BnF Gallica

Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel, par M. É. Bonnier,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Bonnier, Édouard (1808-1877). Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel, par M. É. Bonnier,.... 1852.

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
utilisationcommerciale@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

F. 29855

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL

DE L'IMPRIMERIE DE CRAPELET

RUE DE VAUGIRARD, 9

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL

PAR

ÉDOUARD BONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

SECONDE ÉDITION

REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE

RUE DES GRÈS, 5

1852

PRÉFACE.

Si les circonstances extérieures ont retardé la publication de cette édition, il en est résulté du moins cet avantage que nous avons pu mettre le *Traité des Preuves* au courant des derniers changements qui se sont opérés dans la législation française. Le moment semble opportun d'ailleurs, aujourd'hui que notre pays paraît disposé à faire trêve aux agitations, trop souvent stériles, de la politique, pour reprendre la vie scientifique et littéraire.

Nous avons été heureux de voir les esprits éclairés, tant en France qu'à l'étranger, accueillir avec bienveillance un livre où nous nous sommes efforcé d'unir les notions philosophiques et historiques, sans lesquelles la science du droit n'est qu'une tradition aveugle, à cette tendance pratique qui est l'apanage du génie de la France. Le jugement qu'a porté sur nous un jurisconsulte dont le nom fait autorité, M. Mittermaïer[1], est conçu en des termes trop flatteurs pour qu'il nous soit permis de les reproduire. Nous devons aussi un juste tribut de gratitude aux trois membres du barreau napolitain, MM. Lanza,

[1] Note ajoutée par M. Mittermaïer à la page 32 de la traduction de son *Traité de la preuve en matière criminelle*, par M. Alexandre. Cette traduction, publiée en 1848, se recommande même pour ceux qui ont pu lire l'ouvrage original, par les savantes annotations dont l'ont enrichie le traducteur et l'auteur.

Ciaramelli et Gaëtani, qui se sont associés pour donner une traduction italienne du *Traité des Preuves*[1]. En propageant nos idées au delà des Alpes, nos honorables traducteurs ont ajouté à l'ouvrage original des notes pleines d'intérêt, dont nous avons plusieurs fois profité dans l'édition actuelle : dans les cas rares où leurs théories ne nous ont point paru conformes aux saines doctrines de la matière, nous avons indiqué notre dissentiment avec les annotateurs italiens.

L'accueil fait à notre première édition était pour nous un motif de plus de travailler à rendre notre œuvre plus digne de l'estime des savants, en faisant profiter nos lecteurs de l'expérience que nous avons acquise depuis 1843, et par la pratique de l'enseignement, et par l'étude de la jurisprudence, si essentielle à consulter dans une matière aussi usuelle. Pour répondre à la bienveillance des membres de la magistrature et du barreau qui ont considéré ce livre comme pouvant être de quelque utilité même pour les praticiens, nous nous sommes fait un devoir de vérifier tous les arrêts que nous avons cités : d'une part, nous avons rectifié quelques inexactitudes qui nous avaient échappé dans les citations; et d'autre part, nous avons enregistré avec soin les décisions les plus importantes rendues depuis notre premier travail, heureux souvent de voir les doctrines auxquelles nous sommes le plus attaché, consacrées par la jurisprudence de la cour de cassation[2].

[1] *Bonnier. Trattato teorico e pratico delle pruove in dritto civile ed in dritto penale, tradotto ed annotato da V. E. Lanza, A. Ciaramelli, E. V. Gaetani.* Napoli, 1846.

[2] Nous citerons notamment l'arrêt de cassation du 16 août 1848, qui

En même temps que nous suivions le mouvement des idées et des faits dans le domaine de la pratique, nous ne perdions pas de vue les données philosophiques sur lesquelles repose la base de la théorie des preuves. Le *Traité de la Certitude* de M. Javary, couronné par l'Institut en 1846, ainsi que le Rapport fait par M. Franck sur les Mémoires relatifs à cette importante question, nous ont fourni des documents précieux dont nous avons profité pour compléter notre Introduction.

Nous avons aussi tenu compte de la critique que nous avait adressée M. Giraud dans le Rapport qu'il a fait sur notre livre à l'Académie des sciences morales et politiques[1], lorsqu'il nous reprochait de trop nous attacher à la raison métaphysique, de ne pas assez tenir compte des diverses époques et des divers systèmes d'organisation judiciaire. Sans doute, nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui considèrent la doctrine des preuves légales comme un correctif nécessaire du système qui confie à la magistrature seule, en toute matière, la connaissance des procès; en d'autres termes, nous ne pensons pas que le bon sens soit l'apanage exclusif du jury: mais dans l'appréciation historique des doctrines judiciaires, nous avons fait une part plus large à l'influence qu'ont exercée sur la théorie des preuves les institutions en vigueur dans telle ou telle contrée, dans tel état de civilisation plus ou moins avancé. Nous avons suivi avec intérêt cette étude comparative, quant à une matière d'une haute importance, donne gain de cause à notre théorie sur la partie à qui incombe le fardeau de la preuve et sur la preuve des faits négatifs.

[1] Séance du 15 novembre 1843. (Voy. le Rapport dans la *Revue de législation*, t. X, p. 144 et suiv.)

négligée dans notre première édition, et traitée ici avec les développements qu'elle comporte : nous voulons parler de la preuve des faits diffamatoires. On y trouve un des exemples les plus curieux de la réaction qu'ont exercée les mœurs publiques ou privées sur la faculté légale de prouver certains faits, depuis la loi de Solon, qui autorisait la preuve des faits injurieux de toute nature, jusqu'au décret du 17 février 1852, qui, à l'égard même des fonctionnaires publics, entoure de graves restrictions la preuve des faits diffamatoires.

Nous avons aussi satisfait à un désir généralement exprimé, en exposant avec plus d'étendue les principes sur l'effet rétroactif et sur le droit international.

Enfin nous avons fait à notre classification quelques modifications, qu'il est facile de saisir du premier coup d'œil : la principale consiste à avoir élagué de notre plan les *délits commis à l'audience* et la *reconnaissance de l'identité des condamnés*, matières qui nous ont paru rentrer dans la procédure criminelle proprement dite, plutôt que dans la théorie des preuves. Cette suppression a été bien plus que compensée par les additions nombreuses et importantes que renferme cette nouvelle édition.

TRAITÉ

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL.

INTRODUCTION.

1. Si la science du droit tend à satisfaire la conscience humaine par son objet, qui n'est autre que la consécration des règles de la justice, en tant que le maintien en intéresse la societé[1], cette science répond également à un besoin de l'humanité lorsqu'elle se propose pour but, dans la sphère qui lui est assignée, la découverte de la vérité, aussi nécessaire à l'intelligence de l'homme que la justice l'est à sa conscience. Nous découvrons la vérité, lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître. *Prouver*, c'est établir l'existence de cette conformité. Les preuves dont fait usage l'intelligence, sont les divers moyens par lesquels elle arrive à la connaissance de la vérité.

2. Dans les questions soumises aux tribunaux, le débat peut rouler sur un point de fait ou sur un point de droit. Prouver le fait, c'est constater certaines ac-

[1] Dante, dans son traité *de Monarchia*, définit le droit « realis et personalis hominis ad hominem proportio, quæ, servata, servat societatem. »

tions de l'homme ou certains événements de l'ordre de la nature, qui sont de nature à provoquer l'exercice de la justice sociale. Prouver le droit, c'est établir que, tels faits étant constatés, telle ou telle prescription de la loi y est applicable. Mais lorsqu'on parle de la théorie des preuves, on n'entend pas s'occuper de la preuve du droit. Le but qu'on se propose, c'est la recherche des meilleurs moyens à employer pour vérifier les faits qui sont l'objet des débats judiciaires. Ce n'est pas que la preuve du droit doive être étrangère à ces débats. Nous ne résoudrions pas, comme Vinnius, par l'affirmative la quèstion qu'il se pose dans ses *Quæstiones selectæ* : « An solæ quæstiones facti sint objectum probationis? » Le fameux avertissement, qui a trop souvent interrompu les plaidoiries autrefois et de nos jours : *Avocat, passez au fait ; la cour sait le droit,* fait peu d'honneur aux lumières des magistrats qui se sont permis pareille interpellation. Il est du devoir de l'avocat de plaider le droit, comme le fait, sinon pour enseigner la loi aux juges, du moins pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise. Mais cette preuve rentre dans une théorie toute spéciale, source à elle seule de nombreux développements, celle de l'interprétation des lois. Cette théorie, du reste, n'est pas régie à tous égards par les mêmes règles que celle qui nous occupe. L'interprétation n'est pas, en effet, un travail purement historique, où l'on se demande simplement en fait ce qu'a dit le législateur. C'est une œuvre d'art, dans laquelle il faut coordonner les résultats pour obtenir un tout homogène, harmonique. Le jurisconsulte, qui doit faire prévaloir l'esprit sur la lettre, a mission de combler certaines lacunes, de redresser certains écarts, ou plutôt certaines apparences d'écarts. Il ne lui est, sans doute, pas permis de refaire le mécanisme légal ; mais il doit veiller à ce que le jeu des rouages, dans les détails, obéisse, autant qu'il est possible, à

l'impulsion centrale. Cette faculté incontestable, bien qu'il importe de n'en user qu'avec sobriété, est tout à fait inadmissible là où il s'agit de la preuve du fait. On sent qu'alors il faut nécessairement ou arriver à une démonstration positive, ou s'abstenir de prononcer.

3. Ainsi appliquée au fait, ce qui lui laisse encore une immense latitude, la théorie des preuves se rattache intimement à la mise en œuvre du droit. Il faut observer, à cet égard, que le droit, comme toutes les sciences qui ne sont pas purement théoriques, renferme deux éléments bien distincts : les principes de fond, qui sont l'objet de la loi : les règles sur la propriété, sur les obligations, etc.; et les moyens d'application, à l'aide desquels ces principes revêtent, pour ainsi dire, un corps : l'organisation judiciaire, les formes de procédure, etc. Cette distinction a été assez heureusement formulée par Bentham, lorsqu'il a divisé les lois en *lois subsiantives* et *lois adjectives*. La matière des preuves rentre évidemment dans la seconde de ces catégories. Il ne s'agit plus, en effet, de rechercher quelles seront les conséquences légales de tels ou tels faits, mais bien de reconnaître comment on parviendra à en vérifier l'existence. C'est ce qui est exposé d'une manière bien nette par le jurisconsulte Paul, dans le texte suivant (l. 30, ff. *de test. tutel.*) : « Duo sunt Titii, pater et « filius, datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensit « testator; quæro quid sit juris? Respondit, is datus est, « quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus « deficit, sed probatio.» En droit il y a tutelle testamentaire, et si le fait de la nomination d'un tuteur de ce genre était la condition d'une disposition faite par un tiers, la condition se trouverait accomplie. Mais il est impossible d'exécuter la volonté du testateur, faute de pouvoir établir lequel des deux Titius il a eu en vue. Le droit existe, mais on ne peut en administrer la preuve.

Si les preuves se trouvent traitées en grande partie dans le Code civil, qui devrait être une loi toute sub-

stantive, toute de fond, cela ne tient pas à un système bien arrêté de la part du législateur, mais à une imitation aveugle de Pothier, qui, traitant spécialement des obligations, avait dû examiner en terminant comment on les constate. La place naturelle des preuves était au Code de procédure, sauf, du moins, les cas spéciaux où les règles sur la preuve sont le complément indispensable des règles du fond, ainsi que cela arrive en matière de filiation dans le système de nos lois. En matière criminelle, là où le législateur était dégagé de pareilles préoccupations, il est revenu à l'ordre rationnel. Le Code pénal ne fait que classer les actes punis par la loi; tout ce qui concerne les preuves, comme tout ce qui concerne le mode de procéder, est renvoyé au Code d'instruction criminelle.

4. Pour asseoir maintenant sur une base solide la classification des preuves judiciaires, il convient de rechercher d'une manière générale comment l'esprit humain arrive à connaître la vérité, c'est-à-dire à percevoir avec clarté les faits internes ou externes. Nous diviserons donc cette introduction en deux parties. Dans la première, nous distinguerons les diverses natures de preuves usitées en toute matière; dans la seconde, nous appliquerons aux preuves judiciaires les principes posés d'abord d'une manière générale.

I. DES DIVERS MODES DE PREUVES EN GÉNÉRAL.

5. Le mot *preuve*, pris dans le sens le plus large, et c'est ainsi que nous l'entendons ici, désigne tout moyen direct ou indirect d'arriver à la connaissance des faits. Mais on donne souvent à cette expression une signification plus restreinte, lorsqu'on distingue ce qui est évident et ce qui a besoin d'être prouvé. Il y a certains faits qui nous touchent pour ainsi dire immédiatement, que nous percevons sans aucun intermédiaire, dont l'impression sur l'intelligence est aussi vive que celle de la lumière sur l'organe de la vue; il en est

auxquels nous n'arrivons que par l'intermédiaire d'autres faits précédemment perçus, par la voie du raisonnement, qui nous conduit du connu à l'inconnu. Dans le premier cas, la preuve est directe, intuitive; dans le second cas, elle est indirecte, médiate. Cette dernière preuve, étant la seule qui exige de l'intelligence une opération plus ou moins compliquée, est aussi la seule qui reçoive dans le langage vulgaire le nom de *preuve*.

6. Parlons d'abord de la preuve directe, de l'évidence. Elle peut porter ou sur des faits internes, ou sur des faits externes.

7. L'évidence interne, celle qui nous avertit des faits qui se passent en nous, est la base de toute connaissance, seule base qui résiste au scepticisme. On connaît la première méditation de Descartes, où ce philosophe, assis près d'un poêle en Hollande, se débarrasse successivement de toutes les idées acquises, pour prêter en quelque sorte l'oreille à la voix qui parle au dedans de lui, et réduit toute certitude au fameux axiome : *je pense, donc je suis*. Kant n'a fait que reproduire cette démonstration sous une autre forme, lorsqu'il a établi que toute vérité apparaît à l'homme comme *subjective*. Sans doute, on peut reprocher à Descartes de s'être attaché trop exclusivement à la pensée, et d'avoir ainsi ouvert la voie aux erreurs de Malebranche et de Spinosa, en ne mettant pas en relief une faculté aussi importante que la volonté. Il eût dû ajouter, pour être complet : *Je veux, donc je suis*. Mais il n'en a pas moins établi, par sa méthode, les bases de la véritable psychologie. Les faits de *conscience*, pour employer le langage de la métaphysique moderne, ne sauraient être contestés que par ceux qui pousseraient le doute jusqu'à la folie, qui iraient jusqu'à mettre en question leur propre existence.

8. La seconde espèce d'évidence, moins parfaite, moins directe que la première, c'est celle qui s'attache

aux faits extérieurs, que nous percevons par l'organe de nos sens. L'impression que produisent sur nous ces faits, rentre, sans doute, dans l'évidence interne. La réalité de nos sensations, par exemple du froid ou de la chaleur que nous éprouvons dans telle ou telle circonstance, est tout aussi incontestable que celle de nos pensées et de nos sentiments les plus élevés. Mais, s'il s'agit de constater la cause de nos sensations, la réalité externe du froid ou de la chaleur, ce que Kant appelle la vérité *objective*, il n'y a plus d'évidence proprement dite. N'est-il pas certain que dans nos rêves il se manifeste à notre esprit les mêmes apparences qui habituellement nous font croire à l'existence d'objets externes, apparences dont nous ne tardons pas toutefois à reconnaître la fausseté? Qui nous assurera que la vie n'est pas un rêve perpétuel? Néanmoins il est un sens dont le témoignage nous trompe beaucoup moins que celui des autres sens : c'est le tact. C'est à ce sens que nous en appelons, lorsque des images trompeuses viennent s'offrir à nous dans le sommeil. Dès que nous voulons nous mettre en contact avec le fantôme qui frappait notre imagination, nous n'éprouvons pas la sensation de résistance à laquelle nous nous attendions, et l'illusion s'évanouit. C'est effectivement la résistance qui nous révèle une force extérieure, opposée à la nôtre, et réagissant contre nos efforts. Toutefois il importe de distinguer entre le toucher actif et le toucher passif. Ce dernier, par cela seul qu'il est passif, ne nous instruit pas plus que les autres sens, et se prête également aux illusions. Souvent, en rêve, nous croyons éprouver un choc ou faire une chute. Quelquefois même à l'état de veille, nous ressentons dans les membres des mouvements semblables à ceux qu'y ferait naître l'impression d'objets extérieurs. Le toucher actif seul met en jeu la volonté de l'homme, et par conséquent, sa personnalité, se posant, pour ainsi dire, à l'encontre des divers corps avec lesquels nous nous

trouvons en contact [1]. Ainsi, le phénomène de la résistance fait ressortir tout à la fois et notre propre activité, et une force extérieure en lutte avec elle. Nous n'avons sans doute pas la conscience intime de cette force, comme de celle que nous sentons en nous; mais une induction invincible nous persuade que ce qui nous résiste doit avoir une existence propre, distincte de la nôtre. Cette induction est si rapide, si instantanée, qu'elle se confond dans la pratique avec l'évidence même. Et en définitive, s'il peut être permis à certains métaphysiciens idéalistes de nier l'existence des corps, une pareille supposition ne saurait être de mise dans les sciences positives, qui font marcher de front l'évidence interne et l'évidence externe. C'est le cas de dire avec Bacon : « Multa philosophi proponunt « dictu pulchra, sed ab usu remota. »

9. Mais les faits qu'un homme isolé peut percevoir directement, soit par intuition immédiate, soit par l'organe des sens, ne sont ni bien nombreux comparativement à la masse des connaissances humaines, ni

[1] Les travaux de M. Maine de Biran sur cet intéressant problème ont été complétés par M. Javary dans son *Traité de la certitude*, que l'Institut a couronné en 1846. Réfutant la fameuse hypothèse de la statue de Condillac, l'auteur de ce traité s'exprime en ces termes : « Si, en effet, en prenant possession, par l'attention, des phénomènes qui se produisent dans notre être, de manière à les soumettre à l'action personnelle et à les reproduire volontairement, nous ne donnions pas nous-mêmes naissance au développement de cette sphère intérieure qui constitue le moi, nous deviendrions à chaque instant tel ou tel phénomène, en vertu de mille influences dont nous ne soupçonnerions même pas l'existence; nous serions ce que sont les animaux, ce que nous sommes nous-mêmes dans le rêve : l'ombre chancelante d'une impuissante individualité, le jouet passif des émotions, des idées flottantes que nous subirions sans pouvoir nous y soustraire, sans pouvoir nous demander même si ce que nous percevons est réel ou non, est en nous ou hors de nous, est soumis à l'action de notre volonté propre ou indépendant d'elle, distinction qui peut seule évidemment fixer les limites de la personnalité. » En l'absence de cette donnée fondamentale de la métaphysique actuelle, on sait que Descartes en était réduit à appuyer uniquement sur la véracité divine la croyance à l'existence des corps, Dieu ne pouvant nous incliner aussi fortement à une des apparences dénuées de fondement.

d'un ordre bien relevé. L'expérience personnelle de chacun est resserrée dans d'étroites limites. Si l'intuition s'élève quelquefois, ainsi qu'on nous le rapporte, jusqu'à saisir de prime saut, comme l'intelligence suprême, les vérités les plus sublimes [1], un pareil état, qu'il ne nous est possible ni de constater ni d'analyser, est en dehors de toutes les données de la science. L'homme, dans l'état normal, ne forme par expérimentation directe qu'une faible partie de ses connaissances. Dans les circonstances les plus importantes, nous ne pouvons nous appuyer sur l'évidence, sur la perception immédiate, et nous sommes réduits à conclure du connu à l'inconnu. Ces faits inconnus peuvent se trouver compris dans les faits connus, d'où l'intelligence parvient à les dégager : nous procédons alors par voie de *déduction*. Si les faits connus rendent seulement probables les faits inconnus, l'opération par laquelle nous partons des premiers pour remonter jusqu'aux seconds, s'appelle *induction*.

