l'égard du mandant, en ce qui concerne les actes qui rentrent dans les limites du mandat.

Mais lorsqu'il n'y a pas entre la personne de qui l'acte émane, et la personne à qui on l'oppose, les rapports d'auteur à ayant cause ou de mandataire à mandant, on ne saurait se fonder sur la connexité des intérêts pour tirer des écrits de l'une un commencement de preuve contre l'autre. Ainsi on ne pourrait opposer au copropriétaire par indivis d'un immeuble l'écrit émanant d'un de ses copropriétaires, quand il n'y a eu ni mandat donné ni ratification. (Cass., 30 décembre 1839 ; — Sirey, 1840, I, 139.)

On décide de même pour les écrits émanés du *negotiorum gestor*, si le maître ne ratifie les actes de gestion ni expressément ni tacitement.

2° *Il faut que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué.*

C'est là la seconde condition exigée par l'article 1347.

— Dans l'appréciation de la première condition, y a-t-il oui ou non un écrit émané de la personne à laquelle on l'oppose, les tribunaux de première instance et d'appel sont soumis à la censure de la Cour de cassation, car la solution de la question à résoudre dépend de principes de droit. — Mais la loi pouvait-elle régler le nombre et la qualité des présomptions qui rendent un fait vraisemblable? était-il en son pouvoir de fixer des règles à la persuasion? Non; aussi laisse-t-elle aux juges la plus grande latitude à cet égard, et remarquons qu'alors même qu'elle déclare tel écrit propre à servir de commencement de preuve par écrit, les expressions dont elle se sert annoncent toujours qu'elle laisse au juge toute liberté pour apprécier si les circonstances de l'affaire rendent ou non vraisemblable le fait allégué. C'est ainsi que l'article 1320 porte que les simples énonciations contenues dans un acte, soit authentique, soit sous seing privé, mais étrangères à la disposition de cet acte, ne *peuvent* servir que de commencement de preuve — l'article 1335, que les copies d'un acte.... ne *pourront* servir que de commencement..... — Mêmes expressions dans l'article 1336, relativement à la transcription d'un acte sur les registres publics... Ainsi que le prouvent ces mots *peuvent, pourra*, il est bien évident que la loi n'intime pas un ordre aux juges, qu'elle leur donne seulement une faculté dont ils peuvent, suivant les circonstances, user ou ne pas user, d'après leurs lumières ou leur conscience; leur jugement ne pourrait donc être avec succès déféré à la censure de la Cour de cassation. (Cass., 17 mai 1855. — Sirey; 1856, I, 155.)

Il est impossible de préciser tous les cas où un écrit peut servir de commencement de preuve, nous nous bornerons à citer quelques exemples.

I. Boiceau (II, 10) rapporte : « Vous m'assignez en « délaissement d'un fonds dont je suis en possession ; « j'excipe que vous me l'avez vendu et que je vous en ai « payé le prix ; je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit « signé de vous, par lequel vous m'avez promis de me « le vendre pour un certain prix : cet acte ne prouve « pas la vente et encore moins le paiement du prix ; « mais, joint à la possession en laquelle je me trouve de « l'héritage, il forme un commencement de preuve suffi- « sant pour me faire admettre à la preuve testimoniale. »

Mais rend-il vraisemblable le paiement du prix, et pourrai-je m'en servir comme d'un commencement de preuve pour le prouver aussi par témoins ? Boiceau ne s'en explique pas. Nous croyons, avec M. Duranton qu'il faut opter pour la négative ; le payement du prix est un fait distinct de la vente, un fait qu'elle ne suppose point nécessairement, et surtout dans les ventes d'immeubles ; c'est généralement un fait postérieur qui doit donc être prouvé par lui-même. L'acte ne portant qu'une promesse de vente ne suppose donc pas nécessairement le payement du prix.

II. Je vous demande 200 livres pour le prix de certaines marchandises que je vous ai livrées, et je n'ai d'autre preuve que votre billet, qui porte : *Je promets de payer à M. un tel la somme de 200 livres pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.* (Exemple tiré du même auteur). Ce n'est point une preuve complète, car le billet ne prouve pas la livraison des marchandises ; mais c'est un commencement de preuve qui doit me faire

admettre à prouver par témoins que je les ai réellement livrées. C'était aussi l'opinion de Danty.

III. Le titre constitutif d'une rente peut-il servir de commencement de preuve à l'effet d'établir que la prescription invoquée par le débiteur a été interrompue? Quoique quelques arrêts aient admis l'affirmative, nous ne la croyons point fondée. Le titre prouve très-bien que la rente a été due; à cet égard il fait preuve complète. Mais quand le débiteur, tout en reconnaissant l'existence antérieure de la rente, se retranche derrière la prescription, et que le créancier veut prouver qu'il y a eu interruption, il est bien palpable que l'acte constitutif de la rente ne signifie rien ni pour ni contre; il n'a aucun rapport avec le fait allégué. (Voir en ce sens arrêt de Douai, 19 janvier 1842; et Caen, 30 avril 1860.)

IV. Le billet écrit par un tiers et signé par le débiteur, sans le *bon* ou *approuvé* exigé par l'article 1326, peut-il servir de commencement de preuve par écrit à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale?

Non, dit-on dans une première opinion, car notre article 1326, copié sur les ordonnances de 1730 et de 1733, pose la règle en termes tellement absolus, tellement impératifs, que la nullité radicale doit être la sanction d'un précepte aussi formellement exprimé. D'ailleurs, les ordonnances déclaraient de *nul effet et valeur* le billet qui ne serait pas conforme à cette prescription. En outre, la loi présume que le billet qui n'est pas dressé suivant le vœu de l'article 1326 a une origine frauduleuse, et il a fallu que le législateur ait des motifs sérieux et des craintes fondées d'une fraude facile pour motiver sa décision, qui est exorbitante du droit commun. Il ne faut donc

pas rendre illusoire l'excellente règle de notre article, et permettre de l'é luder, en reconnaissant à ce billet écrit par un tiers et signé seulement du débiteur l'autorité d'un commencement de preuve par écrit, car ce serait lui donner en fait une autorité complète. Comment, en effet, sortir de ce dilemme : ou le billet irrégulier est frauduleux, et alors il ne peut être admis à aucun titre; ou il n'est pas frauduleux, et alors il fait preuve complète de l'obligation qu'il relate, ce qui est en opposition formelle avec la loi. »

L'opinion contraire est aujourd'hui généralement admise par les auteurs et la jurisprudence. Quelles sont les conditions exigées par la loi actuelle pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit? L'article 1347, nous l'avons vu, exige « qu'un écrit soit représenté émanant « de celui à qui on l'oppose, et rendant vraisemblable « le fait allégué. » Or on ne peut refuser aucun de ces caractères au billet, qui ne porte pas le *bon pour* ou *approuvé*. Donc il peut servir de commencement de preuve par écrit; et d'ailleurs, il ne faut pas dire que la loi suppose une origine frauduleuse au billet qui n'est pas conforme à l'article 1326. Elle craint sans doute qu'il y ait eu fraude, aussi ne lui accorde-t-elle pas une entière autorité; mais il est bien certain que l'irrégularité est le plus souvent une conséquence de la négligence ou de l'ignorance des parties, et ce serait, dans ce cas, une grande injustice que d'appliquer une sanction aussi sévère. Ajoutons encore que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou refuser le billet comme commencement de preuve par écrit, et ce pouvoir suffit à contre-balancer le danger de la fraude. (Aubry et Rau, § 576, texte et note 76;—Bonnier, *Traité des preuves*, n° 678;—Larom-

bière, art. 1326, n° 28; — Req., 13 décembre 1853 : Sirey, 1854, I, 17.)

V. Nous avons encore à examiner une question qui se rapproche beaucoup de la précédente : Dans le cas où un acte sous seing privé énonçant une convention synallagmatique n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 1325, c'est-à-dire s'il n'est pas fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ou bien si chaque original ne porte pas la mention expresse que cette formalité a été remplie, quelle sera l'autorité de cet acte ? et d'abord la convention elle-même n'est-elle pas annulée par suite de l'irrégularité de l'acte ? Nous ne voulons pas étudier à fond cette question, qui nous entraînerait bien loin des limites que nous avons assignées à notre travail ; disons seulement que, dans l'ancien droit, un arrêt du Parlement de Paris, de 1736, avait déclaré que la convention elle-même était annulée par le vice de son *instrumentum*. Cette doctrine passa dans la jurisprudence du parlement de Paris, et fut admise par les parlements de Rouen et de Bordeaux, malgré les violentes et bien justes attaques auxquelles elle fut exposée. Mais sous l'empire du Code, on a cessé de confondre ces deux choses essentiellement différentes : la convention et sa preuve ; le consentement qui crée l'obligation et l'*instrumentum*, l'écrit, qui n'en est que la constatation matérielle. Aussi est-il universellement admis aujourd'hui que, si l'acte n'est pas conforme à l'article 1325, le contrat demeure parfaitement valable et efficace, pourvu qu'on puisse en faire la preuve : l'écrit seul, l'*instrumentum* est atteint par cette irrégularité. Devient-il complètement inutile, ou conserve-t-il l'autorité suffisante pour servir de commencement de preuve par écrit ?

Il est bien évident que l'acte nul, pour défaut de doubles, satisfait aux premières exigences de l'article 1347. C'est en effet un écrit et un écrit émanant de celui à qui on l'oppose ; mais remplit-il également la dernière condition ? rend-il vraisemblable le fait allégué ? Voilà le point sur lequel porte la controverse.

Dans le sens de la négative, on raisonne ainsi : On reconnaît, en étudiant les motifs qui ont inspiré au législateur la théorie des doubles, que la loi repose sur ces deux idées : 1° il est conforme à la nature des conventions synallagmatiques, que les droits qui en résultent existent avec la même efficacité pour chacune des parties, c'est-à-dire que chacune ait le moyen de contraindre l'autre à exécuter son obligation ; 2° il n'est pas vraisemblable que l'une des parties consente à se mettre à la disposition de l'autre, et c'est ce qui arriverait si l'acte était dressé en simple original ; d'où la conséquence que l'acte qui n'est pas fait en double ne fait point présumer une obligation définitive, mais seulement un simple projet.

Or ne voit-on pas que donner à l'acte sous seing privé, qui n'est pas fait double, l'autorité d'un commencement de preuve par écrit, c'est aller directement contre les motifs qui ont dirigé le législateur ; c'est placer les parties dans une inégalité choquante de position l'une vis-à-vis de l'autre ; c'est faire une confusion évidente entre un simple projet et une convention arrêtée ? Cet acte irrégulier prouve tout au plus qu'il y a eu projet de convention, mais que les parties n'y ont pas donné suite, puisqu'elles n'ont pas satisfait aux exigences de la loi. D'ailleurs, dans le système contraire, l'article 1325 deviendra inutile, car si on admet le détenteur de l'original unique à le pro-

duire, la convention sera entièrement prouvée. Quel supplément de preuve plus énergique pourrait en effet fournir le demandeur?

Malgré ces motifs, nous n'hésitons pas cependant à nous ranger du côté de l'affirmative. Il est d'abord certainement plus conforme à la bonne foi de ne pas destituer de toute autorité un écrit rédigé et signé par les parties, qui leur a paru fort régulier, et auquel il ne manque, pour l'être en effet, qu'une formalité exorbitante du droit commun, fort critiquée d'ailleurs, et peut-être à bon droit. Pour nous, cet écrit ne prouve pas seulement qu'il y a eu projet de convention, il rend encore vraisemblable la convention qu'il relate. Cette idée d'un simple projet, sur laquelle se fonde l'autre système, est presque toujours fautive en pratique, et rien ne la justifie en théorie. S'amuse-t-on à signer un simple projet? Comment! cet écrit signé des contractants, et rapportant la convention tout entière, n'aurait pas autant de force qu'une mention souvent incomplète, insérée dans une feuille volante ou jetée sur un chiffon de papier, alors qu'il n'est pas douteux que de telles écritures remplissent les exigences de l'article 1317? (Larombière, Bonnier, Marcadé, Toullier, Aubry et Rau, Colmet de Santerre; — Grenoble, 2 août 1839; — Sirey, 1840, II, 496; — Nîmes, 18 novembre 1851; — Sirey, 1852, II, 363.)

IV. Quant au billet non causé, si l'on admet avec de bons auteurs qu'il ne fait pas preuve complète au profit du créancier, il faudra au moins lui reconnaître l'autorité d'un commencement de preuve par écrit. Mais pour nous la question ne se pose pas, car, à notre avis, il fait preuve complète. (En ce sens, arrêt de la Cour de cassation, 16 août 1848.)

SECTION II. — DEUXIÈME EXCEPTION : IMPOSSIBILITÉ
DE SE PROCURER OU DE CONSERVER UN TITRE ÉCRIT.

Les deux principes de l'article 1341 reçoivent une seconde exception toutes les fois que le défaut d'écrit n'est nullement imputable au créancier et résulte de la force même des choses. On rentre alors dans le droit commun, et tous les moyens de preuve sont autorisés.

L'exception dont il s'agit s'applique soit au cas où il y a eu impossibilité de se procurer un écrit, soit au cas où il a été impossible de conserver l'écrit qu'on s'était procuré.

A. *Impossibilité de se procurer un titre écrit* (art. 1348).

Cette exception a été commandée par la raison et la nécessité des choses ; et l'article 1348 n'est que la consécration de la maxime : *A l'impossible nul n'est tenu*. L'ordonnance de Moulins n'en parle pas : le législateur aura cru inutile de s'expliquer à cet égard, tant cette exception s'impose naturellement à l'esprit. L'ordonnance de 1667 n'a point parlé de ce principe, mais l'article 3 du titre XX contient des cas particuliers qui n'en sont que des applications : « N'entendons exclure la preuve par témoins « pour dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tu-
« multe ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où
« on ne pourrait avoir fait des actes. » L'article 4 ajoute :
« N'entendons pareillement exclure la preuve par té-
« moins pour dépôts faits, en logeant dans une hôtellerie,
« entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra

« être ordonnée par le juge suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

L'article 1348 dans son *principium* énonce la règle dans toute sa généralité ; il y a lieu à la preuve orale toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale. Les applications énoncées dans les numéros 1, 2, 3 du même article, qui déclarent la preuve testimoniale admissible en matière de quasi-contrats, de délits, de quasi-délits, de dépôts nécessaires et autres obligations contractées en cas d'accidents imprévus, ne sont en définitive que des exemples qui ne sauraient rendre le principe ni plus large ni plus étroit. L'impossibilité de se procurer un écrit, telle est la condition nécessaire, mais suffisante, pour que l'on jouisse de l'exception ; si bien que toutes les fois qu'elle se rencontrera, même en dehors des exemples cités, la preuve testimoniale sera admissible, et qu'en sens inverse, même dans les cas prévus par le texte, toutes les fois qu'elle n'existera pas, la preuve par témoins ne sera pas recevable. C'est ainsi que, quoique l'article 1348, 1^o, parle en général des quasi-contrats, nous n'appliquerons pas l'exception à ceux dans lesquels il y a eu possibilité d'avoir une preuve écrite.

Les différents exemples que donne l'article 1348, et surtout ceux des numéros 2 et 3, de cas d'impossibilité de se procurer une preuve littérale démontrent suffisamment que la loi n'a pas voulu parler seulement d'une impossibilité physique et absolue, mais d'une simple impossibilité relative ou morale. Pothier était aussi de cet avis (*Oblig.*, n^o 809) : « En ordonnant qu'il serait dressé des actes, la loi n'a pas entendu exiger l'impossible, ni même des choses trop difficiles ; c'est pour-

« quoi elle n'a interdit la preuve testimoniale qu'à ceux
« qui ont pu s'en procurer facilement une littérale. »
(Toullier, n^{os} 139 *et seq.*, IX; — Aubry et Rau, § 765; —
Bonnier, n^{os} 110 *et seq.*; — Bourges, 24 novembre 1824;
— Sirey, 1825, II, 125.)

I. *De la preuve par témoins des quasi-contrats.* —
Art. 1348, 1^o. — Comme ces sortes d'obligations se for-
ment d'ordinaire sans le fait du créancier, il lui est pres-
que toujours impossible d'en avoir une preuve écrite,
c'est ce qui explique la généralité de ces termes de notre
article des « quasi-contrats ». Mais, comme il est des cas
où le créancier aurait pu se procurer un titre écrit, il ne
faut pas perdre de vue la disposition du *principium* de
l'article 1348 : « L'exception ne s'applique que lorsqu'il
« n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale
« de l'obligation. »

Ainsi il est clair que celui qui agirait en répétition,
prétendant qu'il a payé ce qu'il ne devait pas, ne pour-
rait, sans commencement de preuve par écrit, prouver
par témoins qu'il a fait un paiement excédant 150 francs,
car rien ne lui était plus facile que de retirer une quit-
tance. Toutefois celui qui a payé par erreur la dette d'au-
trui est autorisé à prouver par témoins contre le véritable
débitéur l'existence de cette dette, lorsque par suite du
paiement le créancier a supprimé l'acte qui la constatait.
Le recours que le deuxième paragraphe de l'article 1377
accorde au *solvens* contre le véritable débiteur serait à
peu près illusoire, s'il n'était admis à prouver par té-
moins l'existence de la dette. L'on ne peut pas supposer
que le législateur ait voulu le réduire à la nécessité de
s'en remettre à la conscience de son adversaire.

Au contraire, le quasi-contrat de gestion d'affaires

pourra s'établir par témoins, car il se compose généralement de faits dont il a été impossible au maître de retirer une preuve écrite; ainsi je pourrai, par ce moyen de preuve, prouver que vous avez géré mes biens en mon absence, que vous avez fait la récolte, la vendange, coupé les bois, etc... Mais si nous envisageons le contrat par rapport au gérant, ce n'est plus l'exception qui nous régit; nous rentrons dans la règle, car il pouvait et même devait se pourvoir d'un écrit. Il lui était facile de retirer des quittances de toutes les personnes auxquelles il a fait des paiements.

Les fautes commises dans l'exécution des contrats pourront en général se prouver par témoins, quoique l'indemnité réclamée soit supérieure à 150 francs, car la plupart du temps ce sont de simples faits, dont celui qui en est victime n'a pu avoir une preuve écrite. Ainsi le mandant, une fois l'existence du contrat de mandat prouvée d'après les principes généraux, pourra établir par témoins les actes de mauvaise administration, d'emploi de deniers, de détournement, etc. Ainsi encore, dans l'hypothèse d'une vente, si le vendeur alléguait pour sa libération que la chose a péri par cas fortuit ou de force majeure, par suite d'un incendie, l'acheteur pourrait prouver par témoins que l'incendie a été occasionné par la faute ou le fait du vendeur. De même dans le bail à cheptel, le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel (art. 1806). — « Il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il est précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée. » (Art. 1807.) — « En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. »

(Art. 1808). Chacune des parties pourra prouver par témoins le fait qu'elle invoquera ; et plutôt par application du *principium* de l'article 1348 qu'en vertu du premier alinéa du même article.

II. *De la preuve par témoins des délits et quasi-délits.*

— Les délits et quasi-délits peuvent être prouvés par témoins, sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit, quelle que soit la valeur de la somme réclamée à titre de dommages-intérêts, car ce sont là des faits dont il est impossible de se procurer une preuve écrite. Peu importe que l'action soit portée devant la juridiction civile ou criminelle, soit que l'action civile soit poursuivie en même temps et devant les mêmes juges, soit qu'elle le soit séparément après qu'il a été définitivement prononcé sur l'action publique. Ainsi les faits de mauvais traitements entre mari et femme, qui servent de fondement aux demandes en séparation de corps, pourront être prouvés par témoins.

Mais ne perdons pas de vue que l'exception de l'article 1348 ne s'applique toujours qu'à l'impossibilité ; aussi dirons-nous : Si le fait coupable est isolé et ne se lie à aucun fait juridique conventionnel ou autre, tombant sous l'application de l'article 1341, les conséquences préjudiciables dont on poursuit la réparation pourront être établies par témoins ; mais si le délit suppose l'existence antérieure d'un fait dont la loi rejette la preuve testimoniale, cette preuve ne pourra être établie, soit au civil, soit au criminel, que conformément au droit commun ; c'est-à-dire qu'au-dessus de 150 francs, la preuve par témoins ne sera admissible qu'autant qu'il y aura commencement de preuve par écrit. Ainsi, quand j'allègue contre Paul la violation d'un dépôt non nécessaire, ma

demande implique deux idées et, elle a deux objets : la formation d'un contrat entre Paul et moi et la violation par Paul de ce contrat. Or si, d'après notre article, le second objet peut se prouver par témoins, puisque c'est là un délit dont il a été impossible de retirer une preuve par écrit, il n'en est pas de même du premier, c'est-à-dire du contrat de dépôt, que j'aurais pu et dû constater par écrit. Il en est de même dans les délits qui constituent la violation d'un mandat, le détournement d'objets remis dans un but déterminé, ou l'abus d'un blanc seing. (Art. 408, 407, C. proc.)

L'énumération de l'article 1348, nous l'avons déjà dit, n'est pas limitative, et elle embrasse des objets de preuve non indiqués par le texte, notamment le dol, l'erreur et la violence. « Toutes les fois, dit Boiceau (chap. vii, § 8), « qu'on articule contre un contrat ou acte écrit un fait « qui détruit ce qui en fait l'essence et sans lequel il ne « peut exister; par exemple, si on allègue la force, la « crainte, l'erreur par lesquelles on a été conduit à signer « un contrat pour un autre, et autres moyens par lesquels « on peut extorquer d'une personne une signature d'un « acte, ou si on articule quelque autre fausseté, tous ces « cas ne doivent point être compris dans notre ordon- « nance, parce qu'ils se rapprochent de la nature du « crime. » Ces principes, admis sous l'ordonnance de 1667, doivent l'être aussi sous l'empire du Code.

Mais de ce que vous pouvez recourir au témoignage pour prouver, contre un acte existant, le dol, l'erreur ou la violence qui ont donné lieu au contrat, il ne résulte pas que vous puissiez, par le même moyen, prouver ce contrat non constaté par écrit et dont votre adversaire nie l'existence. (Cass., 20 avril 1844; — Sir., 1844, I, 848.) Il

n'en serait autrement que si les faits de dol ou de violence, concomitants à la création du contrat, avaient eu pour but de vous empêcher d'obtenir un écrit de la partie adverse. Alors seulement vous vous serez trouvé dans l'impossibilité de vous procurer une preuve écrite, et en prouvant par témoins la cause de cette impossibilité, vous prouverez le contrat lui-même. (Larombière, art. 1348, § 16. — Aubry et Rau, *ibid.*, texte et note 20; — Marcadé, art. 1348; — Cass., 22 août 1840; — Sir., 1844, I, 255.)

Quant aux actes frauduleux ou simulés, si nous supposons d'abord qu'ils sont attaqués par les tiers auxquels ils sont nuisibles, la preuve de la simulation pourra être faite par témoins, car il y a eu pour eux impossibilité d'en avoir une preuve écrite. Il est bien évident que ces tiers ne pouvaient demander une reconnaissance de la fraude que l'on accomplissait à leur préjudice.

Ainsi, les héritiers à réserve seront reçus à prouver par témoins l'atteinte portée à leurs droits par des donations déguisées. Tous les héritiers, en général, seront admis à la preuve testimoniale pour établir l'existence des dispositions à titre gratuit que leur auteur aurait faites au profit d'incapables, soit par l'intermédiaire de personnes interposées, soit sous le voile d'un contrat à titre onéreux.

De même encore des créanciers qui, en vertu de l'article 1167, attaquent les actes de leur débiteur faits en fraude de leurs droits.

La partie qui demanderait à prouver par témoins la simulation à laquelle elle a librement consenti devrait y être déclarée non recevable, puisqu'au moyen d'une contre-lettre elle pouvait se procurer une preuve littérale

de la simulation. Ainsi, si dans un acte de vente le vendeur donne quittance à l'acheteur d'une somme qu'il n'a pas reçue, il ne pourra user de la preuve testimoniale. De même, si une liquidation de société avait été déguisée sous la forme d'une vente, le vendeur qui voudrait échapper à l'action en garantie ne pourrait établir par témoins la simulation à laquelle il s'est prêté.

Si la simulation concertée entre les parties couvre une fraude à la loi, c'est-à-dire cache un acte qui se trouve prohibé comme contraire à l'ordre public, la preuve testimoniale est-elle interdite à la partie qui aurait intérêt à en prouver l'existence? (Nous avons déjà posé cette question à propos du second principe de l'article 1341.) Une jurisprudence à peu près constante admet la négative. Elle se fonde sur deux arguments principaux : le premier est tiré de l'article 1353, qui admet la preuve par simples présomptions dans tous les cas de dol ou fraude, et il ne distingue pas entre la fraude envers les particuliers et la fraude à la loi ; or la preuve testimoniale est admise dans tous les cas où le serait la preuve par simples présomptions ; le second est tiré de l'article 1348 : si la personne à laquelle préjudicie la simulation y a participé et consenti, son consentement ne résultera jamais que d'une contrainte morale, d'un défaut de liberté, et il ne lui aura pas été possible de se faire donner une preuve écrite de la simulation ; si, par exemple, je vous souscris un billet ayant pour cause apparente un prêt et pour cause réelle un dédit de promesse de mariage, il est bien certain que si, forcé par la position fautive où je me trouve, j'ai consenti à vous signer une obligation mensongère, je ne pourrai vous demander un écrit destiné à la faire annuler. On rentre donc ainsi dans la règle générale de l'ar-

article 1348. Décider autrement serait ouvrir la porte à toutes les fraudes à la loi, puisqu'on en rendrait la preuve impossible. (Cass., 3 novembre 1826;—Sirey, 1827, I, 66, annulant une dette de jeu; — Nîmes, 25 janvier 1839; — Sirey, 1839, II, 177, dédit de mariage.)

III. *De la preuve des dépôts nécessaires.* — Art. 1348, 2°. — « Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, « tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs « en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité « des personnes et les circonstances du fait. »

On appelle *dépôts nécessaires* ceux qui sont faits dans des circonstances qui ne laissent au déposant ni la liberté de ne pas faire le dépôt, ni la faculté de choisir le dépositaire, ni le moyen de se procurer un écrit. Il n'est pas possible de rédiger des actes, de faire des inventaires dans des circonstances où le danger des personnes ne permet pas de penser au salut des choses. « *Locus vel « tempus non patitur plenius deliberandi consilium.* » (Ulpien, l. 1, *de Exercit. act.*) — « *Continet causam fortuitam « depositionis ex necessitate descendente, non ex « voluntate proficiscentem.* » (Ulpien, l. 1, 2, *Deposit.*) Ces dépôts d'ailleurs se font sous la foi publique, et n'y a-t-il pas une espèce de délit dans l'acte de celui qui les viole?

Cette dérogation au principe prohibitif de la preuve testimoniale est tellement juste et naturelle qu'avant même qu'elle fût établie par l'ordonnance de 1667, et sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, qui ne l'autorisait pas, elle était déjà appliquée. Chenu rapporte un arrêt du mois d'août 1573 admettant la preuve par témoins en faveur des héritiers d'un particulier de la religion réformée, qui avait déposé son argent entre les

main d'un homme qu'il croyait son ami; c'était au moment des massacres de la Saint-Barthélemy, en 1572, que le dépôt avait eu lieu. (Voir Danty, add. sur le chapitre III.)

La première chose que devra prouver le demandeur c'est le fait d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, s'il est contesté par le défendeur, puisque c'est bien dans ces circonstances qu'a été fait le dépôt et que les objets réclamés n'auraient guère pu être sauvés autrement; il faut bien, pour qu'il puisse invoquer l'exception, qu'il justifie qu'elle lui est applicable. Du reste, le juge devra tenir compte de la qualité du demandeur et des circonstances du fait. Ainsi, s'il s'agit d'un homme notoirement connu pour indigent, il ne saurait être écouté s'il prétend avoir remis des valeurs considérables à son voisin pendant l'incendie de sa maison. De même si, dans l'incendie d'une rue tout entière, sa maison avait péri la dernière, n'aurait-il pas eu le temps de choisir un parent ou un ami sûr? C'est dans la crainte que les fripons n'exploitent les incendies et autres événements malheureux, qu'ont été rédigés ces derniers mots de notre alinéa : « Le tout « suivant la qualité des personnes et les circonstances du « fait. »

La loi assimile aux dépôts nécessaires, faits en cas d'incendie, de tumulte ou de naufrage, ceux qui sont faits par les voyageurs dans les hôtelleries où ils descendent, parce qu'il existe alors une nécessité morale qui doit entraîner les mêmes conséquences. Dans ce dernier cas, on aurait pu, à la rigueur, dresser un écrit; mais les voyageurs sont souvent si nombreux et séjournent si peu de temps, qu'il serait extrêmement gênant et pour eux et pour le maître d'hôtel de les astreindre à faire inven-

taire des objets apportés dans l'hôtel ou dans l'auberge.

Cette exception ne s'appliquerait point aux personnes domiciliées dans l'endroit qui auraient fait un dépôt entre les mains de l'aubergiste. Quant à elles, ce serait un dépôt volontaire et, par suite, régi par les règles générales de la preuve ; ce ne sont point des voyageurs.