10. Dans la déduction, méthode purement logique, on tire avec rigueur les conséquences d'une proposition supposée constante. Appliquée aux sciences abstraites, cette méthode produit d'immenses résultats. C'est ainsi qu'en partant de ce simple axiome : *la ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre*, on arrive, de degré en degré, jusqu'aux propositions géométriques de l'ordre le plus élevé. Dans toute matière de discussion, là où il s'agit d'apprécier la vérité ou la fausseté d'une proposition donnée, le raisonnement pur joue un grand rôle. Souvent tel principe qui, considéré isolément, ne nous apparaissait que sous un

[1] « Felix quem veritas per se docet, non per figuras et voces transeun-
« tes, sed sicuti se habet. » (*Imit. Christ.* lib. I, cap. III, § 4.) Nous ne nous refusons pas à croire que des âmes pures et saintes puissent se trouver en contact immédiat avec la Divinité. Mais alors c'est pour entendre, suivant les expressions de saint Paul (2e épître aux Corinth. ch. XII, vers. 4), *arcana verba, quæ non licet homini loqui*. De pareilles révélations sont tout à fait étrangères à la théorie des preuves.

jour équivoque, sera évidemment vrai ou faux à nos yeux, quand nous en découvrirons toutes les conséquences. Mais la déduction, excellente pour nous faire apprécier la portée de tel ou tel fait connu, est complétement impuissante pour nous faire découvrir des faits nouveaux. On peut lui appliquer ce que disaient les jurisconsultes romains du vanneur qui dégage le grain de la paille où il était enfermé : *non speciem novam facit, sed quæ est detegit.* Au moyen âge, quand le syllogisme, l'arme la plus puissante de la déduction, était presque exclusivement en honneur, les sciences purement métaphysiques ont pu faire des progrès; mais celles qui reposent sur l'observation : la physique, la chimie, etc., sont demeurées stationnaires.

Quelle est l'époque d'où a daté une nouvelle ère pour les découvertes scientifiques? C'est celle où Bacon a battu en brèche la méthode syllogistique, pour remettre en honneur l'induction qui, partant de certains faits observés avec soin, généralise les résultats particuliers obtenus par voie d'expérience. La plus admirable application de ce procédé, c'est le système du monde découvert par Newton à la suite d'observations faites sur la chute d'une pomme.

11. Il est vrai qu'on a contesté récemment cette distinction essentielle entre l'induction et la déduction. L'induction, a-t-on dit[1], ne diffère pas au fond de la déduction, puisqu'elle repose elle-même sur un syllogisme. Ainsi, lorsque, après avoir expérimenté dans plusieurs fragments de résine, soumis à certaines conditions, une propriété électrique, nous en concluons que toute résine possède cette propriété, qui nous autorise à généraliser ainsi les résultats de notre expérience, si ce n'est la croyance invincible de l'humanité à la constance des lois de la nature[2]? On propose donc

[1] On peut consulter à cet égard l'ouvrage de M. Javary, et spécialement le livre II, chap. III.

[2] A cette explication généralement admise, M. Javary (même ch. III),

de rétablir en ces termes le syllogisme caché dans cette application de l'induction : un corps placé dans les mêmes conditions se comporte toujours de la même manière; or, certains fragments de résine développent, dans telle ou telle condition, une électricité d'une nature particulière; donc, la résine, en général, a la propriété de développer cette électricité. C'est bien là un syllogisme en forme. Mais ce n'est point là le fondement sur lequel repose l'induction. Il est par trop clair que, si les lois de la nature sont constantes, la loi à laquelle se rattache la propriété électrique de la résine sera aussi constante que toutes les autres. C'est ce que les sceptiques les plus déterminés consentiront volontiers à admettre. Ils contesteront, au contraire, la majeure du syllogisme, c'est-à-dire la permanence des lois de la nature. C'est cette permanence même qui est la base de l'induction. Or, cette permanence n'est pas susceptible d'être démontrée mathématiquement, et c'est là la différence radicale qui sépare l'induction de la déduction : l'une reposant sur une probabilité qu'il est possible de nier sans s'écarter des règles de la logique, l'autre constituant une vérité géométrique que la raison humaine ne saurait méconnaître sans s'abdiquer. Il n'y a aucune contradiction à supposer une interversion des lois de la nature, à moins de se placer au point de vue faux et étroit de la philosophie fata-

en substitue une autre beaucoup plus obscure, consistant à établir qu'une loi irrésistible de notre esprit nous force à supposer une nature universelle dont participent toutes les existences particulières. Mais M. Franck, dans son rapport à l'Institut, sur les mémoires relatifs à la *théorie de la certitude* (p. 247), conteste avec raison que « dans toutes les applications de l'induction, dans les plus humbles comme dans les plus élevées, quand nous affirmons, par exemple, que le soleil se lèvera demain, ou que l'air est nécessaire à la vie des animaux, notre pensée se reporte immédiatement à la notion de l'être en soi et de l'unité absolue. » Ou l'explication de M. Javary n'a point de sens, ou elle ne fait que reproduire, sous une autre forme, la doctrine de Reid, suivant laquelle l'esprit humain est invinciblement porté à supposer un ordre constant et général dans les phénomènes de la nature.

liste, qui nie la possibilité métaphysique des miracles. Il y aurait, au contraire, contradiction dans les termes à supposer que deux et deux font cinq.

Quand on veut ramener l'induction à un syllogisme, on oublie que tout syllogisme, comme toute proposition mathématique, ne renferme jamais qu'une vérité hypothétique. La justesse du raisonnement y est tout à fait indépendante de l'exactitude de la proposition qui forme la majeure, puisque le syllogisme tend précisément, ainsi que nous l'avons dit (n° 10), à vérifier la vérité ou la fausseté d'une proposition donnée. C'est pour cela que la synthèse, qui procède du général au particulier, a été souvent qualifiée de méthode d'enseignement ou de discussion, tandis que l'analyse baconienne a été qualifiée de méthode de découverte.

Au surplus, le mérite de Bacon [1] consiste moins à avoir remis en honneur la méthode d'induction, déjà nettement exposée par Aristote, qu'à s'être attaché à l'étude des conditions d'une bonne expérimentation, où l'on écarte toutes les circonstances variables et passagères pour dégager l'élément permanent des phénomènes.

12. Le rapport qui, dans l'induction, rattache le fait connu au fait inconnu, suppose, suivant l'ordre de faits sur lequel portent nos observations, ou la constance des lois de la nature physique, ou celle des lois de la nature morale.

13. Et d'abord, les notions à la fois les plus importantes et les plus usuelles reposent sur la première espèce d'induction, c'est-à-dire sur notre foi à la constance des lois de la nature physique. Lorsque nous disons qu'un corps jouit de telle propriété physique

[1] En reconnaissant les services rendus par Bacon à l'étude des sciences, nous sommes loin de professer une admiration aveugle pour un écrivain qui manifeste trop souvent des tendances sensualistes, notamment lorsqu'il proscrit la recherche des causes finales, en la comparant à une vierge sainte frappée de stérilité.

ou chimique, que l'eau, par exemple, dissout certaines substances mises en contact avec elle, ou qu'elle entre en ébullition à une certaine température; nous nous fondons sur ce que nous avons toujours vu, dans les mêmes circonstances, les mêmes phénomènes, la dissolution, l'ébullition, se manifester. Et ce qui nous autorise à tirer de ces faits particuliers une loi générale, une propriété inhérente à l'eau, c'est la persuasion où nous sommes que la marche de la nature est toujours la même : persuasion en quelque sorte irrésistible, et corroborée du reste par l'expérience de chaque jour. Une foule de vérités, communément regardées comme évidentes, ne reposent que sur cette croyance. Ainsi cette proposition : *tout homme est mortel*, bien qu'universellement admise, n'est pas un axiome mathématique, mais une forte probabilité, tirée de ce qu'ayant observé que des individus organisés comme nous, vivant dans le même milieu, n'ont eu qu'une existence bornée, tout nous porte à croire que les mêmes causes produiront sur nous les mêmes effets. Cette première application de l'induction est donc d'une utilité journalière, aussi bien que d'un haut intérêt scientifique.

14. Mais l'observation des faits de la nature ne nous conduit pas toujours à des résultats aussi certains. Ainsi, dans la médecine légale, les signes qui dénotent la présence de telle ou telle substance vénéneuse dans l'économie animale, sont malheureusement équivoques; la question de savoir s'il y a eu meurtre ou suicide, d'après l'inspection du cadavre, est souvent très-délicate. L'induction, en de pareilles circonstances, n'a plus la même certitude, elle ne nous fournit plus que des *indices* plus ou moins graves. Ce n'est pas que les lois de la nature physique ne soient toujours constantes, mais beaucoup de ces lois nous sont encore inconnues.

15. Une induction non moins usuelle est celle qui

repose sur l'observation des lois de la nature morale. Une foule de points ne nous sont attestés que par la déclaration de nos semblables, et comme nous avons souvent reconnu par expérience que le témoignage de l'homme en telle ou telle occasion avait été conforme à la vérité, nous sommes portés à croire qu'il est également véridique dans d'autres occasions où il ne nous est pas permis d'en vérifier l'exactitude. Mais il n'en est pas de cette induction comme de celle qui s'appuie sur la permanence des lois purement physiques. Le monde moral n'est pas soumis à des règles fixes et invariables. S'il y a une tendance naturelle des esprits vers le vrai, comme des corps vers le centre de la terre, l'homme, étant libre, peut obéir ou ne pas obéir à cette tendance, et il n'arrive que trop souvent que ses déclarations soient mensongères. Ce genre de preuve ne saurait donc être admis qu'avec réserve. Mais gardons-nous du scepticisme, qui tendrait à rejeter absolument la foi du témoignage. Toutes les vérités historiques, un grand nombre de vérités scientifiques ne reposent pas sur une autre base. Rejetez cette base, et il n'y a plus de société, plus de civilisation possible. C'est la chaîne des traditions qui rattache le passé à l'avenir, et qui fait de l'humanité entière un seul homme, enrichi d'âge en âge par les trésors accumulés de l'expérience. Après tout, le nombre des témoignages vrais est incomparablement supérieur à celui des témoignages faux. Et il est un *criterium* auquel il est difficile de ne pas accorder une grande confiance : les antécédents du témoin, l'accent avec lequel il dépose des faits à lui connus, peuvent ne laisser aucune prise au doute. La déclaration sincère d'un honnête homme n'a-t-elle pas une force sympathique qui entraîne la conviction de tous ceux qui l'écoutent? En somme, il serait aussi impossible de rejeter absolument l'autorité du témoignage, que dangereux de l'admettre sans précaution. L'appréciation de la foi

que méritent les écrits où sont rapportés les faits anciens, est l'objet d'une science spéciale fort importante. la critique historique. Eh bien ! nous devons, pour l'examen des faits actuels attestés par nos contemporains, user de précautions analogues à celles que prennent les critiques judicieux, lorsqu'ils étudient le passé.

16. Indépendamment même de la foi au témoignage, l'observation des lois de la nature morale peut nous conduire à la connaissance de la vérité dans beaucoup d'occasions. Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, il peut y avoir des *indices*, qu'on a quelquefois appelés *témoignages muets*, par opposition au témoignage véritable, à la déclaration de l'homme. C'est ainsi que la fuite d'un accusé, lorsque son départ ne paraît nullement motivé, rend sa culpabilité vraisemblable. Dans ce cas et dans les cas analogues, notre intelligence s'empare de certains faits moraux pour en conclure l'existence de certains autres faits; de même que, dans les sciences physiques, l'observation de certains phénomènes nous fait croire à l'action de certaines causes. La force des indices moraux, comme celle des indices physiques, variera du reste à l'infini, suivant les circonstances.

17. En résumé, nous rangerons tout le système des preuves sous trois grands chefs :

1° Évidence, soit interne, soit externe;

2° Déduction, dégageant le connu de l'inconnu où il est renfermé ;

3° Induction, partant du connu pour supposer l'inconnu : supposition qui se fonde sur l'observation des lois de la nature physique ou de la nature morale.

Suivant que les lois de la nature physique nous seront plus ou moins complétement révélées par l'expérience, il y aura à nos yeux certitude, ou bien probabilité plus ou moins forte.

Quant aux lois de la nature morale, la plus usuelle

de toutes les preuves, la foi au témoignage, s'y rattache intimement. Il y a, de plus, dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, de simples indices.

Ainsi classées, les preuves se trouvent suivre une progression décroissante, qui a pour premier terme le plus haut degré d'évidence interne, le sentiment de notre propre existence, et pour dernier terme les indices les plus légers, ceux qui ne peuvent motiver qu'un vague soupçon.

II. DES DIVERS MODES DE PREUVES EN MATIÈRE JUDICIAIRE.

18. Essayons maintenant de classer les preuves judiciaires d'après le plan que nous venons d'adopter pour les preuves en général.

19. L'évidence interne, qui se présente en première ligne, est nécessaire en droit comme partout ailleurs. Que penser d'un juge qui méconnaîtrait sa propre existence? Mais une pareille supposition est inadmissible. La chicane la plus audacieuse n'oserait soulever de pareils doutes. L'évidence interne est la base de toute certitude judiciaire, comme de toute certitude en général, mais c'est une base incontestée et incontestable.

20. L'évidence externe, avons-nous dit, bien que moins infaillible, est presque aussi sûre dans la pratique que l'évidence interne. Il est vrai que les sens du juge peuvent le tromper, comme ceux de tout autre homme. Mais, quand les faits lui arrivent par le canal d'un tiers, la chance d'erreur est triple, puisqu'on peut craindre à la fois une expérimentation erronée, un rapport inexact, enfin un rapport infidèle. Ici les deux derniers dangers disparaissent, le juge est en face de la réalité, et quand il a l'intime conviction d'avoir vu les faits de ses propres yeux, il faut supposer des circonstances bien extraordinaires pour qu'il se soit trompé. Cette expérimentation personnelle, bien qu'elle ne se présente qu'exceptionnellement dans

la pratique judiciaire, y a encore une assez grande importance. Il peut être utile, soit en matière civile, soit en matière criminelle, que le juge se déplace lui-même pour aller prendre connaissance des faits : c'est ce qui arrive dans la descente sur les lieux.

21. Il est toutefois certaines données qui, bien que soumises immédiatement à l'action de nos sens, ne sauraient être appréciées par celui qui ne possède pas de lumières spéciales sur la matière. Alors, de même que nous nous servons d'instruments d'optique pour suppléer à l'imperfection de l'organe de la vue, le juge, qui ne peut avoir des connaissances encyclopédiques, emprunte à la science de précieux auxiliaires, afin d'obtenir une analyse exacte des éléments matériels qu'il a sous les yeux. L'expertise, malgré ses chances d'erreur, qui tiennent à la nature délicate des opérations auxquelles elle procède, est une branche importante de la théorie des preuves; elle est, du reste, le complément indispensable de l'expérimentation personnelle, à laquelle nous la rattacherons [1].

22. Mais le juge n'est appelé que dans des cas bien rares à prendre personnellement connaissance des faits; et si l'expertise est plus usitée, il faut avouer qu'elle ne peut jamais atteindre que des éléments purement matériels, le jeu des intentions, le ressort des consciences échappant à son scalpel. Aussi l'immense majorité des causes devra-t-elle se décider, non par l'évidence ou à l'aide d'experts, qui peuvent approcher de l'évidence, mais par le secours de preuves proprement dites, c'est-à-dire de moyens intermédiaires conduisant à la découverte de la vérité. Nous avons vu

[1] Cette preuve se rattache cependant aussi à l'induction, puisqu'elle repose sur la foi due aux experts, foi qui suppose un mérite antérieurement éprouvé, ou du moins présumé à raison des garanties qu'offrent les connaissances de l'expert.

que ces moyens reposent tous sur la déduction ou sur l'induction.

23. La méthode de déduction, qui consiste à tirer d'une proposition connue les conséquences qu'elle renferme, joue un grand rôle, sans doute, dans la science du droit. C'est lorsqu'il s'agit de la preuve du droit même. L'application à chaque espèce des principes posés par la loi est en grande partie un travail de logique, et c'est en ce sens que Leibnitz a pu dire des jurisconsultes romains que leurs écrits atteignent presque la rectitude des démonstrations mathématiques : « Dixi sæpius post scripta geometrarum, nihil exstare, « quod vi ac subtilitate cum romanorum jureconsul- « torum scriptis comparari possit[1]. » Mais, ainsi que nous l'avons dit (n° 2), ce n'est point de la preuve du droit que nous entendons traiter dans ce livre, et nous devons dès lors nous borner à renvoyer, pour ce qui concerne cette preuve, aux règles établies par les logiciens.