Le voyageur dont les effets ont été perdus ou volés ne doit pas avoir de faute à se reprocher ; aussi ne doit-il point les laisser dans une cour, une remise ou une salle ouverte à tout le monde, mais, au contraire, les remettre entre les mains de l'aubergiste ou des garçons de service. En général, il doit confier à l'aubergiste lui-même les valeurs ou autres choses précieuses qu'il convient de mettre en sûreté. Et la Cour de Paris a jugé, le 2 avril 1811 (Sirey, 1814, II, 100), que le logeur n'était pas responsable de la perte d'objets précieux qui n'avaient été ni déclarés ni montrés.

Il faut appliquer ici ce que nous avons dit au cas de dépôt nécessaire, et donner au juge un certain pouvoir d'appréciation, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. On croira difficilement qu'un homme qui voyage à pied, vêtu comme les personnes de la dernière classe du peuple, ait remis à l'hôte des objets d'une grande valeur.

Nous devons par analogie en dire autant des dépôts faits dans les restaurants, cafés, bains publics, etc. Il y a dans tous ces cas, aussi bien que dans les précédents, impossibilité de se procurer une preuve littérale. (Trop-Long, *Dépôt*, n° 228 ; Larombière, art. 1348, n° 34.)

Peut-on prouver par témoins la remise faite à un entrepreneur de transports des objets destinés à être transportés par voie d'eau ou de terre? — Nous croyons que

l'on doit répondre affirmativement — non point par analogie de ce cas avec le 3° de notre article, non point parce que l'article 1782 dit que les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (car autre chose est l'étendue de l'obligation quand elle est constatée, autre chose le moyen de la prouver); mais par cette raison que c'est là une opération commerciale.— On a objecté que l'article 1785 ordonne aux entrepreneurs d'inscrire sur leurs registres tout ce qu'on leur donne à transporter, et de là on voudrait conclure à l'inadmissibilité de la preuve testimoniale; mais les autres commerçants (art. 8, C. de comm.) doivent aussi inscrire sur leurs registres toutes leurs opérations, ce qui n'empêche point pour ou contre eux l'admissibilité de cette preuve.

L'article 1348 serait inapplicable aux remises de titres et de pièces confiés à un officier public, car elles ne constituent point un dépôt nécessaire dont il soit impossible de se procurer une preuve écrite. (Bordeaux, 18 août 1837; rej., 6 novembre 1838.)

IV. *De la preuve des obligations contractées en cas d'accidents imprévus.*— Art. 1348, 3°.— « Aux cas d'obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. » Il ne s'agit pas ici, pas plus que dans les exceptions précédentes, d'une impossibilité physique et absolue : il est inutile de supposer l'hypothèse où l'on ferait un prêt dans un désert, loin de toute communication, et sans que l'on ait les moyens nécessaires pour dresser un écrit. Parmi les nombreux exemples qui rentreraient dans les termes de la loi, et où il y a simple impossibilité locale et momentanée, on peut

citer celui d'un individu qui, poursuivi comme prévenu d'un crime et cherchant à se soustraire à un mandat d'amener, emprunte devant témoins, au moment de son départ, une somme excédant 450 francs. Si à son retour il nie le prêt, ou si après son décès ses héritiers refusent de reconnaître la dette, la preuve testimoniale peut être admise.

De même, si je rencontre une personne dépouillée par les voleurs ou que, dans une déroute, je partage ma bourse avec un camarade qui va suivre une autre direction, je pourrai, si plus tard la dette était niée, faire entendre des témoins. Le législateur, pour ne pas mettre d'entraves aux relations de philanthropie et d'humanité, ne veut pas que les juges soient trop sévères sur la cause d'impossibilité.

Dans toutes ces hypothèses et autres analogues, il faudra d'abord, s'il y a contestation, prouver l'événement inconnu, et le juge, comme dans le cas de dépôt nécessaire et de dépôts faits par les voyageurs descendant dans une hôtellerie, devra prendre en considération la qualité des parties et les circonstances du fait, et examiner si, à raison de ces mêmes circonstances, il était ou non possible de rédiger un acte écrit.

B. *Impossibilité de conserver le titre écrit.*

La preuve par témoins est également admissible tant au-dessus de 450 francs que contre et outre le contenu aux actes, lorsque la preuve littérale que s'était procurée le demandeur a péri ou a été supprimée par suite d'un cas fortuit ou d'un délit qu'il n'a pas été en son pouvoir de prévenir.

Cette disposition n'est qu'une conséquence nécessaire du principe de l'article 1348 qui admet la preuve testimoniale en cas d'impossibilité. — « La même raison, dit Pothier (*Oblig.*, n° 781), qui oblige à recevoir la preuve testimoniale des faits dont la partie qui les allègue n'a pu se procurer un acte, oblige aussi d'admettre à cette preuve celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale. » — « Si, par exemple, ajoute-t-il, dans l'incendio ou dans le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs ou des quittances de sommes que j'avais payées à mes créanciers, je dois être admis à prouver par témoins les sommes que j'ai prêtées et que j'ai payées, quel qu'en soit le montant. Il serait souverainement injuste de donner au hasard et au malheur l'effet de priver d'un droit légitimement acquis la personne qui s'est conformée à la loi et à laquelle on ne peut imputer aucune négligence. »

Aussi trouvons-nous que toutes les lois rendues sur la matière se sont accordées à permettre en ce cas la preuve testimoniale. La première est un rescrit de l'empereur Alexandre, rendu en l'an 226, qui décide qu'un testament dont l'acte en forme a péri par accident n'en est pas moins valable, en prouvant l'accident qui en a causé la perte. Justinien porta une loi semblable (l. 18, Code, *de Test.*, 4, 20) : le réclamant devra prouver par témoins : 1° qu'il possédait un titre justifiant le droit qu'il réclame ; 2° qu'il a été victime de tel événement de force majeure ; 3° que c'est par suite de cet événement que son titre lui a été enlevé. Remarquons toutefois que, si le cas fortuit était de nature à rendre probable la perte du titre invoqué, dont l'existence antérieure se trouverait d'ailleurs

établie, la preuve de cette perte se confondrait avec celle du cas fortuit lui-même. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où le créancier alléguerait que l'acte constatant l'existence de sa créance a péri avec tout ou partie de ses papiers dans l'incendie qui a consumé sa maison. Mais en général, comme nous le disions plus haut, il y aura trois choses à prouver.

1° En premier lieu, il faut prouver l'existence du titre, et cela est de toute évidence, puisque la loi ne permet de recourir au témoignage que quand on a perdu un titre formant preuve littérale; il faut donc avant tout établir, et d'une manière positive, qu'on possédait cette preuve littérale, sinon l'on ne serait pas dans l'exception.

Mais est-il nécessaire que les témoins aient lu le titre et en rapportent le contenu? Nous ne le croyons point. En effet, que dit la loi? Qu'il y aura exception à l'article 1344 au cas de perte du titre. — Qu'est-ce à dire, sinon que, la perte du titre une fois justifiée, le demandeur pourra prouver par témoins sa réclamation? Nulle part la loi n'exige que le réclamant établisse par témoins le contenu de son titre. Marcadé (sur l'article 1348, 4°) ajoute que si l'on ne pouvait réussir qu'en rétablissant la teneur du titre, au moyen de témoins qui l'auraient lu et retenu, on arriverait à rejeter des demandes que la raison et l'équité commandent d'admettre. Tel est l'exemple qu'il cite : Vous refusez de me rembourser 500 francs que je vous ai prêtés, parce que je ne puis présenter de titre à l'appui de ma prétention. Je soutiens qu'il a été détruit par un incendie dont j'ai été la victime, mais j'offre de justifier légalement ma créance. L'incendie qui a dévoré ma maison est un fait notoire; on sait qu'il a commencé dans mon cabinet et que le meuble qui renfermait mes

papiers a été consumé. Puis des témoins nombreux et dignes de foi viennent attester, les uns que quelque temps avant l'incendie vous étiez venu me demander l'échéance de votre billet de 500 francs ; d'autres que quelque temps auparavant ils m'avaient vu vous compter cette somme, puis passer avec vous dans mon cabinet pour rédiger un écrit ; mais aucun n'a vu l'acte et n'en peut rapporter la teneur ; faut-il que je succombe ? Ce serait trop injuste ; et l'on ne saurait s'armer du silence de la loi pour exiger que les témoins rapportent le contenu de l'acte. On peut, en faveur de cette opinion, invoquer l'autorité de Pothier (*Oblig.*, n° 781) : « Il faut qu'il soit avéré que ma maison
« a été incendiée, ou que je sois en état de le prouver,
« pour que je puisse être admis à la preuve testimoniale
« des prêts d'argent dont je prétends avoir perdu les bil-
« lets. » Il ne dit pas *du contenu des billets*.

2° Qu'il a été victime de tel événement de force majeure. Ce point doit être établi d'une manière très-précise, car c'est l'existence du cas de force majeure qui fait fléchir la sévérité de la loi et autorise l'emploi de la preuve testimoniale. Si la loi trouve facile de se procurer de faux témoins pour déposer d'un prétendu droit, elle a juste raison de croire qu'il est tout aussi facile de faire dire par ces témoins que l'on avait de ce droit un titre que l'on a perdu. Aussi, s'ils se bornaient à déposer qu'ils ont vu tel acte entre les mains du demandeur, sans préciser par quel accident il a été perdu, on devrait ajouter peu de foi à leur témoignage ; « car, a dit un auteur très-estimé, les
« égards que l'on doit au malheur ne doivent pas servir
« de prétexte à la mauvaise foi ; si le malheur est respec-
« table, il ne donne point la probité ; et n'est-il pas à
« craindre que celui qui éprouve une perte par accident

« ne soit tenté de la réparer aux dépens d'autrui, sous le
« vain prétexte de titres qu'il a perdus? » Pothier, dont
l'autorité est d'un si grand poids dans notre matière,
s'exprime ainsi : « Pour que le juge puisse admettre cette
« preuve, il faut que le cas fortuit soit constant, il faut
« qu'il soit avoué ou prouvé que la maison a été incen-
« diée ou pillée. »

L'accident qu'il s'agit de prouver doit consister dans un cas de force majeure, et on devrait considérer comme tel, dans le sens de notre article, le cas où la perte proviendrait d'un délit, qu'il n'aurait pas été au pouvoir de la partie de prévenir : par exemple, une soustraction frauduleuse, vol, extorsion, lacération (Cass., 15 mai 1834; — Sir., 1834, I, 573), substitution violente ou surprise (Cass., 14 juillet 1843; — Sir., 1843, I, 806); dans toutes ces hypothèses, la preuve par témoins est admissible. Mais si l'acte avait été supprimé par celui auquel le créancier l'avait confié à titre de dépôt, de mandat, ou pour un usage quelconque, la preuve testimoniale de la suppression de cet acte et de l'existence de la créance ne serait admissible qu'autant que le fait de la remise se trouverait établi conformément aux règles du droit commun.

3° Le créancier doit enfin prouver que c'est par suite de cet événement que son titre lui a été enlevé. Mais comment faire cette preuve? Les témoins doivent-ils déposer qu'ils ont vu, par exemple, brûler le titre? Ce serait presque toujours impossible. Ma maison a été incendiée, c'est un fait constant, que cent personnes peuvent attester, mais aucune n'a vu l'acte périr dans les flammes; elles l'ont vu dans mes mains avant l'accident, mais s'ensuit-il qu'il ait péri? ne peut-il se trouver parmi les effets sauvés? ne l'ai-je point placé dans une partie de la maison

que les flammes ont respectée? On en est donc réduit la plupart du temps à se contenter de probabilités, de vraisemblances. Si le juge ne doit pas se montrer trop rigoureux, il ne doit pas non plus se montrer trop facile. Un créancier ayant allégué que l'acte constatant sa créance avait été perdu lors du déplacement des archives d'un greffe, la Cour de Paris a jugé par un arrêt du 28 novembre 1838 (Sir., 1839, II, 103) que la preuve testimoniale n'était pas admissible. « Cette décision, dit M. Bonnier, « est bien rendue, par la raison que, d'une part, le dé-
« placement des archives d'un greffe n'est pas un évé-
« nement à rendre par lui-même probable la perte allé-
« guée par ce créancier, et que, d'autre part, ce dernier
« n'avait point offert de prouver cette perte d'une ma-
« nière spéciale. »

Lorsque le créancier aura fait les trois preuves que nous venons d'énumérer, il lui sera alors permis d'établir par témoins la convention ou le fait juridique, dont il aura perdu la preuve littérale. Souvent des cas d'une extrême difficulté pourront se présenter : ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un acte qui n'a de valeur que par l'emploi de certaines formalités, il faut qu'il résulte des dépositions des témoins que l'acte réunissait les diverses conditions de validité prescrites par la loi. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1807 a jugé que les tribunaux n'étaient pas autorisés à ordonner l'exécution d'un testament dont on alléguait la perte, quand même des témoignages en reproduiraient la teneur, s'il n'était point prouvé en même temps que l'acte réunissait en outre toutes les conditions voulues. On voit combien les juges devront être prudents, combien ils devront être sûrs de l'honorabilité et de la délicatesse des témoins, pour reconstruire

ainsi des actes que dans sa sollicitude le législateur avait cru devoir entourer de tant de formes.

S'il s'agit d'un acte sous seing privé, quoiqu'il ne soit soumis à aucune exigence de formes, il y aura encore bien des difficultés. Les écrits privés ne faisant pleine foi que lorsqu'ils sont reconnus ou régulièrement vérifiés, si pendant le cours du procès le débiteur niait l'écriture ou la signature, aucune vérification matérielle n'étant plus possible, devra-t-on s'en rapporter aux seuls témoins pour l'existence de l'acte et ses qualités légales ?

Nous venons de parcourir les cas où cesse l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle ; nous devons maintenant nous demander quel est le caractère de cette exclusion. Est-ce une règle d'ordre public à laquelle la volonté des parties ne peut déroger ?

L'affirmative s'appuie sur un assez grand nombre d'arrêts rendus en ce sens dans notre ancienne jurisprudence. Le Code, dit-on, a reproduit ces expressions des ordonnances : *Il n'est reçu aucune preuve par témoins* ; c'est un ordre qui s'adresse aux juges ; lorsque la partie adverse consent à l'enquête, le danger de la subornation des témoins disparaît, il est vrai, puisqu'elle les tient pour bons ; mais l'autre motif, le danger de multiplier les procès, subsiste toujours : c'est donc une disposition d'ordre public.

Pour la négative, on répond que l'on comprend cette jurisprudence rigoureuse à une époque où la doctrine de l'ordonnance de Moulins était encore nouvelle et n'avait pas entièrement passé dans les mœurs judiciaires, parce qu'alors le consentement à l'enquête aurait pu être considéré comme une affaire de routine plutôt que comme une concession sérieuse. Mais maintenant que les exigences

de la loi sur la preuve testimoniale sont devenues plus familières aux plaideurs, il est plus difficile de ne pas voir une sorte d'aveu de la part de celui qui consent à laisser entendre des témoins (Bonnier, *Traité des preuves*); et quant à l'argument tiré des mots : *Il ne sera reçu*, il ne s'ensuit pas de ce que l'ordre s'adresse aux juges qu'il soit absolu, et qu'ils ne puissent admettre la preuve testimoniale au cas où la partie intéressée à la repousser voudrait bien l'admettre. L'ordre public n'est point directement en jeu : tout ce qu'il demande, c'est que la prohibition de la preuve testimoniale soit une arme toujours à la disposition des parties, sans exiger qu'elles soient tenues de s'en servir. Une partie peut préférer s'exposer au danger de la preuve testimoniale, plutôt que de laisser planer sur elle un soupçon de mauvaise foi; et ce serait mal comprendre la pensée de la loi que de s'opposer à un aussi louable dessein. Plusieurs arrêts se sont prononcés dans ce sens. (Bourges, 16 décembre 1826; — Rennes, 15 février 1841; — Bordeaux, 16 janvier 1846.) Et la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mars 1856, a décidé que le consentement du défendeur autorise l'enquête. (Bonnier, n° 177; — Boitard, sur l'article 253; — Duranton, t. XIII, n° 308; — Marcadé, sur l'article 1341; — Valette à son cours.)

Il existe toutefois certains cas où la prohibition de la loi est essentiellement et directement d'ordre public; c'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'elle se rattache à l'organisation de la famille, à l'état des personnes. Dans ces hypothèses, la preuve testimoniale devra être écartée, lors même que les deux parties seraient d'accord pour la faire admettre.

SECTION III. — TROISIÈME EXCEPTION : EN MATIÈRE
DE COMMERCE.

La rapidité des transactions commerciales, l'impossibilité où se trouvent le plus souvent les marchands de constater leurs conventions par écrit sollicitaient une dernière exception à la prohibition de la preuve testimoniale. Aussi, après avoir défendu l'admission de cette preuve dans les cas déterminés par l'article 1341, le législateur ajoute-t-il dans le même article la disposition finale suivante : « Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans « les lois relatives au commerce. »

Le commerce n'avait jamais reçu comme règle la disposition de l'ordonnance de Moulins. Cette ordonnance, en fixant une limite au delà de laquelle la preuve par témoins serait inadmissible, ne faisait aucune distinction entre les matières civiles et les matières commerciales ; mais l'usage l'emporta sur l'ordonnance dans le droit consulaire, et les juges consuls n'en continuèrent pas moins à maintenir, dans leur juridiction, l'ancien usage, qui dans cette loi formait le droit commun, de recevoir indéfiniment la preuve testimoniale. L'ordonnance de 1667 sanctionna cet usage en déclarant dans son article 2, tit. XX, que rien n'était innové « pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. » L'article 1341 du Code Napoléon n'a rien changé à cet état de choses, il avait réservé la question, en se référant aux lois relatives au commerce, que l'on se préparait à édicter. La commission chargée d'en préparer le Code avait eu la pensée de revenir au droit commun des matières civiles, mais plusieurs villes de commerce

réclamèrent contre cette innovation, en invoquant les anciens usages. La plupart des transactions dans les foires et marchés, disaient-elles, s'opèrent verbalement; exiger une preuve écrite, ce serait ôter tout moyen de réclamation. Dans les départements et surtout dans les campagnes, le commerce est entre les mains de gens illettrés, qui ne savent ce que c'est que de tenir des livres, et n'ont pas de correspondance par écrit. La bonne foi, qui est l'âme du commerce, a été sauvegardée jusqu'à présent par la preuve testimoniale. Substituer ce nouvel usage à l'ancien, ce serait porter un coup fatal au commerce et y introduire la mauvaise foi. Ces raisons l'emportèrent, et la commission modifia son projet; et l'article 109 autorisa la preuve testimoniale pour les achats et ventes, quand les juges croiraient devoir l'admettre.

L'exception prononcée dans ce cas particulier semble laisser les autres sous l'empire de la règle générale; mais il n'en est pas ainsi: bien que cet article 109 soit placé sous la rubrique des achats et ventes, il ne faut pas croire, que la preuve par témoins soit exclusivement applicable à ces sortes d'affaires. On a parlé plus spécialement des achats et ventes, parce que ce sont des actes plus particulièrement commerciaux, et qu'ils sont le type et la base du commerce. Il est bien certain du reste que l'intention du législateur a été de conserver l'ancien droit, qui maintenait les tribunaux de commerce dans l'usage de recevoir la preuve par témoins dans tous les cas, sans commencement de preuve par écrit. C'est ce qui est reconnu aujourd'hui par une doctrine et une jurisprudence unanimes. Ainsi donc tenons pour certain que, sous la nouvelle législation comme sous l'ancienne, les tribunaux de commerce ont le pouvoir d'admettre indistinctement la preuve

testimoniale dans toutes les affaires de leur compétence.

Cependant la preuve testimoniale n'a pas paru au législateur exempte, en matière commerciale, des dangers qui l'ont fait restreindre en matière civile ; et afin de les prévenir autant que possible, il a laissé aux juges le droit de l'admettre ou de la rejeter, suivant leur prudence. En un mot, la preuve testimoniale est, en notre matière, facultative ; son rejet ou son admission par le juge peut être un mal jugé, mais jamais une violation de la loi pouvant entraîner la cassation.

Le tribunal pourrait-il, dans les cas où la valeur de l'objet n'excéderait pas 150 francs, refuser d'admettre la preuve testimoniale, ou, en d'autres termes, cette preuve est-elle encore facultative lorsque l'objet de la contestation est inférieur à 150 francs ?

Les juges sont obligés de l'admettre : en effet, en droit civil, lorsqu'il ne s'agit pas d'une somme supérieure à 150 francs, les témoins doivent être entendus. Or le droit commercial a pour but d'étendre la disposition du Code civil, en permettant aux juges d'admettre la preuve testimoniale, même au-dessus de cette somme, et non de la restreindre, ce qui aurait lieu si le juge n'était pas forcé de l'admettre lorsque la valeur en litige est inférieure à 150 francs. Quant à nous, même dans cette hypothèse, nous croyons la preuve testimoniale facultative. L'article 109 porte que les achats et ventes peuvent être constatés par témoins, dans le cas où le tribunal croira devoir les entendre ; il ne distingue pas si la somme est ou non supérieure à 150 francs, et l'on ne doit pas étendre une règle du Code civil dans un cas où le droit commercial a une règle spéciale. Le commerçant qui demande à prouver par témoins est tenu d'avoir des livres ; si ses regis-

tres ne mentionnent pas plus la convention que ceux de son adversaire, ce défaut de mention sur les deux livres met le juge en droit de présumer que la négociation n'a pas eu lieu, et de renvoyer le défendeur, puisque le demandeur ne justifie pas sa demande.

La loi n'a pas cependant compris dans l'exception certains contrats d'une trop haute importance dans le commerce pour en faire dépendre l'existence et les conditions uniquement de la déposition toujours peu certaine des témoins. Ainsi elle exige que les *sociétés en nom collectif ou en commandite* soient constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant dans ce dernier cas à l'article 1325 du Code Napoléon. — Les sociétés anonymes et à responsabilité limitée ne peuvent être prouvées que par un acte authentique. Les associations en participation, à cause de leur peu d'importance, ont été classées parmi les affaires commerciales ordinaires dont la preuve par témoins est toujours recevable.

Toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée *charte-partie affrètement ou nolissement*, doit être rédigée par écrit. (Art. 273, C. comm.) Ce ne sont point pour cela des contrats solennels, et il faudrait admettre à leur égard l'aveu et le serment, comme on le décide pour le bail non exécuté et la transaction.

Il en est de même du contrat à la grosse, qui d'après l'article 311 doit être fait devant notaire ou sous signature privée. Cependant certains auteurs par suite du rapprochement des articles 311 et 312, admettent que malgré les termes impératifs du premier, l'écrit n'est exigé qu'en vue du privilège du prêteur, et que dès lors la preuve par témoins est admissible entre l'emprunteur et le prêteur à la grosse.

L'article 332 assujettit encore le contrat d'assurance à la rédaction d'un écrit.

Le second principe de l'article 1341, celui qui prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, reçoit-il aussi exception en matière de commerce ?

Cela était admis dans l'ancien usage du commerce et Merlin disait, *Questions de droit*, v^o DERNIER RESSORT, § 18) : « On a préféré le danger de quelques fraudes particulières, à celui d'entraver les négociations, et de tromper la bonne foi, en exigeant trop de précautions. On sait que les négociants donnent le plus souvent des quittances, portant valeur reçue, sans autre assurance que des paroles ou des ordres, et que cette manière de négocier est l'âme du commerce de toutes les nations : il était donc indispensable d'admettre la preuve que l'argent énoncé dans les livres n'avait pas été compté, ou que les marchandises n'avaient pas été livrées, quoique payées. » Ce passage de Merlin suffit à réfuter un argument que l'on nous oppose dans le système contraire : c'est qu'il est, dit-on, très-rationnel que les parties, commerçantes ou non, qui ont rédigé un écrit soient supposées l'avoir dressé exact et complet, et que par conséquent on doit admettre très-difficilement une dérogation à la prohibition de prouver contre et outre le contenu aux actes.

Le parlement de Paris jugeait dans notre sens dès le commencement du dix-septième siècle ; or l'article 109, tel qu'il a été définitivement rédigé, a eu pour but de donner satisfaction aux plaintes des villes qui demandaient que l'on ne dérogeât pas aux anciens usages commerciaux.

L'article 1341 manifeste bien cette idée, puisqu'après

avoir parlé des deux prohibitions, il annonce que l'exception des lois commerciales frappe sur le tout ; expression absolument incorrecte, si, dans la pensée de l'article, il n'y avait dérogation qu'à l'une d'elles ; bien plus, l'article 41 du Code de commerce, qui défend de prouver contre et outre les actes de société, c'est-à-dire contre des actes qui ne sont ordinairement signés qu'après mûre réflexion, eût été complètement inutile, si la prohibition avait été la règle générale, aussi bien en matières commerciales qu'en matières civiles.

Ce n'est pas seulement lorsqu'un procès entre commerçants est porté devant les tribunaux de commerce que ces tribunaux ont la faculté d'admettre la preuve testimoniale au delà de 150 francs, mais encore lorsqu'ils sont saisis d'une contestation relative à un acte de commerce entre deux personnes non commerçantes. Pour le décider ainsi, on argumente de l'article 631 (C. Comm.) qui attribue aux tribunaux de commerce la connaissance de procès, même dans ce dernier cas, et de l'article 109, qui autorise la preuve testimoniale lorsque les juges croiront devoir l'admettre.

Si l'acte n'était commercial que d'un seul côté, et que le litige fût porté devant les tribunaux civils par celui qui ne serait pas commerçant, il faudrait alors rentrer dans la règle du droit commun, qui ne permet pas de prouver par témoins au delà de 150 francs.

CHAPITRE III

DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE DE QUESTIONS D'ÉTAT.

HISTORIQUE.

L'exclusion de la preuve testimoniale en matière de questions d'État ne remonte point, comme en matière conventionnelle, à l'ordonnance de Moulins ; elle provient en général de dispositions postérieures, dont quelques-unes même ont été introduites par le Code Napoléon.

En droit romain, dans les questions d'État, l'admissibilité de la preuve testimoniale était la règle générale. (L. 9, Code, *de Testibus*.) Cependant le mode de preuve qui semblait avoir le plus d'autorité en cette matière était la représentation des *tabulæ, professiones parentum* ; mais ni leur défaut ni leur contenu même inexact n'excluaient aucun moyen de preuve. Nous ne trouvons d'exception qu'en ce qui concerne l'ingénuité, à laquelle les Romains attachaient une haute importance. « Si tibi controversia
« *ingenuitatis fiat, dit Alexandre Sévère, defende causam*
« *tuam instrumentis et argumentis quibus potes. Soli*
« *enim testes ad ingenuitatis probationem non suffi-*
« *ciunt.* » (L. 2, Code, *de Testibus*.)

Justinien, dans sa Nouvelle 74, chap. iv, voulut exiger un écrit pour le mariage, mais cette exception était telle.

ment contraire aux usages, qu'il fut obligé de la restreindre aux grands personnages de l'empire. Dans notre droit moderne, ce fut petit à petit, et avec de nombreuses distinctions, suivant la nature des cas, que l'on en vint à écarter la preuve testimoniale. Au moyen âge, le clergé constatait dans des registres les mariages, baptêmes et décès. Ces actes, fort irrégulièrement tenus, n'avaient d'autre but, à l'origine, que d'assurer l'exécution des lois canoniques ou religieuses. Aussi ne les considérait-on point comme des actes authentiques, capables de faire pleine foi en justice, et on recourait au témoignage.

François I^{er}, en 1539, par l'ordonnance de Villers-Cotterets, voulut que ces actes fissent pleine foi, mais pour deux cas seulement : 1^o pour les naissances ; 2^o pour le décès des ecclésiastiques tenant bénéfices, collèges ou monastères. Cette ordonnance ne s'occupait donc ni du mariage ni du décès de personnes ne tenant pas bénéfices. Quant à la distinction entre le mariage et la naissance, elle est inexplicable. Celle au contraire faite entre les personnes qui étaient et celles qui n'étaient pas pourvues de bénéfices s'explique par suite du droit de *prévention*, droit reconnu au pape de nommer directement et sans attendre la présentation faite par le roi d'un candidat à un bénéfice. L'ordonnance eut pour but de réprimer les abus qu'avait entraînés le droit de prévention ; les registres, dont elle prescrivait la tenue, devaient être signés par un membre du chapitre et un notaire, et déposés, à la fin de l'année, au greffe du bailliage. L'intervention d'un notaire dans un acte que les curés considéraient comme purement religieux les fit tomber en désuétude.

L'ordonnance de Blois, rendue sous Henri III en 1579, combla les lacunes de l'ordonnance de Villers-Cotterets,

et ordonna aux curés et vicaires de tenir des registres des mariages, naissance et décès de toute personne ; elle eut pour but d'éviter les preuves par témoins, qu'on était souvent contraint de faire en justice.

Ces ordonnances ne concernaient que les catholiques. L'état civil des protestants était constaté, en vertu de l'édit de Nantes, par les ministres du culte sur des registres tenus dans les consistoires. La révocation de l'édit de Nantes mit les protestants dans la dure alternative de se présenter comme catholiques pour faire constater par les prêtres de la religion dominante les naissances, mariages et décès qui les intéressaient, ou de se résigner à n'avoir point d'état civil. Louis XVI (1767) rendit aux protestants la liberté de leur culte et les autorisa à faire constater leur état civil par les officiers de justice de leur domicile. Il y eut donc alors deux sortes de registres : les uns tenus par les curés pour les catholiques, les autres par les officiers de police judiciaire pour les protestants.