Que si la déduction, en tant qu'elle se rattache à la preuve du droit, se trouve placée en dehors de notre sujet, nous n'avons pas à nous en occuper davantage quant à la preuve du fait. A l'exception, en effet, de certaines questions de calcul, où il s'agit seulement de vérifier certaines combinaisons d'éléments déjà perçus par d'autres voies, ce n'est point par la voie de la déduction que les faits arrivent à la connaissance du juge. La logique peut nous apprendre les conséquences des faits, elle ne saurait nous révéler les faits eux-mêmes. Pour nous instruire des événements qu'il ne nous a pas été possible de percevoir directement, il faudra, non pas recourir au raisonnement abstrait,

[1] Si les jurisconsultes classiques ne sont pas aussi sévères logiciens que les grands géomètres, ce n'est pas qu'il y ait infériorité de leur part; c'est que la science du droit se trouve modifiée par les faits positifs dans l'application, comme les lois de la mécanique abstraite le sont par la résistance de l'air atmosphérique.

mais bien interroger les circonstances connues pour arriver à la connaissance de l'inconnu, c'est-à-dire employer le procédé de l'induction.

24. Nous avons dit que l'induction, cette base de nos connaissances les plus importantes, tant scientifiques qu'historiques, se rattache à la persuasion où nous sommes de la constance, soit des lois de la nature physique, soit des lois de la nature morale.

25. Sans doute, la constance des lois de la nature physique, de celles même qui sont attestées par l'expérience universelle, n'est nullement une vérité logique (n° 11), et il n'implique pas contradiction de supposer, par exemple, que les lois de la gravitation puissent se trouver suspendues. Mais, aux yeux du jurisconsulte, qui se préoccupe bien plus de la certitude pratique que de la vérité abstraite, la constance de ces lois est considérée comme évidente. Celui donc qui voudrait offrir de prouver qu'il a marché sur l'eau, ne serait pas admis à faire ouvrir une enquête pour justifier du fait allégué. Ce n'est pas qu'un juge éclairé doive nier la possibilité métaphysique d'un miracle. Seulement, les faits miraculeux qui peuvent mériter quelque foi historique, sont en si petit nombre comparativement à ceux qui ne s'écartent pas de l'ordre normal, qu'il y a une extrême probabilité de mensonge ou d'erreur de la part de celui qui met en avant une pareille prétention. Or, pour qu'un juge ordonne la preuve d'un fait, il ne suffit pas que ce fait soit rigoureusement possible, il faut qu'il soit vraisemblable.

26. S'il n'est pas permis de contester sérieusement en justice une loi de la nature bien constante, et si ce qui n'est pour le métaphysicien qu'une extrême probabilité, équivaut alors pour le juge à une certitude complète, nos connaissances ne sont malheureusement pas toujours assez parfaites pour que nous puissions affirmer, avec une entière confiance, que tel ou tel phénomène a été produit par telle ou telle cause. Les

lois de la nature qui nous sont bien connues, sont en petit nombre comparativement à celles que nous ignorons, ou dont nous n'avons qu'une notion imparfaite. Trop souvent, dans la pratique judiciaire, et notamment pour tout ce qui se rattache au mécanisme si délicat des corps organisés, la science ne pourra répondre que par des conjectures plus ou moins fondées aux questions qui lui seront adressées sur la cause de certains résultats matériels, dont il importe de rechercher l'origine. Alors nous ne possédons plus cette certitude morale sur laquelle-se repose l'intelligence, lorsqu'elle peut s'appuyer sur ces résultats de l'expérience, formulés par la théorie, que l'on est convenu d'appeler *lois de la nature*. En pareille hypothèse, la base de l'induction devient beaucoup plus fragile, et l'observation des faits matériels ne fournit plus que de simples *indices*. Nous reviendrons tout à l'heure sur ces indices matériels, en les rapprochant des indices puisés dans l'ordre moral.

27. L'espèce d'induction qui joue le plus grand rôle en jurisprudence, c'est celle qui repose sur la plus importante des lois de la nature morale, c'est-à-dire sur la foi au témoignage de l'homme. Ici, nous entendons par *témoignage*, non pas seulement la déposition verbale de témoins proprement dits, ou de tiers, sur les faits litigieux, mais toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. Nous allons voir que les preuves les plus usitées dans la pratique judiciaire ont pour base cette sorte d'induction, qui est loin d'être infaillible, mais dont l'emploi est indispensable. Ainsi entendu, le témoignage, dans une affaire litigieuse, peut émaner ou du défendeur, ou de tiers, ou du demandeur lui-même.

Le témoignage du défendeur se condamnant lui-même dans sa propre cause, c'est l'aveu, la plus grave des inductions judiciaires, mais qui, toutefois, nous le

verrons, n'est pas toujours infaillible. A l'aveu nous rattacherons le serment décisoire, ressource extrême employée dans l'espoir d'obtenir un aveu tacite de la conscience de l'adversaire, demandeur ou défendeur, qui refuserait de jurer.

Le témoignage de tiers étrangers au litige constitue la preuve testimoniale proprement dite.

Enfin la loi permet de s'en référer au témoignage du demandeur même, dans les cas où elle autorise, soit le serment supplétoire, soit certaines affirmations, même non accompagnées de serment.

Chacun de ces témoignages peut être reçu en justice dans sa forme ordinaire, ou bien entouré de certaines conditions impérieusement exigées pour sa validité. Dans le premier cas, la preuve peut être dite *simple*, puisqu'elle n'a aucun caractère artificiel; dans le second, elle est *légale* ou *préconstituée*. A cette dernière classe se rattachent les actes sous seing privé, qui sont des aveux soumis à certaines formalités, les actes authentiques, témoignage rendu d'une manière solennelle par des officiers publics sur des faits qui se sont passés en leur présence; enfin les registres où les marchands sont appelés eux-mêmes, moyennant l'observation des conditions légales, à attester leurs propres droits. L'écriture étant ordinairement employée chez les peuples civilisés comme le mode de constatation le plus régulier, on a pris l'habitude de confondre la preuve écrite avec la preuve préconstituée. Mais il est facile de se convaincre que ces deux expressions ne sont pas synonymes. On peut convenir de certains signes, tels que les tailles, d'où résultera une preuve préconstituée, sans écriture; et réciproquement, un écrit, tel qu'une lettre, pourra n'avoir aucun des caractères de la preuve préconstituée ou légale[1].

[1] C'est ainsi que, dans la distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum*, l'écriture s'entend d'une promulgation.

28. L'induction fondée sur les lois de la nature morale peut se rattacher à des données autres que le témoignage de l'homme. Il y a dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, des faits qui rendent plus ou moins probable l'existence de ceux que la justice se propose de vérifier. Ainsi, la fuite de l'accusé, un changement complet dans ses habitudes, une tentative de suicide seront souvent des indices de culpabilité non moins significatifs que ceux qui sont puisés dans les éléments purement matériels de l'instruction. C'est aussi à la classe des indices moraux qu'appartiennent les antécédents, auxquels on attache avec raison une grande importance. Mais les indices, tant matériels que moraux, ont généralement moins de force que le témoignage de l'homme, et avant d'en tirer des conclusions toujours plus ou moins conjecturales, il faut étudier avec soin toutes les circonstances de la cause.

29. Le nom de *preuve* est ordinairement réservé aux modes de démonstration, soit simples, soit légaux, qui s'appuient sur la foi au témoignage. L'induction qui ne repose que sur des indices, pris dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, donne lieu à ce qu'on appelle les *présomptions*. L'article 1349 du Code civil définit les présomptions *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*. Cette définition, prise à la lettre, comprendrait l'induction tout entière, et par conséquent les preuves proprement dites, aussi bien que les présomptions. Dans la preuve littérale, par exemple, on conclut d'un fait connu, l'existence d'un écrit revêtu de certaines formes, à un fait inconnu, l'existence d'une convention intervenue sur tel point, entre telles personnes. Ce n'est point là pourtant ce que le Code appelle présomption. Ici le fait connu, l'écrit, a eu précisément pour objet de constater le fait inconnu, la convention. Or, il n'y a pas véritablement présomption, quand le fait connu est employé pour ainsi dire à son usage naturel. Une fois le principe de

la foi au témoignage admis, l'induction qui nous conduit de l'écrit à la convention est une opération si simple, qu'elle passe presque inaperçue. La preuve semble directe, tant l'esprit y arrive aisément. Il n'en est pas de même quand je conclus de certaines traces trouvées sur le chemin qui conduit au lieu où un crime a été commis, à la culpabilité de celui au pied duquel les empreintes correspondent parfaitement. Ces traces n'ont nullement pour objet de constater ce que je prétends établir. Ici la foi au témoignage n'est plus en jeu, il ne s'agit que d'un signe muet, plus ou moins équivoque. L'opération de l'esprit par laquelle je conclus du rapprochement des traces à la culpabilité, ne repose plus sur des principes communément admis, mais sur une conjecture de mon jugement. Il y a là ce que les jurisconsultes anglais ont assez heureusement appelé une *construction*. Le résultat de l'opération étant dès lors plus douteux que dans l'autre espèce d'induction, ce qu'il y a d'artificiel dans la conclusion y est beaucoup plus sensible. On dit alors que je *tire* la conséquence du fait connu au fait inconnu; il n'y a que présomption. C'est donc bien mal à propos que l'article 1350 classe parmi les présomptions l'aveu de la partie et le serment, qui sont, tout aussi bien que les écrits et les témoins, des preuves proprement dites. Du reste, les rédacteurs du Code civil n'ont pas persisté dans cette mauvaise classification, puisqu'ils consacrent ensuite à l'aveu et au serment des sections séparées.

30. La distinction que nous avons établie entre les preuves simples et les preuves légales, s'applique aussi aux présomptions. D'après l'article 1349, ce sont des conséquences que *la loi ou le magistrat* tire, etc. Il y a donc des présomptions pour lesquelles le juge est laissé à ses propres lumières, où sa raison doit le guider dans l'usage si délicat des conjectures judiciaires, comme elle le guiderait dans les affaires ordinaires de la vie.

On peut les appeler *présomptions simples*. Il y en a d'autres où la loi, mue par des motifs d'intérêt supérieur tire elle-même impérieusement la conséquence, comme lorsqu'elle conclut du mariage avec une femme la paternité des enfants qui viennent à naître d'elle. Ce sont des *présomptions légales*.

51. En résumé, voici à peu près l'ordre dans lequel nous aborderons les divers modes de preuves qui sont l'objet de ce traité :

Première catégorie. — Expérience personnelle.

Descente sur les lieux.
Expertise, complément de l'expérience personnelle.

Deuxième catégorie. — Foi au témoignage.

Preuves proprement dites, se subdivisant en :

Preuves simples :

Aveu (auquel se rattache le serment décisoire).
Preuve testimoniale.
Affirmation du demandeur (à laquelle se rattache le serment supplétoire).

Preuves préconstituées :

Écrit sous seing privé.
Titre authentique.
Registres des marchands.

Troisième catégorie. — Présomptions.

Simples.
Légales.

On voit que nous laissons en dehors de notre plan l'évidence interne, qui est par trop incontestable ; la déduction, qui est étrangère à la preuve du fait ; enfin l'induction fondée sur la constance des lois de la nature, qui donnera rarement lieu à de sérieuses difficultés.

32. Ces divers modes de preuves peuvent quelquefois s'appuyer les uns sur les autres, c'est lorsqu'il est nécessaire de franchir plusieurs intermédiaires, avant d'arriver au fait dont il s'agit d'établir la vérité, et qu'ainsi la preuve elle-même a besoin d'être prouvée. Ainsi, la descente sur les lieux ou l'expertise n'aboutissent souvent qu'à constater l'existence d'indices matériels; ainsi, l'existence d'un écrit perdu, d'un testament, par exemple, peut elle-même être constatée par témoins. D'autres fois, c'est la même preuve qui se reproduit, pour ainsi dire, à plusieurs degrés. Ainsi, ce sont des témoins qui rapportent les dires de premiers témoins, qui ont assisté aux faits sur lesquels porte le litige; ainsi, la teneur d'un écrit original est reproduite, plus ou moins fidèlement, dans une copie. Enfin il peut y avoir preuve de la preuve au troisième, au quatrième degré [1], etc. Tel est le caractère des copies de copies, mentionnées par l'article 1335 du Code civil. Il est évident, au surplus, que, plus on s'éloigne de la source, plus la preuve perd de sa force : vérité dont la loi fait l'application aux diverses natures de copies (même art. 1335). On a comparé assez heureusement cette diminution de la probabilité à l'extinction de la clarté des objets par l'interposition de plusieurs morceaux de verre : un nombre de morceaux peu considérable suffit pour dérober la vue du corps qu'un seul morceau laissait apercevoir d'une manière distincte.

Pour ne point fatiguer l'esprit par une division trop compliquée de notre matière, nous pensons qu'il vaut mieux ne point faire une catégorie à part des preuves de preuves, et, en nous bornant à celles qui ont le plus d'importance, rattacher purement et simplement

[1] Dans la fameuse procédure contre les Calas, un indice grave n'arrivait à la connaissance du juge que par l'intermédiaire de quatre témoins, qui se l'étaient, disait-on, successivement transmis.

à la preuve testimoniale ce qui concerne le témoignage indirect, à la preuve écrite ce qui concerne les copies.

33. Ce traité comprendra donc trois parties, correspondant aux trois catégories de preuves que nous venons d'indiquer.

Mais, avant d'aborder chaque preuve en particulier, il convient d'exposer quelques idées générales sur la marche de la preuve dans la procédure.

Nous réserverons, au contraire, pour la quatrième partie de ce traité quelques considérations sur l'effet rétroactif et sur le droit international en matière de preuves : considérations qui ne peuvent être bien saisies quand on n'a pas étudié auparavant les divers modes de preuves judiciaires.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA MARCHE DE LA PREUVE.

34. Deux personnes sont en contestation relativement à un point. On se demande tout d'abord laquelle des deux doit prouver la vérité de sa prétention. La question n'est pas sans intérêt. Il est bien plus commode, en effet, de combattre les allégations de son adversaire que d'avoir à justifier les siennes. Qui doit prouver? Voilà la première question que nous avons à examiner.

Mais, à défaut de preuve suffisante de la part de celui qui est chargé de prouver, que doit faire le juge? C'est là une seconde question, qui se rattache intimement à la première.

Enfin que peut-on prouver? N'y a-t-il pas certains faits dont la loi ne veut pas que la connaissance officielle soit acquise par les voies judiciaires? Tel sera le troisième sujet de notre examen.

I. QUI DOIT PROUVER ?

35. Un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui veut innover doit démontrer que sa prétention est fondée. Ce principe a toujours été admis en matière personnelle. Si je me dis créancier, il faut bien que je démontre l'obligation de mon prétendu débiteur, ou je ne puis le contraindre à payer. En matière réelle, nous voyons que le droit romain primitif, dans la procédure des actions de la loi, mettait les deux parties sur la même ligne. Mais plus tard le droit prétorien établit également une présomption en faveur du possesseur, présomption qui s'est maintenue jusqu'à nous.

On exprime ces deux vérités par une formule plus générale, quand on dit que c'est au demandeur à faire la preuve : le non-possesseur et le prétendu créancier jouant forcément le rôle de demandeur. Mais quand, la preuve de la demande une fois faite, l'autre partie allègue à son tour, soit une défense proprement dite, telle que le payement, soit une exception, comme le délai légal de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, c'est à elle à justifier du fait sur lequel elle s'appuie : *reus in exceptione actor est* (Ulp. l. 1, ff. *de probat.*). Si le demandeur primitif réplique à son tour, ce sera à lui à prouver que sa réplique est fondée, et ainsi de suite à l'infini. En un mot, quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait [1].

[1] L'exposition de ces règles, si élémentaires, si incontestables, suffit pour faire toucher au doigt le peu de fondement de l'explication adoptée par de bons esprits, quant à la difficulté qui s'élève sur le fameux *sane uno casu* du titre *de actionibus*, § 2, aux Institutes. Le cas unique (en dehors des actions confessoire et négatoire) où le possesseur serait obligé de prouver, serait l'hypothèse d'un propriétaire qui, recouvrant la possession de son héritage qu'on était en train d'usucaper, se trouve en

Ces principes, qui ne sont autre chose que la raison et le bon sens appliqués à la procédure, sont aussi les seuls que consacre le Code civil en traitant de la preuve des obligations, et il est constant que ce qui est dit sous cette rubrique doit s'appliquer aux preuves en général : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, dit l'article 1315, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le

butte à l'action publicienne, et réduit à prouver qu'il est dans le cas de l'exception *justi dominii*, c'est-à-dire qu'il est propriétaire du fonds même qu'il possède. Mais rien de plus simple que cette prétendue singularité, rien de plus aisé à concilier avec les principes qui protégent la possession.