Enfin la loi de 1792 établit un mode uniforme d'actes dressés par une autorité purement civile pour la preuve des naissances, mariages et décès, quelle que fût la religion des parties intéressées. C'est cette loi qu'a reproduite le Code Napoléon.

Si le témoignage a ses dangers lorsqu'il s'agit de simples conventions, qui n'engagent le plus souvent que des intérêts pécuniaires, les raisons qui l'ont déjà fait restreindre ont bien plus de force dans les questions d'état, qui mettent en jeu non-seulement le patrimoine des familles, mais encore leur repos, leur honneur et la moralité publique. D'un autre côté, en matière de conventions, sauf des cas exceptionnels, il dépend des parties de se procurer ou non une preuve écrite de leur droit ; qu'elles rédigent un

acte ou suivent leur foi réciproque, c'est leur fait propre, elles en subissent à bon droit les conséquences ; mais pour les questions d'état, il ne dépend pas toujours des plus intéressés de se procurer les preuves nécessaires. Ainsi l'enfant qui vient au monde n'est pas maître des preuves de sa naissance ; il est à la discrétion des tiers, impuissant à protéger son état civil contre la négligence, la fraude ou les événements de force majeure. Aussi est-ce pour concilier ces intérêts opposés que la loi a établi en principe la nécessité de constater par écrit les faits qui constituent l'état des personnes, n'admettant la preuve testimoniale que dans des cas exceptionnels.

SECTION I. — PRINCIPES GÉNÉRAUX.

Les actes de l'état civil sont des procès-verbaux destinés à recevoir et à conserver la preuve des principaux événements relatifs à l'état des personnes. Trois événements surtout doivent être constatés : les naissances, mariages et décès.

L'acte de naissance sert à établir : 1° le fait simple et absolu de la naissance, et le plus souvent aussi le fait relatif de la filiation.

L'acte de mariage sert à établir la légitimité de l'union de l'homme et de la femme et à lui en assurer tous les effets civils.

L'acte de décès sert à constater le fait absolu du décès et l'individualité de la personne décédée.

En principe, les naissances, mariages et décès ne peuvent être prouvés que par des actes écrits sur les registres de l'état civil. On ne comprendrait pas pourquoi la loi

aurait entouré de tant de garanties la tenue et la conservation de ces actes si toute autre preuve, testimoniale ou même littérale, eût également été admissible ; et il résulte des articles 45, 46, 62, 171, 194, 198, 319, 359 que tout moyen de preuve autre que celui qui découle des actes de l'état civil est inadmissible. Mais il pouvait y avoir certaines circonstances où l'application de cette règle eût été injuste, et il fallait bien la faire fléchir devant la nécessité. Aussi l'article 46 nous dit-il : « Lorsqu'il n'aura
« pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve
« en sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans
« ces cas, les naissances, mariages et décès pourront être
« prouvés tant par les registres et papiers émanés des
« père et mère décédés que par témoins. »

L'article détermine très-nettement les deux hypothèses où la preuve exceptionnelle est admise : inexistence et perte des registres.

Les registres peuvent exister, mais mal tenus, rédigés sans ordre, et souvent après coup et de mémoire, au mépris des prescriptions de la loi ; ou bien encore la destruction peut n'être que partielle. Que décider dans ces deux cas ?

On les fait généralement rentrer dans les termes mêmes de l'article 46, et, croyons-nous, avec raison.

Dans la seconde hypothèse, en effet, lorsqu'un ou plusieurs feuillets ont été arrachés, et alors même qu'un acte seul eût été détruit, est-ce que cette destruction partielle n'équivaut point pour les parties intéressées à la destruction totale des registres ? Objectera-t-on que les deux situations sont différentes, et que de ce qu'un acte a été détruit, il ne s'ensuit nullement que cet acte me concernât ? Mais de la perte du registre tout entier il ne

résultera pas davantage qu'aucun des actes qu'il renfermait dût se rapporter à moi. Tout ce que le législateur a voulu pour que la preuve exceptionnelle fût admissible, c'est qu'il y eût un fait matériel qui rendit vraisemblable la prétention du réclamant. Or ce fait existe tout aussi bien au cas de perte partielle que de perte totale ; et ainsi que le fait remarquer Marcadé (t. I, sur l'article 46), dans le premier cas il y a moins de chances de fraude, car il faudra établir une coïncidence précise du mariage, de la naissance ou du décès, avec l'époque des feuillets ou des actes détruits ; il semblerait donc qu'au cas de destruction partielle, il y aurait un argument *à fortiori*. C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée, et nous pouvons citer les arrêts de la Cour de Bordeaux, 9 mars 1812 ; — Sirey, 1812, II, 421 ; — de Montpellier, 2 mars 1832 ; — Dalloz, 1833, II, 50 ; — Cass., 24 mars 1829 ; — Dalloz, 1829, I, 198.

Quant à la première hypothèse, les registres existent, mais tenus sans aucun ordre et avec des lacunes. N'y trouvons-nous pas encore ce fait matériel qui rend vraisemblable la prétention du demandeur, et ne peut-on dire que des registres mal tenus, et au mépris de toutes les prescriptions de la loi, peuvent être considérés comme n'ayant aucune existence légale ?

L'article 5 de la loi du 13 janvier 1817, relative aux militaires, nous confirme dans l'exactitude de nos deux solutions. « La preuve testimoniale du décès de ces militaires pourra être ordonnée *conformément* à l'article 46 « du Code Napoléon, s'il est prouvé qu'il n'y a point eu « de registres, ou qu'ils ont été détruits en tout ou en « partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions. »

On a cherché à étendre la décision de l'article 46 au cas

où, les registres ayant été régulièrement tenus et ne présentant aucune trace de destruction ou d'altération partielle, un individu prétendrait qu'il y a eu omission de l'acte qui devait constater la naissance, le mariage ou le décès. On a invoqué à l'appui de cette extension : — 1° les travaux préparatoires ; « il serait dangereux que la « loi prévît les cas d'omission, et il est plus convenable que « les contestations auxquelles les omissions pourraient « donner lieu soient portées devant les tribunaux qui y « statueront suivant les circonstances. » (Loché, t. III, p. 68, observ. de M. Thibaudeau) ; — 2° l'article 75 de la loi du 25 mars 1817, qui prescrit de viser pour timbre et d'enregistrer gratis les actes de procédure et les jugements à la requête du ministère public ayant pour objet de réparer *les omissions* et de faire les rectifications, sur les registres de l'état civil, d'actes qui intéressent les individus notoirement indigents. — Il n'est pas juste, ajoute-t-on, de rendre les parties victimes de la négligence ou de l'impéritie de l'officier de l'état civil.

Cette extension nous paraît impossible ; et d'abord, on peut répondre à l'argument tiré de l'article 75 de la loi de 1817, qu'il ne fait pas allusion à l'omission des actes entiers, mais aux omissions commises dans les actes eux-mêmes. Le texte de l'article 46 est formel : il faut que les registres n'aient pas existé, ou qu'ils aient été perdus ; qu'on l'étende à la mauvaise tenue ou à la lacération partielle, cela est juste ; mais lorsqu'ils sont intacts et régulièrement tenus, c'est par trop ouvertement violer la loi. Pour qu'il y ait lieu à la preuve exceptionnelle, il faut un fait matériel facile à constater et rendant vraisemblable la contestation soulevée ; or ici il n'en existe aucun. Si l'on étend à cette hypothèse la preuve

testimoniale, il faudra l'admettre toujours et d'une manière absolue ; car on pourra toujours prétendre qu'il y a eu omission. Que deviendront alors toutes les garanties employées par la loi ? On parle de la négligence des officiers de l'état civil, et les registres sont là intacts et réguliers ; dans la plupart des cas, les parties ne peuvent-elles point veiller à ce que les actes qui les concernent soient portés fidèlement sur les registres ? (Demante, t. I, n° 91 *bis* ; — Demolombe, t. I, n° 324 ; — Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 292 ; — Duranton, t. I, n° 297 ; — *contra* : Coin-Delisle, art. 46 ; — et Cass., 22 décembre 1819 ; — Sirey, 1820, I, 281.)

On a voulu aussi appliquer l'article 46 au cas où un acte de l'état civil aurait été inscrit sur une feuille volante. (Coin-Delisle, art. 52, n° 3 ; — Duc., Bonnier et Roust, t. I, n° 337.) On s'est appuyé sur le silence de la loi, qui nulle part ne prononce la nullité d'un acte de l'état civil qui n'aurait pas été dressé conformément à ses prescriptions, et sur la déclaration du 9 avril 1736, art. 9, qui prononce seulement des peines contre le curé qui aurait inscrit un acte de mariage sur une feuille volante, et contre les contractants, la privation des effets civils, *s'il y échet*.

Comme dans la précédente hypothèse, nous admettons l'interprétation restrictive de l'article 46. La loi, il est vrai, ne prononce nulle part la nullité des actes qui n'auraient pas été rédigés suivant ses prescriptions, mais on ne saurait donner pleine force à un acte qui n'est point revêtu de ses formalités essentielles. L'officier de l'état civil n'a plus aucun caractère légal dès qu'il inscrit les actes ailleurs que sur les registres. Quelle foi de sa date fera cette feuille volante ? où est la garantie qui résultait de la succession des actes sur des registres cotés et para-

phés? Il y a bien ici un acte matériel, mais il ne rend point vraisemblable la prétention du demandeur; bien au contraire, ne peut-on pas redouter une collusion frauduleuse et une antidate concertée? Le texte de l'article 194 nous est favorable, lorsqu'il dit que : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres des actes de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46, » c'est-à-dire, ainsi que le fait justement remarquer M. Demolombe, sauf les cas où les registres n'ont pas existé ou ont été perdus. (Cf. Demolombe, t. I, n° 323 ; — Duranton, t. I, n° 344.)

Lorsque celui qui invoque l'article 46 se trouve dans l'une ou l'autre de ces deux hypothèses auxquelles il est applicable, il a deux preuves à faire : la première, c'est qu'il n'a pas existé de registre ou que ceux qui ont existé ont été perdus ; la seconde, le fait du mariage, du décès ou de la naissance.

Quant à la première, l'article 46 est formel : « Elle en sera reçue tant par titres que par témoins ; » c'est-à-dire soit tout à la fois par des titres et des témoins, soit par des titres seulement ou des témoins sans titres à l'appui. Mais il est plus régulier de produire la déclaration du greffier du tribunal et de l'officier de l'état civil, constatant qu'on ne trouve ni au greffe ni aux archives de la commune les registres de tel temps. Quant à la seconde preuve, quelques auteurs avaient douté qu'elle pût avoir lieu par témoins sans être appuyée sur des registres ou papiers émanés des père et mère. Le doute venait de ce que les orateurs chargés de présenter le projet de loi auraient exprimé l'opinion qu'un commencement de preuve par écrit est nécessaire. Le texte de notre

article est trop formel pour qu'on puisse s'y arrêter : « Les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés, *que par témoins.* » Remarquons ces expressions *pourront être*. Elles donnent aux juges la faculté de rejeter la preuve testimoniale, de l'admettre sous condition, ou d'en subordonner l'admission à un commencement de preuve par écrit. (Cass., 4 février 1822; — Sirey, 1822, I, 249; — Cass., 1838; — Dalloz, 1838, I, 205.)

Puisqu'ils peuvent admettre la preuve testimoniale sans aucun adminicule, ils pourront aussi se prononcer d'après de simples présomptions, d'après des circonstances graves, précises et concordantes, laissées à leur libre appréciation. Les papiers des père et mère décédés ne seront pas non plus les seuls admis, et l'on ne devrait pas rejeter les lettres ou écrits quelconques émanés d'autres personnes, parents ou autres. Si l'article 46 a parlé seulement des premiers, c'est que, ne pouvant être considérés comme faits pour les besoins de la cause, ils offriraient la preuve la plus certaine, et l'on ne devrait point exclure les autres par un argument *à contrario*. — Rien n'empêcherait que les père et mère, s'ils existent encore, fussent appelés comme témoins. (Demolombe, t. I, n° 325; Valette sur Proudhon, t. II, p. 70.)

Lorsque les preuves exigées par l'article 46 auront été régulièrement fournies, l'acte de naissance, de mariage ou de décès sera judiciairement reconstitué, et, en tenant compte toutefois de la force relative de la chose jugée, cet acte reconstruit aura les mêmes effets civils que s'il eût été régulièrement inscrit sur les registres. L'article 46, qui permet ainsi de rétablir par le témoignage un acte de

l'état civil qui aurait été détruit, peut donc être considéré comme une application de l'article 1348, 4^o, qui pose le principe général qu'au moyen de la preuve testimoniale on pourra reconstituer un acte, même solennel, détruit par un accident de force majeure.

On a constaté que l'acte reconstitué conformément à l'article 46 eut toujours la même force probante que celui qui est inscrit sur les registres. On l'admet bien pour les actes de décès et de mariage; le premier fera foi et du décès et de l'individualité de la personne décédée; le second, du mariage et de tous ses effets civils, la légitimité de l'union et la filiation légitime des enfants; mais une sérieuse controverse s'élève sur les actes de naissance : d'après une certaine opinion, ils ne feraient foi que du fait simple de la naissance et ne pourraient servir à établir la filiation légitime qu'autant qu'on se serait conformé à l'article 323, c'est-à-dire que la preuve testimoniale ne serait pas admise *de plano*, et qu'il faudrait un commencement de preuve par écrit ou des présomptions et indices graves, résultant de faits dès lors constants et assez graves pour en déterminer l'admission. — Nous nous contentons, pour le moment, d'annoncer la question; nous la traiterons plus loin, en nous occupant de la preuve de la filiation.

SECTION II. — DES NAISSANCES ET DÉCÈS.

Ils doivent être établis par les actes inscrits sur les registres de l'état civil : telle est la règle. L'article 46 y apporte deux exceptions, que nous venons d'énumérer, en cas de perte ou d'inexistence des registres.

Mais en dehors de ces deux hypothèses, la preuve testimoniale sera-t-elle admissible?

Oui, croyons-nous, s'il ne s'agit que de prouver le fait simple d'une naissance ou d'un décès. Le Code Napoléon, dans les sections IV et V, a réglementé la preuve testimoniale, lorsque l'on voulait s'en servir pour constater les faits complexes qui établissent les relations sociales résultant du mariage et de la filiation, et que l'on se trouvait en dehors des deux hypothèses de l'article 46.— Pour les naissances et les décès, il n'existe aucun texte; devons-nous en conclure qu'il rejette ce moyen de preuve? — Si nous remarquons qu'il ne s'agit ici que d'un fait simple, d'un événement de l'ordre de la nature, dont on n'a pu en définitive se procurer une preuve écrite et pour lesquels la preuve testimoniale est en principe admissible, nous verrons dans le silence du législateur un défaut de réglementation de la preuve testimoniale plutôt qu'une exclusion indirecte. Déclarera-t-on qu'en dehors des deux hypothèses de l'article 46, un enfant, à défaut d'acte inscrit sur les registres, ne pourrait faire constater sa naissance par témoins, afin d'établir son âge et les effets légaux qui dérivent nécessairement du fait matériel de la naissance? Refusera-t-on aux parties intéressées de prouver par témoins un décès survenu dans de telles circonstances qu'elles ne pouvaient s'en ménager une preuve régulière? Que l'on ne dise point que, si la preuve testimoniale était ainsi admise en principe, l'article 70 serait inexplicable : où serait la faveur spéciale au mariage qu'il avait pour but d'introduire? A quoi bon permettre au futur époux qui ne peut rapporter son acte de naissance ou l'acte de décès d'un ascendant, d'y suppléer par un acte de notoriété dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept

témoins?— La faveur, répondrons-nous, consiste dans la dispense de l'enquête judiciaire, où les déclarations des témoins sont pesées avec soin, et auxquelles les juges peuvent ne pas ajouter foi, tandis que l'acte de notoriété ne subit aucun contrôle. — On a invoqué encore un avis du conseil d'État du 17 germinal an XIII, qui interdit aux femmes de militaires de se remarier, si elles ne prouvent le décès de leur mari que par un simple acte de notoriété : « Est d'avis : 1° qu'il y aurait, comme l'observe le « grand juge lui-même, un extrême danger à admettre « comme preuve d'un décès de simples actes de notoriété « fournis après coup et résultant le plus souvent de quel- « ques témoignages achetés ou arrachés à la faiblesse ; « qu'ainsi cette voie est impraticable ; 2° ... ». On décidait que par son esprit même cet avis était applicable même aux femmes de non-militaires ; mais que conclure de cet avis ? Rien autre chose sinon qu'il ordonne le retour au droit commun ; or ce droit, quel est-il ? C'est là la question, et nous prétendons que c'est la preuve testimoniale administrée régulièrement dans une enquête.

Nous disons donc, en nous résumant, qu'à défaut d'acte inscrit sur les registres, et en dehors des hypothèses de l'article 46, la preuve testimoniale est admissible, même sans condition : 1° pour établir le fait absolu de la naissance et ses conséquences directes, comme l'âge ; 2° pour constater le fait absolu du décès et l'individualité de la personne décédée. C'est ainsi, par exemple, que l'on fixera le moment précis de l'ouverture d'une succession. (Art. 718. Argument tiré de l'article 720.)

SECTION III. — MARIAGE.

A Rome, où l'*uxor* ne se distinguait de la concubine que par la nature plus élevée de l'affection qu'on lui portait, c'est au moyen de la possession d'état que l'on vérifiait le mariage, lorsqu'on ne pouvait justifier de cérémonies spéciales (*nuptiæ*).

Au moyen âge, le droit canonique permettant de contracter mariage par de simples paroles de présent (*verba de presenti*), on ne pouvait s'en rapporter uniquement à la mémoire de ceux qui les avaient entendues; force était donc encore de rechercher la légitimité de l'union dans le caractère qu'elle présentait aux yeux de la société, en d'autres termes, d'admettre la possession d'état. L'article 7 de l'ordonnance de 1639, qui défendait aux juges de recevoir la preuve par témoins des paroles de présent, et qui enjoignait qu'un acte de célébration fût dressé en présence de quatre témoins, fit perdre beaucoup de sa valeur à la preuve par possession d'état. Cependant les parlements continuèrent à l'admettre dans certaines causes favorables, et elle fut, de même qu'un commencement de preuve par écrit, considérée comme suffisante pour rendre admissible la preuve testimoniale.

Le Code s'est montré plus sévère : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil. » (Art. 194.)

Cet article nous montre quel est le seul moyen normal offert aux époux pour prouver *le fait de la célébration*. Nous ne parlons point de la validité du mariage, de son

existence légale; car il se peut très-bien qu'un mariage, quoique célébré, ne soit pas valable et même n'existe pas. Quant aux questions qui peuvent s'élever sur la validité (bigamie, inceste, folie, etc.), l'article n'y a point trait, et elles pourraient, comme dans toutes les affaires, se prouver soit par actes, soit par témoins.

La loi est formelle : à défaut d'acte inscrit sur les registres de l'état civil, nul autre moyen de preuve n'est admis. L'article 194 écarte implicitement la preuve par témoins, même au cas où il y aurait un commencement de preuve par écrit. Elle se montre ici plus sévère qu'en matière de filiation (art. 323). La naissance est un fait de l'ordre de la nature, dont l'intéressé n'a pu se ménager la preuve; le mariage, au contraire, est un fait juridique que les parties pouvaient faire constater suivant les prescriptions de la loi; si elles ont négligé de la faire, c'est une faute qui n'est imputable qu'à elles seules et dont elles doivent subir les conséquences. On comprend du reste que, dans une matière aussi importante, le législateur ait été effrayé des hasards et des incertitudes de la preuve par témoins.

Rien ne peut remplacer, en règle générale, la preuve exigée par l'article 194. « La possession d'état, nous dit « l'article 195, ne pourra dispenser les prétendus époux « qui l'invoqueront respectivement de représenter l'acte de « célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. » On comprend bien que la loi n'attache aucun effet à cette possession, car rien ne prouve qu'elle ne soit une fraude habilement prolongée; et peut-on admettre que celui de époux qui agit contre l'autre ne puisse se rappeler le lieu où le mariage a été contracté? Aujourd'hui, avec la tenue régulière des actes de l'état civil, le défaut de représen-

tation d'un acte de célébration imprimerait à cette longue et publique possession d'état d'époux légitimes le caractère du concubinage.

Remarquons, en passant, qu'on ne pourrait, par un argument *à contrario* de l'article 195, conclure qu'un tiers pourrait opposer aux époux, ou au survivant, la possession d'état d'époux légitimes. « C'est un *à fortiori* qu'il faut tirer de l'article 195. Comment ! le prétendu époux peut méconnaître son propre fait et son aveu personnel envers celui-là même auquel il avait reconnu le droit de le considérer comme son conjoint, et cette possession d'état pourrait avoir quelque effet à l'égard des tiers qui y sont complètement étrangers ! » (Demolombe, n° 388, t. III.) L'article 197, qui, dans une circonstance particulière, dispense les enfants de représenter l'acte de célébration et introduit pour eux une faveur spéciale, suppose nécessairement une règle contraire.

Telle est la règle générale : la loi n'y apporte que trois exceptions limitativement déterminées :

A. La première, à laquelle renvoie l'article 194, est celle que nous avons déjà étudiée sous l'article 46. Bornons-nous à dire qu'il faudra prouver que l'acte a été détruit, supprimé, ou non rédigé par suite de la non-tenue des registres ou de l'interruption de cette tenue à l'époque de la célébration ; et 2° que cette célébration a vraiment eu lieu. La preuve testimoniale est admissible sur les deux chefs, et il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, que les témoignages, pour être recevables, s'appuient sur une écriture donnant déjà un commencement de preuve.

B. La seconde exception est consacrée par l'article 197 : « Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il

« existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu
« publiquement comme mari et femme et qui soient tous
« deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être
« contestée sous le seul défaut du prétexte de représen-
« tation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette
« légitimité est prouvée par une possession d'état qui
« n'est point contredite par l'acte de naissance. »

Cette exception, qui n'est introduite qu'en faveur des enfants, exige quatre conditions :

- 1° Que le père et la mère soient tous deux décédés ;
- 2° Qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme, en d'autres termes, qu'ils aient eu la possession d'état d'époux légitimes ;
- 3° Que les enfants aient la possession d'état d'enfants légitimes ;
- 4° Que cette possession d'état d'enfants légitimes ne soit pas contredite par leur acte de naissance.

1° L'article exige d'abord, comme première condition, que les père et mère soient l'un et l'autre décédés. — Car il est possible dans ce cas que les enfants ignorent le lieu où le mariage a été célébré ; auprès de qui pourraient-ils se renseigner ? Ceux qui le savent sont ordinairement ceux contre lesquels ils sont obligés de lutter. Il était donc juste qu'ici la loi se départît de la sévérité de sa règle. Ce motif nous permet de dire, avec la majorité des auteurs, que l'article, en parlant du décès des père et mère, a statué sur le *quod plerumque fit* (c'est qu'en effet cette cause de privation de renseignements était la plus ordinaire, la plus naturelle à prévoir) ; mais il n'a pas voulu exclure certains autres événements où nous trouverions les motifs essentiels qui l'ont fait édicter. Si ma mère est atteinte de folie et que mon père soit déclaré absent, il est

bien clair que je ne puis pas obtenir d'eux plus de renseignements que s'ils étaient morts. Mais on a voulu étendre cette interprétation favorable de notre article au cas où l'enfant, après le décès de l'un de ses auteurs, invoquerait les effets du mariage par lui prétendu contre le survivant qui dénierait sa légitimité. On a dit : « Le motif de l'article, c'est l'impossibilité où sont les enfants « de se procurer l'acte de célébration de leurs père et « mère ; » or, dans l'espèce, cette impossibilité existe, car le survivant, qui seul pourrait donner à l'enfant les indications nécessaires, se gardera bien de les fournir ; et il y a enfin la faveur due à la légitimité. Nous n'admettons point ce système : la loi pose le cas de décès des deux parents, la raison ordonne d'y ajouter les cas analogues, c'est-à-dire l'impossibilité *pour tous deux* d'exprimer leurs idées, mais il ne faut pas aller plus loin dans cette voie : la loi ne pouvait, ne devait point prévoir cette hypothèse d'un père ou d'une mère qui, dans un but de spéculation ou de calcul matrimonial, voudrait nier la légitimité de leur enfant, briser son honneur et leur honneur en même temps. Ajoutons encore que cette contestation faite par le survivant pourrait souvent faire évanouir le commencement de possession d'état qui antérieurement aurait pu se former pour l'enfant, possession d'état nécessaire, pour qu'il puisse user du bénéfice de l'article 197. (Valette sur Proudhon, t. II, p. 73 ; — Marcadé, I, art. 197 ; — Demol., t. III, n° 396 ; — Demante, t. I, n° 279 bis ; — Bonnier, n° 128, *Traité des preuves*.)

2° et 3° Il faudra *que le père et la mère aient été traités et regardés comme époux légitimes, que l'enfant ait la possession d'état constante d'enfant légitime* (c'est-à-dire qu'il ait toujours été traité par son père et sa mère et leur famille

comme enfant légitime, et qu'il ait constamment passé pour tel dans le monde). — Cette preuve de la double possession d'état des époux et des enfants doit être cumulative-ment administrée ; elle pourra être faite tant par titres que par témoins ; l'article 15 du projet portait qu'elle devrait être faite soit par des actes authentiques, soit par des actes privés émanés de ceux qui contestent l'état de l'enfant (Loché, *Législ. civile*, t. IV, p. 410). Cette phrase a été définitivement supprimée et avec juste raison, car la possession d'état se compose d'un ensemble de faits susceptibles, en général, d'être prouvés par témoins.

4° La quatrième condition est toute négative : on n'exige point des enfants qu'ils représentent un acte de naissance où leur légitimité serait déclarée ; il suffit qu'on ne puisse leur en opposer un où ils sont qualifiés d'enfants naturels. On les dispense de rapporter leur acte de naissance, car ils peuvent tout aussi bien ignorer le lieu où il se trouve, que celui où a été célébré le mariage de leurs parents.

Ce concours des quatre conditions que nous venons d'étudier supplée à l'acte de célébration et en tient lieu ; le mariage a été célébré, voilà ce qu'on devra tenir pour certain, mais voilà tout ; le débat restera entier sur la question de validité, et rien n'empêchera de prouver qu'il était nul pour cause de bigamie, d'inceste, etc. ; la légitimité des enfants pourra donc être attaquée. L'article 197 le prouve bien du reste, lorsqu'il dit : « La légitimité des enfants ne pourra être attaquée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, » elle peut donc être attaquée pour toute autre cause.

L'article 179 offre un mode de preuve applicable aux

enfants seulement, mais nous ne voulons pas dire pourtant que le bénéfice de cette disposition leur soit exclusivement personnel et qu'il ne puisse après leur décès être invoqué par leurs héritiers ou autres successeurs. — La Cour de Nîmes s'est dernièrement décidée dans ce sens : « Attendu que le législateur n'a point ajouté que cette « exception serait personnelle aux enfants et ne pourrait « être opposée par ceux qui les représentent; que, en « général, l'héritier est appelé à faire valoir tous les « droits actifs et passifs de celui à la place duquel il se « trouve; qu'il n'en est autrement que dans les cas où la « loi l'a ainsi ordonné par une disposition expresse... » (18 juin 1860; — Devil, 1861, II, 325.)

C. Troisième exception. Preuve du mariage par le jugement de condamnation rendu au criminel contre l'officier de l'état civil ou tout autre individu reconnu coupable d'avoir détruit ou falsifié l'acte de célébration. Cette troisième exception autorise directement la preuve testimoniale. La célébration d'un mariage est un fait solennel, public, passé en présence d'un certain nombre de personnes. Il n'y avait évidemment aucune incompatibilité entre notre genre de preuve et le fait à prouver.

L'officier public en rédigeant l'acte peut avoir mis des noms ou qualifications qui ne sont pas celles des parties, et qui font que cet acte leur paraît inapplicable; l'acte a été d'abord rédigé régulièrement, puis au moyen de ratures ou de quelques changements de lettres il a été tellement dénaturé qu'il ne paraît plus se rapporter aux parties, ou enfin il peut avoir été dressé sur une feuille volante; dans ce dernier cas, il y a simple délit; dans les autres, il y a crime. (C. pén., art. 192, 145, 146, 147, 173, 255; — ajoutons le cas de suppression de l'acte par la la-

cération du feuillet qui le contenait.) Ce délit ou ces crimes peuvent amener des poursuites contre leurs auteurs ; le jugement rendu contre eux tiendra lieu de l'acte de célébration.

Pour que les parties puissent se servir de l'article 198, il faut qu'il y ait délit ou crime de la part de l'officier de l'état civil ; en un mot, que le fait qu'on lui impute soit réprimé par une loi pénale. Si donc l'officier avait omis d'inscrire un mariage sur les registres, l'article serait inapplicable : car la loi n'a prononcé nulle part de peine pour cette omission, et les parties doivent s'imputer de ne l'avoir point fait inscrire : elles savaient bien qu'elles devaient signer leur acte de mariage immédiatement après son inscription sur les registres. Décider autrement serait admettre la preuve testimoniale en dehors des cas où la loi l'autorise.

L'action criminelle dont parle notre article n'est pas spécialement dirigée contre l'officier de l'état civil, qui aurait altéré, détruit ou supprimé l'acte de célébration : la généralité des articles 198 et 199 prouve clairement qu'elle serait applicable au cas où l'auteur du fait serait un tiers autre que l'officier public. On ne saurait opposer l'article 200, qui parle seulement de l'officier de l'état civil ; cet article est purement énonciatif, et se borne à présenter l'hypothèse la plus ordinaire.

Recherchons maintenant par qui peut être intentée l'action.

En principe, tout crime ou tout délit donne naissance à deux actions : l'action publique et l'action civile. L'action publique, qui a pour but de faire infliger une peine au coupable, appartient exclusivement au ministère public et ne peut être exercée que devant les tribunaux crimi-

nels. L'action civile, qui a pour but la réparation du dommage causé par le crime ou le délit, appartient aux parties lésées et peut être intentée soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels, concurremment avec l'action publique. Mais en matière criminelle proprement dite, les parties peuvent seulement porter plainte et se constituer parties civiles si l'action publique est exercée, tandis qu'en matière correctionnelle elles peuvent directement saisir le tribunal correctionnel. (Art. 64 et 181, Code d'instr. crim.)

L'action publique, malgré le texte de l'article 199, pourra toujours être exercée par le procureur impérial, même du vivant des deux époux. L'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle est formel à cet égard, et l'article 199 n'est pas assez explicite pour y apporter une dérogation aussi importante.

Quant à l'action civile, l'article 199, qui la désigne sous le nom d'*action criminelle* (et nous verrons tout à l'heure pourquoi), semble établir un ordre hiérarchique entre les personnes qui pourront l'exercer. « Si les époux ou l'un
« d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude,
« l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui
« ont intérêt à faire déclarer le mariage valable et par le
« procureur impérial. » Tout en s'en tenant strictement au texte, il faudrait dire : « Ont qualité pour intenter l'ac-
« tion : d'abord les époux, et, après leur mort ou la mort
« de l'un d'eux, sans que la fraude ait été découverte, les
« personnes intéressées et le procureur impérial. » Nous venons de voir que la négligence des époux, ou leur mauvais vouloir, ne pourrait paralyser le droit de la société tout entière représentée par le ministère public, et que ce dernier pourrait intenter l'action publique.

Mais les parties intéressées pourront-elles, même du vivant des deux époux, intentér l'action civile? Oui. La disposition de la loi est purement énonciative. Si elle n'appelle personne à l'exercice de cette action tant que les époux existent, c'est qu'elle suppose, d'une part, que s'ils découvrent la fraude, ils ne manqueront pas eux-mêmes d'agir, ce qui désintéresserait les autres parties; et d'autre part, que les autres parties ne peuvent avoir, du vivant des époux, un intérêt né et actuel à prouver l'existence du mariage. Elle statue sur le *plerumque fit*; mais si, pour recueillir une succession; par exemple, les enfants étaient obligés de faire preuve de leur légitimité, rien ne les empêcherait d'agir. (Cf. Valette sur Proudhon, II, p. 406; — Demolombe, t. III, p. 613; — Aubry et Rau, t. IV, p. 23.)

L'article semble dire encore que l'action ne pourrait être exercée si les époux étaient morts ayant connaissance de la fraude. Les mots *sans avoir découvert la fraude* sont employés dans un sens purement énonciatif; la loi a pensé que si les époux ont découvert la fraude, ils n'auront pas manqué d'agir, et alors il n'est plus nécessaire d'appeler personne. Mais si la pensée de la loi ne s'était pas réalisée, rien ne s'opposerait alors à l'exercice de l'action par les autres personnes intéressées. Il ne serait pas juste que l'insouciance ou la négligence des époux qui, pour ne point se jeter dans les embarras d'un procès criminel, n'ont point réclamé contre la suppression de leur acte de mariage, pût priver les enfants du moyen que la loi a bien voulu leur accorder. L'intention du législateur n'a pas été de déroger au droit commun qui donne l'action civile à toute personne ayant intérêt à l'exercer.

Nous avons dit que l'article 199 parlait de l'action civile quoiqu'il la qualifiât d'*action criminelle*. Il ne peut, en effet, être question d'action publique, puisque l'article en accorde l'exercice non-seulement au ministère public, mais encore aux époux et à toute autre personne intéressée. S'il lui a donné le nom d'*action criminelle*, c'est qu'à l'époque de la rédaction du Code Napoléon, toute action née d'un crime, l'action publique comme l'action civile, s'appelait *action criminelle*. Mais en permettant au ministère public de l'exercer, la loi a dérogé aux principes : 1° que le ministère public n'exerce point les actions civiles, et 2° qu'il n'a pas qualité pour demander la rectification des actes de l'état civil. Cette double exception se justifie par l'importance du mariage, auquel se rattachent, dans le présent et dans l'avenir, tant d'intérêts divers. (Demante, t. I, p. 293; — M. Valette, à son cours.)

Telle est la marche à suivre, lorsque l'officier de l'état civil, qui a supprimé, détruit ou falsifié l'acte de célébration, est vivant. L'article 200 nous montre comment on procède lorsqu'il est décédé. — Art. 200 : « Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée, au civil, contre ses héritiers par le procureur impérial, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. »

L'action sera dirigée au civil; il ne pourrait, en effet, être question de procédure criminelle, d'action publique, puisque le coupable est mort; mais l'action civile pourra être intentée, car les héritiers succèdent aux obligations pécuniaires de leur auteur. Par qui sera-t-elle exercée? Ici encore nous rencontrons une dérogation au droit commun : elle le sera par le ministère public et non par

les parties intéressées. On a voulu éviter l'effet de la connivence entre les héritiers de l'officier de l'état civil et les parties qui chercheraient à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'a jamais existé.

L'article ajoute : « En présence des parties intéressées » et sur leur *dénonciation*. » Le crime étant éteint par la mort du coupable, le ministère public n'a pas le droit d'intenter l'action de son propre mouvement ; le fait doit lui être dénoncé par les personnes intéressées, puisque leur intérêt seul est en cause. Quoique l'article ne parle que de la mort de l'officier public, son application n'est pas cependant restreinte au cas seulement où cet officier était l'auteur du crime, et il est bien évident que si le coupable est un tiers, c'est par la mort de ce dernier et non par celle du dépositaire des registres que sera déterminée l'application de l'article 200.

« Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. » (Art. 198.) *Assure au mariage tous les effets civils*, cette formule est inexacte ; prise à la lettre, elle conduirait à dire que le mariage, prouvé conformément aux articles 199 et 200, est désormais à l'abri de toute attaque. Le jugement n'établira qu'une chose : le fait de la célébration. Mais le mariage célébré est-il nul ou valable ? Est-il exempt d'inceste, de bigamie, de violence ? C'est une question toute différente et qui reste entière, après comme avant le jugement de condamnation.

SECTION IV. — DE LA FILIATION.

La loi, au point de vue de la preuve, se montre plus sévère pour la filiation naturelle que pour la filiation légitime. Quoique étrange, peut-être, à première vue, cette différence est pourtant fondée sur les plus sérieuses considérations.

La société entière est intéressée à la formation des familles qui la constituent; or la filiation légitime, c'est la famille.

La filiation légitime produit des droits d'une haute importance dont il fallait prendre garde de priver l'enfant.

La filiation légitime n'a rien que d'honorable pour les deux époux.

Bien différente est la filiation naturelle. Elle tire son origine de fautes à la révélation desquelles la société est loin d'être intéressée; l'intérêt de l'enfant est moins précieux; la filiation naturelle entache l'honneur de la personne à laquelle on l'impute. Ajoutons à cela que le soin que l'on prend d'ordinaire pour dissimuler aux regards de tous l'existence d'un enfant naturel laisse planer sur son origine des doutes, qui semblent ne pouvoir se dissiper qu'au moyen des preuves les plus fortes et les plus précises. Le législateur devait donc soumettre à des garanties plus sévères le mode de preuve de cette filiation. Nous suivrons l'ordre indiqué par le Code, et nous nous occuperons d'abord de la preuve testimoniale appliquée à constater la filiation légitime.

FILIATION LÉGITIME.

Celui qui réclame une filiation légitime a cinq preuves à faire :

- 1° Que ceux dont il se dit issu ont été mariés ;
- 2° L'accouchement de sa prétendue mère ;
- 3° Son identité avec l'enfant dont elle est accouchée ;
- 4° Sa conception ou sa naissance pendant le mariage ;
- 5° Qu'il a été conçu des œuvres du mari.

Quant à la première preuve, nous savons comment elle se fera (art. 194, 46, 197, 198, 200). Quant à la quatrième et à la cinquième, elles sortent du cadre de notre travail et font l'objet des présomptions posées dans l'article 312.

La maternité et, par voie de conséquence, la filiation peuvent se prouver de trois manières : 1° l'acte de naissance ; 2° la possession d'état ; 3° la preuve testimoniale sous certaines conditions.

§ 1. *Acte de naissance.*

L'acte de naissance ne prouve pas à lui seul la filiation, il ne prouve que l'accouchement de la femme dont l'enfant se dit issu ; il ne prouve pas l'identité, car les actes de l'état civil étant publics, et le premier venu pouvant s'en faire donner des extraits, la possession d'un acte de naissance qui prouve l'accouchement de telle femme ne prouve pas que cet acte se réfère à l'enfant qui en est nanti. Comment fera-t-il cette preuve ? La meilleure, sans

contredit, serait certainement la possession d'état; mais elle n'est point requise, puisqu'à elle seule, et à défaut de titre, elle prouve la filiation; des faits plus ou moins caractérisés de possession pourraient donc paraître suffisants. Mais en l'absence de toute espèce de possession d'état, la preuve testimoniale pourrait-elle toujours être admise *de plano*?

Quelques auteurs et arrêts avaient décidé que non. D'une question d'identité, d'un titre dont il s'agissait de faire l'application à celui qu'il concerne, ils faisaient une réclamation d'état dépourvue de titre et de possession. Ils raisonnaient ainsi : « L'enfant qui présente un acte de naissance ne peut point dire qu'il a un titre, puisque ce qu'on nie précisément, c'est que ce titre soit le sien, que cet acte se rapporte à lui; il ne peut pas dire : J'ai un titre. » Il n'a pas non plus, ainsi qu'on le suppose, de possession; donc l'article 323 lui est applicable : « A défaut de titre et de possession constante..... la preuve de la filiation peut se faire par témoins. — Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission. » — On se fonde encore sur les motifs qui ont fait édicter l'article 323. Le législateur a voulu garantir les familles contre l'audacieuse intrusion d'individus étrangers, et il a redouté les dangers de la preuve testimoniale toute nue : ce motif qui a inspiré l'article 341 (la preuve testimoniale n'est admise à l'appui d'une recherche de maternité naturelle qu'autant qu'elle est appuyée sur un commencement de preuve par écrit) existe dans tous les cas, donc dans tous les cas même protection doit être accordée aux

familles. — (Comparer Delvincourt, t. I, p. 85, note 8 ; — Bordeaux, 25 août 1825 ; — Sirey, 1826, II, 163.)

Malgré la gravité de ces arguments, nous croyons pouvoir dire que la preuve testimoniale sera admissible *de plano*. L'article 323 doit être mis hors de cause, l'hypothèse qu'il prévoit n'est point la nôtre ; il ne s'applique qu'à défaut de titre, et ici nous en avons un. L'enfant, nous le voulons bien, ne pourra point dire : J'ai un titre ; mais, relativement à la femme mariée et à son mari, dont le réclamant se prétend issu, est-ce que le titre n'est pas là, prouvant directement la maternité de la femme ? il ne s'agit donc que d'une question d'identité de personne ; ce n'est que lorsqu'on demande directement à établir par témoins la maternité de la femme que l'article 323 exige le commencement de preuve par écrit ou des faits déjà constants. Le danger dans les deux cas n'est pas le même : autre chose est imputer à une femme et à un homme la naissance d'un enfant qu'ils méconnaissent avoir eu, et autre chose prouver l'identité du réclamant avec l'enfant qu'ils ont certainement eu. Cette dernière preuve ne porte plus sur le fait de la maternité, elle s'applique à des faits extérieurs tout différents, comme ceux, par exemple, d'une possession d'état incomplète ; et ces sortes de faits peuvent, en général, être établis par témoins, d'autant plus qu'il n'y a pas, le plus souvent, d'autre moyen de preuve. (Demolombe, n° 230 ; — Aubry et Rau, t. IV, p. 546 ; Demante, t. I, n° 301, programme.)

Nous devons maintenant nous occuper d'une question que nous avons déjà posée plus haut à propos de l'article 46.

L'acte reconstitué judiciairement, selon le prescrit de l'article 46, a-t-il, relativement à la filiation légitime, la

force probante que l'article 319 attribue à l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil ?

D'après une première opinion, à défaut d'acte inscrit sur les registres, on serait contraint, pour établir la filiation légitime, de se conformer à la règle de l'article 323, c'est-à-dire que la preuve testimoniale, pour être reçue, devrait s'appuyer sur un commencement de preuve par écrit ou des présomptions et indices assez graves pour en déterminer l'admission. L'article 46, dit-on, en admettant *de plano* la preuve par témoins, ne s'occupe que de la naissance et non de la filiation. Rien ne permet donc de déroger à l'article 323 et à ses exigences particulières. On fait remarquer, d'autre part, que l'article 323 ne renvoie pas, comme l'article 194, à l'article 46, et qu'il y a un très-grave intérêt pour les familles et la société à ce qu'on ne puisse pas, en se prévalant de l'article 46, faire admettre des réclamations contre lesquelles les parties intéressées ne seraient point protégées par les garanties sérieuses énoncées dans l'article 323. (Comp. Marcadé, art. 46, n° 4; — Demante, I, n° 91 *bis*; — Delvincourt, I, p. 32, n° 6.)

Dans une seconde opinion, à laquelle nous n'hésitons pas à nous rallier, on répond : L'article 46 est général, il ne distingue point entre les mariages et décès, d'une part, et les naissances, d'autre part. La distinction qu'on voudrait y introduire serait non-seulement arbitraire, mais irait encore à l'encontre du but si équitable de l'article 46. Le législateur a voulu que les parties ne puissent souffrir de la perte ou non-existence des registres, et que l'acte ainsi reconstitué judiciairement eût pour elles la même force et la même valeur qu'un acte régulièrement inscrit. M. Demolombe fait remarquer avec juste raison que, dans

l'hypothèse de l'article 323, le réclamant n'a ni titre ni possession d'état, ou bien qu'il est inscrit sous de faux noms ou comme né de père et mère inconnus, et cependant les registres de l'état civil existent et leur tenue est régulière. On comprend donc que, puisqu'il ne justifie pas sa demande au moyen de la preuve habituelle, la loi puisse accueillir sa réclamation avec une défiance bien légitime. Dans le cas de l'article 46, au contraire, la perte ou la non-existence des registres explique et justifie pourquoi le demandeur ne se sert point du moyen de preuve normal : l'acte de naissance. (Valette sur Proudhon, II, p. 102; — Demolombe, I, n° 326.)

§ 2. *Deuxième moyen de preuve : possession d'état.*

Lorsque l'enfant, qui se prétend issu de tel mariage, n'a pas de titre à présenter, et peu importe comment il s'en trouve privé, il peut établir sa filiation au moyen de la possession constante d'état d'enfant légitime des deux époux, c'est-à-dire qu'au lieu de prouver qu'il est leur fils, il lui suffit de prouver qu'il passe l'être.

Mais si, au lieu de n'avoir point de titre, l'enfant en avait un qui lui attribuât une filiation contraire à celle que lui donne sa possession d'état, ou qui du moins fût en opposition d'une manière quelconque à cette prétendue filiation, ce défaut d'harmonie entre l'état possédé par l'enfant et un acte qui est prouvé lui appartenir neutraliserait l'effet de la possession d'état, et il devrait, pour établir sa légitimité, recourir à la preuve testimoniale en se conformant aux prescriptions de l'article 323.

La possession d'état est un ensemble de faits continus

et notoires qui, par leur nature, impliquent la reconnaissance de la filiation de l'enfant par la famille à laquelle il prétend appartenir. On peut la définir une série d'aveux. Les faits qui la constituent se résument en trois principaux : *nomen, tractatus, fama*. L'individu doit toujours avoir porté le nom du père auquel il prétend appartenir. Le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien et à son établissement ; il a été constamment reconnu pour tel dans la famille et dans la société. Le concours de tous les faits indiqués par la loi n'est pas exigé d'une manière absolue : la possession d'état ne peut pas avoir les mêmes caractères dans tous les cas ; elle ne peut pas être la même à l'égard d'un enfant qui a perdu ses père et mère, lorsqu'il était encore en nourrice, qu'à l'égard d'une personne d'un âge avancé qui a encore les siens. Le premier ne connaît même pas son nom, il n'a pas été reconnu dans la société comme fils d'un tel ; les faits de son éducation sont encore peu nombreux et faiblement déterminés, tandis que le second a pu donner à sa possession d'état tous les caractères qui pouvaient la rendre certaine. Mais les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation, et ils devront moins exiger du premier que du second.

La possession d'état doit exister simultanément et indivisément tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père. L'article 321, il est vrai, semble ne comprendre parmi les faits constitutifs de la possession d'état que ceux relatifs au père ; mais si la loi l'a désigné spécialement, c'est que le premier fait qu'elle indique est le nom porté par l'enfant. Or ce nom étant aussi celui du père, elle a d'abord parlé de lui ; puis, suivant la même idée, elle a continué à le désigner, mais sans exclure l'intervention de la mère,

qu'elle nomme implicitement en parlant de la famille. Puisqu'il s'agit de la possession d'état d'enfant légitime, cette possession ne peut exister qu'autant qu'elle rattache l'enfant à son père et à sa mère, à l'un et à l'autre. S'il était traité comme enfant légitime par l'un des époux seulement, sans la participation et à l'insu de l'autre, on ne pourrait plus dire qu'il est traité dans la famille comme enfant légitime. (*Contra*, Bonnier, *Traité des preuves*, n° 208.) Une pareille possession d'état provoquerait la méfiance plutôt que la conviction, et la conduite de l'époux qui s'abstient pourrait être avec juste raison regardée comme une protestation.

Cependant, dans certains cas, un enfant pourrait avoir la possession d'état sans le concours du père. Cela se présenterait au cas, par exemple, où il serait né après la mort ou l'absence de celui-ci. On tiendrait alors compte de l'attitude de la famille paternelle à l'égard de l'enfant.

C'est par tous les moyens possibles, et notamment par témoins, que l'enfant peut, en cas de contestation, faire la preuve des faits qui doivent établir sa possession d'état. Ses adversaires, du reste, peuvent toujours, et par tous moyens aussi, faire la preuve contraire à la sienne, car c'est seulement lorsque le titre et la possession sont réunis que, d'après l'article 322, toute preuve contraire est inadmissible. Ainsi ils pourront non-seulement renverser les faits de possession invoqués par l'enfant ou en établir de nouveaux qui neutraliseraient l'effet des premiers; mais encore la possession une fois établie, combattre les conséquences de paternité et de maternité qui en résultent, en prouvant, par exemple, qu'aucun enfant n'est issu du mariage ou que ceux qui en étaient issus sont morts.

Notons en terminant que, pour faire preuve, la possession d'état doit être constante, c'est-à-dire non pas seulement certaine, notoire, bien établie, mais encore non interrompue, persistante, continue. Il semble que le législateur ait craint, s'il se fût contenté d'une possession d'état actuelle, la possibilité d'adoptions déguisées et en dehors des conditions légales. Cette exigence s'atténue dans la pratique par cette considération qu'une possession est présumée, jusqu'à preuve contraire, avoir existé dans le passé, lorsqu'elle est établie pour le temps actuel.

L'avantage de ce moyen de preuve, avantage que n'a point l'acte de naissance, c'est qu'il prouve l'identité de l'enfant, la paternité et même le mariage dans l'hypothèse spéciale de l'article 197. En matière de filiation, on peut, à défaut de titre, invoquer la possession d'état; nous avons vu pour le mariage qu'il n'en était pas ainsi (art. 195). On peut donner plusieurs raisons de cette différence : les parties sont en faute de n'avoir pas veillé à la confection d'un acte régulier de leur mariage, on ne peut adresser à l'enfant le même reproche ; la possession d'état d'époux légitimes est l'œuvre des époux eux-mêmes, et rien n'est plus facile que de l'acquérir à tort, surtout dans les grandes villes ; les enfants tiennent au contraire leur possession de ceux qui auraient intérêt à leur illégitimité.

§ 3. *Troisième moyen de preuve : preuve testimoniale.*

Dans l'hypothèse de l'article 321, c'est-à-dire en cas de preuve par possession d'état, il suffisait à l'enfant d'établir qu'il passait notoirement pour fils de tels époux : ici il est réduit à prouver directement la filiation même ;

il faut qu'il établisse positivement que la femme mariée dont il se dit le fils est bien accouchée à l'époque qu'il prétend, et qu'il est bien l'enfant dont elle est accouchée. La preuve est donc plus rigoureuse que dans le premier cas, et elle l'est encore davantage, en ce sens qu'elle ne peut être admise que sous une condition préalable qui n'est pas nécessaire dans le cas de l'article 321.

Dans quels cas cette preuve sera-t-elle admissible ; en d'autres termes, quand y a-t-il lieu à réclamation d'état ? (Nous ne nous occuperons de cette action qu'en tant qu'elle touche à notre sujet, et nous déterminerons seulement les conditions requises pour l'admission de la preuve testimoniale et les cas précis où se rencontre son admissibilité.)

Elle aura lieu :

1° Quand le réclamant n'a point de titre (art. 323 et 319). — Peu importe pour quels motifs il ne produit point d'acte de naissance ; exceptons toutefois l'hypothèse de l'article 46, car, ainsi que nous l'avons établi plus haut, l'article 323 est inapplicable à ce cas, et la preuve testimoniale peut être admise *de plano*.

2° Lorsqu'il a un titre, mais que ce titre le désigne soit comme né de père et mère inconnus, soit sous de faux noms, et qui dans ce dernier cas lui attribue une filiation contraire à celle qu'il prétend être la sienne. — Il n'est pas nécessaire dans les deux cas qu'il s'inscrive en faux contre l'acte de naissance : il n'attaque en rien la foi due à l'officier de l'état civil, il ne conteste que l'exactitude des déclarations. Comment, du reste, en prouverait-il la fausseté, avant d'établir quels sont ses père et mère ? Est-ce que cette dernière preuve n'est pas la seule par laquelle il pourrait prouver qu'elles sont contraires à la vérité ?

3° Lorsqu'il n'a pas la possession de l'état qu'il réclame.—Remarquons toutefois que si la possession d'état qu'il a est conforme à celle que lui attribue son acte, il ne sera point recevable dans sa demande. (Art. 322.)

4° Il existe encore une quatrième hypothèse implicitement comprise dans les précédentes : celle où l'enfant a un titre et une possession d'état qui se contredisent. Si l'enfant s'appuie sur la possession d'état pour réclamer un état contraire à celui que lui attribue son titre, l'article 323 est applicable; s'il repoussait au contraire la possession d'état et invoquait le titre, il se trouverait alors dans l'hypothèse de l'article 319.

A quelles conditions la preuve testimoniale sera-t-elle admissible ?

« La preuve de la filiation peut se faire par témoins ;
« néanmoins cette preuve ne peut être admise que lors-
« qu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque
« les présomptions ou indices graves, résultant de faits
« dès lors constants, sont assez graves pour en détermi-
« ner l'admission. » (Art. 323.)

A ne consulter que le droit commun, la preuve testimoniale eût dû ici être admise *de plano*, puisque l'enfant a été dans l'impossibilité matérielle de se procurer une preuve écrite de sa filiation. Mais le danger de la preuve par témoins était en cette matière particulièrement redoutable, soit à cause du caractère occulte des faits à vérifier, soit aussi à cause de la grande importance de l'objet du débat. L'intérêt de la famille et de la société exigeait donc des garanties spéciales. Mais par cela même que la loi privait le réclamant du bénéfice du droit commun, elle ne devait pas non plus lui en appliquer toutes les exigences. C'est ainsi qu'elle admet la preuve

par témoins, lorsqu'il existe des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants. Le projet, qui exigeait toujours un commencement de preuve par écrit, a été modifié comme trop sévère. De même, dans les procès ordinaires, on n'admet comme pouvant servir de commencement de preuve par écrit que les actes émanés du défendeur ; en notre matière, on accepte non-seulement les actes émanés du défendeur, mais encore ceux qui ont pour auteur une personne qui n'est pas engagée au procès, mais qui y aurait intérêt, si elle était vivante. (Art. 324.)

« Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics ou même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. » (Art. 324.)
Pourrait-on prendre en considération de simples lettres missives? Pourquoi non? Si la loi admet les registres domestiques, un simple cahier, par exemple, sur lequel le père ou la mère auraient constaté les paiements des mois de nourrice, ou des quartiers de pension, pourquoi repousser des lettres adressées par eux à la nourrice, au précepteur ou à l'enfant lui-même? Le caractère de vraisemblance n'y est-il pas à un degré aussi élevé? L'énumération de l'article 324 est limitative, cela est vrai, mais en ce sens seulement que l'on ne pourrait produire une pièce qui ne rentrerait pas dans son énumération, comme le serait un acte émanant d'une personne qui n'aurait pas d'intérêt dans la contestation, quelque vraisemblance d'ailleurs qu'il pût donner au fait allégué. L'article parle d'actes privés ; or ce mot a un sens général, et l'article 1347, qui se sert des mots « tout acte par écrit »,

comprend certainement les lettres missives, à *fortiori* doit-il en être de même dans notre article 324, qui pour le commencement de preuve par écrit se montre plus large et plus facile que l'article 1347. On y est du reste forcément entraîné, puisque la loi, dans notre matière, reconnaît aux présomptions et indices graves, dès lors constants, la puissance de faire admettre la preuve testimoniale.

Ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. — Telle serait une pièce émanée d'un défunt, frère légitime de la personne dont le réclamant se prétend lui-même le frère légitime.

Présomptions ou indices graves. — La loi entend ici toutes circonstances autres qu'un commencement de preuve par écrit, qui sont de nature à rendre vraisemblable la filiation réclamée. Tels sont, par exemple, des signes corporels, des vêtements signalés dans un procès-verbal (art. 58) et qu'on retrouve sur l'enfant ou qu'il représente; une ressemblance parfaite entre l'enfant qui réclame et la mère ou le père dont il se dit issu; ajoutons encore certains faits de possession insuffisants pour constituer une possession complète d'état d'enfant légitime, mais assez graves pour rendre vraisemblable la filiation que revendique l'enfant.

Résultant de faits dès lors constants. — Dès lors, c'est-à-dire déjà et dès actuellement constants; *constants*, c'est-à-dire avoués et reconnus sans le secours d'une enquête. S'il eût été permis de prouver ces faits par témoins, les fraudes que la loi voulait prévenir eussent été trop faciles : on aurait prouvé par de faux témoins les indices graves, et par ces mêmes témoins la filiation elle-même.

Dès que la preuve est admissible, l'enfant devra prou-

ver l'accouchement de la femme dont il se dit issu et son identité avec l'enfant que cette femme a mis au monde. La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère (art. 325). Ces derniers mots nous révèlent une certaine infériorité de ce dernier moyen de preuve, comparé aux deux précédents, le titre et la possession d'état. Lorsque la maternité est prouvée par la possession d'état, le désaveu du père devient impossible, puisque la possession se compose de reconnaissances quotidiennes qui renferment implicitement une renonciation à l'action en désaveu.— La maternité est-elle prouvée par le titre, la présomption de paternité ne peut tomber que : 1° par la preuve d'une impossibilité physique de cohabitation, ou 2° par la triple preuve d'une impossibilité morale de cohabitation, de l'adultère de la mère et du recel de l'enfant ; 3° ou par les conditions indiquées pour le cas de séparation de corps.— Est-elle établie, au contraire, par la preuve testimoniale, le mari pourra invoquer *tous les moyens propres* à établir qu'il n'est pas le père du réclamant. La loi, avec raison, n'a pas voulu accorder à la maternité qui s'établit par les tiraillements d'un procès la même confiance qu'à celle qui résulte régulièrement d'un acte de naissance.

Cette preuve contraire, qui peut être fournie par tous les moyens possibles, n'est soumise à aucune condition préalable ; il n'est pas nécessaire d'un commencement de preuve par écrit ou de présomptions graves rendant vraisemblable la non-paternité du mari.

FILIATION NATURELLE.

La filiation naturelle comprend la filiation naturelle simple et la filiation naturelle adultérine ou incestueuse. Les principes qui les régissent sont différents, et les articles 335 et 362 interdisent la reconnaissance et la recherche de la seconde. Nous la laisserons de côté, pour nous occuper seulement de la première.

La filiation naturelle peut s'établir juridiquement de deux manières : 1° par la reconnaissance volontaire des auteurs; 2° par la déclaration judiciaire intervenant sur la preuve faite en justice.

1° La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans son acte de naissance, soit même après coup, pourvu qu'elle ait lieu par acte authentique devant un officier public compétent (officier de l'état civil, notaire, juge de paix assisté de son greffier, dans un procès-verbal de conciliation). La reconnaissance peut être faite soit par le père et la mère de l'enfant, soit par l'un ou l'autre seulement; et dans ce second cas, elle n'aura d'effet que vis-à-vis de celui dont elle émane. (Art. 336.)