Celui qui intente l'action publicienne, ne possédant pas, est obligé de prouver qu'il était dans les conditions voulues pour l'usucapion. Maintenant, cette preuve faite, le défendeur veut établir qu'il est propriétaire. Peut-on l'en croire sur parole, quand le demandeur a clairement établi, lui, qu'il avait la chose *in bonis?* Non, évidemment; les rôles sont forcément intervertis. Le défendeur invoque un fait nouveau, pour lequel il se constitue demandeur. C'est à lui à en justifier. La présomption que la possession créait en sa faveur dans la première phase de l'instance, s'est évanouie en présence de la preuve faite par l'autre partie. Dès lors il n'est plus censé posséder, de même que la maxime *favorabiliores sunt rei quam actores*, perd toute sa force, quand une fois la créance est constatée. L'anomalie consisterait précisément à décider le contraire. Et il n'y a là aucune subtilité particulière au droit romain. Chez nous, et dans toutes les législations modernes, il en serait de même dans l'hypothèse d'un dépositaire qui viendrait à découvrir qu'il est propriétaire de l'objet du dépôt. Une fois la preuve du dépôt faite contre lui, vainement invoquerait-il sa possession pour se dispenser de prouver que l'objet lui appartient. On lui répondrait que le principe qui dispense le possesseur de la preuve ne s'est jamais entendu que de la défensive contre la demande primitive, et non de l'offensive, qui fait l'objet d'une demande reconventionnelle. Il n'y a donc, dans l'espèce, aucune exception aux principes bien constants de la matière, et cette explication trop vantée ne vaut guère mieux que celle qui consistait à lire *non uno casu.*

Ce que nous serions le plus disposé à admettre, sur l'autorité de plusieurs manuscrits de Théophile, c'est qu'il faut plutôt lire : *sane hoc uno casu*, et appliquer simplement le texte aux actions confessoire et négatoire, où le possesseur à Rome pouvait jouer le rôle de demandeur (voy. Paul, l. 5, p. 6, ff. *si ususfr. pet.*), ce qui tient aux traces qu'avait laissées en matière de servitudes, le système des *legis actiones*, où l'on ne se préoccupait point de la possession antérieure au litige. (Voy. la thèse de licence soutenue, le 13 août 1836, par M. de Gaslonde, professeur honoraire à la Faculté de droit de Dijon, maître des requêtes au conseil d'État.)

payement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation. »

56. Ajoutons cependant que cette dernière règle ne doit pas être suivie dans toute sa rigueur en matière criminelle [1]. Là, si l'on doit appliquer dans toute son étendue, à celui qui dirige l'accusation, la maxime : *onus probandi incumbit actori,* et exiger de lui, en conséquence, une démonstration pleine et entière de la culpabilité de l'accusé, il ne saurait en être de même, quant à l'accusé, de la maxime : *reus excipiendo fit actor*. Le défendeur, qui, poursuivi en vertu d'une créance, allègue le payement, doit le prouver complétement, et non pas seulement le rendre vraisemblable. Au contraire, l'accusé, qui allègue un fait justificatif ou une excuse, n'est point tenu d'en justifier d'une manière aussi précise, et la probabilité du fait allégué doit suffire pour motiver son acquittement. Cela est vrai, surtout dans une procédure criminelle comme la nôtre, où domine, ainsi que nous le verrons, le système inquisitorial ; tandis que le système d'accusation, établissant une sorte de lutte en champ clos entre l'accusateur et l'accusé, se rapproche beaucoup plus des principes de la procédure civile.

57. Tout en admettant les principes généraux que nous venons d'établir, on a souvent proposé d'en borner l'application au cas où le demandeur allègue un fait positif; que s'il s'agit d'un fait négatif, le demandeur ne peut, dit-on, être tenu de le démontrer, et se trouve fondé, en conséquence, à rejeter la preuve sur l'adversaire.

Pour combattre cette idée, il faut d'abord démontrer que la preuve d'un fait négatif n'est pas impossible. Puis, nous établirons que le fardeau de la preuve doit toujours incomber au demandeur, soit qu'il affirme, soit qu'il nie.

[1] Voy. sur ce point M. Mittermaïer, *de la Preuve en matière criminelle*, chap. XVII.

PREMIER POINT.

La preuve d'un fait négatif est-elle impossible ?

38. Il ne faut pas de bien profondes réflexions pour se convaincre de la possibilité de prouver une négative. N'arrive-t-on pas tous les jours à la démonstration claire et irréfragable d'une proposition négative, de celle-ci, par exemple : une servitude de passage n'est pas susceptible de prestation partielle? L'opinion contraire mènerait à cette conséquence, qu'il suffit d'énoncer pour la réfuter, que quiconque voudrait nier une maxime reçue, devrait être repoussé *à priori*, comme entreprenant une preuve impossible. Mais qui ne voit que, le plus souvent, dans une discussion, quand l'un soutient l'affirmative, l'autre la négative, il y a de part et d'autre une allégation bien positive, bien susceptible d'être clairement démontrée, que toute la différence n'est que dans la forme, dans la manière de poser la question? J'affirme que Paul est riche; vous le niez. Il est facile de vérifier lequel de nous a raison, et vous n'êtes pas plus embarrassé pour faire la preuve que si vous aviez affirmé, vous, qu'il était pauvre, et que j'eusse nié votre assertion. C'est ainsi qu'on ramène à une affirmation cette proposition en apparence toute négative : une servitude de passage n'est point susceptible de prestation partielle. En constatant la nature bien positive, bien précise du passage, on arrive à reconnaître qu'il est de son essence de s'effectuer en totalité : ce qui conduit au rejet de la proposition qui le considérait comme divisible. Ainsi, sous l'enveloppe d'une négative se cache une affirmation bien tranchée : c'est ce que les anciens docteurs ont appelé, dans leur langage énergique, une négative génératrice, *negativam prægnantem*. Elle consiste dans l'allégation d'un fait manifestement incompatible avec un autre fait pré-

cédemment allégué, fait qui n'en est pas moins positif pour être articulé sous une forme négative [1].

Dans cette classe rentrent les négatives qu'on a appelées *négatives de qualité* et *négatives de droit*. Il y a négative de qualité, lorsque, par exemple, on conteste à quelqu'un la qualité de Français, ce qui revient à dire qu'il est étranger : proposition susceptible d'une preuve directe. La négative de droit, qui se rattache à la même idée, consistera, par exemple, à contester, en fait, l'existence de l'une des conditions requises pour la validité d'un testament, ce qui revient à dire que le testament contient un vice matériel, vice qu'il est facile de reconnaître, s'il existe. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet du 21 novembre 1826, que celui qui prétend que son adversaire a encouru une déchéance pour n'avoir pas produit ses titres dans un certain délai, peut et doit le prouver, puisqu'on peut établir l'absence de production tout aussi clairement que la production même, en vérifiant le procès-verbal du juge chargé de diriger l'opération.

39. Mais s'il est vrai que toutes les fois que je nie une qualité, j'affirme forcément la qualité contraire, que toutes les fois que je nie l'accomplissement de conditions légales, j'affirme virtuellement l'existence matérielle d'un état de choses contraire à la loi, il y a plus de difficulté pour la *négative de fait*. Lorsqu'on met en avant un fait précis, déterminé, la négation de ce fait semble avoir quelque chose d'insaisissable qui

[1] C'est ce qu'explique fort bien Beaumanoir (Cout. de Beauvoisis, chap. XXXIX, n° 50) : « Tout soit ce que la negative ne se puist prover, c'est « à entendre quant ele est mise avant tout simplement. Mes on i pot bien « tel coze ajouster qui quiet en prueve, par le quele proeve il apert que « le negative, que li deffenderes me avant, est vraie.... Si comme se « uns hons me demande vingt livres, et je li ni que je ne li dois pas, car « je li ai paiés, ou il les mes a quités : en tel cas et en sanllavles fes je « le negative prains d'une affirmative; car se je proeve le paiement, « donques ai-je-bien prové que je ne li devoie pas. »

échappe à l'analyse. De là la vieille maxime : *magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus*. Toutefois il n'est pas douteux que la négative de fait même ne soit susceptible d'une preuve directe. C'est ce qui arrivera si elle consiste dans l'allégation d'un autre fait positif, dont l'existence ne soit pas compatible avec celle du fait d'abord allégué, par exemple, si un accusé invoque un *alibi*. On retombe alors dans la négative génératrice des docteurs, et toute difficulté s'évanouit. Mais, s'il n'existe pas, en faveur de la négative, d'arguments d'une nature aussi décisive, elle devient alors moins facile à établir que l'affirmative. Mais à quoi cela tient-il? Ce n'est pas, comme on se l'imagine ordinairement, qu'il y ait impossibilité de prouver une proposition négative, puisque nous venons de voir que cette preuve est très-praticable dans une infinité de circonstances. Cela tient à ce qu'ici la négative est indéfinie. Circonscrivez-la, opposez aux témoins qui déclarent avoir vu commettre le crime, d'autres témoins qui, présents au même lieu et à la même heure, déclareront n'avoir rien vu, et la seconde preuve aura tout autant de poids que la première. Mais les choses se passent rarement ainsi, celui qui nie n'est que trop souvent obligé d'avoir recours à des inductions, et alors sa position est moins favorable, non parce qu'il nie, mais parce qu'il fait reposer sa preuve négative sur des faits plus ou moins vagues. « Si negativa indefinita « probari non potest, » dit Cocceius, « id non inde est, « quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa « indefinita potest. » Ainsi, si j'affirme en général que vous avez été corrompu, que vous avez malversé, sans pouvoir préciser en quoi ni comment, voilà une proposition affirmative qui ne sera pas non plus susceptible de preuve. Et pourquoi? parce qu'elle est indéfinie.

Allons plus loin, cherchons à pénétrer au fond des choses. Toute proposition alléguée est ou nue, ou appuyée sur des preuves. Dans le premier cas, il est évi-

dent que l'affirmation ou la dénégation n'ont d'autre valeur que l'autorité personnelle de celui qui les met en avant. Dans le second cas, soit que l'on affirme, soit que l'on nie, puisqu'on invoque des arguments, on allègue des faits plus ou moins précis, que l'on entreprend de démontrer. Ainsi, l'accusé, qui plaide sa non-culpabilité, ne peut appuyer sa dénégation que sur des faits justificatifs qu'il affirme. Donc toute négation sérieuse implique affirmation. « Certe, si diligenter attendas, » dit la glose, « non est aliqua negativa, quæ tacitam non « habeat affirmativam. » Si la proposition négative de l'accusé ne repose quelquefois que sur de faibles inductions (*probat per obliquum negativa*), n'en est-il pas trop souvent de même de la proposition affirmative de l'accusateur? Les faits allégués par l'une comme par l'autre des parties peuvent être ou parfaitement précis, ou tout à fait insaisissables, ou de nature à présenter une des nuances qui séparent ces deux extrêmes. Mais il ne faut pas s'imaginer qu'ils soient insaisissables, par cela seul qu'ils viennent à l'appui d'une proposition négative. Quoi de plus précis qu'un *alibi?* Quoi de plus vague qu'une accusation fondée uniquement sur les mauvais antécédents de l'accusé? Mais, dira-t-on, il est des négations qui, par leur nature, échappent tout à fait à la preuve, telles que celles-ci : Je n'ai jamais rencontré Titius. Cette exception apparente rentre dans la règle générale, qui voit dans toute négative une affirmation virtuelle. Pour prouver que je n'ai jamais rencontré Titius, il faudrait que j'eusse des témoins qui ne m'eussent pas perdu de vue de toute ma vie, et qui rendissent compte de toutes mes démarches : preuve positive, mais moralement impossible. Ici la négative s'analyse en un nombre infini de propositions affirmatives, comme la ligne courbe se décompose en lignes droites. Les faits, pris isolément, n'ont rien que de positif; la difficulté tient à leur multiplicité. Or, la même impossibilité morale, provenant de la nature complexe

d'une proposition simple en apparence, peut se rencontrer dans une proposition affirmative, telle que celle-ci : J'ai toujours porté au doigt telle bague.

40. En résumé, toute preuve d'une négative, si elle mérite le nom de preuve, suppose l'affirmation de certains faits. Ou bien ces faits sont des faits précis, directement opposés à ceux que peut invoquer l'adversaire, ce qui arrive toujours dans les négatives de droit ou de qualité; alors la négative est génératrice, elle conduit à une affirmation positive, palpable. Ou bien, ce qui arrive souvent dans la négative de fait, les faits invoqués à l'appui de la négative sont indéfinis; et alors il est vrai que la preuve sera difficile, quelquefois même moralement impossible, mais il en serait de même d'une proposition affirmative composée des mêmes éléments : *non quia negativa, sed quia indefinita.*

DEUXIÈME POINT.

Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme ?

41. Le système qui veut substituer à la maxime, que c'est au demandeur à prouver, celle que la preuve incombe, dans tous les cas, à celui qui affirme, et jamais à celui qui nie, peut se fonder sur certaines considérations abstraites et sur l'autorité de certains textes du droit romain. Essayons d'apprécier la portée des arguments qu'il emprunte à ces deux ordres d'idées.

42. D'abord on se place sur le terrain de la logique, et on dit : la preuve d'un fait négatif est à peu près impossible à administrer; celle d'une proposition affirmative est très-facile. La justice doit choisir la voie qui la conduit sûrement au but, plutôt que celle qui n'aboutit qu'à une impasse. Il est aussi conforme à la raison qu'à l'utilité pratique de toujours imposer la preuve à celui qui affirme plutôt qu'à celui qui nie. Nous avons déjà détruit la base de cette argumentation, en établissant que la preuve d'une négative est très-

praticable. Mais allons plus loin; tenons pour non avenu ce que nous croyons avoir démontré jusqu'à l'évidence, que toute négative sérieuse se résout en affirmative, et retombe, par cela même, dans le domaine de la preuve; admettons un instant que l'on ne puisse prouver qu'une proposition affirmative en la forme : le système opposé obtiendra-t-il pour cela gain de cause? Nullement. La maxime que nul n'est tenu à l'impossible est parfaitement applicable quand il s'agit d'une obligation légale, que nous subissons sans aucune participation de notre volonté. Mais ne perdons pas de vue la règle fondamentale de cette matière, posée par l'article 1315 du Code civil. Celui qui réclame quelque chose en justice, veut innover, puisqu'il attaque, ou bien la possession positive de son adversaire, s'il s'agit d'un droit réel, ou bien, en matière personnelle, cette sorte de possession de sa liberté où se trouve placé tout homme dont l'assujettissement envers autrui n'est pas constaté. C'est à lui à justifier son assertion, puisque rien ne se présume en dehors des présomptions établies par la loi. Sur quoi s'appuie-t-il pour rejeter le fardeau de la preuve sur l'adversaire? Sur ce qu'il lui est impossible de prouver ce qu'il soutient? Mais alors pourquoi vient-il entretenir la justice de sa réclamation? Comment! il reconnaît en principe que c'est à lui à établir son droit, et parce qu'il ne saurait y parvenir, il voudrait imposer le rôle actif dans la procédure à l'autre partie, qui ne réclame que le maintien du *statu quo!* A ce compte, les propositions les plus insoutenables seraient les plus commodes à alléguer, puisque l'impossibilité même de les prouver mettrait la preuve du contraire à la charge du défendeur! Il faut vraiment toute la force des traditions et de la routine pour que l'on puisse concevoir que de pareils arguments aient fait quelque impression sur des esprits sérieux.

45. Insoutenable aux yeux de la raison, le système qui dispense le demandeur de prouver une négative,

est-il au moins fondé à invoquer l'autorité des jurisconsultes romains? Il a été, dit-on, formulé par Paul, dans la loi 2, ff. *de probat.* : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Mais d'abord, les prétendues règles de droit, posées par Tribonien, ne sont souvent que des observations isolées des anciens jurisconsultes, auxquelles on prête une portée exagérée, en les détachant de ce qui précède et de ce qui suit. Et même, en prenant le texte de Paul pour général, il ne signifie pas nécessairement que le demandeur n'est tenu de prouver qu'en tant qu'il énonce une proposition affirmative. Il peut vouloir dire simplement que la preuve incombe à celui qui émet une proposition, et non pas à celui qui se contente de la dénier : ce qui rentrerait dans la règle générale, qui impose la charge de la preuve à quiconque, soit dans la demande, soit dans la défense, allègue un fait nouveau. Et cette interprétation est d'autant plus fondée que tel est le sens manifeste d'un autre texte invoqué à contre-sens par l'opinion vulgaire. Qui n'a entendu répéter cet adage : *Factum negantis probatio nulla est,* comme expression de l'impossibilité de prouver une négative? Eh bien ! cet adage se retrouve, en effet, dans le *Corpus juris,* mais avec un tout autre sens que celui qu'on lui prête communément. Un rescrit de Dioclétien et de Maximien, qui forme la loi 23, au Code, *de probationibus*, est ainsi conçu : « Actor, quod adseverat probare « se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi « contrarium non adstringit, quum per rerum naturam « factum negantis probatio nulla sit. » S'agit-il ici d'un fait négatif, dont le demandeur rejetterait la preuve sur la partie adverse? pas le moins du monde. Le rescrit a pour but, au contraire, de protéger le défendeur contre les prétentions d'un demandeur qui, désespérant de prouver, voulait en imposer l'obligation à l'adversaire. Et quel est le motif de cette décision? C'est que celui qui se borne à dénier les allégations produites contre lui n'a rien à prouver. Les empereurs décident donc que c'est au de-

mandeur à faire la preuve, quelque difficile qu'elle soit. Ainsi, bien loin d'adopter le système qui autorise l'intervention des rôles, ils consacrent de la manière la plus formelle le principe qui oblige le demandeur à justifier de son droit. *Factum negantis probatio nulla est* signifie évidemment ici qu'on n'est pas tenu de prouver, quand on se renferme dans une simple dénégation. Or, quand est-il permis de se renfermer dans une simple dénégation? Quand on se tient sur la défensive, c'est-à-dire quand on est défendeur, soit à la demande, soit à l'exception. C'est probablement aussi tout ce que voulait dire le texte de Paul : *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.*

Il est vrai qu'il y avait un cas à Rome où celui qui aurait dû prouver une négative, était autorisé à rejeter la preuve sur l'adversaire. C'était celui où, poursuivi en vertu d'un écrit ou d'une stipulation d'où naissait directement l'obligation de payer une certaine somme, le défendeur invoquait l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Bien que le défendeur par cette exception se constituât demandeur, il avait droit d'exiger du prétendu créancier la preuve de la numération des espèces. Mais c'est là une décision toute spéciale, tout exceptionnelle, qui tient à deux causes : en premier lieu, à la fréquence de ce genre de fraude à Rome, fréquence attestée par le grand nombre de textes qui en font mention ; en second lieu, à la tendance de la jurisprudence romaine à se dégager des formes rigoureuses de la stipulation et de l'obligation littérale (voy. *Explication historique des Instituts*, par M. Ortolan, au titre *de litterarum obligatione*). Ces deux motifs sont tout à fait inapplicables aujourd'hui. Aussi cette doctrine a-t-elle été depuis longtemps rejetée en France : « Exception d'argent non « nombré n'a point de lieu, dit Loisel. » (*Inst. cout.*, livre V, titre II, § 6.) Du reste, ce cas était le seul où l'on intervertît à Rome les principes de la preuve. La règle qui la met dans tous les cas à la charge du de-

mandeur se trouve nettement formulée par Africain dans la loi 15, ff. *de op. nov. nuntiat.* Après avoir supposé que la partie actionnée refuse de se défendre, soit dans une action confessoire, soit dans une action négatoire, le jurisconsulte dit, sans distinguer : « Hac- « tenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure « suo probare necesse haberet : id enim esse, petitoris « partes sustinere. » Ainsi, soit qu'il s'agisse d'une affirmation, soit qu'il s'agisse d'une négation, on force la partie qui ne vient pas se défendre, à jouer le rôle de demanderesse, c'est-à-dire à prouver. Le demandeur doit donc faire la preuve, même dans une action négatoire [1].