Le principe est ici le même que dans toutes les questions d'état : le moyen de preuve normal, c'est la preuve littérale; la preuve par témoins n'a qu'un rôle secondaire. La filiation naturelle s'établit donc régulièrement par l'acte de reconnaissance. — Notons ici que l'article 46 est parfaitement applicable, et la preuve testimoniale admissible *de plano* pour constituer judiciairement un acte de reconnaissance de paternité ou de maternité naturelle qu'on prétendrait avoir été porté sur les registres perdus.

— C'est la même question que celle que nous avons déjà résolue à propos de l'article 319.

Lorsqu'un individu produit un acte authentique par lequel une femme ou un homme a reconnu un enfant naturel et prétend que c'est bien à lui que cet acte s'applique, pourra-t-il faire par témoins la preuve de son identité?

Dans une première opinion, on dit que l'article 341 est formel et exige le commencement de preuve par écrit, non-seulement pour la preuve de l'accouchement, mais encore pour celle de l'identité. « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est *identiquement* le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. »

L'acte de reconnaissance prouve bien que la femme a avoué qu'elle avait eu un enfant, mais il ne prouve pas l'identité du réclamant avec cet enfant; cette preuve reste donc à faire tout aussi bien que si l'acte de reconnaissance n'existait pas.

Nous ne croyons pas cependant devoir nous ranger à ce système; l'article 341 nous paraît ici inapplicable, l'hypothèse qu'il prévoit est différente de la nôtre; il vise le cas où la maternité est recherchée contre une femme qui n'a point fait d'acte authentique de reconnaissance, ainsi que cela résulte de l'économie tout entière de la section II. Y a-t-il un acte de reconnaissance, l'article 334 doit s'appliquer; n'y en a-t-il pas, au contraire, c'est le cas des articles 340 et 341. Si, dans notre hypothèse, l'article 341 était applicable à l'égard de la mère, l'article 340 le serait aussi forcément à l'égard du père, et, de même que dans le premier cas on exige un commen-

cement de preuve par écrit pour constater l'identité du réclamant avec l'enfant que telle femme a reconnu, de même, dans le second, on devrait déclarer complètement irrecevable celui qui voudrait prouver son identité avec l'enfant que tel homme a reconnu ; car s'il y a recherche de maternité dans le premier cas, il y a aussi recherche de paternité dans le second, et l'on doit, par conséquent, la déclarer interdite. Or cette solution est évidemment inadmissible. Nous croyons donc ici, comme dans toutes les questions d'identité, la preuve testimoniale admissible *de plano*.

2° A défaut d'une reconnaissance volontaire, la loi permet à l'enfant naturel d'établir sa filiation au moyen d'un jugement qui déclare que tel homme est son père ou que telle femme est sa mère. Les principes étant très-différents, suivant que la recherche s'applique à la paternité ou à la maternité, nous nous en occuperons séparément.

§ 1. De la recherche de la paternité.

ART. 340 : « La recherche de la paternité est interdite. « Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, « déclaré père de l'enfant. »

L'impossibilité de découvrir le père naturel, les dangers et les scandales de ces sortes d'actions, tels sont les motifs de la règle édictée par notre article : « La recherche « de la paternité est interdite. » Le texte est absolu ; la recherche n'est donc permise ni contre celui que l'on prétend être le père ni contre l'enfant, à l'effet, par exemple, de l'empêcher de recueillir les libéralités qui

lui auraient été faites par celui que l'on prétendrait être son père. (Art. 338, 908.) L'impossibilité de la preuve et le scandale seraient les mêmes dans les deux cas.

L'article ne fait qu'une exception, c'est le cas d'enlèvement, et deux conditions sont en outre nécessaires : 1° que l'époque de la conception coïncide avec celle de l'enlèvement ; 2° que les juges, d'après les circonstances du fait, estiment que le ravisseur est le père.

L'enlèvement prévu par l'article 340, n'est pas seulement celui qui est commis sur une mineure et prévu par les articles 354 et 355 du Code pénal, c'est l'enlèvement dans le sens ordinaire et grammatical du mot, et par conséquent susceptible de s'appliquer même à une majeure. D'après le Code pénal de 1791, en vigueur lors de la rédaction du Code Napoléon, le seul enlèvement punissable était celui d'une femme âgée de moins de quatorze ans ; or, à cet âge, la maternité est presque impossible ; ce n'est donc point de cette hypothèse dont a dû se préoccuper le législateur en autorisant la recherche de la paternité. Nous déclarerons donc l'article applicable à l'enlèvement par fraude d'une fille mineure, à l'enlèvement d'une fille mineure au-dessous de seize ans qui aurait suivi volontairement son ravisseur, à l'enlèvement par fraude ou par séduction d'une femme majeure ; car tous ces cas rentrent dans l'acception ordinaire du mot *enlèvement*. Nous croyons devoir aussi l'étendre au cas de viol, car le viol est un rapt momentané, et il semble qu'il y ait un *à fortiori* ; au cas de viol, le rapprochement est certain, et il n'est que présumé en cas d'enlèvement. D'autre part, il est possible de déterminer avec plus de certitude que dans le cas d'enlèvement la coïncidence de l'époque de la conception avec le viol.

Mais, dans tous les cas, la déclaration de paternité est facultative pour les juges, et c'est dans ce but que les mots *pourra être* ont été substitués au mot *sera*.

Quant au mode de preuve, soit du fait principal : l'enlèvement; soit du fait accessoire : la paternité, la loi n'exige aucun commencement de preuve par écrit, et comme il s'agit de faits dont la partie demanderesse n'a pu se procurer une preuve écrite, il faut tenir pour certain que la preuve testimoniale, ou même par simples présomptions, est admissible *de plano*. Pour déterminer la coïncidence de la conception avec l'enlèvement, il nous paraît raisonnable de recourir aux présomptions des articles 312, 314 et 315. (Demolombe, n° 493, t. V; — Demante, t. II, n° 69 *bis*, chap. viii.)

La recherche de la paternité, en cas d'enlèvement, est interdite si elle doit conduire à la constatation d'une paternité adultérine ou incestueuse; c'est ce que déclare l'article 342 : « Un enfant ne sera jamais admis, soit à la « recherche de la paternité, soit à la recherche de la « maternité, dans le cas où, suivant l'article 335, la re- « connaissance n'est pas admise. »

§ 2. De la recherche de la maternité.

La maternité a des signes matériels auxquels on peut la reconnaître : la grossesse et l'accouchement, que la femme non mariée s'efforce le plus souvent, il est vrai, de cacher, sont cependant susceptibles d'être prouvés, et il serait difficile d'égarer la justice sur ces faits. Les raisons qui ont fait interdire la recherche de la paternité n'existent donc point ici, et le scandale, presque inévitable

de ces sortes d'actions, sera toujours moindre en ce qui concerne la maternité. De là la règle de l'article 341 : « La recherche de la maternité est admise. »

Celui qui recherche sa filiation a deux faits à prouver : l'accouchement de la femme dont il se dit issu et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette double preuve peut être faite par témoins; mais ici, comme pour la filiation légitime, la preuve testimoniale n'est pas admissible *de plano*; l'article 341 exige un commencement de preuve par écrit. Il n'est pas aussi large que l'article 323, qui admet en outre la preuve par témoins lorsque les présomptions ou indices, résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour en déterminer l'admission. La disposition limitative de l'article 341 a bien sa raison d'être; la loi s'est montrée moins exigeante pour la filiation légitime que pour la filiation naturelle, parce que, tandis que l'une n'a rien que d'honorable pour la famille, l'autre y porte le déshonneur. La crainte d'imputations calomnieuses qui seraient trop facilement dirigées contre une femme honnête n'a pas permis de voir ici, dans de simples indices, quelle qu'en fût la gravité, une base suffisante pour l'admission de la preuve testimoniale.

L'article 341 ne définit pas le commencement de preuve par écrit. Doit-il émaner directement de la femme elle-même et ne pourrait-il pas résulter des actes publics et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante?

Nous ne le pensons point; il faut se reporter au droit commun (art. 1347) et exiger que ce commencement de preuve émane de la partie à laquelle on l'oppose. L'article 324, qui admet comme commencement de preuve par

écrit les actes émanés d'un tiers qui aurait intérêt dans la contestation, s'il était vivant, n'est qu'une conséquence de l'article 323 qui attribue le caractère de commencement de preuve par écrit aux présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants. Or, puisqu'en notre matière cette disposition est inapplicable, il doit en être de même de l'article 324, qui n'en est qu'un corollaire. N'y aurait-il pas contradiction à autoriser la preuve testimoniale lorsqu'elle s'appuie sur un écrit émané d'un tiers, et à la refuser lorsqu'elle s'appuie sur des présomptions résultant de faits graves et dès lors constants? L'écrit émané d'un tiers n'est après tout qu'un témoignage étranger; les présomptions ne sont l'œuvre de personne, elles se font toutes seules; et ne sont-elles pas plus sûres qu'un témoignage étranger qui peut être le résultat de la haine ou de la légèreté? Et si le Code les prohibe, à plus forte raison doit-il prohiber l'écrit émané d'un tiers. (Bonnier, *Traité des preuves*, n° 145; — Demolombe, t. V, n° 503.)

Ainsi l'enfant ne pourrait pas présenter comme commencement de preuve par écrit l'acte de naissance dans lequel la femme qu'il attaque aurait été indiquée comme sa mère, sur la déclaration soit du père, soit du médecin, soit d'une sage-femme, car dans tous ces cas l'acte n'émane pas de la mère et se trouve être pour elle une *res inter alios acta*.

La reconnaissance qu'aurait faite la prétendue mère par acte sous seing privé ne formerait pas une preuve complète, puisque la reconnaissance de la maternité naturelle n'est valable que par acte authentique (art. 334); mais du moins, elle serait tout à fait dans les conditions d'un commencement de preuve par écrit de l'accouchement. Formerait-il aussi un commencement de preuve

par écrit de l'identité? On ne le pense pas en général, car par lui-même il ne la rend pas vraisemblable. Cet acte, en effet, pourrait aussi bien s'appliquer à tout autre qu'au réclamant, et cette circonstance qu'il se trouve dans les mains de ce dernier ne serait pas toujours en soi décisive; il faudrait encore quelques circonstances qui indiquassent clairement que cet acte sous seing privé s'applique au réclamant.

Nous dirons encore ici ce que nous disions au sujet de la recherche de la paternité naturelle : toutes les fois que la prétention de l'enfant tendra à la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse, et que le caractère de son action se trouvera révélé par les circonstances de la cause, le tribunal, sans lui permettre de pousser plus loin, écartera sa prétention sans aucun examen.

Nous avons trouvé trois modes de preuve de la filiation légitime : le titre, la possession d'état et la preuve par témoins ; dans notre matière, les articles 334, 335, 340, 341, 342 ne nous en présentent expressément que deux : le titre et la preuve testimoniale sous certaines conditions. Doit-on suppléer au silence de la loi et emprunter à la filiation légitime son troisième mode de preuve, la possession d'état?

Trois systèmes se sont produits sur cette question :

PREMIER SYSTÈME. — La possession d'état d'enfant naturel ne peut point servir à prouver la paternité, car aux termes de l'article 340, la recherche de la paternité est interdite; elle peut au contraire par elle seule, et indépendamment d'un commencement de preuve écrite, prouver la maternité, car, à la différence de la paternité, la recherche de la maternité est permise (art. 341, *in principio*).

Ce système est aujourd'hui à peu près abandonné; car,

ou la prétention de l'enfant qui invoque sa possession d'état constitue une recherche judiciaire de sa filiation, et alors la possession ne pourra prouver ni la paternité, puisque la recherche en est défendue (art. 340); ni la maternité, puisque la recherche n'en est admise que sous la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit (art. 341, 2°); — ou bien la possession d'état est une reconnaissance tacite, qui supplée la reconnaissance expresse, faite par acte authentique, et rend inutile la recherche de la filiation, et alors elle fera, par elle seule, preuve de la maternité et de la paternité : il n'y a donc point de place pour un système intermédiaire.

DEUXIÈME SYSTÈME. — La possession d'état, de même que la reconnaissance authentique, et indépendamment d'un commencement de preuve écrite, doit être admise comme preuve de la filiation naturelle, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère.

Ce système, présenté par M. Demolombe (année 1835, *Revue de législation*, t. I, p. 427), a rallié un assez grand nombre de partisans.

La reconnaissance expresse constitue un mode de preuve applicable tant à la paternité qu'à la maternité (art. 334). Or la possession d'état est aussi une reconnaissance, tacite, c'est vrai, mais plus énergique et plus probante que la première, puisqu'au lieu d'être l'œuvre d'un moment et le résultat d'un mouvement peut-être irréfléchi, elle se compose d'une série d'aveux, renouvelés tous les jours en présence de la famille et de la société; il y aurait donc, ce semble, un *à fortiori*.

La loi défend la recherche du père, uniquement parce qu'elle désespère de le trouver; mais son vœu est qu'il soit connu, c'est ainsi qu'en cas d'enlèvement elle la dé-

claire admissible. N'y aurait-il pas contradiction à permettre la recherche dans ce cas et à refuser la preuve toute acquise par la possession d'état? Elle ne permet la recherche de la maternité que sous la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit (art. 341); mais dans l'espèce il ne s'agit point pour l'enfant d'établir sa filiation, d'intenter une action en réclamation d'état : son état, il le possède, et on ne recherche pas ce que l'on possède; il ne demande point quel est son père, quelle est sa mère, ils se sont eux-mêmes fait connaître, mais seulement que l'on constate leur aveu. Dira-t-on que l'enfant, qui fonde sa filiation sur un titre authentique qu'il représente, mais qu'on lui conteste, fait une recherche de la paternité? Notre espèce est absolument la même.

Dans le projet du Code, la possession d'état ne faisait point preuve complète de la filiation, elle n'avait d'autre effet que de rendre admissible la preuve testimoniale. M. Portalis critiqua cette disposition. « Il serait absurde, « disait-il, de présenter la possession constante comme « un simple commencement de preuve, puisque cette « sorte de possession est la plus naturelle et *la plus com-* « *plète de toutes les preuves.* »

Il ne faut point dire que par son silence le législateur a voulu écarter la possession d'état, en notre matière : ce silence a une explication très-rationnelle; le chapitre II pose les principes généraux qui régissent les enfants naturels aussi bien que les enfants légitimes; ce qui le prouve, c'est que l'on emprunte au chapitre II les articles 326 et suivants relatifs à la filiation légitime, pour les appliquer à la filiation naturelle. La section II du chapitre III a eu seulement pour but d'indiquer quelles dispositions du chapitre II ne seraient pas applicables en notre matière,

L'article 334, par opposition à l'article 319, nous montre les différences établies entre la filiation légitime et la filiation naturelle, quant au premier mode de preuve, la preuve par titre. L'article 341 s'explique sur le commencement de preuve par écrit, parce que les articles 323 et 324 admettaient les présomptions ou indices graves; l'article 340 défend la recherche de la paternité naturelle, parce que la recherche de la paternité n'est pas permise. Quels articles notre section oppose-t-elle aux articles 320 et 321? Aucun, puisqu'elle ne dit rien de la possession d'état; on a donc le droit d'aller puiser dans le chapitre II les règles qu'elle y trace pour la filiation légitime.

TROISIÈME SYSTÈME. — La possession d'état ne prouve ni la paternité, car la recherche en est défendue (art. 340), ni même la maternité, lorsqu'il n'existe point un commencement de preuve écrite, car la recherche de la maternité n'est permise que sous cette condition.

Pour étendre, ainsi que le fait le second système, la preuve par possession d'état à la filiation naturelle, il faudrait que le législateur, au moment où il écrivait l'article 320, ait entendu qu'il serait applicable par analogie à l'enfant naturel, ou qu'après l'avoir écrit il ait entendu qu'il lui serait extensible sans qu'il fût besoin de le dire et parce que cette extension paraîtrait évidente.

Or, au moment de la rédaction de l'article 320, on n'entendait pas l'appliquer à l'enfant naturel, puisque dans l'article 7 du chapitre III du projet on présentait la possession d'état comme autorisant, en matière de filiation naturelle, l'admission de la preuve testimoniale, de la même manière que le commencement de preuve par écrit. Mais en le supprimant comme commencement de preuve dans l'article 341, a-t-on voulu, ainsi que semble-

raient le faire croire les paroles déjà citées de M. Portalis, l'ériger en preuve complète? Non, et les travaux préparatoires nous montrent bien que la suppression a été faite dans un autre sens. Le projet de loi disait : « La paternité ne pourra jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faudra-t-il, pour que les familles soient à cet égard à l'abri de toute surprise, que cette reconnaissance ait été faite ou par l'acte même de naissance ou par un acte authentique. » La possession d'état était donc bien écartée pour constater la paternité naturelle ; un seul mode de preuve était autorisé, la présentation d'un acte authentique de reconnaissance ; — pour la maternité, on admettait encore une preuve fournie en justice, mais après commencement de preuve par écrit, ou après une possession d'état dès lors constante, possession d'état qui n'était admise que comme simple commencement de preuve. L'observation de M. Portalis, en faisant supprimer cette dernière idée, a restreint à deux modes de preuve la constatation de la maternité naturelle, l'acte authentique et la preuve testimoniale avec le préalable d'un commencement de preuve par écrit. La nécessité d'une preuve écrite est la sauvegarde des familles, car si la possession d'état pouvait être prouvée par témoins, indépendamment d'un commencement de preuve par écrit, rien n'empêcherait un aventurier, qui saurait que l'enfant auquel se réfère la possession est décédé, d'établir son identité avec cet enfant à l'aide de faux témoins, et de s'introduire ainsi dans une famille qui n'est point la sienne ; et même ne pourrait-il pas par la même voie prouver une possession qui n'aurait jamais existé? Cette exigence de la loi le plus souvent ne sera pas préjudiciable à l'enfant, car

ainsi que le disait M. Bigot-Prémeneu, « on ne présume
« point qu'un enfant ait été mis au monde, sans qu'il y
« ait par écrit quelques traces soit de l'accouchement,
« soit des soins donnés à cet enfant ; il était donc à la
« fois de justice particulière et d'honnêteté publique de
« n'admettre l'enfant à prouver, que dans le cas où il
« aura déjà un commencement de preuve par écrit. »
Toutes ces raisons nous montrent bien qu'il est impos-
sible que les rédacteurs du Code aient regardé comme
allant de soi, et n'ayant pas besoin d'être exprimée cette
extension de l'article 320, en matière de filiation natu-
relle.

Pour échapper aux articles 340 et 341, le second sys-
tème prétend qu'il n'y a pas recherche judiciaire, récla-
mation d'état ; l'enfant n'a pas à se faire reconnaître, sa
possession est une reconnaissance et la plus entière
reconnaissance. Mais qu'est-ce que rechercher la pater-
nité ou la maternité, si ce n'est agir en justice pour
établir sa filiation dans un débat contradictoire ? Or n'est-
ce pas ce qui a lieu dans notre espèce ? L'enfant invoque
une possession d'état, on la lui conteste, il faut donc
qu'il la prouve : il ne peut point dire, comme celui qui se
fonde sur un acte authentique : Ma preuve est là, elle est
toute faite. Et constituerait-elle une reconnaissance, que
la possession d'état n'aurait encore aucune valeur juri-
dique, puisque l'article 334 exige que la reconnaissance
soit faite par acte authentique.

Quelle que soit sa valeur pratique, la possession d'état
n'est pas une preuve démontrant directement la filiation
légitime ou naturelle. C'est une simple présomption. Le
législateur, en matière de filiation légitime, en a fait une
présomption légale ; or les présomptions de ce genre

sont de droit étroit (art. 1350), et dans le silence de la loi, la possession d'état n'est plus, en matière de filiation naturelle, qu'une présomption de l'homme qui n'est admise que dans les cas où la loi admet la preuve par témoins, c'est-à-dire pour la paternité en cas d'enlèvement (art. 340), et pour la maternité lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. (Art. 341.)

M. Hérold (*Revue pratique*, t. I) fait remarquer avec raison que le second système pourrait entraîner à des conséquences évidemment inadmissibles. Nulle part le législateur n'a posé en termes généraux et absolus le principe qui défend de constater la filiation incestueuse ou adultérine : il a procédé par voie de proscription partielle, relative, textuellement au moins, aux deux seuls modes de constatation explicitement prévus dans notre section II, chap. III : la reconnaissance par acte authentique (art. 334, 335) et la recherche de la paternité et de la maternité (art. 340, 341 et 342). — Si vous admettez un troisième mode de constatation, la possession d'état, de quel texte vous servirez-vous pour jouer à son égard le rôle de l'article 335 à l'égard de l'article 334, et de l'article 342 à l'égard des articles 340 et 341 ? Et les exceptions étant *strictissimæ interpretationis*, comment fermerez-vous la porte à la constatation, par possession d'état, de la filiation adultérine ou incestueuse ?

Il est permis d'emprunter au chapitre II les dispositions auxquelles notre section n'a pas dérogé, disent les partisans du second système. — Sans doute, quand il s'agira de points sur lesquels la loi est restée muette, ces emprunts nous seront permis, et c'est ainsi que nous transporterons dans notre matière les articles 326 et suivants ; mais, quant aux modes de preuve, la loi a organisé un

systeme complet qui se suffit à lui-même, et vouloir appliquer l'article 320, ce serait non pas le compléter, mais le modifier.

Nous croyons donc, avec MM. Marcadé, Toullier, Massé et Vergé, etc., que la possession d'état ne prouve ni la paternité ni la maternité, à moins que dans ce dernier cas il n'existe un commencement de preuve par écrit.

La jurisprudence reconnaît en principe l'impuissance de la possession d'état à établir la filiation naturelle. Il est cependant une hypothèse où elle arrive à lui donner effet, au moins à l'égard de la mère : le réclamant représente un acte de naissance constatant, d'après la déclaration des témoins auxquels l'article 56 confie cette mission, qu'un enfant est né à telle époque, de telle femme non mariée ; l'identité du réclamant avec cet enfant est établie par la possession d'état. La jurisprudence admet : 1° que l'acte de naissance prouve l'accouchement de la femme, comme en matière de filiation légitime ; 2° que l'identité résulte de la possession d'état, même sans commencement de preuve par écrit. La filiation naturelle se trouve donc constatée à l'égard de la mère par la réunion de l'acte de naissance et de la possession d'état, indépendamment d'un commencement de preuve par écrit. Le premier point repose, dit-on, sur une application des articles 57 du Code Napoléon et 345 du Code pénal. L'article 57 exige que l'acte de naissance mentionne non-seulement le nom de l'enfant, mais encore les noms des père et mère, sans établir de distinction entre les père et mère légitimes et les père et mère naturels ; il s'applique donc à ces derniers. L'article 340 prohibant la recherche de la paternité, on admet généralement que la mention du père serait inutile et même illégale (art. 35). L'ar-

article 344 permettant la recherche de la maternité, la mention de la mère n'est pas illégale; elle a une certaine portée, et l'on doit pouvoir s'en servir. L'article 345 du Code pénal, qui punit la supposition de part à une femme qui n'est pas accouchée, sans distinguer si l'enfant supposé est attribué à une femme mariée ou non, le prouve bien.

L'article 344 du Code Napoléon suppose, dans son deuxième paragraphe, que l'accouchement est prouvé (sans doute par l'acte de naissance), et dans le troisième il n'exige un commencement de preuve par écrit pour la constatation de l'identité que lorsque le réclamant propose d'établir cette identité seulement à l'aide de témoins. Mais une pareille restriction n'existe plus lorsqu'il invoque tout autre genre de preuve, une reconnaissance tacite, par exemple, résultant de la possession d'état. (Cass., 1^{er} juillet 1853 et 15 novembre 1856.)

Ce système, très-savamment construit, ne nous paraît pas conforme à l'esprit de la loi : l'acte de naissance n'est pas, à proprement parler, une preuve écrite, un titre de l'accouchement; ce n'est qu'une forte présomption, qui ne doit être admise que lorsque le réclamant aura rendu la preuve par témoins admissible elle-même à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. L'article 57 indique les mentions que doivent contenir les différents actes de l'état civil; mais les titres spéciaux du Code ont le soin de déterminer le degré de foi qui est dû à chacun d'eux : c'est ainsi que l'article 313 donne à l'acte de naissance la force de prouver la filiation légitime; mais nul article n'accorde cette force probante à l'acte qui constate l'accouchement d'une femme non mariée; cette différence, du reste, s'explique facilement : la maternité légitime est

un fait honorable que peuvent prouver des déclarations émanées de tiers; la maternité naturelle, au contraire, est un fait déshonorant que l'on ne doit point attribuer à une femme sans son aveu. De ce que l'article 345 du Code pénal édicte la même peine pour la supposition d'un enfant légitime que pour celle d'un enfant naturel, on ne peut conclure que la déclaration ait la même force probante dans l'une et l'autre hypothèse. En effet, le législateur, tout en admettant comme nous que l'acte de naissance ne fasse pas preuve de l'accouchement d'une femme non mariée, a pu voir dans la déclaration qu'il renferme une présomption capable d'exercer sur les juges une impression considérable; et tout en laissant de côté la valeur juridique d'une pareille déclaration, il est évident qu'elle présente pour l'honneur de la femme une gravité extrême, et mérite à ce point de vue d'être réprimée par l'article 345 du Code pénal. Ajoutons encore que, dans les questions relatives à l'état des personnes, le Code Napoléon doit seul fournir les éléments de solution, et ses dispositions sur une matière aussi importante n'ont pu être modifiées par le Code pénal. (Valette, *Explication sommaire*, p. 185; Demolombe, t. V, p. 484.)

L'acte de naissance renfermant le nom de la mère constituerait-il une preuve de l'accouchement, il ne s'ensuivrait pas que la preuve de l'identité du réclamant pût se faire par la possession d'état sans un commencement de preuve par écrit, car, en l'absence d'un texte, la possession d'état ne forme qu'une présomption de l'homme, et le commencement de preuve par écrit n'est pas moins nécessaire pour l'admissibilité des présomptions de ce genre que pour l'admissibilité de la preuve testimoniale. (Art. 1353.)

PROCÉDURE

CHAPITRE I

DES ENQUÊTES.

Nous venons de voir dans quels cas la preuve testimoniale était admissible, il nous reste maintenant à rechercher comment elle se produit devant le tribunal. C'est là l'objet du titre XII du Code de procédure, intitulé : *des Enquêtes*.

On définit l'enquête *la recherche, au moyen du témoignage des hommes, de la vérité d'un fait avancé par l'une des parties et contesté par l'autre*.

Elle est ou *publique* ou *secrète*.

L'enquête publique est celle qui se fait dans la salle d'audience, devant le tribunal entier; l'enquête secrète a lieu non plus devant le tribunal entier et en présence du public, mais à huis clos, dans la chambre du conseil, sous la direction d'un juge désigné par le tribunal, et en présence seulement des parties intéressées; les dépositions des témoins sont consignées par écrit, et ce n'est que par l'intermédiaire de ce procès-verbal que le tribunal peut les connaître et les apprécier.

L'enquête est toujours publique devant les tribunaux de commerce et les justices de paix, et en première in-

stance pour les matières sommaires ; elle est secrète, au contraire, pour les matières ordinaires. (Art. 253.)

SECTION I. — DANS QUELLE FORME ET DANS QUELS CAS
UNE ENQUÊTE PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE ET ORDONNÉE ?
(Art. 252 à 256.)

En principe, l'emploi de la preuve testimoniale n'a point lieu *de plano* ; il faut un jugement qui ordonne l'enquête. Lorsque, dans le cours d'un procès, une partie veut faire entendre des témoins sur certains faits dont il lui importe d'établir l'existence, elle devra former sa demande par un simple acte de conclusion, notifié d'avoué à avoué, sans aucune écriture ou requête. (Art. 252.)

La loi, exigeant un acte d'avoué à avoué, suppose nécessairement une cause déjà entamée et ne s'occupe de l'enquête que considérée incidemment ; de là on a cherché à conclure que le Code maintenait la prohibition de l'ordonnance de 1667 sur les enquêtes principales, désignées autrefois sous le nom d'*enquêtes in futurum*, ou à futur. C'étaient celles qui étaient faites non point en vue d'un procès déjà pendant, mais en prévision d'un procès futur. Ces demandes d'enquête avaient lieu lorsque l'on craignait de se trouver privé, lors de l'échéance de l'obligation, d'un témoin essentiel, sur le point soit de mourir, soit d'entreprendre un long voyage. Le refus de la partie adverse, en pareille circonstance, eût ressemblé fort à de la mauvaise foi. Avant l'ordonnance, ces enquêtes donnèrent lieu à de graves abus, contre lesquels de vives réclamations s'élevèrent ; on alléguait faussement

la nécessité d'entendre à l'instant un témoin unique, pour être dispensé d'avoir à discuter avec l'adversaire la question d'admissibilité de l'enquête, et obtenir ainsi des témoignages qu'on ne lui communiquerait point : car, d'après le système alors en vigueur, les parties n'assistaient pas à l'audition des témoins ; aussi l'ordonnance de 1667 abolit les enquêtes à futur. Le Code de procédure ne les prohibe pas formellement, et on ne peut tirer de l'article 252 qu'un argument *à contrario* ; aujourd'hui cette prohibition n'aurait plus sa principale raison d'exister, car les formes de l'enquête exigent impérieusement la communication à la partie adverse ; autrefois la chancellerie accordait sans contrôle le droit de les faire, mais aujourd'hui ce sont les tribunaux qui, après débats contradictoires, décideront de leur admission.