44. Mais comment établir qu'il n'existe pas de servitude sur le fonds que je possède ? C'est là une négative indéfinie, qui échappe à la démonstration. Dans des espèces semblables, il est un tempérament adopté par les partisans de la doctrine que nous soutenons ici; tempérament qui consiste à obliger le défendeur, non pas à prouver son droit, mais à alléguer le titre auquel il le rattache, par exemple une donation, un testament. La question se trouvera alors placée sur un terrain positif, et il sera possible au demandeur d'établir que ce titre n'existe pas. S'il n'y réussit pas, il sera débouté de sa prétention. Si, au contraire, il y réussit, la présomption sera en sa faveur, et ce sera au défendeur, qui aura succombé une première fois, à justifier, s'il le peut, de l'existence d'un autre titre. Ce tempérament n'est pas seulement une affaire de pratique; il est parfaitement conforme aux principes que nous avons posés dans la première partie de cet article. Nous avons reconnu que, dans le cas où une proposi-

[1] « Attendu, dit l'arrêt du 21 novembre 1826, cité plus haut, que l'impossibilité même de prouver ne dénature point les qualités des parties, et ne fait pas tomber sur le défendeur l'obligation d'une preuve, qui, formant la base de la demande, est essentiellement à la charge du demandeur : « Frustra veremini, me ab eo, qui lite pulsatur, probatio exi- « gatur. » (Loi 8 du Code, *de probat.*)

tion négative ne peut se prouver, cela tient à ce qu'elle est indéfinie; rendez-la définie en la concentrant sur un point, et rien de plus aisé que de sortir d'embarras [1].

45. En résumé, pour réduire la question à sa plus simple expression, en empruntant les formes de la logique, l'opinion que nous avons essayé de combattre peut se ramener à ce syllogisme : une proposition négative n'est pas susceptible d'être prouvée; or, celui qui allègue une proposition qui n'est pas susceptible d'être prouvée peut rejeter la preuve sur l'adversaire; donc, celui qui allègue une proposition négative peut rejeter la preuve sur l'adversaire. Nous avons établi que toute négative sérieuse est susceptible de démonstration, ce qui fait tomber la majeure. La mineure est en opposition avec les principes les plus constants sur le règlement d'une bonne procédure. Elle s'appuie faussement sur le droit romain, qui la repousse dans les cas ordinaires, et ne la consacre dans une espèce particulière que sous l'influence d'idées qui n'ont plus cours aujourd'hui. On arrive donc forcément à cette conclusion, que chez nous c'est toujours au demandeur à prouver, et qu'il peut le faire, même lorsqu'il s'agit d'un fait négatif; il le pourra bien plus généralement, si on admet cette sage restriction que, pour rendre la négative définie, on pourra obliger la partie adverse à préciser ses prétentions.

II. QUE DÉCIDER EN L'ABSENCE DE PREUVES SUFFISANTES?

46. Cette question, nous l'avons dit, se rattache intimement à la précédente. De la solution de cette

[1] « Attendu, dit le même arrêt de 1826, que la preuve négative est réputée affirmative toutes les fois qu'environnée et circonscrite par des faits positifs de temps et de lieu, elle résulte elle-même parfaite et complète de la seule preuve de ces faits. »

question dépend en effet, en grande partie, l'intérêt des difficultés relatives à l'attribution des rôles pour la preuve; car il ne faut pas s'imaginer que, parce qu'une partie est chargée de prouver, l'autre pourra impunément se retrancher dans un silence systématique. On aura toujours mauvaise grâce à refuser des éclaircissements à la justice, et de plus, il sera rarement sans danger de s'abstenir de répondre aux allégations de l'adversaire. Mais l'importance de l'attribution des rôles dans la procédure tient surtout à ce que l'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, doit entraîner le rejet de sa prétention. *Actore non probante, reus absolvitur.*

C'est là le grand avantage de la position de défendeur, dès que l'on admet avec nous que c'est toujours au demandeur à prouver. Les considérations qui militent en faveur de cette décision conduisent à reconnaître que, faute de faire la preuve, le demandeur doit succomber. La preuve ne serait plus un fardeau (*onus probandi*), si la non-réussite ne devait pas être fatale à celle des deux parties qui doit prouver.

47. Toutefois ce principe si raisonnable n'a pas toujours été observé; les Romains, qui nous l'ont transmis, n'y ont pas toujours été fidèles. Ainsi, Aulu-Gelle (*Nuits att.* livre XIV, chap. II) nous apprend que, chargé de prononcer sur l'existence d'une créance, dans une affaire où le demandeur n'avait pas de preuves suffisantes; mais où il était d'une réputation intacte, tandis que celle du défendeur était détestable, il se tira d'embarras en jurant qu'il ne voyait pas clair dans l'affaire, *sibi non liquere;* ce qui serait considéré aujourd'hui comme un déni de justice. Nos anciens auteurs, de leur côté, ont proposé divers expédients pour résoudre les questions douteuses. Les uns veulent qu'on tranche le différend par la moitié, ce que Cujas appelle avec raison *anile judicium*. D'autres proposent l'emploi du sort, emploi qui a été réalisé effectivement, en 1644, dans la

fameuse *sentence des bûchettes* [1]. Ce qu'il y a d'arbitraire et de ridicule dans l'emploi de pareils moyens prouve combien il est sage de prononcer purement et simplement en faveur du défendeur.

Il est vrai qu'un novateur intrépide, que nous aurons souvent occasion de rencontrer sur notre chemin, Bentham, propose de renverser la vieille maxime : *actore non probante*, etc. Entre le demandeur et le défendeur, la *présomption antéjudiciaire*, pour employer ses expressions, doit être en faveur du premier (voy. *Preuves judiciaires*, édit. de Dumont, t. II, livre II, chap. II). Les causes gagnées par les demandeurs, dit-il, sont dans une proportion bien supérieure à celle des causes gagnées par les défendeurs. Mais c'est là déplacer la question. Il ne s'agit pas de savoir si, dans tous les procès pris en masse, les demandeurs n'ont pas en majorité raison, ce qui peut être vrai ; il s'agit d'examiner si un demandeur qui n'a pas établi suffisamment son droit, peut être présumé fondé dans sa prétention. La plupart des demandeurs triomphent, sans doute ; c'est qu'ils réussissent à prouver leur droit. Mais y a-t-il dans ce résultat rien qui nous autorise à supposer que ceux-là même qui n'ont pu parvenir à faire la preuve, avaient raison au fond? Et qui ne voit qu'admettre une pareille présomption, ce serait ouvrir la porte aux procès les plus scandaleux, aux vexations les plus intolérables? Tenons-nous-en à la maxime, aussi ancienne que sage, qui protége le *statu quo*, la présomption de propriété ou de liberté qui s'élève en faveur du défendeur [2].

[1] Cette sentence a été rendue par un juge de Melle qui avait fait tirer aux plaideurs deux pailles ou *bûchettes*, qu'il tenait entre les doigts. Heureusement pour l'honneur de la justice, elle a été réformée par le parlement de Paris.

[2] Voy. les notes de M. Rossi sur ce passage de Bentham, dans l'édition de Dumont, à l'endroit cité. Les traducteurs italiens du *Traité des preuves* repoussent l'idée de toute présomption antéjudiciaire en faveur, soit du demandeur, soit du défendeur ; mais ils arrivent au même résultat que

43. C'est surtout en matière criminelle que cette maxime doit être considérée comme sacrée ; toutes les fois que la culpabilité n'est pas bien établie, il serait monstrueux de prononcer une peine. On admettait cependant jadis en France un terme moyen, que nous retrouvons encore [1] dans certaines législations contemporaines. « Les juges, » dit Papon (livre XXIV, t. VIII, n° 1, de son recueil d'arrêts), « n'ayant en main pour la « preuve du maléfice, autre chose que des indices et « des présomptions, ores qu'ils soient indubitables et « véhéments, si ne doivent-ils pas juger à la vraie et der- « nière peine, tout ainsi que s'il y avoit des témoins dé- « posant l'avoir vu, ains doivent incliner à quelque *gra-* « *cieuse* condamnation. » Nous verrons que ce résultat était la conséquence à peu près forcée du système des preuves légales en vigueur dans notre ancien droit. Quoi qu'il en soit, cet abus révoltant, qui consiste à condamner à une peine moindre celui qui, après tout, peut être innocent, a été énergiquement réprouvé par la raison éclairée de d'Aguesseau : « Cet usage, » dit-il, dans une lettre du 4 janvier 1739, au prévôt de la maréchaussée de Franche-Comté, « est un abus qu'on ne peut tolérer, et que j'aurai soin de réprimer. Ou la preuve d'un crime est complète, ou elle ne l'est pas; nous, en s'attachant à cette idée que, dans le doute, la preuve n'est point faite par le demandeur.

[1] La peine extraordinaire, au cas où la culpabilité de l'accusé n'est point suffisamment démontrée, n'a été abolie qu'en 1838 dans la législation de la Toscane. En Allemagne, elle s'est maintenue jusqu'à nos jours dans la pratique. Nous la retrouvons notamment dans le Code criminel de Prusse de 1805 (art. 405). Plus récemment, l'introduction du jury en Prusse et en Autriche (lois de procédure criminelle de février 1849 et de janvier 1850) avait fait tomber l'application de la peine extraordinaire, du moins dans les affaires criminelles les plus importantes. Aujourd'hui il est à craindre que l'abolition du jury, déjà effectuée en Autriche (voy. lettres patentes du 31 décembre 1851, art. 29 et suiv.), ne fasse revenir la jurisprudence allemande à ses anciens errements. Nous pensons néanmoins que l'institution de peine extraordinaire, vivement combattue par M. Mittermaïer (*de la Preuve en matière criminelle*, chap. LXIX), n'est plus destinée à une longue existence, même au delà du Rhin.

dans le premier cas, il n'est pas douteux qu'on doit prononcer la peine portée par les ordonnances; mais, dans le dernier cas, il est aussi certain qu'on ne doit prononcer aucune peine. » Les jurés qui, de nos jours, déclarent en pareille hypothèse, la culpabilité *avec des circonstances atténuantes*, retombent, par une autre voie, dans le même abus [1]. La raison ni la conscience n'admet de semblables transactions.

49. Nous trouvons également dans notre ancienne jurisprudence deux autres abus qui se rattachaient au même ordre d'idées. Autrefois les juges (Pothier, *Traité de la procédure criminelle*, sect. v, art. 2, § 4 et 5) pouvaient rendre des jugements *de plus amplement informé*. Le temps de cette nouvelle information variait d'un mois à un an; quelquefois même on prononçait un plus amplement informé indéfini, qui mettait l'accusé perpétuellement *in reatu* : position semblable à celle qu'établissait le décret du 3 mars 1810 sur les prisons d'État à l'égard de certains suspects, qu'il n'était convenable, disent les motifs du décret, « ni de faire traduire devant les tribunaux, ni de faire mettre en liberté. »

Nous n'avons pas besoin de faire sentir tout ce qu'avait d'intolérable ce pouvoir discrétionnaire laissé aux juges. L'autre abus, bien que moins grave, n'était pas moins contraire aux saines notions de droit criminel. C'était la simple mise hors de cour, ou *absolutio ab instantia*, sans décharge morale de l'accusation. « On met les parties hors de cour, dit Pothier, lorsque l'innocence de l'accusé n'est pas bien pleinement justifiée, et que l'accusation, quoique non prouvée, n'a

[1] On tombait dans la même erreur à Rome, lorsqu'on punissait plus sévèrement le vol *manifeste* que le vol *non manifeste*. Assez récemment encore (*Gazette des tribunaux* du 3 juillet 1842), le tribunal suprême de Berne a condamné un homme accusé d'empoisonnement à six années de détention dans une maison de correction, comme étant *véhémentement suspect*. La décision est du 28 mai 1842.

pas néanmoins été intentée sans quelque fondement.»

Les anciens criminalistes appelaient la mise hors de cour *infamante de fait*, « parce qu'elle fait sur l'honneur du condamné, dit Muyart de Vouglans (*Lois criminelles de France*, livre II, titre IV, chap. V, n° 1), « de certaines impressions qui, sans le flétrir entièrement, ne laissent pas de le ternir, de manière que l'estime des honnêtes gens s'en trouve notablement diminuée.» Néanmoins le hors de cours pouvait être conçu dans des termes tels qu'il n'eût rien de blessant pour l'honneur et pour la délicatesse de celui qui en était l'objet, ainsi que cela résulte d'un avis de l'ordre des avocats au parlement de Paris du 21 avril 1777, et d'une lettre du garde des sceaux du 27 juillet 1778 (voy. Merlin, *Répertoire*, v° *Hors de cour*, § 3). En Allemagne, il y a des législations qui consacrent encore l'*absolutio ab instantia* [1]. Rien de pareil heureusement ne se retrouve dans nos codes modernes. Aussi la cour de cassation a-t-elle cassé, le 18 germinal an X, un arrêt de la cour de justice criminelle de la Seine qui avait condamné des prévenus acquittés à supporter la moitié des dépens [2], *comme n'ayant pas détruit d'une manière suffisante les imputations qui leur avaient été faites par la plainte.* Toutefois le principe que la même personne ne peut être reprise pour le même fait, ne s'applique qu'au cas où il y a eu acquittement ou absolution. Un arrêt de non-lieu rendu par la chambre des mises en accu-

[1] Cette institution vicieuse a été abolie dans le grand-duché de Bade par l'ordonnance de procédure pénale du 6 mars 1845. Elle avait cessé d'être applicable en Prusse et en Autriche, pour les matières de grand criminel, par suite de l'introduction du jury. Aujourd'hui l'empereur d'Autriche vient de la faire revivre par la même lettre du 31 décembre 1851 qui a supprimé le jury (voy. p. 41, note 1). « Les jugements, porte l'article 29 de cette instruction, ne seront rendus que par des juges. On prononcera dans les affaires criminelles : *coupable, non coupable*, ou *renvoyé de l'accusation*. »

[2] D'Aguesseau (lettres du 5 février 1730 et du 18 septembre 1734) avait également répouvé l'ancien usage de condamner aux dépens un accusé mis hors de cour.

sations n'empêche pas de reprendre le prévenu, s'il survient de nouvelles charges (art. 246 C. d'instr. crim.). Un système contraire serait trop défavorable à l'accusation, qui, par cela seul qu'elle aurait suivi quelque temps une fausse voie, se trouverait à tout jamais paralysée. C'est seulement quand l'instruction a suivi toutes ses phases, que l'accusé a droit à une décision définitive, qui ne laisse plus planer aucune équivoque sur sa position.

30. Nous ferons observer, pour terminer sur ce point, qu'il y a une nuance bien marquée entre le civil et le criminel, en ce qui touche le défaut de preuve suffisante. Au criminel, il suffit pour l'acquittement que le juge ou le juré n'ait pas une entière conviction de la culpabilité de l'accusé. Rien ne peut suppléer à cette conviction, si elle n'est pas parfaite. Au civil, au contraire, là où les intérêts qui sont en jeu sont purement pécuniaires, la maxime *actore non probante, reus absolvitur,* ne s'applique pas avec la même rigueur. Elle ne s'entend pas du cas où la preuve faite par le demandeur, sans être complète, présente une certaine gravité. On est autorisé alors à compléter la preuve à l'aide du serment supplétoire. L'emploi de ce serment, déjà fort contestable en matière civile, serait plus dangereux encore en matière pénale; aussi n'y est-il pas admis par nos lois [1].

III. QUE PEUT-ON PROUVER?

31. Les tribunaux ne doivent pas ordonner sans discernement la preuve de tous les faits qu'un plai-

[1] On pourrait dire, il est vrai, que, tous les moyens étant bons en matière criminelle pour découvrir la vérité, il n'est pas impossible que, dans telle circonstance donnée, la prestation de serment de la partie civile ne soit de nature à donner plus de confiance en sa déclaration. Mais alors le serment devrait être exigé dans tous les cas, comme garantie de la sincérité de cette déclaration; il ne devrait pas être déféré après coup, lorsqu'on a reconnu l'insuffisance des autres preuves.

deur se fait fort d'établir. Les faits proposés doivent être préalablement examinés sous un double point de vue : relativement à la cause en litige, puis en eux-mêmes.

52. Considérés dans leur rapport avec la cause, les faits allégués doivent être *concluants*.

Cette condition d'admissibilité, indiquée par la loi à propos des enquêtes (C. de proc., art. 254), doit évidemment être généralisée. Car, si le fait allégué n'est pas de nature, même en le supposant vrai, à faire triompher la partie qui l'allègue, il serait superflu d'en ordonner la vérification : *frustra probatur quod probatum non relevat.*

On dit ordinairement que les faits doivent être à la fois *pertinents* et *concluants*. Mais la première de ces conditions rentre évidemment dans la seconde. Il est clair qu'on doit repousser comme non concluantes les allégations étrangères au litige; seulement, lorsqu'il ne s'agira que de pertinence, il sera généralement facile de décider, tandis que l'on devra procéder avec beaucoup de réserve, lorsqu'il s'agira d'apprécier la gravité de faits d'ailleurs pertinents. Avant d'en rejeter la preuve, il faudra examiner avec soin à quels résultats elle peut conduire, en considérant ces faits, non pas isolément, mais dans leur ensemble; car il y a telles circonstances qui, insignifiantes, si on les prend à part, peuvent, par leur concours, entraîner la conviction, de même que le feu naît du contact de diverses substances qui, prises séparément, ne seraient pas susceptibles de produire ce phénomène.

53. Supposons maintenant les faits concluants, il restera à savoir s'ils ne devront pas encore être rejetés d'emblée, soit parce qu'ils sont impossibles en eux-mêmes, soit parce que la loi n'en admet pas la preuve.

54. L'impossibilité mathématique ne peut donner lieu à aucune difficulté. Quant à l'impossibilité physique, qui n'est qu'une extrême improbabilité, nous

avons déjà reconnu que les faits qui présentent ce caractère doivent être écartés d'abord, un plaideur ne pouvant soutenir sérieusement qu'un miracle vient d'être opéré en sa faveur ; mais il ne faut pas confondre avec les faits physiquement impossibles ceux qui, sans contrarier les lois de la nature, seraient seulement déviatifs de sa marche ordinaire.

Ainsi il y a des exemples bien constatés (voy. Bentham, *Preuves judic.*, t. II, livre VIII, chap. VII) de faits que le vulgaire regarde comme impossibles. La prolongation de l'existence, pendant un temps assez long, dans l'abstinence de tout aliment; la conception de femmes d'un âge avancé, etc. sont des événements qui paraissent miraculeux, mais qui ne sont que déviatifs. On devra être très-circonspect, quand il s'agira d'admettre la preuve de pareils faits, mais il n'est pas permis de les rejeter sans examen. Autant il est raisonnable de ne pas admettre dans la pratique ordinaire de la vie l'existence de faits miraculeux, autant il est sage aussi de ne pas déclarer de prime abord impossible un fait, par cela seul qu'il semble extraordinaire, lorsqu'il n'a rien de physiquement impossible.

55. Enfin les faits peuvent être concluants et très-vraisemblables en eux-mêmes, mais d'une nature telle que la loi n'en permette pas la preuve. Nous n'entendons pas parler ici de ceux qui seraient contraires à une présomption légale, comme si l'on voulait faire cesser l'interdiction, en établissant que l'interdit était sain d'esprit lorsqu'il a fait tel ou tel acte. Ces développements, qui anticiperaient sur la matière des présomptions, ne rentrent pas d'ailleurs dans notre sujet actuel. Il ne s'agit point maintenant des empêchements extrinsèques qui peuvent s'opposer à l'administration de la preuve, mais de la nature même des faits à prouver. Or, il est certains faits dont la loi ne peut souffrir la constatation officielle, quelque vrais qu'ils soient d'ailleurs.

En matière civile, notre Code repousse souvent la preuve de faits fâcheux pour la morale. C'est ainsi qu'il défend la recherche de la filiation incestueuse ou adultérine, et même de la paternité naturelle dans presque tous les cas. On ne peut s'empêcher d'avouer que le législateur a fait là un bien grave sacrifice à la crainte des procès scandaleux. D'un côté, il prive de toute ressource les enfants issus de pareilles unions, qui ne peuvent rechercher leurs parents; d'un autre côté, il ouvre la voie aux libéralités volontaires les plus exagérées en leur faveur, puisqu'en ne les reconnaissant pas, on élude toutes les prohibitions. Il semble qu'il se préoccupe plus des apparences que des règles de fond qu'il a établies dans l'intérêt de la société. Ce système si contestable est tout moderne. On n'en trouverait guère de traces dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence.

En matière criminelle, on voit quelquefois le même esprit se reproduire. C'est ainsi que l'inceste demeure impuni, et que l'adultère ne peut être prouvé que par le flagrant délit ou par la correspondance des parties (C. pén., art. 338).

56. Mais il convient de nous arrêter plus longtemps sur une matière qui a donné lieu, et dans l'ancienne jurisprudence et dans le droit moderne, à de vives controverses : sur l'admissibilité de la preuve des faits allégués de la part de celui qui est prévenu de diffamation.

57. Précisons d'abord le point sur lequel porte la difficulté. Dans le système consacré par l'article 13 de la loi du 17 mai 1819, il faut distinguer l'allégation ou imputation [1] d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé : ce qui constitue la *diffamation*; et

[1] « *Imputer*, dit M. Courvoisier dans son rapport sur cette loi, c'est affirmer; *alléguer*, c'est annoncer sur la foi d'autrui ou laisser à l'imputation l'ombre d'un doute. »

l'expression outrageante, le terme de mépris ou l'invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait : ce qui constitue l'*injure* proprement dite. Cette distinction [1], importante d'ailleurs au point de vue de la pénalité [2] (loi du 17 mai 1819, art. 16-19), est capitale en ce qui touche l'admissibilité de la preuve. Ainsi qu'on l'a fait remarquer dans l'exposé des motifs du Code pénal, dont les principes ont été maintenus sous ce rapport par la législation de 1819, l'injure une fois constatée, le prévenu n'a aucun moyen de s'affranchir de la peine. Il ne peut être admis ni à prouver, ni à dénoncer à l'autorité judiciaire des faits qui ne sont point précis et qualifiés, par exemple, l'ivrognerie ou la débauche. Et peu importe, à cet égard, que la personne injuriée soit un fonctionnaire public. Cette circonstance aggrave la pénalité (*ibid.* art. 19) sans permettre d'y échapper par une preuve qu'exclut le caractère vague de pareilles invectives. Une règle commune à la diffamation et à l'injure, c'est que ni l'une ni l'autre ne peut être poursuivie que sur la plainte de la partie lésée (loi du 26 mai 1819, art. 4 et 5). Cette restriction, fondée sur le même motif que l'article 336 du Code pénal, qui borne au mari la faculté de dénoncer l'adultère de la femme [3], laisse à la partie intéressée le soin de rechercher, dans ces matières délicates, si la poursuite n'offre pas plus de danger que le délit

[1] Elle est fort ancienne, en ce qui touche les libelles diffamatoires. Vinnius nous dit (sur le § 1, Inst. *de injur.*) : « Pro famoso libello eam « solam scripturam haberi in qua objicitur speciale, certum et capitale « crimen. »

[2] Il importe encore, mais seulement au point de vue de la pénalité et de la compétence, d'examiner si l'injure, même non précise, renferme ou non l'imputation d'un vice déterminé (même loi, art. 20).

[3] La loi napolitaine va trop loin dans cette voie, quand elle assimile (Proc. crim. nap., art. 40) au rapt et à l'adultère, pour lesquels la loi française exige la dénonciation des parties intéressées, le viol et l'attentat à la pudeur avec violence : crimes trop graves pour que les susceptibilités privées, même les plus légitimes, ne se taisent pas en présence de l'intérêt général qui réclame la poursuite.

même. Enfin la tendance à éviter le scandale se retrouve dans une disposition de la loi du 9 septembre 1835 sur la presse, qui interdit aux journaux et écrits périodiques de rendre compte des procès pour outrages et injures, et des procès en diffamation où la preuve des faits diffamatoires n'est pas admise par la loi : abrogée par le décret du 6 mars 1848, cette interdiction a été reproduite par l'article 11 de la loi du 27 juillet 1849 [1].

58. Il faut maintenant nous occuper spécialement de l'hypothèse où la preuve est régulièrement possible, c'est-à-dire où il a été articulé des faits précis, de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération du plaignant. Le législateur doit-il alors punir seulement la calomnie; en d'autres termes, le plaignant sera-t-il admis à se justifier, en établissant la réalité des faits par lui allégués ?

C'est là une question fort ancienne, et sur la solution de laquelle les mœurs, les institutions politiques des diverses époques ont nécessairement exercé une grande influence.

59. Les lois de Solon ne punissaient le détracteur qu'autant qu'il ne prouvait pas la vérité de ses allégations. On peut invoquer de graves motifs à l'appui de cette décision : « Le système de la preuve, » disait M. de Serre dans l'exposé des motifs de la loi du 17 mai, « est, dans le vrai, le seul qui soit capable de satisfaire pleinement l'honnête homme calomnié. Le calomniateur, défié inutilement de prouver ses imputations, n'a plus la ressource de ses subterfuges ordinaires; il ne peut plus dire qu'il a cédé trop inconsidérément à la force de la vérité, à un juste sentiment d'indignation, et que si le jugement devait dépendre de l'exactitude des faits, il lui serait facile de montrer son innocence, en prou-

[1] L'article 14 du décret du 17 février 1852 interdit de rendre compte des procès pour délits de presse et autorise les tribunaux, dans toutes affaires civiles, criminelles ou correctionnelles, à interdire le compte rendu du procès.

vant beaucoup plus devant les juges qu'il n'a avancé contre la partie qui le poursuit. Il ne peut alléguer mille présomptions dont la malignité ne manque jamais de s'emparer et de faire son profit. En un mot, forcé dans son dernier retranchement, la justice éclatante et non équivoque de sa condamnation épure entièrement l'honneur de l'offensé, au lieu d'y porter une nouvelle atteinte, comme il arrive trop souvent dans ces sortes de causes. » L'illustre orateur ajoute toutefois que ce système suppose des mœurs plus fortes, plus mâles que les nôtres, de véritables mœurs politiques. Il faut aussi reconnaître, pour être juste, que si les Athéniens supportaient plus facilement que nous la diffamation, c'est qu'ils n'avaient point, ainsi que le prouve suffisamment l'étrange liberté du théâtre d'Aristophane, cette délicatesse qui s'est développée chez les peuples modernes sous l'influence du christianisme.

Cicéron (*de Republ.* lib. IV, cap. x) fait remarquer que les Romains n'ont jamais souffert une pareille licence[1], et il cite une disposition de la loi des Douze Tables qui prononçait une peine capitale contre la diffamation publique, et spécialement contre la publication de poésies ayant un caractère injurieux : « Si quis « occentavisset, sive carmen [2] condidisset, quod infa- « miam faceret flagitiumve alteri. » Quant à l'injure verbale, *convicium*, qui se rapproche beaucoup plus de l'injure dans le sens moderne du mot, on sait qu'elle était punie de peines pécuniaires. Dans tous les textes des auteurs classiques relatifs à l'*actio injuriarum*, rien n'indique la réserve de la preuve au profit de l'auteur

[1] Voy. sur la diffamation dans le droit romain, les détails intéressants donnés par M. Grellet-Dumazeau, dans son *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*.

[2] La punition du *carmen famosum* fut étendue par la jurisprudence à tous les écrits diffamatoires (Paul, sent. v, tit. iv, § 15). De là la rubrique du titre x du XLVII^e^ livre du Digeste : *De injuriis et famosis libellis*.

de l'injure. Et cette réserve, en opposition avec l'esprit du passage de Cicéron que nous venons de citer, est également démentie par ces vers bien connus d'Horace (*Sat.* lib. II, sat. I, *in fine*) :

« Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est
Judiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
Judice condiderit laudatus Cæsare ! Si quis
Opprobriis dignum latraverit integer ipse !
Solventur risu tabulæ : tu missus abibis. »

Ces dernières expressions : *solventur risu tabulæ*, indiquent assez une absolution extraordinaire, motivée par la bonne renommée du détracteur, tandis que le plaignant avait une réputation détestable; en un mot, une exception qui ne fait que confirmer la règle. Le principe rigoureux était donc, à Rome, dans l'origine la punition de la médisance aussi bien que de la calomnie [1]. Mais les juriconsultes romains étaient trop éclairés pour ne point finir par reconnaître qu'il y a des faits dont la révélation intéresse la société. De là ce texte fameux de Paul (l. 18, pr. ff. *de injur.*) :

« Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et
« æquum ob eam rem condemnari : peccata enim no-
« centium nota esse et oportere et expedire. »

Les commentateurs n'ont point vu dans ce texte la reproduction du principe absolu posé par les lois de Solon. Ils l'ont restreint au cas où, comme le dit Vinnius (sur le § 1^er^, Inst. *de injur.*) : « Id quod objicitur
« tale est ut publice intersit illud sciri. » C'est ainsi

[1] Il faut se garder d'appliquer à la calomnie, telle que nous l'entendons aujourd'hui, les nombreux textes où il est question *de calumnia*. Ce mot était pris dans un sens tout spécial pour désigner l'action d'intenter un procès de mauvaise foi : ce qui donnait lieu à des peines sévères, tant au civil qu'au criminel (Gaïus, *Inst.* comm. IV, § 174 et suiv. Valent. et Valens, l. 7, Cod. *de calumniat.*). L'accusateur n'encourait point la peine du talion, comme *calumniator*, par cela qu'il n'avait pu prouver les faits de l'accusation, s'il avait eu de justes causes pour agir.

qu'il résulte implicitement d'un texte d'Ulpien (l. 15, § 13, ff. *de injur.*), qu'il n'y avait point injure à traiter de voleur celui qui l'était effectivement. Mais la règle primitive demeurait en vigueur pour les imputations malignes qui ne supposent point chez le diffamé une culpabilité véritable, et qui, par conséquent, n'intéressent point l'ordre général de la société. Certains interprètes maintiennent néanmoins, même dans le dernier état du droit romain, l'application générale de l'ancienne règle, qu'ils formulent en ces termes : *veritas convicii non excusat.* Ils se fondent sur un rescrit de Dioclétien, qui forme la loi 9 au Code de Justinien, *de injuriis*, et dont le commencement est ainsi conçu : « Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse « probaturus es, fides veri a calumnia te defendit. » Ils entendent ces dernières expressions comme se référant à la preuve des faits injurieux, et ils en concluent que, pour échapper à la peine de l'injure, il ne suffisait pas de prouver la vérité des allégations, il fallait établir qu'on n'avait pas eu l'intention d'insulter le réclamant. Et comme le rescrit parle ensuite de meurtre (*homicidium*), ainsi interprété il s'appliquerait évidemment même aux méfaits prévus par la loi *eum qui nocentem*, méfaits dont la révélation intéresse la société. Mais cette interprétation, repoussée par de bons esprits, donne un sens peu naturel à la décision de Dioclétien. L'idée dominante du rescrit, c'est la question de savoir si les paroles injurieuses ont été proférées sans intention, *si probaturus es non convicii consilio dixisse.* Tout porte à croire que la réponse cadre avec la question, et que ces mots *fides veri* supposent simplement que le consultant a réussi à prouver ce qui est par lui articulé, c'est-à-dire l'absence d'intention injurieuse de sa part. Nous pensons donc que cette loi n'a aucun trait à la question de la vérité ou de la fausseté des allégations diffamatoires, et qu'elle se borne à faire l'application du principe incontestable : *injuria in affectu*

consistit (voy. Ulp., l. 3, § 1^er^, ff. h. t.). Un texte bien autrement précis que celui de Dioclétien, c'est la loi 1^re^ au Code Théodosien, *de famosis libellis*, où Constantin dit formellement : « Si quando famosi libelli re- « periantur, nullas exinde calumnias patiantur ii quo- « rum de factis vel moribus aliquid continebant; sed « scriptionis auctor potius requiratur, et repertus cum « omni vigore cogatur his de rebus quas proponendas « credidit, comprobare : nec tamen supplicio, etiam si « aliquid ostenderit, subtrahatur. » On a cherché à concilier cette constitution avec la décision de Paul, en observant qu'elle ne statue que sur les libelles diffamatoires, à l'égard desquels la législation romaine, comme la législation anglaise, a toujours déployé une sévérité toute spéciale[1]. Il est plus simple de considérer, avec Godefroi, cette loi de Constantin comme une mesure de circonstance, dirigée contre certains schismatiques, qui poursuivaient de leurs diffamations les chrétiens orthodoxes. Aussi ne retrouve-t-on plus cette constitution dans le Code de Justinien, où le titre : *de famosis libellis* se compose d'une constitution unique, rendue par Valentinien et Valens, qui promet, au contraire, honneur et récompense à l'auteur du libelle qui justifiera de la vérité de ses assertions. Mais il faut toujours supposer une révélation de nature à intéresser la société : *Si quis salutis publicæ custodiam gerit*, disent les empereurs. On peut donc considérer comme ayant prévalu dans le dernier état du droit romain la distinction établie par les interprètes sur la loi *eum qui nocentem*.

60. La rude franchise des mœurs germaniques devait se rapprocher davantage de la législation athénienne. En effet, la loi salique (titre XXXII), après avoir

[1] La peine capitale prononcée par la loi des Douze Tables avait été rétablie au bas-empire, après avoir été remplacée du temps de Paul (sent. V, tit. IV, § 17) par une peine extraordinaire, qui ne dépassait point la relégation.

prévu le cas où l'on aurait adressé à autrui des injures vagues, telles que les qualifications de *renard*, de *lièvre* (*vulpiculum, leporem*), ajoute : « Si meretricem, et non « poterit adprobare; si delatorem, et non poterit ad- « probare; si falsatorem, et non poterit comprobare. » Ainsi se trouve consacré le droit de prouver les imputations ayant un caractère déterminé, même celles qui ne se rattachent qu'aux mœurs privées.