Dans l'acte de conclusion, les faits sont articulés succinctement ; *articulés*, c'est-à-dire proposés, déduits, spécifiés article par article, afin que le mérite de chacun d'eux puisse être apprécié, et que le champ de la preuve soit exactement limité. C'est ce qu'exigeait aussi l'article 1^{er} du titre XX de l'ordonnance de 1667 : « Les faits « dont une partie demande à faire preuve doivent « être proposés article par article, sans aucune raison de « droit et sans réplique ni addition. » *Succinctement*, c'est-à-dire brièvement, sans aucun commentaire, sans développement de moyens de droit ou de fait.

La réponse à l'acte de conclusion doit être rédigée avec la même brièveté et signifiée dans la même forme ; la loi donne trois jours pour la faire. Trois hypothèses pourront alors se présenter :

1^o *Les faits seront déniés* : le tribunal pourra alors ordonner l'enquête, pourvu d'ailleurs que les autres cir-

constances auxquelles est subordonnée son admissibilité se rencontrent dans la cause ;

2° *Ils seront reconnus* : l'enquête n'aura point lieu, elle serait sans objet. Il en serait toutefois autrement si l'on se trouvait dans l'un des cas où l'aveu n'est point reçu par la loi comme moyen de preuve, ce qui a lieu dans les procès relatifs à l'état des personnes, par exemple une demande en séparation, en nullité de mariage ou en désaveu de paternité ;

3° *Dans les trois jours les faits n'auront été ni formellement avoués ni formellement déniés*, il n'y aura pas eu de réponse : les juges *pourront* tenir les faits pour confessés et avérés (art. 252, 2°). La loi leur laisse un pouvoir discrétionnaire ; ils pourront accorder un nouveau délai ou ordonner l'enquête, comme s'ils eussent été déniés ; en général, le silence de la partie les fera tenir pour confessés ou avérés, mais cela n'a rien de forcé, et on peut citer des cas où le tribunal pourra en ordonner la preuve. A raison des circonstances de la cause, le silence de la partie peut ne pas impliquer un aveu ; l'avoué défendeur peut alléguer que, relativement à ces faits, il n'a reçu aucune instruction, aucun pouvoir de son client, et qu'à cause de son éloignement il ne peut, quant à présent, en obtenir aucun. L'affaire peut aussi être une de celles dans lesquelles le silence de la partie ne suffit pas pour la faire condamner, et où son aveu ne peut faire foi : telles sont celles où l'ordre public et les intérêts des tiers pourraient être compromis par quelque collusion, comme les séparations de corps, les séparations de biens, etc. ; telles sont encore celles relatives à l'état des personnes, comme les demandes en nullité de mariage, en désaveu de paternité. La partie contre laquelle est formée la de-

mando d'enquête est mineure ou interdite ; tenir les faits pour confessés serait la condamnation du mineur, condamnation qui donnerait ouverture à la requête civile, car il pourrait invoquer l'article 481 et prétendre qu'il n'a pas été défendu, ou qu'il ne l'a pas été valablement. (Colmet d'Aage, n° 473.)

Les faits ont été déniés par la partie, l'enquête peut-elle dès lors être ordonnée ? Non, il faut encore deux autres conditions (art. 253).

1° *Les faits doivent être admissibles, c'est-à-dire pertinents et concluants.*

Ils sont *pertinents*, lorsqu'ils ont un rapport direct avec l'affaire dont il s'agit ; *concluants*, lorsqu'en les supposant prouvés, leur influence sur la cause doit être sérieuse ou décisive.

2° *La loi n'en doit point défendre la preuve.* — Si, par exemple, vous cherchiez à prouver par témoins des faits tendant à établir une paternité naturelle (art. 340), ou si dans les hypothèses de l'article 1341 vous demandiez à prouver la naissance d'une obligation dont l'intérêt est supérieur à 150 francs, ou que même au-dessous de cette somme vous alliez outre ou contre le contenu à l'acte, l'article 253 vous serait applicable, et l'enquête ne saurait être admise.

Si les juges ont remarqué, dans les plaidoiries ou dans les écritures d'un procès, des faits que les parties ont allégués, mais qu'elles n'ont pas formellement offert de prouver, ils peuvent d'office en ordonner la preuve, s'ils le jugent nécessaire pour l'instruction de la cause. Cependant il faut que ces faits soient déniés, la preuve autrement en serait inutile. Avant d'ordonner l'enquête, le tribunal dans ce cas doit mettre les parties en demeure

de venir s'expliquer par aveu ou par dénégation. « Le tribunal, dit l'article 254, pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants, si la loi ne le défend pas. »

Le jugement qui ordonnera la preuve contiendra (art. 255) : 1° *les faits à prouver*, c'est-à-dire les faits qui ont été articulés dans l'acte de conclusion ; cette indication est nécessaire, car elle doit servir au juge commissaire pour renfermer la déposition des témoins dans la limite des faits dont la preuve a été autorisée. Ces faits, les témoins doivent les connaître d'avance, et l'article 260 décide qu'il sera donné copie à chaque témoin du dispositif du jugement, seulement en ce qui concerne les faits admis... le tout à peine de nullité des dépositions des témoins envers lesquels les formalités ci-dessus n'auraient pas été observées. C'est donc dans le dispositif du jugement que doivent être énoncés les faits ; cette indication est substantielle, et le jugement qui ne la renfermerait pas serait frappé de nullité. On ne pourrait invoquer l'article 1030 aux termes duquel aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi, car ces mots *exploit, acte de procédure* ne peuvent désigner un jugement.

Si les faits, au lieu d'être précisés dans le dispositif du jugement, étaient reproduits dans une autre partie, dans les qualités, à l'exposition des points de fait et de droit, cette énonciation serait sans doute vicieuse, mais elle n'entraînerait point la nullité ; il faudrait dans ce cas signifier aux témoins non plus seulement le dispositif du jugement, mais le jugement tout entier. S'il se contentait d'ordonner la preuve des faits articulés dans l'acte de

conclusion sans les énoncer, en se référant seulement à la requête introductive ou à toute autre pièce du procès où les faits se trouveraient libellés, cette pièce ne peut-elle pas s'égarer ou être altérée ? la preuve deviendrait alors ou impossible ou frauduleuse ; aussi décide-t-on généralement qu'il y aura nullité, mais nullité qui sera couverte si les parties procèdent à l'enquête. (Bioche, Rodière, Pigeau.)

2° *La nomination du juge devant qui l'enquête sera faite.*

— Cette nomination n'est point essentielle et peut être faite après coup. Le juge désigné par le tribunal peut se trouver empêché pour cause de maladie ou par suite de toute autre circonstance, et le délai dans lequel l'enquête doit être commencée étant un délai fatal, il est nécessaire qu'il soit remplacé par un autre juge. On pourrait alors présenter une requête au président, afin qu'il en désignât un autre. Cette voie semble tout naturellement indiquée par la disposition analogue de l'article 110, au titre *des Délibérés et Instructions par écrit*, pour le remplacement du rapporteur qui ne peut faire le rapport.

Si les témoins sont trop éloignés, pour éviter les frais considérables qu'entraînerait leur déplacement, il est permis aux juges de renvoyer l'enquête devant un autre tribunal plus voisin des personnes et des localités, et c'est ce tribunal qui nomme un de ses membres pour entendre les témoins. On lèvera alors une expédition du jugement qui a ordonné l'enquête et on l'adressera à un avoué attaché au tribunal désigné. Cet avoué présentera une requête à son tribunal, il y joindra l'expédition du jugement, et obtiendra ainsi la nomination d'un juge-commissaire.

Non-seulement les juges pourront commettre un tri-

bunal voisin, mais encore (art. 1035) un juge ou même un juge de paix, suivant l'exigence des cas. On s'est demandé, dans cette dernière hypothèse, si l'enquête devra être soumise à toutes les règles prescrites pour les enquêtes faites devant les tribunaux de première instance, ou si le juge de paix devait se borner à accomplir celles que la loi a établies pour les enquêtes qui ont lieu dans les affaires de sa compétence? Le juge de paix ainsi nommé tient la place du magistrat qui lui-même aurait recueilli les dépositions, s'il n'eût pas été trop dispendieux de faire voyager les témoins; il n'use pas de sa propre juridiction, mais de celle du juge qui l'a commis; la délégation ne peut changer la nature de l'affaire et priver les plaideurs des garanties que la loi leur assure devant leurs juges naturels. C'est ce qu'a décidé un arrêt de cassation du 22 juillet 1828. Ordinairement, dans la pratique, le jugement qui délègue le juge de paix lui ordonne de suivre les formalités prescrites pour les enquêtes devant les tribunaux de première instance.

Lorsque, sur la demande de l'une des parties, l'enquête a été ordonnée, l'autre partie est de plein droit (art. 256) admise à faire la preuve contraire. *De plein droit*, c'est-à-dire quand bien même le jugement serait muet à cet égard, c'est-à-dire encore sans qu'il soit nécessaire que les faits contraires soient préalablement articulés. Il ne suffit point que la contre-enquête tende seulement à contredire les énonciations du demandeur, elle doit porter sur des faits qui détruiront, atténueront ou expliqueront ceux qu'il a allégués. Ainsi une enquête a été ordonnée pour établir l'existence d'une créance inférieure à 150 francs; je pourrai directement assigner des témoins qui justifieront que je n'ai point contracté cette dette;

mais si, en avouant le prêt, j'invoquais un paiement, une remise ou toute autre cause de libération, ce ne serait plus le cas d'une contre-enquête, puisque les faits que j'invoque ne contredisent point ceux que vous affirmez ; je ne pourrai les établir par témoins qu'autant que je les articulerai dans un acte de conclusion et que j'obtiendrai un jugement à cet effet.

SECTION II. -- DANS QUELS DÉLAIS L'ENQUÊTE
DOIT-ELLE ÊTRE COMMENCÉE ET TERMINÉE.

La loi, afin de ne pas laisser aux parties le temps de séduire et de corrompre les témoins, a établi deux délais assez brefs, l'un pour ouvrir, l'autre pour terminer l'enquête. Le délai dans lequel elle doit être commencée est de huit jours, si elle est faite au lieu même où le jugement a été rendu, ou dans la distance de 3 myriamètres, et ce, à peine de nullité (art. 257). — Si elle doit être faite à une plus grande distance, le jugement fixera le délai dans lequel elle sera commencée (art. 258). Si elle n'est point commencée dans le délai fixé, il y aura nullité malgré le silence de notre article ; car si elle n'y est point textuellement écrite, elle l'est au moins implicitement par suite de la relation intime qu'établit la loi entre cet article et l'article 257.

Quel est le point de départ de ces délais ? Avec l'article 257 nous distinguerons trois hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Jugement contradictoire ordonnant l'enquête entre deux parties ayant chacune un avoué.* — Le délai court du moment où l'une des parties aura fait signifier à l'avoué de son adversaire le jugement qui ordonne l'enquête, et il court contre l'une et l'autre par-

tie, contre le demandeur et contre le défendeur. Ainsi l'enquête qui a été ordonnée et la contre-enquête devront, à peine de déchéance, être commencées l'une et l'autre dans la huitaine du jour où le jugement aura été signifié par l'un des deux avoués à l'autre.

Ce délai court également contre celui qui a signifié le jugement. (Art. 257, §1, *in fine*.) C'est une dérogation au principe que nul ne se forclôt soi-même. Si, comme au temps de l'ordonnance, il eût été suivi dans notre matière, le plaideur le plus diligent se serait empressé de mettre étroitement son adversaire en demeure de commencer l'enquête, et se serait ménagé à lui-même plus de temps pour circonvenir et endoctriner les témoins. Du reste, cette dérogation a eu lieu dans un but de célérité et d'économie ; n'était-il pas fort inutile d'obliger le défendeur, pour mettre son adversaire en demeure, à lui reporter la signification qu'il en avait reçue ?

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le jugement est rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué.* — Le délai courra du jour de la signification faite non pas à avoué, comme dans la précédente hypothèse, puisque c'est impossible, mais à personne ou à domicile.

Toutefois, dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, le délai ne courrait point contre la partie qui serait dans l'impossibilité d'exécuter, ce qui aurait lieu si la partie contre laquelle l'enquête a été ordonnée interjetait appel du jugement. L'appel une fois interjeté suspend non-seulement le délai accordé pour commencer l'enquête, mais encore les opérations déjà commencées ; ces délai et opérations ne reprennent leur cours qu'à partir de la signification de l'arrêt confirmatif. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, il n'en était pas ainsi : la

crainte de la subornation des témoins était poussée si loin que, malgré l'appel, l'enquête continuait son cours.

TROISIÈME HYPOTHÈSE (art. 257, § 2). — *Le jugement est susceptible d'opposition.* — Le délai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition.

Il semblerait que la deuxième hypothèse rentre forcément dans la troisième, puisque le jugement rendu contre une partie qui n'a point d'avoué est un jugement par défaut et, à ce titre, susceptible d'opposition (art. 156). Mais, ainsi que cela résulte du contexte de notre article et de la relation des deux paragraphes qui le composent, il ne peut être question, dans le premier, que d'un jugement contradictoire, et il se peut très-bien, en effet, qu'un jugement soit contradictoire quoique rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué. C'est ce qui a lieu notamment dans le cas de défaut, profit joint. Supposons qu'une enquête ait été ordonnée contre deux personnes dont l'une fait défaut; le tribunal ordonne la réassignation du défaillant; il ne comparait pas encore; dans ce cas, il sera statué contre lui par un jugement qui n'est pas susceptible d'opposition, qui a toute la puissance d'un jugement contradictoire ordinaire (art. 153). L'enquête devra donc être commencée, à peine de nullité, dans la huitaine de la signification à personne ou à domicile (2^e hypothèse). On peut encore citer le cas où l'avoué de la partie meurt avant le prononcé du jugement, la cause étant déjà liée contradictoirement. (Boitard, sur l'article 257.)

Lorsque le jugement est par défaut, le délai, disons-nous, ne commence à courir qu'à compter du jour de l'expiration des délais de l'opposition. Point de difficulté s'il s'agit d'un défaut faute de conclure; la huitaine pour

commencer l'enquête court à dater de l'expiration des huit jours qui ont suivi la signification du jugement à avoué, délai pendant lequel l'opposition est recevable (art. 157). Les jugements par défaut contre avoué ne pouvant, en général, être mis à exécution dans la huitaine qui s'écoule depuis la signification faite à cet avoué (art. 155), il est bien évident que, dans cette première huitaine, on ne peut faire courir contre la partie aucun délai ni la frapper de déchéance, pour n'avoir pas commencé une enquête que la loi lui défendait de commencer.

S'il s'agit du défaut faute de comparaître, l'opposition (art. 158) est recevable jusqu'à l'exécution du jugement ; mais l'exécution du jugement, c'est l'ouverture même de l'enquête, et si c'est là le point de départ établi par l'article 257, il faudra dire que le délai pour commencer l'enquête partira de l'ouverture même de l'enquête, ce qui implique évidemment contradiction. La conséquence forcée de la combinaison de notre article 257 avec l'article 158 serait que l'enquête peut toujours être commencée, puisqu'il n'y a pas de délai à partir duquel l'opposition ne soit plus recevable. Admettra-t-on le tempérament tiré de l'article 156, *in fine*, qui veut que les jugements par défaut soient exécutés dans les six mois de leur obtention, faute de quoi ils sont réputés nonavenus ? Ce serait encore un délai de six mois accordé à la partie pour commencer l'enquête, lorsque l'article 257 exige son ouverture dans le plus bref délai possible, pour ne point donner aux parties le temps de séduire et corrompre les témoins ; ce serait s'exposer à tous les dangers que le législateur a voulu prévenir.

L'opinion la plus raisonnable est celle que présente

Boitard sur l'article 257. Elle consiste à dire que le législateur a perdu de vue la distinction qu'il a établie dans les articles 157 et 158 entre les deux natures de défaut, contrairement à l'ordonnance de 1667. Il est donc probable qu'en rédigeant l'article 257, il s'est référé aux anciens principes, et dès lors, dans sa pensée, l'enquête ordonnée par un jugement rendu par défaut, soit faute de comparaître, soit faute de conclure, doit être commencée dans la huitaine à compter de l'expiration des huit jours qui ont suivi la signification du jugement, soit à avoué, s'il s'agit d'un défaut contre avoué; soit à personne ou à domicile, s'il s'agit d'un défaut contre partie.

Qu'est-ce que *commencer l'enquête*? A prendre les mots dans leur acception naturelle, une enquête commence par le serment et la déposition du premier témoin; c'est ainsi qu'il en était autrefois. L'ordonnance de 1667 voulait, comme le Code, que l'enquête fût commencée dans la huitaine de la signification du jugement; malheureusement, comme on ne tenait point compte de la possibilité de l'éloignement des témoins, il arrivait souvent que, dans le délai fixé, le juge n'avait aucun témoin présent à entendre. Aussi, pour échapper à la déchéance, employait-on un moyen dérisoire : on assignait la première personne venue, qui déclarait ne rien savoir touchant les faits allégués; mais un témoin avait été entendu, le vœu de l'ordonnance était satisfait. Le système du Code a rendu ce manège inutile. L'enquête est commencée avant l'audition des témoins; bien plus, même avant leur assignation.

« L'enquête est censée commencée, pour chacune des
« parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle ob-
« tient du juge-commissaire à l'effet d'assigner les té-

« moins aux jour et heure par lui indiqués. » (Art. 259.) Ces jour et heure seront fixés à raison du domicile des témoins les plus éloignés du lieu où doit être faite l'enquête. Chacune des parties doit demander et obtenir l'ordonnance ; si l'une d'elles n'avait point rempli cette formalité, elle serait déchue du droit de faire son enquête ou sa contre-enquête. C'est ce que décident les mots de notre article : *pour chacune des parties respectivement*. L'ordonnance doit être demandée par requête, mais on admet toutefois qu'elle peut être rendue sur simple réquisition verbale.

En général, le juge-commissaire, en l'accordant, ouvre immédiatement le procès-verbal d'enquête et y mentionne la réquisition et la délivrance de l'ordonnance. Mais il pourrait n'ouvrir réellement le procès-verbal que le jour où les témoins comparaisent. Peu importe donc l'une ou l'autre de ces manières de procéder, l'enquête est toujours censée commencée par la délivrance de l'ordonnance.

Dans quel délai l'enquête doit-elle être terminée ? Ici encore la loi accorde un délai de huitaine. Son point de départ n'est pas du jour où l'enquête est réputée commencée, mais du jour de son ouverture réelle, c'est-à-dire du jour de l'audition du premier témoin. Le jour de cette audition est laissé à la discrétion du juge, qui devra combiner le délai des assignations de façon à ce que les témoins les plus éloignés puissent être entendus avant l'expiration du temps fixé. La loi présume que les témoins ne seront pas assez nombreux pour que ce délai ne suffise pas pour leur audition.

L'article 278 parle de l'audition du *premier témoin*. Ces mots doivent-ils être pris à la lettre ? et si le témoin qui a été entendu le premier l'a été non pas le jour déter-

miné par le juge-commissaire, mais quelques jours plus tard ; si, par exemple, son audition ayant été fixée au 10, la partie l'a fait assigner pour le 14, est-ce à partir du 10 ou du 14 que le délai commencera à courir ?

Dans une première opinion, ce n'est point à partir de l'audition effective, mais bien du jour où elle devait avoir lieu, c'est-à-dire, dans l'espèce, à compter de 10. Ainsi, dit-on, le veut sinon le texte, du moins l'esprit de la loi ; autrement il dépendrait de la partie de se procurer par cette voie un supplément de délai dont elle profiterait peut-être pour corrompre ses témoins. Au reste, la nullité ne frappera que les dépositions reçues après l'expiration du délai, sans entraîner celle de l'enquête, car l'article 294 déclare que la nullité d'une ou plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'enquête. (Boitard, sur l'article 278.)

On répond, dans une seconde opinion, qu'il n'y a de nullités que celles qui sont établies par la loi (art. 1030), et ce serait en créer une que fixer la clôture de l'enquête dans la huitaine du jour fixé pour l'audition des témoins, lorsque l'article 278 dit formellement que le délai ne commence à courir que du jour où le témoin a été effectivement entendu. Sans doute on peut reprocher à la loi de s'être montrée inconséquente, mais ce n'est pas une raison pour qu'on puisse la corriger. Autrement, combien d'articles parmi ceux qui ont trait à l'enquête resteraient debout ? (Rodière, t. II, p. 145.)

Il se peut que la confection de l'enquête soit suspendue par des cas fortuits : comme le décès d'une partie, la destitution d'un avoué, un empêchement du juge-commissaire, etc. Quelques-uns des témoins assignés n'ont pas pu se rendre ; on a reconnu qu'il était utile de faire

entendre d'autres personnes que, l'on n'avait pas appelées d'abord parce qu'on ne les connaissait pas. Dans tous ces cas, il y a lieu de demander une prorogation. Mais remarquons que la prorogation du délai, pour achever l'enquête, doit être demandée avant que ce délai soit expiré. Ce ne serait plus proroger, ce serait ouvrir le cours d'un nouveau délai, relever une partie de la déchéance qu'elle a encourue.

La prorogation peut être demandée, alors même que le jugement accordant l'enquête aurait d'avance fixé un délai de plus de huit jours, car la loi ne distingue pas, et les motifs sont les mêmes. Elle sera accordée à la partie par le tribunal sur le rapport du juge-commissaire. Celui-ci consignera sur le procès-verbal d'enquête la demande de la partie, et en référera à l'audience au jour indiqué par son procès-verbal, sans sommation ni avenir. Toutefois, si les parties ou leurs avoués n'étaient point présents à l'enquête lors de la demande en prorogation, un avenir serait nécessaire pour appeler la partie absente. (Art. 279, 280.)

Il ne peut être accordé qu'une seule prorogation à peine de nullité.

L'article 280 parle du cas le plus ordinaire, celui où l'enquête est faite par un juge appartenant au tribunal qui l'a ordonnée. Mais si, aux termes de l'article 1035, un juge de paix ou le juge d'un autre tribunal avait été commis, on ne suivrait plus la marche que nous venons d'indiquer ; le juge commis ne pourrait faire de rapport à l'audience du tribunal qui a ordonné l'enquête ; il devra, dans ce cas, faire mention sur son procès-verbal de la déclaration de la partie et la renvoyer à se pourvoir et à appeler son adversaire par un simple acte devant ce tri-

bunal, qui seul a mission pour statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever dans le cours de l'enquête. Le tribunal auquel appartient le juge commis n'aurait aucune qualité pour décider s'il y a lieu ou non à prorogation.

SECTION III. — DE LA COMPARUTION ET DE LA DÉPOSITION DES TÉMOINS, DE LA MARCHÉ GÉNÉRALE DE L'ENQUÊTE.

L'ordonnance une fois délivrée, chaque partie en profite pour faire assigner ses témoins, car le juge-commissaire doit refuser d'entendre ceux qui se présentent de leur propre mouvement. La loi les suspecte de partialité en faveur de la partie qui les amène.

Ils doivent être assignés à personne ou à domicile par exploit d'huissier soumis aux formes ordinaires des ajournements. Lorsqu'ils sont domiciliés dans l'étendue de 3 myriamètres du lieu où se forme l'enquête, l'assignation devra être faite au moins un jour franc avant leur audition; s'ils sont domiciliés à une plus grande distance, il sera ajouté un jour par 3 myriamètres.

« Il leur sera donné copie du dispositif du jugement « seulement en ce qui concerne les faits admis, » car ils doivent être prévenus des faits sur lesquels ils seront interrogés, afin de pouvoir se recueillir et rappeler leurs souvenirs avant de déposer; « et de l'ordonnance du juge-commissaire, » car c'est là qu'ils trouveront l'indication des jour et heure auxquels ils doivent se présenter, « le « tout sous peine de nullité des dépositions des témoins « envers lesquels les formalités ci-dessus n'auront pas « été observées. » (Art. 260.)

La vérité est une dette que chaque individu doit à la société et qu'il ne peut se refuser d'acquitter. De là, pour

tout témoin valablement assigné, l'obligation de comparaître en personne. L'ordonnance de 1667 prononçait contre les défailants une amende de 10 livres. Aujourd'hui, le Code de procédure alloue à la partie intéressée une indemnité qui ne pourrait être moindre de 10 francs, mais dont le maximum est laissé à l'appréciation du juge, car il s'agit ici non d'une peine, mais de dommages-intérêts dont il était impossible, *à priori*, de faire l'évaluation. Ils pourront, de plus, être condamnés à une amende dont le maximum est de 100 francs. La condamnation à l'amende est facultative pour le juge, la condamnation aux dommages-intérêts envers la partie est au contraire obligatoire.

Les témoins défailants seront réassignés à leurs frais (art. 263); s'ils sont encore défailants, ils seront condamnés, et par corps, à une amende de 100 francs; le juge-commissaire pourra même décerner contre eux un mandat d'amener (art. 264). Dans ce second cas, la loi se montre plus sévère: ils *seront* condamnés, et *par corps*, à une amende de *cent francs*. On s'est demandé si le juge-commissaire pouvait, de sa propre autorité, prononcer la contrainte. On le décide généralement; puisqu'il représente le tribunal tout entier pour condamner à l'amende, pourquoi n'aurait-il pas le même mandat et le même pouvoir quant à la contrainte par corps, qui n'est qu'un accessoire de la première condamnation.

Le refus de répondre doit être considéré comme équivalant au refus de comparaître: et, en effet, de quel secours pour la découverte de la vérité serait une assistance purement matérielle? faire défaut sur l'assignation ou déclarer qu'on n'obéira pas, c'est, en définitive, une seule et même chose.

« Si le témoin réassigné justifie qu'il n'a pu se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire le déchargera, après sa déposition, de l'amende et des frais de réassignation. » (Art. 265.)

« Si le témoin justifie qu'il est dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire lui accordera un délai suffisant, qui néanmoins *ne pourra excéder celui fixé pour l'enquête*, ou se transportera, pour recevoir la déposition. Si le témoin est éloigné, le juge-commissaire renverra devant le président du tribunal du lieu, qui entendra le témoin ou commettra un juge. Le greffier de ce tribunal fera de suite parvenir la minute du procès-verbal au greffier du tribunal où le procès est pendant, sauf à lui à prendre exécutoire, pour les frais, contre la partie à la requête de qui le témoin aura été entendu. » (Art. 266.)

Il est certaines personnes qui, dépositaires par profession de quelques secrets, ne peuvent être légalement contraintes à venir les déclarer; c'est ce que consacre formellement l'article 378 du Code de procédure, qui édicte une pénalité contre les confesseurs, médecins ou chirurgiens, etc., qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets. Nul doute que cette disposition ne doive s'appliquer aux matières civiles. Un pareil principe fut introduit d'abord pour les avocats (*mandatis principum cavetur ne patroni in causa, cui patrimonium præstiterunt, testimonium dicant. L. 25, Dig., de Testibus*), et il a été ensuite étendu à tout homme de loi dans l'exercice de ses fonctions. Pothier, malgré le silence de l'ordonnance de 1667, n'admettait point que les avocats ou les avoués de l'une ou de l'autre partie pussent venir déposer. Ce témoignage serait suspect de

partialité, disait-il, s'il était donné en faveur du client, et il serait indécemment d'admettre un avocat ou un procureur à déposer contre son client. Les ministres du culte ne peuvent être interrogés sur ce qui leur a été confié sous le sceau de la confession. Il suffit même, ainsi que l'ont décidé deux arrêts, que la confiance soit faite au prêtre comme prêtre, même en dehors de la confession, pour qu'il y ait inviolabilité. (Cass., 30 novembre 1810; — Angers, 31 mars 1847.)

D'autres personnes ne sont point dispensées de faire leur déclaration, mais seulement de comparaître en justice : ce sont celles qui sont revêtues de certaines fonctions ou dignités. Cette exception remonte déjà assez loin, et on peut citer un avis des avocats généraux du parlement de Paris (1^{er} août 1642) consacrant le principe qui autorise les princes du sang à faire de simples déclarations par écrit. Cette faculté a été étendue par de nombreuses lois modernes. La loi du 20 thermidor an IV l'a donnée aux membres du Corps législatif et du Directoire, aux ministres de la République et aux agents auprès des nations étrangères. Un avis du conseil d'État du 14 germinal an VIII l'étendit à ses membres, et l'arrêté du 7 thermidor an IX aux sénateurs, préfets et maires ; on appliquera par analogie en matière civile les règles tracées par les articles 510 et suivants du Code d'instruction criminelle sur les formes employées pour recevoir les dépositions des fonctionnaires élevés.

La partie adverse doit être appelée à l'enquête. Dans l'ancienne jurisprudence, elle n'avait pas le droit d'y assister. Elles n'étaient appelées que pour être présentes à la prestation du serment ; on avait craint que leur présence ne fût préjudiciable aux intérêts de la vérité, en

influençant les témoins cités par ou contre elles. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, et l'article 261 déclare que la partie sera assignée, pour être présente à l'enquête, au domicile de son avoué, si elle en a constitué un, sinon à son domicile. La loi n'exige point, comme pour les témoins, qu'on lui donne copie du dispositif du jugement qui ordonne l'enquête et de l'ordonnance du juge-commissaire ; mais il est une notification qui doit lui être faite et que ne reçoivent pas les témoins : les noms, profession et demeure des témoins à produire contre elle doivent lui être notifiés, soit par l'assignation, soit par un acte séparé : il fallait bien lui permettre de s'enquérir des causes de reproches dont elle pourrait se prévaloir contre les témoins ; aussi l'assignation doit-elle précéder de trois jours au moins le jour fixé pour l'enquête. Conformément à l'article 1033, ce délai doit recevoir un jour d'augmentation par 3 myriamètres de distance entre son domicile et le lieu où doit se faire l'enquête. (Cass., chambres réunies, 28 janvier 1826.)