D'une autre part, notre ancienne jurisprudence s'est trouvée soumise à une influence diamétralement opposée à celle des mœurs barbares, à l'influence du droit canonique. Mus par l'esprit de charité qu'inspire le christianisme, les canonistes condamnent indistinctement la médisance aussi bien que la calomnie. Ainsi, après avoir rappelé l'interprétation généralement admise de la loi *eum qui nocentem*, Schneidewinus ajoute (*Inst. comm.* tit. IV, *de injur.*) : « Licet canonistæ te- « neant regulariter injuriantem, sive verum sive falsum « dicat, sive intersit reipublicæ sive non, teneri. » C'est cette dernière tendance qui paraît l'avoir emporté décidément dans la pratique. Sans doute, les interprètes du droit romain posaient toujours en principe la distinction puisée dans le texte de Paul ; quelques-uns même donnaient une singulière extension à la justification puisée dans l'intérêt public, en enseignant qu'il importait de divulguer, soit l'adultère, dont la répression intéresse l'ordre social, soit les maladies contagieuses, dont la propagation est éminemment à craindre [1]. Mais dans les derniers siècles, on s'en tenait généralement à l'adage : *Veritas convicii non excusat.* Ainsi, Domat, qui ne fait habituellement que reproduire les décisions des lois romaines, ne mentionne en aucune manière la loi *eum qui nocentem*, et dit simplement (*Droit public*, livre III, titre XI, § 13) : « Quoique

[1] On trouve sur ce point de curieux détails dans le livre de M. Grellet-Dumazeau, n° 560.

les paroles injurieuses ne contiennent rien qui ne soit conforme à la vérité, même publique, on n'est point exempt de la peine d'injure. » Dareau, dans le traité spécial qu'il a publié au dernier siècle sur les injures, s'exprime en ces termes (chap. Ier, sect. Ire, n° 5) : « La justice affecte sagement de regarder les imputations même les plus vraies, comme autant de calomnies, et sans s'expliquer davantage, elle les punit suivant que la vérité en est plus ou moins apparente par elle-même, sans permettre à l'accusé, si ce n'est bien rarement, de vérifier la réalité des imputations pour motif d'excuses.» En conséquence, un arrêt du 19 avril 1670 a déclaré punissable, quoique vraie, l'imputation de *faussaire* faite à un greffier; et par un arrêt du 15 décembre 1679, un particulier qui en avait appelé un autre *banqueroutier*, fut condamné, quoique le fait fût vrai, à demander pardon à l'offensé [1]. Le seul cas où Dareau autorise la preuve, c'est celui où il s'agit de faits dénoncés par un mémoire à l'autorité supérieure (*ibid.* chap. x, sect. II, n° 11), ce qui rentre jusqu'à un certain point dans la faculté d'intenter une action judiciaire, faculté qui n'a jamais pu être contestée. Enfin l'ancienne jurisprudence avait déjà consacré, à l'égard du barreau, le droit de s'exprimer avec une liberté sans laquelle le ministère de l'avocat deviendrait impossible. « Il est des espèces, » disait en 1707 l'avocat général Portal, « où l'on ne peut défendre la cause sans offenser la personne, attaquer l'injustice sans déshonorer la partie, expliquer les faits sans se servir de termes durs, seuls capables de les faire sentir et de les repré-

[1] Les injures verbales ne donnaient généralement lieu qu'à une amende et à des réparations. Quant aux libelles diffamatoires, les ordonnances de nos rois les punissaient avec une excessive rigueur. On connaît l'arrêt du 7 avril 1712, qui condamna Jean-Baptiste Rousseau à un bannissement perpétuel pour des vers scandaleux et diffamatoires à lui imputés. En vertu d'autres arrêts rendus aussi par le parlement de Paris, en 1584 et en 1586, les auteurs de libelles contre le roi furent brûlés avec leurs écrits sur les degrés du palais.

senter aux yeux des juges. Dans ce cas, les faits injurieux, dès qu'ils sont exempts de calomnie, sont la cause même, bien loin d'en être les dehors; et la partie qui s'en plaint doit plutôt accuser le déréglement de sa conduite que l'indiscrétion de l'avocat. »

64. Suivant la législation anglaise, il faut distinguer, quant à la faculté de prouver la vérité des allégations injurieuses, entre les diffamations verbales et les libelles. Dans le premier cas, la calomnie seule est punie. « Si je puis prouver, » dit Blakstone (voy. la traduction de M. Chompré, livre III, chap. VIII, avec les notes de M. Christian), « que le commerçant est un banqueroutier, le médecin un charlatan, l'homme de loi un fripon et le théologien un hérétique, les actions respectives intentées par eux seront détruites; car quoiqu'il puisse résulter de l'imputation un dommage notable, néanmoins, si le fait est vrai, il y a *damnum absque injuria;* et lorsqu'il n'y a pas d'injure, la loi n'accorde pas de réparation. » Que s'il s'agit de libelle, la preuve est également admissible, quant à l'action en dommages-intérêts, mais l'action criminelle n'admet point la preuve de la réalité des faits, cette réalité ne faisant point cesser l'atteinte portée par le libelle à la paix publique. Toutefois l'action civile est préférée dans les mœurs anglaises, parce qu'elle permet d'établir pleinement l'innocence de la personne diffamée.

62. Arrivons à notre législation moderne. Dans le droit intermédiaire, il n'y avait aucune disposition répressive, soit de la diffamation, à moins qu'elle ne dégénérât en insulte[1] (loi du 22 juillet 1791, titre II, art. 7, 3°); soit de la calomnie, à moins qu'elle ne dégénérât en faux témoignage, crime prévu par le Code pénal de 1791 comme par le Code pénal actuel, ou qu'il

[1] Nous ne parlons pas de la simple injure verbale, punie alors comme aujourd'hui de peines de simple police (Code du 3 brumaire an IV, art. 605).

ne s'agît de lettres anonymes tendant à accuser certaines personnes d'attentat contre la sûreté de l'État (décret du 6 floréal an II). Sauf ces cas exceptionnels, il ne pouvait y avoir lieu, même pour la calomnie, qu'à l'action civile, et l'on sait que nos mœurs répugnent à poursuivre une réparation purement pécuniaire des délits portant atteinte à l'honneur. « Il est résulté de là, » dit M. Faure dans l'exposé des motifs du Code pénal, « que la calomnie n'a pas été suffisamment réprimée, et que l'envie ou la haine n'ont pas craint d'attaquer la réputation des hommes les plus recommandables. Depuis longtemps on désirait que le législateur mît un frein à de tels excès. »

65. Le système du Code pénal de 1810 consistait à réprimer nominativement la seule calomnie, mais il comprenait par le fait, sous le nom de calomnie, la plus grande partie des médisances. Et en effet, l'article 368 de ce Code réputait fausse toute imputation à l'appui de laquelle la preuve légale ne serait point rapportée, et l'article 370 ne permettait d'admettre comme preuve légale que celle qui résulterait d'un jugement ou de tout autre acte authentique. Enfin les articles 372 et 373 réservaient au prévenu la faculté de dénoncer les faits imputés, s'ils étaient punissables suivant la loi, sauf à subir la peine de la *dénonciation calomnieuse*[1]; au cas où il aurait sciemment cherché à induire la justice en erreur.

Ce système manquait de franchise en ce qu'il punissait comme calomnie la divulgation de faits, même notoires (art. 368), s'ils n'étaient pas légalement prouvés. D'autre part, il allait trop loin, en ce qu'il ne distinguait pas entre les actes authentiques destinés à la publicité et ceux qui doivent demeurer secrets, ainsi que le disait au conseil d'État le comte de Ségur, en demandant la

[1] Ici la qualification de *calomnieuse* s'entendait et s'entend encore dans le même sens que la *calomnie* du droit romain.

répression de la simple médisance : « La loi ne doit pas souffrir qu'on produise les actes de l'état civil pour révéler la honte d'une malheureuse qui a eu un moment de faiblesse. » Trop large quant à la preuve des faits de la vie privée, la législation de 1810 était, au contraire, d'une rigueur intolérable en ce qui concerne les actes des fonctionnaires publics. Il n'était point permis de signaler les malversations, les concussions, les abus de pouvoir les plus évidents, si l'on ne pouvait accomplir la condition véritablement dérisoire d'en justifier par acte authentique. Et c'est cependant pour les faits de cette nature que l'on doit dire avec Paul : « peccata nocentium nota esse et expedire et opor- « tere. » On reconnaît là d'une manière bien sensible les tendances ombrageuses du gouvernement impérial, peu favorable à la liberté de la presse.

64. Une importante réforme a été opérée dans cette matière par la législation de 1819. La loi du 17 mai 1819 (art. 13) qualifie, nous l'avons déjà dit, de *diffamation* toute imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur et à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Toutefois la diffamation, suivant l'étymologie même de ce mot, suppose la publicité : en conséquence, l'imputation la plus précise, par cela seul qu'elle n'est point publique, est considérée comme une injure de la nature la moins grave et punie de peine de simple police [1] (*ibid.* art. 13 ; C. pén. art. 375, 376). Mais en pareille hypothèse l'injure diffamatoire, comme l'injure proprement dite (n° 57), exclut la preuve

[1] Toute peine même cesserait si l'injure avait été provoquée (C. pén. art. 471, 11°). Dareau (*Traité des injures*, chap. X, sect. II, n° 13) voulait que la provocation, en cas d'injures verbales, permît d'établir que les faits allégués étaient notoires ou du moins prouvés par écrit. Aujourd'hui, en dehors des cas prévus par l'article 471 du Code pénal, la provocation, sans rien changer aux règles sur la preuve, pourrait seulement être considérée comme une circonstance atténuante.

de la vérité des faits injurieux, même lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire public; car, s'il est permis de critiquer la conduite des agents de l'autorité, c'est seulement lorsqu'on le fait d'une manière ouverte et loyale. Il faut donc supposer une diffamation publique pour qu'il y ait lieu, soit à appliquer les peines édictées contre la diffamation, soit à examiner si le prévenu doit être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires. En ce qui touche cette grave question de l'admissibilité de la preuve, la législation de 1819 établit une ligne de démarcation bien tranchée entre les faits de la vie privée et ceux qui concernent les personnes ayant agi dans un caractère public. Parlons d'abord de la diffamation purement privée, qui donne lieu à de moins graves difficultés.

65. A cette diffamation s'applique dans toute sa force l'article 20 de la loi du 26 mai 1819, portant: « Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires. » Ce système, après tout, est le plus conforme à nos mœurs[1]. « Malgré toute l'attention la plus scrupuleuse sur soi-même, » dit Dareau (*Traité des injures*, chap. 1er, sect. 1re, n° 4), « il n'est personne qui ne succombe quelquefois à des faiblesses particulières, personne à qui l'on ne puisse faire des imputations mortifiantes. L'intérêt de la société exige donc que l'on demeure tranquille sur la conduite de son semblable, et qu'on songe à sa propre réputation sans déchirer celle d'autrui. » Il n'est donc plus permis aujourd'hui de révéler des méfaits ou des malheurs privés, lors même qu'ils sont constatés de la manière la plus authenti-

[1] Il n'a cependant pas été professé d'une manière aussi absolue qu'on le pense généralement par l'illustre Royer-Collard, lors de la discussion de la loi du 26 mai 1819. L'orateur n'a point professé, comme son opinion personnelle, la doctrine que *la vie privée doit être murée*. Il a seulement dit, en constatant la théorie de la loi (ch. des députés, 28 avril 1819): « Voilà la vie privée *murée*, si je puis me servir de cette expression; elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons. »

que. Ainsi, le tribunal correctionnel de la Seine, le 17 décembre 1831, a jugé diffamatoire la qualification de *vieux forçat* donnée à un individu pour rappeler la condamnation aux travaux forcés qu'il avait subie : l'intérêt social défend de rouvrir de pareilles plaies, qu'il importe, au contraire, de cicatriser. Ainsi, suivant la doctrine professée par le rapporteur de la loi du 17 mai 1819, l'allégation malicieuse de pertes éprouvées par un négociant peut être poursuivie comme portant atteinte, sinon à son honneur, du moins à sa considération.

On voit combien est large le système de la législation actuelle. Il ne faudrait cependant pas en exagérer la portée, et autoriser, par exemple, l'action en diffamation contre celui qui appelle *voleur* l'homme qui vient d'être condamné pour vol, ou *courtisane* la femme inscrite sur les registres de la police[1]. Telle n'était point la pensée des auteurs de la loi du 17 mai, qui ont voulu, suivant l'exposé des motifs présenté par M. de Serre, empêcher la divulgation « des faits dont la publication causerait un dommage réel, fussent-ils d'ailleurs vrais. » S'ils n'ont point reproduit la disposition de l'article 367 du Code pénal quant aux faits *dont la loi autorise la publicité*, c'est qu'ils ont craint qu'on n'en abusât pour révéler malicieusement des condamnations expiées, contrairement à la doctrine de Vinnius (sur le § 1^er^, Inst. *de injur.*), et à l'ancienne pratique (n° 60). Mais ils n'ont pu considérer comme diffamation l'allégation de faits d'une évidence palpable, tels que ceux que nous venons de signaler. Suivant les principes généraux du droit pénal, rappelés lors de la discussion de 1819, la diffamation, comme tout délit caractérisé, suppose tout à la fois l'intention de nuire et le dommage causé à autrui. Or, la qualifi-

[1] C'est seulement aux femmes d'une vertu équivoque qu'il est défendu d'adresser pareille qualification, suivant l'ancien adage : « Mulieri quæ « non palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum « actio adversus eum qui eam meretricem vocavit.»(Boerius, decis. 125.)

cation de voleur, par exemple, adressée à un homme condamné pour vol, n'est de nature à lui occasionner aucun préjudice. C'est en ce sens que M. de Serre disait (même exposé de motifs) : « Il n'y a point diffamation, suivant la définition de la loi pénale, à répéter un fait généralement notoire, et bien moins lorsque cette notoriété prend sa source dans la publicité des actes de l'autorité. » Ajoutons enfin que, dans le cas même où il y a diffamation punissable, la vérité ou la fausseté des faits imputés est loin d'être une circonstance indifférente, ainsi que l'a reconnu M. de Broglie dans son rapport à la chambre des pairs sur la loi du 17 mai ; lorsque les juges seront intimement convaincus qu'il y a calomnie, ils appliqueront le maximum des peines légales, un an d'emprisonnement et deux mille francs d'amende, tandis qu'une médisance légère sera seulement passible d'une amende de vingt-cinq francs (loi du 17 mai 1819, art. 18).

Au surplus, le législateur de 1819, comme celui de 1810, réserve à l'auteur de l'imputation la faculté de dénoncer les faits punissables selon la loi, et cette dénonciation une fois formée, il est sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation (loi du 26 mai 1819, art. 25). Ce n'est point ici seulement l'application du principe de droit commun, suivant lequel l'exercice de l'action civile se trouve suspendu par celui de l'action publique (C. d'instr. crim. art. 3). Lors même que le ministère public déclarerait ne point vouloir donner suite à la dénonciation, le prévenu, par cela seul qu'il se porte dénonciateur, se place sous l'empire du principe qui a dicté la loi *eum qui nocentem*, et s'il s'expose à encourir la peine de la dénonciation calomnieuse, il a, par contre, l'avantage de ne pouvoir être poursuivi pour simple diffamation. C'est ce qui résulte du texte général et absolu de l'article 25 de la loi du 26 mai 1819, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, le 8 décembre 1837 et le 5 juillet 1844.

66. Arrivons à ce qui concerne la vie publique. Il importe de distinguer, à cet égard, le cas où l'exercice soit des droits constitutionnels, soit de la libre défense devant les tribunaux, entraîne immunité complète pour les discours et écrits, quel que soit d'ailleurs le plus ou moins de vérité des faits allégués; et le cas où le prévenu est admis à se justifier en établissant la vérité de ces faits.

67. Sous le premier point de vue, ni les discours tenus dans les assemblées législatives, ni les rapports ou pièces publiés par ordre de ces assemblées ne sauraient donner lieu à aucune action, sauf, en cas d'excès, l'exercice du pouvoir disciplinaire confié au président. Il en est de même, par voie de conséquence, des comptes rendus des séances de ces assemblées, s'ils sont faits de bonne foi[1] (loi du 17 mai 1819, art. 21 et 22). La même immunité ne s'étend pas aux délibérations des conseils généraux, d'arrondissement et municipaux. Ces délibérations, ayant pour objet des intérêts d'un ordre plus positif, n'admettent point les récriminations passionnées que la liberté de discussion nous oblige à tolérer dans les débats purement politiques : c'est ce qu'a jugé la cour de cassation, notamment par arrêts du 8 novembre 1844 et du 17 mai 1845. Quant aux réunions préparatoires où les électeurs examinent les titres des candidats, il est certain qu'aucun texte n'accorde d'immunité absolue aux discours qui y sont prononcés. Mais ce serait évidemment mettre obstacle au plein et entier exercice du droit électoral, que de ne point admettre au sein de ces réunions la discussion de toutes les circonstances défavorables aux

[1] Aux termes de la constitution de 1852 (art. 24 et 42), les séances du sénat ne sont pas publiques, et le compte rendu des séances du corps législatif par les journaux ou tout autre moyen de publication ne peut consister que dans la reproduction du procès-verbal dressé par les soins du président du corps législatif (voy. pour la sanction de cette prohibition, le décret du 17 février 1852, art. 14, 16 et 18).

candidats qui s'y présentent : la liberté de l'éloge emporte celle du blâme. Tant pis pour le commerçant failli auquel on reproche les pertes subies par ses créanciers, pour le condamné dont on vient à révéler les antécédents judiciaires! Ils n'avaient qu'à ne point se découvrir, en quelque sorte, en venant se présenter aux suffrages de leurs concitoyens. Il en serait autrement des allégations qui ne s'attaqueraient point directement à la personne du candidat, comme si l'on diffamait sa femme ou sa fille; alors le droit commun reprendrait son empire.

Une immunité plus ancienne (n° 60) est celle qui est accordée au barreau, sauf l'exercice de pouvoir disciplinaire du tribunal saisi, pouvoir correspondant à celui du président d'une assemblée législative vis-à-vis des membres de cette assemblée. La législation de l'empire, peu favorable aux avocats, avait réservé l'action contre eux en cas de *calomnie grave* (C. pén. art. 377). Celle de 1819, plus libérale, ne fait de réserve qu'en ce qui concerne soit les faits diffamatoires étrangers à la cause, soit le droit des tiers (loi du 17 mai 1819, art. 23). Les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de cette disposition n'ont point trait à notre sujet.

68. Arrivons à l'hypothèse qui a donné lieu aux questions les plus délicates, à celle où le prévenu est admis à la preuve. Le siége de la matière est l'article 20 de la loi du 26 mai 1819, ainsi conçu :

« Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre des dépositaires ou agents de l'autorité, ou contre toutes personnes ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leurs fonctions. Dans ce cas, les faits pourront être prouvés par-devant la cour d'assises par toutes les voies ordinaires, sauf la preuve contraire par les mêmes voies. La preuve des faits imputés met l'auteur de l'imputation à l'abri de toute peine, sans préjudice des peines prononcées contre toute injure qui ne serait

pas nécessairement dépendante des mêmes faits. »

Il est bien entendu, ainsi que l'indique suffisamment le texte, que la faculté de la preuve s'attache à la nature des actes et non à la qualité des personnes; que dès lors la vie privée des fonctionnaires est protégée contre la diffamation aussi bien que celle des particuliers, mais que le particulier agissant dans un caractère public, fût-ce un simple garde national, est considéré comme fonctionnaire. Cette distinction était également importante sous l'empire de la législation de 1819 en ce qui touche la compétence, la diffamation relative aux faits de la vie publique étant jugée par la cour d'assises, du moins lorsqu'elle était commise par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication; tandis que la diffamation purement privée a toujours été jugée par les tribunaux correctionnels (loi du 26 mai 1819, art. 13 et 14).

69. Cette double garantie de la faculté de la preuve et de la compétence du jury accordée à la liberté de la presse n'a point été facilement acceptée par les fonctionnaires publics. D'abord réagissant contre le mouvement libéral qui avait amené la législation de 1819, la loi du 25 mars 1822 (art. 17 et 18) rétablit la juridiction correctionnelle pour toute diffamation, et défendit de jamais établir par témoins la réalité des faits diffamatoires : système un peu plus large que celui du Code pénal, puisqu'il n'exige point un acte authentique (voy. n° 63), mais qui pour bien des faits, dont on ne peut administrer la preuve par écrit, rend illusoire la faculté de la preuve. Puis, lorsque le système de 1819 eut été remis en vigueur par l'article 5 de la loi du 8 octobre 1830, sans attaquer directement ce système, on a cherché à l'éluder.