Si la notification des noms, profession et demeure des témoins était faite par acte séparé, elle devrait, comme l'assignation elle-même, précéder de trois jours au moins le jour fixé pour l'audition ; quoique notre article n'ait pas à ce sujet toute la clarté désirable, il n'en est pas moins douteux qu'on ne doive l'entendre ainsi : pourquoi l'assignation précéderait-elle de trois jours l'enquête si la partie ne devait connaître le nom des témoins que la veille ou le jour même de leur audition ? Comment aurait-elle le temps de rechercher s'il en est parmi eux qui puissent être reprochés ?

Les parties sont assignées, mais leur présence n'est pas indispensable pour que l'enquête ait lieu ; c'est ce que

nous montre l'article 262 quand il nous dit que les témoins seront entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties.

« Chaque témoin, avant d'être entendu, déclarera ses
« noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou
« allié de l'une des parties et à quel degré, s'il est servi-
« teur ou domestique de l'une d'elles ; il fera serment de
« dire la vérité, le tout à peine de nullité. » (Art. 262.)

Le témoin commencera alors sa déposition, et il n'est pas permis au juge-commissaire de procéder par questions de détail et de mettre le témoin en position de répondre par oui et par non. Le témoin doit, comme il le peut, raconter ce qu'il sait, et ce n'est que si son récit paraît obscur ou incomplet que le juge-commissaire pourra, et alors seulement, lui adresser les interpellations qu'il jugera convenables. (Art. 273.) « La partie ne
« pourra ni interrompre le témoin dans sa déposition ni
« lui faire aucune interpellation directe, mais sera tenue
« de s'adresser au juge-commissaire, à peine de 10 francs
« d'amende, et de plus forte amende, même d'exclusion
« en cas de récidive, ce qui sera prononcé par le juge-
« commissaire. Ses ordonnances seront exécutoires non-
« obstant appel ou opposition. » (Art. 276.)

Le témoin déposera sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit. (Art. 271.) La loi se désie des témoignages préparés à l'avance. Toutefois, s'il est muet, il lui sera permis de répondre par écrit aux questions que lui adressera le juge-commissaire. S'il ne sait pas écrire, le juge nommera un interprète qui prêtera serment et transmettra les déclarations du témoin. On procéderait de la même manière à l'égard des témoins qui ne parlent qu'une langue étrangère.

• À mesure que le témoin dépose, le greffier transcrit au procès-verbal sa déposition, sous la dictée du juge-commissaire. Il en sera donné lecture au témoin, et on lui demandera s'il y persiste. On procédera de la même manière à l'égard des réponses qu'il aura faites sur l'interpellation du juge-commissaire. Si après ces lectures il estime que sa déposition ou ses réponses ont été rendues inexactement, il lui sera permis d'y faire tels changements ou additions qui lui paraîtront convenables; le tout devra être signé, ou mention sera faite sur le procès-verbal qu'il ne veut ou ne sait signer. Les signatures du juge et du greffier devront aussi y être apposées. (Art. 269, 272, 274 et 275.)

Celui qui produit un témoin doit payer ses dépenses de voyage et de séjour. Ces frais sont taxés par le juge-commissaire, si le témoin requiert taxe, à raison de son état et de sa profession. La taxe du juge-commissaire se fait après la déposition du témoin, sur la copie de son assignation, et elle est exécutoire contre la partie à la requête de qui le témoin a été entendu.

Il ne suffit point que les formalités prescrites pour la validité de l'enquête aient été observées, la loi veut en outre qu'elles aient été mentionnées dans le procès-verbal, et cela à peine de nullité : la nécessité de cette mention a pour but de prévenir les omissions. Les procès-verbaux d'enquête doivent contenir les mentions suivantes :

La date des jour et heure; il fallait que la rigueur des délais ne pût être éludée;

Les comparutions ou défauts des parties et des témoins;

La présentation par les témoins de leurs assignations;

Les remises à autres jour et heure, afin qu'une partie n'en

prenez prétexte pour dire que, si elle n'a point comparu à la déposition d'un témoin, c'est qu'elle avait ignoré le moment où elle serait reçue.

A ces mentions particulières le juge-commissaire est tenu d'ajouter, avant la clôture de l'enquête, une mention générale portant que les articles 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273, 274 ont été fidèlement observés.

La clôture du procès-verbal est signée par le juge, par le greffier et par les parties; si elles ne peuvent ou ne veulent signer, il en est fait mention. C'est toujours à peine de nullité. (Art. 275.)

Il est bien entendu que toutes ces formalités s'appliquent aux contre-enquêtes comme aux enquêtes.

SECTION IV. — DE LA QUALITÉ DES TÉMOINS.

Toute personne instruite d'un fait contesté peut être appelée en justice pour y dire ce qu'elle sait. A Rome, la faculté de porter témoignage en justice appartenait à tous ceux qui n'en étaient pas expressément privés par la loi : *Adhiberi possunt testes non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, hi quibus ullà lege non interdicitur testimonium.* (L. 1, § 1, Dig., de Testibus.)

Dans la législation actuelle, certaines personnes peuvent être déclarées incapables de déposer en justice, et leur incapacité est si essentielle, qu'il n'est pas permis aux parties de la couvrir, ni aux juges de la modifier; d'autres peuvent être appelées valablement, mais la partie contre laquelle elles déposent peut les écarter; en d'autres termes, la loi admet des exclusions et des reproches.

EXCLUSIONS. — L'article 268 nous en présente un cas. Les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties,

où son conjoint, même divorcé, ne peuvent être assignés. L'article 11 du titre XXVII de l'ordonnance disait que les parents ou alliés des parties, jusqu'aux enfants de cousins issus de germains, ne pourraient être témoins en matière civile pour déposer en leur faveur ou contre elles, et que leurs dépositions seraient rejetées. Cette disposition était une innovation aux anciens usages, qui, à l'imitation du droit romain (Paul, *Sentences*, liv. V, tit. XV), n'admettaient comme cause de rejet péremptoire que la parenté ou l'alliance en ligne directe; aussi était-elle mal observée dans la pratique, et le Code de procédure est revenu aux anciens usages. Sont donc exclus les parents en ligne directe, soit légitimes, soit naturels, car la loi ne distingue pas : elle défend d'entendre non-seulement un ascendant pour son descendant, mais même un ascendant contre son descendant, ou réciproquement. Le motif de cette prohibition est bien connu : si la parenté ou l'alliance produisent en général l'affection, souvent aussi les haines et les mésintelligences les plus vives séparent ceux que la nature ou le mariage devaient unir. C'est ce qu'on exprimait dans l'ancien droit par ce brocard : *Apud concordés excitamentum caritatis, apud iratos irritamentum odiorum.*

L'article 251 du Code Napoléon permettait de prouver les faits qui servaient de fondement au divorce par le témoignage des ascendants (la prohibition subsistait toujours pour les descendants); ces faits, étant le plus souvent intérieurs, ne pouvaient être attestés que par les personnes qui font partie de la maison. Il faut appliquer aujourd'hui la même décision aux demandes de séparation de corps, car il y a identité de position et de motifs. (Bordeaux, 2 août 1842.)

L'exclusion des parents et alliés en ligne directe entraîne à plus forte raison celle des parties elles-mêmes : *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.* (L. 10, Dig., de *Testibus.*)

A certaines condamnations est attachée l'incapacité de déposer. (Art. 34 et 42, C. pén.) On convient généralement, à cause des termes généraux de ces deux articles, qui ne distinguent point entre les diverses espèces de juridiction, que les personnes frappées de ces peines peuvent être entendues sans prestation de serment et à titre de simples renseignements.

REPROCHES. — Les reproches sont des allégations avancées par l'une des parties à l'effet de rendre suspects les témoins produits par son adversaire. (Boitard.)

Quant aux causes pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés, elles sont généralement renfermées dans l'une ou l'autre de ces circonstances : le soupçon de partialité ou de dépendance, le soupçon de subornation, et une sorte d'infamie.

Peuvent être reprochés pour cause de partialité :

1° *Les parents ou alliés en ligne collatérale* de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Quant aux parents ou alliés en ligne directe, nous savons qu'ils ne peuvent être assignés. (Art. 268.) Quant aux parents ou alliés que nous venons d'énumérer, ils sont seulement reprochables, et le reproche pourra être proposé tant par le parent ou allié que par la partie adverse ;

2° *Les parents ou alliés des conjoints au degré ci-dessus* si le conjoint est vivant, ou le conjoint étant décédé si la partie a eu des enfants vivants ;

3° *Les parents et alliés en ligne directe* du conjoint de

l'une ou de l'autre des parties, ses frères, beaux-frères et belles-sœurs, lorsque le conjoint est décédé sans enfants, ou que les enfants qu'il a laissés ont cessé d'exister.

On a critiqué avec raison la portée de ces reproches ; n'est-ce pas aller un peu loin qu'aller jusqu'au sixième degré, et permettre de reprocher non-seulement les parents du conjoint de l'une des parties, c'est-à-dire ses alliés, mais encore les alliés de ce conjoint, qui cependant ne sont pas les alliés de la partie (*affinitas non parit affinitatem*) ? mais la loi est trop formelle pour qu'on puisse donner une autre interprétation.

4° *Le témoin héritier présomptif.* — Soupçon de partialité et surtout de dépendance : il peut craindre d'être déshérité en tout ou en partie s'il rend témoignage à la vérité en faveur de celui qui l'appelle, et en sa qualité d'héritier présomptif il se trouve indirectement intéressé dans l'affaire.

Ou donataire. Identité de motifs : la reconnaissance peut altérer son indépendance, et si le procès est considérable, le donateur en le perdant verrait sa fortune et sa quotité disponible diminuées ; la donation pourrait être réduite.

Ce reproche est relatif, il ne peut être proposé que par l'adversaire de la partie dont le témoin est héritier présomptif ou donataire.

Si la loi repousse l'héritier présomptif comme indirectement intéressé, *à fortiori* doit-on écarter celui qui a un intérêt direct et immédiat dans l'affaire : ainsi les habitants d'une commune seront reprochables quant aux procès relatifs à des biens sur lesquels ils exercent des droits d'usage, de passage ou de pacage. Un témoin cité

à la requête de son associé serait aussi reprochable, si le litige portait sur les bicas de la société : dans toutes ces hypothèses, ce serait le cas d'appliquer la maxime : *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*. (Cass., 17 mai 1827, droit de passage ; 12 décembre 1838, droit d'usage ; — Toulouse, 4 juin 1828, droit d'usage.) Mais il faut pour cela que l'intérêt ne soit point minime comme celui de l'habitant d'une commune qui revendiquerait quelques mètres de terrain, ou du membre d'une société d'assurance mutuelle contre l'incendie, dans une affaire intéressant la compagnie. (Orléans, 12 avril 1856.)

5° *Les serviteurs et domestiques de la partie qui les produit.* — La dépendance du serviteur ou domestique ne peut être favorable qu'au maître, et la loi 6, Dig., de *Testibus*, disait : *Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest ut testes fiant*. Beaumanoir, chap. xxxix, § 634, disait aussi : *Cil qui sont à mon pain ou à mon pot ne doivent pas être oy en tesmongnage pour moi*.

On appelle *serviteurs*, dit Pothier, des gens que nous avons à nos gages pour nous rendre tous les services que nous leur commandons de nous rendre, quoiqu'ils soient préposés principalement à une certaine espèce de services : tels sont un jardinier ou un garde-chasse qu'un homme domicilié en ville a dans ses terres : ils ne sont pas proprement ses domestiques, puisqu'ils ne demeurent pas avec lui, mais ils sont ses serviteurs puisqu'il les a à ses gages et qu'il peut leur commander tous les services auxquels ils peuvent être propres. En cela, ajoute Pothier, ces personnes diffèrent de ceux avec qui nous avons fait marché pour nous faire un certain ouvrage moyennant une somme déterminée, tels que sont nos vigneron : ils ne sont pas proprement nos serviteurs,

puisque nous n'avons pas le droit d'exiger d'eux autre chose que l'ouvrage qu'ils sont obligés de faire. C'est pourquoi, dit-il, dans l'usage on reçoit le témoignage des vigneron d'une partie.

Les *domestiques* sont ceux qui habitent la même maison que nous, qui mangent notre pain : ainsi des laquais, cochers, cuisiniers, valets de chambre, etc. ; et même ceux qui rendent des services d'un ordre plus élevé : secrétaire, commis, bibliothécaire, etc. La présomption de partialité vient de ce qu'il y a relation intime avec la personne ; mais cette présomption est moins forte, quand les services rendus appartiennent à l'ordre intellectuel. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis que le précepteur de l'enfant de l'une des parties, ou le clerc d'un notaire intéressé dans la cause ne pourraient être reprochés. (Bourges, 6 juin 1825 ; — Riom, 28 novembre 1828.)

Le reproche fondé sur l'état de domesticité n'est proposable et admissible qu'autant que le témoin est actuellement au service de la partie qui requiert son audition, c'est-à-dire au temps de l'enquête. S'il n'avait quitté ce service que depuis le jugement qui l'a ordonné et qu'il y ait lieu de croire que sa sortie a été convenue avec son maître pour qu'il puisse être entendu en témoignage, le reproche serait fondé. Il ne devrait pas être admis au contraire si longtemps avant le jugement le domestique avait quitté le service de la partie ;

6° *Ceux qui ont donné des certificats sur les faits relatifs au procès.* Ils sont engagés par amour-propre à soutenir ce qu'ils ont écrit, et n'ont plus l'indépendance nécessaire pour déposer avec impartialité. Il suffit, pour que le reproche soit proposé, que le certificat ait été donné sur l'un ou l'autre des faits du procès : peu importe que le

fait auquel il se rapporte ne soit point le même que celui sur lequel le témoin est appelé à déposer.

Peut-on reprocher, dans le procès intéressant une commune, les conseillers municipaux qui ont concouru aux actes préliminaires de la poursuite, en l'autorisant ou la provoquant par leurs délibérations ?

La Cour d'Agen l'avait décidé ; mais l'arrêt fut cassé le 25 juillet 1826 : « Attendu que les membres du Conseil
« municipal qui ont pris part aux délibérations dont il
« s'agit, n'ayant en cela que rempli un ministère avoué
« et même commandé par la loi, ne peuvent, pour avoir
« concouru à ces délibérations, être assimilés à ceux qui,
« dans le sens et l'objet de l'article 283 du Code de pro-
« cédure civile, auraient donné des certificats sur des
« faits relatifs au procès ;

« Attendu que l'énumération que fait cet article des
« causes qui peuvent faire reprocher un témoin est limi-
« tative...; attendu qu'en se fondant sur une conséquence
« nécessaire dudit article 283 pour rejeter les dépositions
« des membres du conseil municipal, sans ordonner
« qu'elles seraient lues pour y avoir tel égard que de
« de raison, la Cour royale a créé un reproche non au-
« torisé par la loi, et par suite rejeté des dépositions ré-
« gulièrement faites, ce qui est à la fois une fausse ap-
« plication de l'article 283 et une violation des articles
« 256 et 291. » (Sirey, 1827, I, 59.)

Quelques années plus tard, la même question se présenta ; mais, dans la nouvelle espèce, le conseil municipal s'était réuni depuis le jugement qui avait appointé les parties à faire leurs preuves de possession, et avait invité le maire à veiller au salut du procès ; le reproche fut admis.

C'est cette doctrine que nous croyons devoir être suivie. Les conseillers municipaux, en prenant part aux délibérations, en vertu desquelles la commune sera autorisée à attaquer ou à se défendre, émettent nécessairement leur opinion sur le procès ; et ils ne peuvent déclarer que la commune est bien fondée à exercer un droit, sans poser préalablement comme base le fait sur lequel ce droit vient s'appuyer : ils attestent donc les faits du procès. On objecte qu'ils ont rempli un ministère avoué et même commandé par la loi ; mais qu'importe que le certificat soit officiel ou officieux, le fonctionnaire est encore plus intéressé, pour l'honneur de son caractère et la satisfaction de son amour-propre, à ne pas se départir, durant l'enquête, de ce qu'il aura soutenu au conseil. (Carré et Chauveau, Boucenne, chap. xviii, t. IV.)

Peuvent être reprochés : *pour cause de subornation*, ceux qui ont bu ou mangé avec la partie ou à ses frais depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête. Ce motif est critiqué par Boitard comme injurieux pour l'honneur des témoins, mais l'expérience journalière ne vient pas à l'appui de cette réclamation. La déposition de ces témoins pourrait être le résultat d'une séduction d'autant plus dangereuse qu'elle s'exerce à l'insu même de la personne qui la subit, et tout le monde connaît ce vieux dicton : « Qui mieux abreuve, mieux preuve. » — Ce reproche ne peut être proposé que par l'adversaire de la partie chez laquelle le témoin a bu et mangé.

Pour cause d'une sorte d'infamie, ceux qui sont en état d'accusation, c'est-à-dire ceux contre lesquels la Chambre des mises en accusation a déclaré qu'il y avait charges suffisantes pour les renvoyer devant la cour d'assises, ceux qui ont été condamnés à une peine correctionnelle

pour cause de vol ; nous avons parlé plus haut des condamnés à une peine afflictive ou infamante.

La réhabilitation du condamné fait-elle cesser la faculté de le reprocher ? Nous ne le croyons point ; elle fait bien cesser l'incapacité de déposer, mais non la possibilité d'être reproché, car ce n'est point là une déchéance encourue par le témoin et dont la réhabilitation pourrait le relever, mais bien une garantie pour la partie adverse, garantie à laquelle la loi n'assigne pas de terme. (Caen, 23 juillet 1840 ; — Bonnier, n° 285, *Traité des preuves*.)

Les témoins âgés de moins de quinze ans (C. de proc., art. 285) ne sont point reprochables ; ils pourront être entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison. Nous croyons que, par analogie de l'article 79 du Code d'instruction criminelle, la prestation du serment devra être écartée ; il serait vraiment dérisoire de l'imposer à des enfants qui n'en comprennent point l'importance. Du reste, pourquoi la loi exigerait-elle dans les matières civiles des garanties plus fortes que dans les matières criminelles ? Le législateur n'a point déterminé jusqu'à quel âge au-dessous de quinze ans il serait permis de recevoir des témoignages ; c'est au juge à apprécier si l'intelligence des témoins est suffisante, pour qu'ils aient pu remarquer les faits et entendre les paroles sur lesquelles ils sont appelés à déposer.

Ces reproches étaient illimités dans l'ancien droit ; il suffisait, d'après l'ordonnance de 1667, qu'ils fussent circonstanciés et pertinents. Le rejet des témoins avait acquis une telle extension, qu'on aurait pu se demander, non pas quels témoins étaient reprochables, mais plutôt quels ne l'étaient pas. Ainsi, comme causes de reproches, on admettait : le soupçon d'inimitié, de subornation ré-

sultant de la pauvreté; *Pauvreté n'est pas vice, mais en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté*; l'infamie qui s'attachait non-seulement à certaines condamnations, mais encore à certaines professions, comme comédien ou courtisane. Mais aujourd'hui les juges peuvent-ils, hors du texte de l'article 283, admettre des causes de reproches non consacrées par la loi. Il faut, croyons-nous, admettre sans hésiter la négative; l'énumération que donne la loi des personnes qui pourront être reprochées et des circonstances dans lesquelles le reproche sera fondé, indique assez que dans sa pensée elle doit être rigoureusement limitative. Plusieurs Cours, ayant critiqué cette énonciation comme contraire à la doctrine de 1667, avaient proposé cette modification du projet : « Pourront « être présentés *particulièrement* comme reproches... » Mais le conseil d'État n'eut point égard à ces observations. L'affirmative a été quelquefois décidée cependant, et l'on a appliqué aux témoins comme cause de reproche l'article 378, qui détermine les cas dans lesquels une partie peut récuser un juge comme suspect de partialité. Ce serait violer la loi que faire cette assimilation, car, ainsi que le fait remarquer Boitard sur l'article 283, elle n'est pas exacte : un juge a une tout autre influence dans l'affaire qu'un témoin, on conçoit donc que la loi ait multiplié les causes de récusation des juges. D'un autre côté, un juge suspect peut toujours être remplacé, tandis que la partie qui présentait un témoin n'en a peut-être pas un autre pour établir le même fait. Plusieurs décisions judiciaires, et notamment un arrêt de cassation du 23 juillet 1826, ont déclaré limitative l'énumération faite par la loi.

Les reproches doivent être proposés soit par la partie elle-même, soit par son avoué; ils doivent être pertinents

et circonstanciés, et non conçus en termes vagues et généraux ; si c'est pour cause de parenté, par exemple, qu'un témoin est reproché, il faut prouver la nature et le degré de parenté qui l'unit à l'une des parties (art. 270) ; ils seront proposés avant la déposition des témoins. Le motif de cette règle est facile à saisir. On aurait pu craindre que la partie qui a laissé le témoin, dont les noms et qualités lui ont été notifiés trois jours à l'avance, prêter serment et déposer devant elle, ne cherchât après coup, par des reproches sans fondement, à écarter la déposition d'un témoin qu'elle ne repousse que parce que son témoignage lui a été défavorable. Ainsi la partie qui a un reproche à faire valoir doit, sous peine de déchéance, le proposer avant l'audition du témoin ; l'article 282 apporte une exception : si la partie peut l'établir par écrit, et sans recourir à une enquête ; si, par exemple, elle a eu en sa possession le certificat que le témoin qu'elle veut écarter a donné dans l'affaire, elle est admise à le reprocher même après sa déposition. Les reproches justifiés par écrit ne sauraient être réputés imaginés après coup, ou faits par esprit de récrimination.

Ce n'est pas au juge-commissaire qu'appartient le droit de juger les reproches, mais bien au tribunal. Le juge-commissaire consignera sur son procès-verbal le reproche et la réponse du témoin, et, comme il ne peut savoir *a priori* si le reproche sera admis ou écarté par le tribunal, il devra entendre le témoin reproché. (Art. 284.) Si le reproche est écarté, la déposition sera lue ; s'il est admis, elle sera considérée comme non avenue. (Art. 291.) L'enquête terminée, la partie la plus diligente signifie à avoué les procès-verbaux qui ont été dressés par le juge-commissaire et poursuit l'audience. C'est alors que s'en-

gège le débat relatif aux reproches ; cependant il serait possible que le tribunal pût se dispenser de les juger ; c'est ce qui aurait lieu si, abstraction faite des témoins reprochés, l'enquête lui paraissait concluante. Dans le cas contraire, les reproches devront être jugés sommairement (art. 287), c'est-à-dire d'abord expéditivement et ensuite dans la forme prescrite pour les matières sommaires. (Art. 403 *et seq.*)

Si les reproches sont justifiés par écrit, on les discute immédiatement à l'audience ; dans le cas contraire (art. 289), la partie sera tenue d'en offrir la preuve et de désigner ses témoins ; autrement, elle n'y sera pas reçue. La loi veut qu'on instruisse dans le plus court délai, avec le moins de lenteur possible, cette procédure incidente relative aux reproches. Ce n'est pas devant le juge-commissaire et avant la déposition des témoins que cette preuve du reproche doit être offerte, ainsi que quelques personnes l'ont pensé, mais seulement devant le tribunal lorsqu'il est saisi du reproche à juger ; ce qui le prouve, c'est l'article 71 du tarif, qui exige que cette offre et cette désignation soient faites par acte d'avoué à avoué, avec réponse dans la même forme, ce qui implique évidemment une procédure suivie devant le tribunal.

L'offre de la preuve et la désignation des témoins étant faites, la preuve, s'il y échet, sera ordonnée par le tribunal. (Art. 290.) *S'il y échet*, car il serait possible qu'il n'y eût pas lieu de l'ordonner ; c'est ce qui arriverait si le reproche était justifié par écrit, ou que, fondé sur la parenté ou une condamnation, il fût établi par les actes de l'état civil ou la copie du jugement criminel. (Boitard.) Dans le cas contraire, l'enquête sera ordonnée pour apprécier le reproche et faite d'après les formes

établies pour les enquêtes sommaires. Aucun reproche ne pourra y être proposé s'il n'est établi par écrit. La loi a voulu par là éviter des lenteurs interminables et une série d'enquêtes ; si on admettait de troisièmes témoins à venir déposer sur les reproches adressés aux seconds qui reprochent les premiers, pourquoi ne pourrait-on pas contre ces troisièmes témoins articuler des reproches qui donneraient lieu à une quatrième enquête ? Il fallait bien s'arrêter ; de là cette maxime : *Réprobatoires de réprobatoires ne sont reçus*. C'est dans le même esprit que le Code de procédure n'admet, contre les témoins produits dans la seconde enquête, que des reproches justifiés par écrit.

La partie qui aurait proposé un reproche dont la preuve n'aurait pas été admise ou qui, ayant été autorisée à le faire, n'y serait pas parvenue, pourra être condamnée envers le témoin à des dommages-intérêts, si ce reproche avait pour base un fait déshonorant pour celui-ci ; comme s'il consistait, par exemple, dans l'allégation d'une condamnation afflictive, ou infamante, ou correctionnelle pour vol. (Art. 283, *in fine*.)

Un des vices les plus saillants de l'enquête écrite nous est révélé par les articles 291 et 284 combinés : le juge-commissaire doit entendre la déposition des témoins reprochés, et ce n'est que si le reproche est admis que la déposition ne sera point lue au tribunal ; mais le juge-commissaire aura pris connaissance d'une déposition à laquelle la loi défend d'avoir aucun égard ; il siège lui-même pour la décision de l'affaire ; sans doute, ses collègues n'auront point connaissance des paroles du témoin ; mais lui sera-t-il possible, à lui, d'effacer de son esprit l'opinion favorable ou défavorable qu'elles y auront laissée ?

SECTION V. — DES NULLITÉS.

L'enquête peut être nulle pour le tout ou pour partie. Si elle est entachée d'un vice qui touche à sa substance même et l'affecte, non point dans l'une ou l'autre de ses parties, mais dans son ensemble tout entier, elle est complètement nulle; tel serait le cas où le procès-verbal ne contiendrait pas les signatures du juge-commissaire et du greffier; si, au contraire, l'irrégularité ne porte que sur une ou plusieurs dépositions, ces dépositions seront seules frappées de nullité, l'enquête restera valable pour le surplus : *Utile per inutile non vitiatur.*

L'enquête ou la déposition nulles pourront-elles être recommencées? Une distinction qui domine toute la matière consiste à voir à qui la nullité est imputable. Est-ce la faute du juge-commissaire, elle est recommencée à ses frais (art. 292); est-ce la faute de l'avoué ou de l'huissier, la nullité est irréparable, sauf un recours contre eux, pour obtenir la répétition des frais et une condamnation de dommages-intérêts, s'il y a lieu, c'est-à-dire en cas de manifeste négligence, ce qui est laissé à l'arbitrage du juge. (Art. 293.)

Quelle est la cause de cette différence? C'est que les parties n'ont pas le choix du juge-commissaire et qu'elles ont toute liberté pour distinguer et préférer l'avoué ou l'huissier qu'elles emploient; on sait avec quelle rapidité la loi veut que l'enquête soit menée, pour que les parties n'aient pas le temps de corrompre les témoins qu'elles produisent; si le législateur eût permis de recommencer l'enquête nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier,

qui garantirait que la nullité commise par eux n'est pas le résultat d'un concert frauduleux, intervenu entre la partie et ces officiers ministériels, pour lui ménager la faculté de revenir sur une enquête défavorable? Un pareil soupçon ne saurait planer sur le juge-commissaire qui n'est point l'homme de la partie. On a critiqué ce second motif : une partie n'ayant jamais le droit de demander la nullité de sa propre enquête, il faudrait supposer que l'adversaire crût avoir lui-même intérêt à la faire annuler; ce ne serait donc que dans des circonstances toutes particulières que ce danger pourrait exister, et il serait difficile de motiver sur lui une nullité prononcée pour tous les cas. (Bonnier, *Traité des preuves*, p. 257; — Rodière, t. II, p. 456.)

L'enquête déclarée nulle par la faute du juge commissaire sera recommencée. (Art. 297.) Bien que les termes de l'article soient impératifs, on convient généralement que le tribunal pourra immédiatement statuer sur le fond, sans ordonner une enquête nouvelle, si, depuis le jugement qui a ordonné l'enquête, de nouvelles pièces ont été produites, suffisantes pour éclairer les juges.

Lorsque l'enquête est recommencée, peut-on faire entendre de nouveaux témoins, ou doit-on se borner à assigner les mêmes témoins en se reportant à la première enquête?

Dans un premier système (Bonnier, p. 256; — Rodière, t. II, p. 458) on dit : L'enquête étant annulée, les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient auparavant; elles pourront donc faire entendre tous les témoins qu'elles auraient pu produire dès le principe. Sous l'ordonnance de 1667, ce point n'avait jamais été contesté; la question de savoir si les mêmes témoins pourraient

être entendus était seule agitée. (La raison de douter, c'est que l'on pourra prétendre que la foi des témoins aura été engagée, disait M. de Lamoignon.) Lorsque l'article 292 dit : « La partie pourra faire entendre les mêmes « témoins, » c'est cette dernière question seule qu'il a voulu trancher, et il ne peut avoir voulu, contrairement au droit ancien, écarter les nouveaux témoins.

Dans un autre système que nous croyons devoir suivre, on fait remarquer que l'ordonnance de 1667 disait : « Il « sera fait, *une nouvelle* enquête aux frais du juge ; » le Code dit au contraire, *l'enquête sera recommencée*. La partie ne doit point souffrir de la faute du juge, mais voilà tout ; elle ne peut prétendre en bénéficier. Introduire de nouveaux témoins dans l'enquête qui se recommence, ce serait autoriser l'autre partie à faire une nouvelle contre-enquête, car elle aurait le droit d'opposer de nouveaux témoins aux témoins nouveaux que son adversaire amène. Ce serait rendre aux plaideurs plus qu'ils n'ont perdu et mettre à la charge du juge-commissaire des frais beaucoup plus considérables que ceux de l'enquête annulée. L'article 292 vient encore à l'appui de notre système : « La partie pourra faire entendre les mêmes témoins, et « *si quelques-uns ne peuvent être entendus, les juges auront « tel égard que de raison aux dépositions par eux faites dans « la première enquête.* » Cette disposition montre clairement que l'on n'a pas voulu laisser venir de nouveaux témoins ; car aucun motif ne pouvait être plus favorable pour leur donner accès que l'absence ou la mort des premiers. (Carré, t. I, p. 715 ; — Pigeau, t. I, p. 548 ; — Thomines, t. I, p. 495 ; — Boncenne, t. IV, p. 320.)

Si la nullité provient de l'avoué ou de l'huissier, le tribunal pourra-t-il, en s'appuyant sur les termes généraux

de l'article 254, qui lui donne le droit d'ordonner d'office la preuve des faits contestés, ordonner que l'enquête sera recommencée? Non. Le texte de l'article 293 est trop formel pour se prêter à cette interprétation : « *L'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier ne sera pas recommencée.* Si dans l'espèce le tribunal pouvait d'office ordonner une enquête nouvelle, il le devrait toujours, car en ordonnant la première, il a reconnu la nécessité de vérifier les faits articulés; on arriverait donc ainsi à supprimer tout à fait l'article 293. (Mourlon, *Élém. de procéd.*, p. 259.)

CHAPITRE II

DE L'ENQUÊTE PUBLIQUE OU SOMMAIRE.

Cette enquête a lieu non plus à huis clos et devant un juge-commissaire, mais à l'audience devant le tribunal. Ce genre d'enquête avait toujours été maintenu en usage devant les juridictions consulaires, et son utilité porta les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 à l'introduire devant les tribunaux proprement dits pour les affaires sommaires. La loi de 1790, qui organisait le mode de procéder devant les justices de paix, en a fait une troisième application. Du reste, il eût été difficile de faire autrement; le juge étant unique, on ne pouvait le revêtir de la qualité de commissaire.

Pour les matières sommaires, disons-nous, le Code de procédure a maintenu l'enquête publique. Par là, on entend certaines affaires qui, soit par la simplicité des questions de droit ou de fait qu'elles soulèvent, soit par la modicité de l'intérêt qu'elles engagent, soit par le besoin d'urgence qui s'y fait sentir, exigent une procédure plus simple et plus rapide que celle des affaires ordinaires; l'article 404 en fait l'énumération.

La première simplification relative aux enquêtes qu'introduit la loi dans ces matières, c'est qu'il n'est pas besoin d'articuler préalablement les faits dans un acte de

conclusion, avec sommation de les reconnaître ou de les dénier dans les trois jours ; c'est à l'audience que le demandeur articule les faits qu'il entend comprendre dans l'enquête, et c'est là qu'ils seront reconnus ou déniés par le défendeur. S'il y a lieu à l'enquête, le jugement qui l'ordonnera contiendra les faits et fixera les jour et heure où les témoins devront être entendus à l'audience. (Art. 407.) Ici donc plus de juge-commissaire, c'est devant le tribunal même que se fait l'enquête, et les délais rigoureux prescrits dans l'enquête écrite pour la commencer et la terminer sont inapplicables.

Dans l'enquête écrite, le juge-commissaire doit dans tous les cas dresser un procès-verbal circonstancié et détaillé de la déposition des témoins : pour l'enquête orale, une distinction est nécessaire. (Art. 410).

1° S'agit-il d'une matière sommaire pour laquelle il n'y aura pas d'appel, comme dans l'hypothèse des paragraphes 1 et 3 de l'article 404, pas de procès-verbal, puisque la décision de l'affaire appartient au tribunal qui a entendu les témoins, et qu'elle ne peut être portée par appel devant un tribunal supérieur. Le jugement mentionnera donc seulement le nom des témoins et le résultat de l'enquête, c'est-à-dire des dépositions considérées dans leur ensemble. Par analogie de ce que la loi prescrit pour les enquêtes qui ont lieu devant un juge de paix (art. 40), il faudra aussi que le jugement renferme « l'âge, la profession et demeure des témoins, leur serment, leur déclaration s'ils sont parents, alliés, servants ou domestiques des parties, les reproches et le « résultat des dépositions. » Si, dans l'enquête la plus expéditive, la plus sommaire, dans celle des juges de paix, la loi exige les mêmes déclarations que dans le

procès-verbal d'une enquête ordinaire, à plus forte raison ces déclarations doivent-elles être faites dans ces affaires intermédiaires que le législateur a placées entre les matières ordinaires et les matières de la compétence des juges de paix. (Boitard, sur l'article 410.)

Si toutefois l'enquête se faisait devant un tribunal autre que celui qui l'a ordonnée, l'enquête devrait être rédigée par écrit, et il y aurait lieu à dresser un procès-verbal. C'est ce qui résulte de l'article 412. Si les témoins sont éloignés ou empêchés, le tribunal pourra commettre le tribunal ou le juge de paix de leur résidence. Dans ce cas, l'enquête sera rédigée par écrit, il en sera dressé procès-verbal.

2^o S'agit-il au contraire d'un procès qui, bien que sommaire, est susceptible d'appel, un procès-verbal d'enquête devient alors nécessaire pour porter à la connaissance des juges d'appel les dépositions qu'ils n'ont pas entendues. On évitera ainsi la nécessité d'une seconde enquête. « Ce procès-verbal (art. 411) contiendra les ser-
« ments des témoins, leur déclaration s'ils sont parents,
« alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les re-
« proches qui auraient été formés contre eux et *le résultat*
« *de leurs dépositions.* » La loi, dans l'article 411, se sert des mêmes expressions que dans l'article 410 : *le résultat de leurs dépositions*; mais il ne faut pas en conclure que leur portée soit la même. Dans l'hypothèse de l'article 410, il suffit que le jugement continue le résultat de l'enquête, c'est-à-dire de l'ensemble des dépositions. S'il en était ainsi dans le cas prévu par l'article 411, le tribunal d'appel serait obligé de juger non d'après ses propres inspirations, mais sur l'impression que lui aurait transmise le tribunal inférieur. Concluons donc que dans l'espèce le

procès-verbal doit contenir la substance de chacune des dépositions. L'article 39 vient à l'appui de notre interprétation : « Dans les causes sujettes à appel, le greffier
« dressera procès-verbal de l'audition des témoins ; cet
« acte contiendra leurs noms, âge, profession et demeure,
« leur serment de dire la vérité, leur déclaration s'ils sont
« parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties,
« et les reproches qui auraient été fournis contre eux.
« Lecture de ce procès-verbal sera faite à chaque témoin
« pour la partie qui le concerne ; *il signera sa déposition,*
« ou mention sera faite qu'il ne sait ou ne peut signer. »
Il n'y a aucune raison de procéder différemment dans notre hypothèse, et au contraire, comme dans l'article 411, il s'agit d'affaires plus importantes que celles dont s'occupe l'article 39 ; il y a un *à fortiori* pour exiger les mêmes formalités de détail qu'exige ce dernier.

Dans l'enquête ordinaire, le juge-commissaire, n'ayant point qualité pour juger des reproches, doit entendre le témoin reproché. On se demande si, en matière sommaire, le témoin doit être entendu à l'audience comme il le serait devant un juge-commissaire, ou si, au contraire, sa déposition ne sera pas entendue, de même qu'elle n'est pas lue en matière ordinaire ? Le tribunal doit juger les reproches *de plano* ; et s'il les admet, les témoins ne seront pas entendus. Vouloir que les juges reçoivent la déposition d'un témoin et qu'ils fassent ensuite complètement abstraction de l'impression qu'elle aura produite sur leur esprit, c'est exiger l'impossible ; il est déjà assez fâcheux que le juge-commissaire soit habituellement appelé à prononcer après avoir entendu le témoin, pour ne point mettre ici le tribunal tout entier dans cette fausse position. L'article 413, en renvoyant aux règles sur les reproches et la

manière de les juger, n'a pas entendu s'écarter du principe ordinaire sur l'exclusion des dépositions reprochées, et il en sera ainsi sans qu'il y ait à distinguer si l'affaire est susceptible d'être jugée en dernier ou en premier ressort ; il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, si l'appel est formé, le tribunal supérieur pourra écarter le reproche, ce qui donnera lieu à une nouvelle enquête pour obtenir la déposition du témoin injustement écarté ; mais ce n'est là qu'un faible inconvénient. La Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois en ce sens, notamment par les arrêts du 26 juin 1839 et du 14 janvier 1853. (Rapportés dans Bonnier, p. 393, *Traité des preuves.*)

Quant aux délais accordés aux témoins pour se présenter, la signification qui leur est faite de la copie du dispositif du jugement qui a ordonné l'enquête, la signification de leurs noms à la partie, l'amende et les peines contre les témoins défailants, la prohibition d'entendre les conjoints des parties, les parents ou alliés en ligne directe, les reproches présentés par la partie, la manière de les juger, les interpellations aux témoins, la taxe, le nombre des témoins dont les voyages passent en taxe, la faculté d'entendre les individus âgés de moins de quinze ans révolus, la loi renvoie aux dispositions du titre XII, *des Enquêtes.* (Art. 413.)

Nous avons examiné comment se faisaient l'enquête orale et l'enquête secrète ; nous avons vu dans quels cas elles étaient appliquées. Il nous reste maintenant à rechercher laquelle est préférable à l'autre et quel motif a pu porter la loi à adopter tantôt le système de l'enquête publique, tantôt le système de l'enquête écrite ou secrète.

On a prétendu retrouver le secret des enquêtes dans une constitution de Zénon, qui forme la loi 14 au Code,

de Testibus. « Hujusmodi pæsidio denudatos, ita ad « judicantis intrare secretum..... » Mais ces expressions, ainsi que le fait remarquer M. Bonnier, ont trait tout simplement au local séparé où se tient le juge, et non pas à une forme occulte de procédure dont il n'y a point la moindre trace dans les lois romaines. Montesquieu (liv. XXVIII, chap. xxxiv, *Esprit des lois*) pense que le secret de l'enquête fut amené par suite de la réaction contre le combat judiciaire, qui était essentiellement public, et afin de protéger les témoins contre les provocations des parties. Ajoutons, avec M. Bonnier, que l'institution de l'appel, qui contribua à fortifier l'habitude de juger sur pièces, dut figurer aussi parmi les causes de ce mémorable changement dans les mœurs judiciaires. En 1539, sous François I^{er}, le principe du secret de l'enquête en toute matière fut complètement établi. Les ordonnances de 1667, 1670 maintinrent le secret, tant au civil qu'au criminel. La loi du 29 septembre 1791 décréta qu'en matière criminelle les témoins seraient entendus à l'audience, et le décret du 7 fructidor an III portait, art. 1^{er} : « A l'avenir, en toutes matières civiles dont « la connaissance appartient aux tribunaux de district, « et sans aucune distinction, les témoins seront entendus « en l'audience publique, en présence des parties inté- « ressées ou elles dûment appelées. » Aujourd'hui, le système de l'enquête publique est admis en matière commerciale, en matière correctionnelle et criminelle, et pour les affaires civiles sommaires. Quel est donc le motif qui a pu décider le législateur à revenir à l'enquête secrète dans les matières civiles ordinaires ?

Les reproches qui ont été adressés au système de la loi du 7 fructidor an III par l'orateur du Tribunal, lors

de la présentation du Code de procédure au Corps législatif, se réduisent à trois : l'enquête publique est peu probante et peut entraîner fréquemment à de graves erreurs; elle peut être une source d'inconvenances et de désordres de nature à compromettre la dignité du tribunal; enfin elle est une cause d'entraves et de lenteurs, elle a l'inconvénient d'occuper le tribunal tout entier et non plus un seul juge.

La première objection prouverait trop, si elle était fondée ; les témoins, dit-on, placés devant le tribunal tout entier, en face d'un nombreux auditoire, s'intimideront facilement; après une première déposition inexacte, la crainte de se démentir les portera à persister dans leurs assertions mensongères, sur lesquelles ils reviendraient plus facilement, s'ils se trouvaient en présence d'un seul juge. Mais ne peut-on pas répondre que la présence du public est, au contraire, une garantie sûre pour arriver à la découverte de la vérité; la solennité de l'audience portera le témoin à mesurer ses paroles, et la crainte d'un démenti public fortifiera sa véracité. L'enquête publique, du reste, n'est-elle point admise en matière commerciale, à quelque taux que ce soit, et en matière criminelle, où il s'agit d'intérêts autrement précieux? Dans ce dernier cas, l'audience n'est-elle pas plus solennelle, le public plus nombreux et plus attentif que ne l'est en général l'auditoire des tribunaux civils?

On peut adresser à la seconde objection le même reproche qu'à la première, d'aller contre la publicité de l'enquête en matière criminelle, où tout le monde voit la plus puissante garantie de sincérité. Craint-on une altercation entre le tribunal et le témoin? Elle est impossible, le tribunal ne discute point, il interroge; — est-ce entre le

témoin et la partie ? Mais le président a la police de l'audience, et l'article 276 lui permet de frapper d'une pénalité la partie ou le témoin qui méconnaît le respect dû à l'audience.

Quant au reproche de lenteurs et d'entraves, il ne peut vraiment être soutenu, puisque dans les matières commerciales considérées par la loi comme urgentes, et dans les matières sommaires, le législateur exige que les témoins soient entendus publiquement devant le tribunal. Le système de l'enquête secrète n'a qu'un seul avantage, celui de n'occuper qu'un juge au lieu de trois ; mais, malgré cela, et à cause des discussions interminables que viendra souvent susciter le sens d'une déposition que le tribunal n'aura pas entendue, à cause des nombreuses nullités dont toute l'enquête secrète a été hérissée, nous croyons l'enquête publique beaucoup plus expéditive.

Ajoutons encore que, dans l'enquête écrite, le tribunal ne devant connaître les dépositions des témoins que par l'intermédiaire du juge-commissaire et du greffier, cette traduction, si attentivement qu'elle ait pu être dressée, vaudra-t-elle pour le tribunal la lumière qu'il retirerait des dépositions qu'il entendrait lui-même ? Le procès-verbal rendra-t-il le ton de certitude ou de fermeté, de faiblesse ou d'hésitation qu'avait le témoin ? — Le principe du secret de l'enquête est donc un reste d'anciens principes écartés petit à petit, et que l'on aurait peut-être dû aussi faire disparaître des matières civiles ordinaires.

CHAPITRE III

DE L'APPRÉCIATION DES TÉMOIGNAGES.

Ni le Code civil ni le Code de procédure ne déterminent le nombre de témoins dont les dépositions concordantes sur le même fait sont nécessaires pour faire preuve complète. Anciennement, la déposition d'un seul témoin était généralement insuffisante pour faire preuve d'un fait, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat* (l. 9, § 1, Code, *de Testibus*) : *testis unus testis nullus*; — *voix d'un voix de nun*, disait-on dans notre ancienne jurisprudence. L'idée sur laquelle repose cette exclusion est le danger de s'en rapporter au témoignage d'un seul homme, quand il y a tant de causes d'erreurs ou de fraudes dans les dépositions conformes de plusieurs. A l'époque des jurisconsultes, ainsi que le prouvent des textes nombreux, une déposition isolée était accueillie avec beaucoup de circonspection, mais la loi n'imposait pas l'exclusion du témoin unique : la loi 21, § 3, Dig., *de Testibus*, dit : « *Non ad multitudinem « testium respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum « fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* » — Si la loi 12 dit : « *Ubi numerus testium non adjicitur, « etiam duo sufficient* », il ne faut pas en conclure que deux soient nécessaires ; car, ainsi que le fait remarquer M. Bonnier, Ulpien fait allusion à des lois spéciales qui exigeaient au pluriel des témoins, et il décide que deux suffisent ; la suite du texte montre l'exactitude de cette

interprétation : « Pluralis enim elocutio duorum numero
« contenta est. »

Ce n'est que sous Constantin que l'exclusion a été formulée (l. 9, § 1, Code, *de Testibus*) : « Et nunc manifesto
« sancimus ut unius omnino testis responsio non audia-
« tur, etiamsi praeclaræ curiæ honore præfulgeat. » Cette
règle fut admise dans notre droit coutumier, et la déposition d'un seul témoin, quelle que fût d'ailleurs sa condition, ne pouvait suffire à fonder la conviction du juge (je suis persuadé comme homme, non comme juge); au contraire, la déposition concordante de deux témoins purs de reproches et de soupçons était pleinement suffisante, et même, d'après quelques-uns, obligeait absolument le juge à décider dans le sens de ces dépositions, soit qu'il s'agit de condamner, soit qu'il s'agit d'absoudre.

Faut-il aujourd'hui plusieurs témoins? La loi actuelle ne s'explique pas sur ce point, et l'on peut considérer son silence comme abrogeant la coutume ancienne. Tout ce que l'on peut dire, c'est que les tribunaux ne doivent que difficilement se déterminer par une déposition unique, surtout lorsque la cause est de quelque importance; et comme ils peuvent regarder la demande ou l'exception comme n'étant pas pleinement justifiée, ni comme totalement dénuée de preuve, ils peuvent déférer d'office le serment à l'une des parties, et en général à celle qui a en sa faveur cette déposition.

Ils ne sont pas non plus liés par un certain nombre de témoins dont les dépositions sont concordantes, et ils peuvent n'y avoir aucun égard si leur conviction s'y oppose. Ce point est vivement controversé. On peut dire pour la négative que la loi, après avoir permis au demandeur l'admission de la preuve testimoniale, n'a pas en-

tendu que le sort de sa demande soit ensuite fixé à l'arbitraire du juge. La loi appelle *preuve testimoniale* celle qu'il a fournie, et le juge ne doit-il pas conformer sa décision aux preuves légalement administrées? De même qu'il ne pourrait, quelle que fût d'ailleurs sa conviction, se refuser à juger selon les preuves écrites, tant que les actes ne seraient pas combattus par l'inscription de faux ou déniés, de même il ne doit pas pouvoir le faire dans le cas de la preuve par témoins, puisque c'est également une preuve aux yeux de la loi.

Pour la négative, on répond que le tribunal, en ordonnant l'enquête qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, ne contracte envers la partie, ni ne doit contracter envers elle aucun engagement. Dans tous les temps et dans tous les pays, dit Merlin, *Répert.*, v° JUGEMENT, § 3, « on a constamment tenu pour maxime qu'après « avoir ordonné la preuve d'un fait qui lui paraissait dé- « cisif, le juge qui reconnaît que ce fait est indifférent « peut prononcer contre la partie même qui a fait la « preuve. » Duparc-Poulain, *Principes du droit*, t. IX, p. 494, dit : « Tout juge qui ordonne un genre d'in- « struction est toujours présumé s'être réservé la liberté « de juger entre les parties et, conséquemment, de con- « server tous leurs droits jusqu'au jugement définitif. » Est-ce que le juge ne peut, après un examen plus approfondi, écarter définitivement des faits auxquels il avait, de prime abord, attribué une importance qu'ils n'avaient pas dans le procès? D'ailleurs il ne saurait y avoir en cette matière recours à cassation, puisque la loi actuelle, n'ayant pas fixé le nombre de témoins nécessaires pour faire preuve complète, on ne peut dès lors prétendre que la loi ait été violée.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. Pour former un contrat *litteris*, il suffisait 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.

II. Les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient pas seulement des *instrumenta*, mais bien un mode de contracter une obligation.

III. Le contrat par les *chirographa* et les *syngraphæ*, inventé pour les rapports des *ipérégrins*, était également permis aux citoyens romains.

IV. Sous Justinien il existe encore des écrits constitutifs d'obligation.

V. Dans le dernier état du droit romain, la preuve littérale a une autorité plus grande que la preuve testimoniale.

DROIT FRANÇAIS.

I. La disposition de l'article 1341, qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes, implique prohibition de prouver par témoins le paiement d'une dette inférieure à 150 francs constatée par écrit.

II. L'écrit qui, constatant une convention synallagmatique, ne peut en faire pleine foi, par suite de l'inobservation des formalités prescrites par l'article 1325, peut servir de commencement de preuve par écrit contre la partie qui l'a rédigé ou signé.

III. Le billet constatant une dette de quantité peut, lorsqu'il est signé, servir de commencement de preuve par écrit, quand même il ne porterait pas le *bon* ou *approuvé*.

IV. Le consentement du défendeur rend admissible la preuve testimoniale dans les hypothèses où elle ne l'est pas de droit commun.

V. Dans les cas exceptionnels, prévus par l'article 46 du Code Napoléon, il faut admettre la preuve testimoniale, non-seulement pour la naissance, mais même pour la filiation.

VI. La simple allégation de l'omission d'un acte sur les registres de l'état civil, d'ailleurs régulièrement tenus, ne suffit pas pour autoriser, en vertu de l'article 46 du Code Napoléon, la preuve testimoniale du fait dont la constatation aurait, dit-on, été omise.

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

VIII. La preuve testimoniale est admissible en principe non-seulement au-dessus de 150 francs, mais encore contre et outre le contenu aux actes en matière commerciale.

PROCÉDURE CIVILE.

I. Les enquêtes à futur nous paraissent admissibles dans notre droit moderne.

II. Les causes de reproches énumérées par l'article 283 du Code de procédure civile sont limitatives.

DROIT CRIMINEL.

I. Celui à qui le blanc seing a été remis et qui fait écrire la fausse convention par un tiers n'est coupable que du délit de blanc seing. Le tiers, au contraire, est punissable comme auteur d'un faux principal, et non pas seulement comme complice d'abus de blanc seing.

II. Il n'y a pas destruction de titre dans le sens de l'article 438 du Code pénal si l'acte détruit était entaché d'une nullité absolue ou si c'était un blanc seing.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Les justices seigneuriales ont pris naissance sous les *chartæ immunitatis* de la période mérovingienne.

II. La propriété des rivières non navigables était disputée par les seigneurs justiciers, les seigneurs fonciers et les tenanciers.

III. On peut croire que, dans la monarchie franque, chacun avait le libre choix de la loi sous laquelle il voulait vivre.

DROIT DES GENS.

I. Dans la formation des États, il ne faut pas s'attacher exclusivement au principe des nationalités, qui d'ailleurs ne présente rien d'absolu. Il faut tendre à l'équilibre européen plutôt qu'à une grande fédération européenne.

II. L'immunité du ministre à l'égard de la juridiction criminelle doit être entendue dans une certaine mesure, et de manière à ce qu'elle ne dégénère pas en brevet d'impunité.

Vu par le président de la thèse,
J.-E. LABBÉ.

Vu par le doyen,
G. COLMET-D'AAGE

Vu et permis d'imprimer,
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
Pour le vice-recteur,
L'inspecteur de l'Académie,
EIDON.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

	Pages.
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. DES ACTES PRIVÉS.....	5
SECTION I. Des actes privés en général.....	5
— II. Formalités essentielles aux actes privés.....	18
— III. De la foi due aux actes privés.....	12
CHAPITRE II. DES ACTES PUBLICS.....	34
SECTION I. Des <i>scripturæ publicæ</i>	34
— II. Des <i>scripturæ forenses</i>	36
CHAPITRE III. DE L'AUTORITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE A L'ENCONTRE DE LA PREUVE LITTÉRALE.....	47
CHAPITRE IV. DE LA PRODUCTION ET DE LA PERTE DES TITRES .	54

DROIT FRANÇAIS.

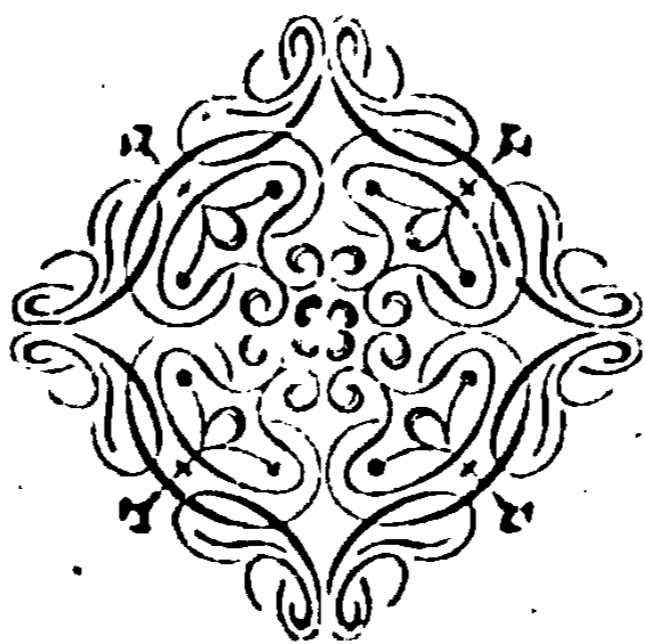
CHAPITRE I. DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE TESTIMO- NIALE.....	59
SECTION I. Exclusion de la preuve testimoniale dans les choses excédant la valeur de 150 francs...	59
— II. Exclusion de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes.....	80
CHAPITRE II. EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE LA PREUVE TES- TIMONIALE.....	91
SECTION I. Première exception : Commencement de preuve par écrit.....	91

	Pages.
SECTION II. Deuxième exception : Impossibilité de se procurer ou de conserver un titre écrit.	107
— III. Troisième exception : En matière de commerce.	127
CHAPITRE III. DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE	
EN MATIÈRE DE QUESTIONS D'ÉTAT. HISTORIQUE..	133
SECTION I. Principes généraux.	136
— II. Naissances et décès.	143
— III. Mariages.	145
— IV. De la filiation.	157
Filiation légitime.	158
Filiation naturelle.	172
§ 1. Recherche de la paternité.	174
§ 2. Recherche de la maternité.	176

PROCÉDURE.

CHAPITRE I. DES ENQUÊTES.	191
SECTION I. Dans quelles formes et dans quels cas une enquête peut-elle être ordonnée et demandée?	192
— II. Dans quels délais l'enquête doit-elle être commencée et terminée?	199
— III. De la comparution, de la déposition des témoins, de la marche générale de l'enquête.	207
— IV. De la qualité des témoins.	214
— V. Des nullités.	227
CHAPITRE II. DE L'ENQUÊTE PUBLIQUE OU SOMMAIRE.	231
CHAPITRE II. DE L'APPRÉCIATION DES TÉMOIGNAGES.	239
POSITIONS.	242





Paris. — Typographie HENRIEN ET FILS, rue du Boulevard, 7.

DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION

CHAPITRE I. DES ACTES PRIVES

SECTION I. Des actes privés en général

SECTION II. Formalités essentielles aux actes privés

SECTION III. De la foi due aux actes privés

CHAPITRE II. DES ACTES PUBLICS

SECTION I. Des *scripturoe publicoe*

SECTION II. Des *scripturoe forenses*

CHAPITRE III. DE L'AUTORITE DE LA PREUVE TESTIMONIALE A L'ENCONTRE DE LA PREUVE LITTERALE

CHAPITRE IV. DE LA PRODUCTION ET DE LA PERTE DES TITRES

DROIT FRANCAIS.

CHAPITRE I. DE LA PREUVE TEST [...] EN MATIERE TESTIMONIALE

SECTION I. Exclusion de la preuve testimoniale dans les choses excédant la valeur de 150 francs

SECTION II. Exclusion de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes

CHAPITRE II. EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE LA PREUVE TESTIMONIALE

SECTION I. Première exception: Commencement de preuve par écrit

SECTION II. Deuxième exception: Impossibilité de se procurer ou de conserver un titre écrit

SECTION III. Troisième exception: En matière de commerce

CHAPITRE III. DE L'ADMISSIBILITE DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIERE DE QUESTIONS D'ETAT. HISTORIQUE

SECTION I. Principes généraux

SECTION II. Naissances et décès

SECTION III. Mariages

SECTION IV. De la filiation

Filiation légitime

Filiation naturelle

§ 1. Recherche de la paternité

§ 2. Recherche de la maternité

PROCEDURE.

CHAPITRE I. DES ENQUETES

SECTION I. Dans quelles formes et dans quels cas une enquête peut-elle être ordonnée et demandée?

SECTION II. Dans quels délais l'enquête doit-elle être commencée et terminée?

SECTION III. De la comparution, de la déposition des témoins, de la marche générale de l'enquête

SECTION IV. De la qualité des témoins

SECTION V. Des nullités

CHAPITRE II. DE L'ENQUETE PUBLIQUE OU SOMMAIRE

CHAPITRE II. DE L'APPRECIATION DES TEMOIGNAGES

POSITIONS