Afin de soustraire à la compétence du jury l'action en diffamation à raison d'attaques dirigées contre les fonctionnaires par la voie de la presse, on a invoqué le principe consacré par le Code d'instruction crimi-

nelle (art. 3), qui permet d'exercer l'action civile, au choix de la partie, soit devant le jury saisi de l'action publique, soit séparément. Or, a-t-on dit, la diffamation étant un fait préjudiciable au fonctionnaire (C. civ. art. 1382), donne ouverture pour lui à une action civile; cela est si vrai que la loi du 26 mai 1819 elle-même (art. 29) fixe à six mois la prescription de l'action publique, et à trois ans la prescription de l'action civile contre les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. En conséquence, la cour de cassation décidait par de nombreux arrêts, que le fonctionnaire diffamé peut, au lieu de saisir la cour d'assises, s'adresser aux tribunaux civils pour réclamer des dommages-intérêts. Et comme les magistrats de la cour d'assises représentent la juridiction civile, la même cour jugeait, par application des règles de la procédure pénale (C. d'instr. crim. art. 358 et 359), qu'après un verdict affirmatif du jury, la cour, faisant droit sur l'action civile, est fondée à allouer au plaignant des dommages-intérêts, et même à prononcer la suppression de l'écrit. Si telle est la conséquence des principes généraux du droit pénal, il faut avouer qu'une pareille jurisprudence se trouvait en opposition manifeste avec la volonté manifestée par le législateur lors de la discussion de 1819, de n'attribuer à la magistrature que la connaissance de la diffamation privée, ou du moins de la diffamation verbale, et de réserver à une juridiction ayant un caractère plus libéral, à celle du jury, la connaissance des diffamations relatives à la vie publique, lorsqu'elles étaient commises par un mode quelconque de publication. Ce conflit entre les principes généraux de la pénalité et l'esprit de la législation spéciale se compliquait encore par les difficultés d'application que présentait le système admis par la jurisprudence. L'action civile, même portée devant les tribunaux civils, devait comporter la faculté pour le prévenu de prouver la vérité des faits allégués.

Mais comment administrer cette preuve? L'enquête non publique devant un juge commissaire n'offrant point au prévenu les mêmes garanties que l'enquête publique devant la cour d'assises, telle qu'elle était organisée par la loi du 26 mai (art. 21 et 22), on en venait à décider qu'il fallait faire une enquête sommaire à l'audience. Il y avait dans tout cela bien de l'arbitraire, et les systèmes, plus ou moins ingénieux, imaginés par les auteurs pour résoudre le problème, ne faisaient que rendre plus sensible la nécessité de l'intervention du législateur. Or, tandis que la cour de cassation, contrairement aux conclusions du procureur général, persévérait dans sa jurisprudence, peu favorable à la liberté des écrivains, les événements de 1848 donnèrent gain de cause à la presse, et la question de compétence fut tranchée en sa faveur par un décret du gouvernement provisoire, en date du 23 mars 1848[1], ainsi conçu :

« Les tribunaux civils sont incompétents pour connaître des diffamations, injures ou autres attaques dirigées par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication contre les fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu d'un caractère public, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité. Ils renvoient devant qui de droit toute action en dommages-intérêts fondée sur des faits de cette nature. — L'action civile résultant de délits commis par la voie de la presse ou par toute autre voie de publication contre les fonctionnaires ou contre tout citoyen revêtu d'un caractère public, ne

[1] Les articles 83 et 84 de la constitution de 1848 étaient conçus dans le même esprit. Le projet de constitution allait plus loin, il attribuait au jury la connaissance de tout délit commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. Mais il n'y avait point un intérêt sérieux à soumettre au jury les questions de diffamation purement privée, où la preuve des faits diffamatoires n'est point admise. Aussi la législation de 1849 avait-elle été implicitement maintenue par le renvoi que faisait l'article 83 aux lois organiques pour déterminer la compétence en matière de délits d'injures et de diffamation contre les particuliers.

pourra, dans aucun cas, être poursuivie séparément de l'action publique. Elle s'éteindra de plein droit par le seul fait de l'extinction de l'action publique. »

Il importe de remarquer néanmoins que le législateur de 1848 n'avait point consacré l'opinion absolue qui allait jusqu'à supprimer l'action civile. Cette action n'était point détruite; seulement, elle devait être portée devant la cour d'assises, qui se trouvait alors directement saisie en vertu de la plainte de la partie lésée : autrement, cette partie eût été exposée à un véritable déni de justice. Il est demeuré constant que le plaignant peut obtenir des dommages-intérêts, lors même que l'on a résolu négativement la question de culpabilité; car il peut y avoir une calomnie assez blâmable pour donner lieu à des réparations civiles, sans être assez grave pour entraîner une condamnation pénale.

Aujourd'hui la constitution de 1852 n'a point reproduit les dispositions de la constitution précédente en faveur de la liberté de la presse, et notamment celle qui, transformant le jury en juridiction civile, l'appelait seul, pour les faits ou délits de presse, à statuer sur les dommages-intérêts (const. de 1848, art. 84). Le régime actuel, qui tend, au contraire, à entourer les fonctionnaires publics d'une protection toute spéciale, devait avoir pour conséquence logique le rétablissement, en cette matière, de la la législation de 1822 (n° 69). Aussi le décret du 13 février 1852 vient-il de supprimer de nouveau (art. 28) la faculté de prouver par témoins la réalité des faits diffamatoires, en même temps qu'il a rétabli (art. 25) pour tous les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, la compétence des tribunaux de police correctionnelle, abolie d'abord en 1819, puis en 1830.

70. Telles sont les règles sur la preuve des faits diffamatoires en ce qui touche l'action civile intentée à raison de la diffamation commise par un mode quel-

conque de publication. Mais que faut-il décider quant à la diffamation commise également contre des fonctionnaires, mais purement verbale? La connaissance en appartient évidemment à la juridiction correctionnelle, aux termes de l'article 14 de la loi du 26 mai 1819. Mais la juridiction correctionnelle devait emporter pour le prévenu l'interdiction de faire la preuve. C'est ce qu'a décidé constamment la cour de cassation, même sous l'empire de la législation de 1848, qui avait donné une nouvelle sanction au principe de la libre discussion des actes de l'autorité (voy. arrêts des 31 janvier, 9 mars et 12 août 1850). Cette jurisprudence se fonde principalement sur un argument *a contrario*, tiré des articles 20 et suivants de la loi du 26 mai, articles qui n'organisaient la preuve des faits diffamatoires que devant la cour d'assises; ce qui semblait exclure cette preuve devant la juridiction correctionnelle. Mais il est facile de répondre à cet argument, en se reportant à la discussion de 1819, où l'on trouve l'origine de ces deux dispositions, relatives, l'une à la preuve, l'autre à la juridiction compétente. Les articles 20 et suivants appartiennent au système du projet de loi, tel qu'il avait été présenté à la chambre des députés, aux termes duquel tout délit de diffamation devait être jugé par la cour d'assises. Ce fut après coup seulement, et par suite d'un amendement, que fut introduit dans la loi l'article 14, tendant à soumettre aux tribunaux correctionnels non-seulement la diffamation contre les particuliers, à l'égard de laquelle la preuve n'était évidemment point admise, mais la diffamation verbale envers les fonctionnaires publics. Quel était le motif de cette innovation? évidemment, de ne point surcharger le jury, en l'appelant à juger de simples propos, qui rentraient naturellement dans la compétence des tribunaux correctionnels. Rien n'indique d'ailleurs dans la discussion l'intention de faire une distinction, en ce qui concerne la preuve, contraire-

ment au texte général de l'article 20 : « Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre des dépositaires ou agents de l'autorité. » Il est vrai qu'on s'est préoccupé de la liberté de la presse, mais ce n'a point été la pensée principale des auteurs de la loi de 1819; ce qu'ils ont voulu surtout, c'est autoriser la libre censure des actes de l'autorité, sans distinguer entre les moyens par lesquels s'opérait cette censure. C'est ainsi que, dans la séance du 27 avril 1819, Royer-Collard, après avoir rappelé que, dans le système de la loi, la vie privée était murée, ajoutait : « Si vous muriez la vie publique, vous reconnaîtriez que la puissance publique est le domaine du fonctionnaire, un champ qu'il peut labourer comme il lui plaira, sans que le champ puisse murmurer, puisqu'il est la propriété de celui qui le laboure. » Eh bien! le droit de *murmurer* n'emporte-t-il pas celui d'attaquer, même verbalement, les actes des fonctionnaires? Nous pensons donc que la prèuve des faits diffamatoires, dans l'espèce, doit être également admise devant la juridiction correctionnelle; ce qui fait d'autant moins de difficulté aujourd'hui, qu'aux termes de l'article 28 du décret du 17 février 1852, les faits diffamatoires ne peuvent plus être prouvés par témoins, et qu'ainsi se trouvent levées les difficultés qui faisaient naître l'administration de la preuve testimoniale devant les juges correctionnels. Ajoutons, en terminant, qu'il ne faut pas donner à notre opinion une portée qu'elle ne comporte pas, en supposant que nous autorisons la preuve de la vérité des faits articulés dans toute attaque verbale dirigée contre les agents de l'autorité. Toutes les fois qu'il y a outrage fait publiquement d'une manière quelconque à un de ces agents à raison de ses fonctions ou de sa qualité, par exemple, lorsqu'un magistrat a été insulté sur son siége, l'auteur de l'outrage tombe sous le coup d'une pénalité spéciale, établie par l'article 6 de la loi

du 25 mars 1822, et il ne peut se justifier au moyen d'une preuve quelconque. Nous ne sommes dans les termes de la législation spéciale sur la diffamation, qu'autant que les imputations dirigées contre le fonctionnaire n'ont été accompagnées d'aucune expression injurieuse, d'aucun terme de mépris, d'aucun geste de nature à les faire dégénérer en outrage. Aussi faut-il reconnaître qu'en fait, dans plusieurs des espèces où la jurisprudence a refusé d'admettre la preuve, il y avait de justes motifs pour ne point l'autoriser, aux termes de la loi de 1822, quelque interprétation que dût recevoir d'ailleurs celle du 26 mai 1819.

PREMIERE PARTIE.

EXPÉRIENCE PERSONNELLE.

74. Les cas où le juge prend connaissance par lui-même des faits à vérifier, doivent être assez limités. Presque toujours les événements sur lesquels roule le litige, se seront passés en dehors de l'enceinte où il siége, et dès lors il ne pourra prononcer que sur la foi d'autrui, ou en se guidant par des présomptions. Il est vrai qu'il peut très-bien avoir été témoin comme homme des événements qu'il est appelé à apprécier comme juge. Mais alors peut-il se décider d'après ses connaissances personnelles, en dehors de ce qui lui est révélé par l'instruction? On serait tenté, au premier coup d'œil, d'adopter l'affirmative. La vérité est une, dira-t-on; pourvu que nous ayons l'intime conviction de l'avoir saisie, peu importe par quels moyens cette conviction nous est parvenue. Mais le juge peut-il contrôler son propre témoignage? Peut-il se détacher de lui-même, pour sonder les motifs d'intérêt, d'affection, de préoccupation, qui auront influencé, même à son insu, son opinion sur tel ou tel fait? Les plus graves autorités reconnaissent que, même dans le for intérieur, le juge est tenu de rendre sa décision, non d'après ce qu'il sait comme homme, mais d'après ce qu'il a appris comme juge. « Quum judicium ad judices « spectet, » dit Thomas d'Aquin (sec. sec. part., quest. 67, art. 2), « non secundum privatam, sed secundum publi-

« cam potestatem oportet eos judicare, nec secundum « veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, « sed secundum quod ipsis ut personis publicis, per « leges, per testes, per instrumenta et per allegata et « probata, res innotuit. » La cour de Riom a appliqué cette doctrine, le 3 novembre 1809, au genre de causes qui semble laisser au tribunal le pouvoir discrétionnaire le plus absolu, aux matières commerciales.

Mais faire ainsi abstraction de ses propres souvenirs est une tâche bien rude pour la faiblesse humaine. Les faits que nous croirons examiner avec la plus scrupuleuse impartialité, ne nous apparaîtront plus qu'à travers le prisme d'une première impression favorable ou défavorable. Le meilleur parti à prendre en pareil cas pour un juge ou pour un juré, c'est de se récuser. Cette voie est tracée du reste par l'article 257 du Code d'instruction criminelle, qui défend au juge d'instruction et aux conseillers qui ont voté sur la mise en accusation de siéger à la cour d'assises. C'est ainsi encore que l'article 392 du même Code ne permet pas à celui qui a été officier de police judiciaire, témoin, expert, ou partie, de remplir les fonctions de juré, à peine de nullité. La loi veut un esprit vierge de toute impression puisée en dehors des débats [1]. C'est donc un devoir impérieux que celui de s'abstenir en pareille circon-

[1] La pratique anglaise a été longtemps dans un tout autre sens. On désirait au contraire que les jurés eussent des connaissances spéciales sur les faits en litige. Aussi les prenait-on dans le voisinage, *de vicineto*. Cette pratique n'a été abolie que du temps de la reine Anne, en matière civile, et que de nos jours, en matière criminelle. Cette ancienne organisation, qui rapprochait les jurés des témoins, est expliquée en ces termes par M. Reeves, dans son histoire de la loi commune (passage traduit par M. Cherbuliez dans un article sur le jury, *Revue de législation*, août 1851): « Le jury, tel qu'il existait dans l'origine, différait essentiellement de ce qu'il est aujourd'hui. Aujourd'hui, les jurés sont juges suprêmes des procès; ils fondent leur conviction sur des preuves orales ou écrites, produites devant eux; et leur verdict est, en fait, un véritable jugement. Les anciens jurés, au contraire, n'étaient pas appelés à apprécier les faits de la cause comme magistrats : ces faits n'étaient pas même débattus devant eux. Ils n'étaient que témoins, et le verdict n'offrait que

stance. Que s'il était trop tard pour le faire, la lettre de la loi ne prononçant aucune nullité, il faudrait bien juger; mais alors, en matière criminelle du moins, cette position exceptionnelle devrait tourner au profit de la partie qui est poursuivie. Si le juré, d'après ses connaissances extrajudiciaires, croit l'accusé coupable, il ne le déclarera pas tel, à moins que la preuve des faits ne résulte des débats; si, au contraire, d'après ces mêmes connaissances, il l'estime innocent, l'*intime conviction* qu'exige l'article 342 du Code d'instruction criminelle, ne pourra se former dans sa conscience, et il devra voter pour l'acquittement [1]. Dans les causes civiles, où les intérêts des deux parties sont également sacrés, on ne pourrait sans injustice suivre cette marche trop défavorable au défendeur; le juge devrait s'efforcer de ne tenir compte que des renseignements produits à l'audience. Le plus sûr, nous le répétons, est de prévenir ces graves embarras, en obéissant à l'esprit de la loi, c'est-à-dire en se récusant dès le principe.

72. En voilà assez sur la connaissance personnelle des faits que le juge aurait pu acquérir en dehors de ses fonctions. Occupons-nous maintenant des cas où il perçoit les faits lui-même, mais comme juge. C'est ce qui arrive notamment, lorsqu'il opère une descente sur

le résultat de leur témoignage, régulièrement, mais exclusivement invoqué pour constater les faits litigieux. Ainsi, un jugement au moyen du jury n'était, à vrai dire, qu'une enquête; les jurés n'étaient distingués des autres témoins que par le serment qu'ils devaient prêter, par leur nombre limité, par le rang que la loi leur assignait, par la qualité de tenanciers dans les divers degrés de la hiérarchie territoriale, et par l'influence qui en résultait »

[1] Ce que nous disons du juré n'est pas toujours applicable au juge correctionnel, qui est souvent lié par des règles spéciales. Ainsi, deux arrêts de cassation (du 24 mars 1833 et du 9 août 1838) ont jugé avec raison que, lorsqu'une convention est constatée par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, les juges ne peuvent relaxer les prévenus en se fondant sur le seul motif de la connaissance personnelle qu'ils auraient des faits (n° 504).

les lieux, en matière civile; lorsqu'il visite les lieux et constate le corps du délit, en matière criminelle.

PREMIÈRE SECTION.

DESCENTE SUR LES LIEUX.

73. Ce n'est qu'en matière civile que la loi a prévu et réglé les descentes sur les lieux; nous verrons toutefois qu'elles sont également admissibles au criminel.

1° En matière civile.

74. Au civil, il s'agit quelquefois d'apprécier un état de choses actuellement existant, par exemple, la mitoyenneté de tel mur, ou la position de telle borne. Quel est le meilleur moyen, en pareil cas, de s'assurer de la vérité? c'est de se transporter en personne sur le terrain litigieux, afin de voir par soi-même, de se mettre en contact avec la réalité :

> « Segnius irritant animos demissa per aurem,
> « Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.... »
>
> Horace.

75. Dans les justices de paix, le juge même qui doit prononcer se transporte sur les lieux, et peut y rendre sa sentence sans désemparer (C. de proc. art. 42). Devant les tribunaux d'arrondissement, on ne peut suivre cette marche, à raison des embarras et des frais qu'entraînerait le déplacement du tribunal en masse; il devient indispensable de déléguer un juge-commissaire (*ibid.* art. 295). Toutefois il y a des exemples, dans l'ancien et dans le nouveau droit, de visites faites sans frais par un tribunal tout entier, chaque membre désirant prendre personnellement connaissance des faits. Le zèle dont les juges ont fait preuve en de semblables occasions est louable, sans doute, mais à une condition, c'est que le jour de la visite soit indiqué à l'avance, et les parties mises en demeure de présenter leurs obser-

vations. S'il en était autrement, les intentions généreuses des juges pourraient devenir un piége pour tel plaideur, qui n'aurait pas été appelé à fournir des renseignements, en l'absence desquels les faits ne sauraient apparaître sous leur vrai jour. Il faut donc appliquer devant toutes les juridictions l'article 41 du Code de procédure, aux termes duquel le lieu contentieux doit être visité par le juge de paix *en présence des parties*. Ce n'est pas qu'un magistrat ne puisse individuellement, et hors de l'exercice de ses fonctions, faire une visite purement officieuse, s'il croit cette démarche utile pour éclairer sa décision; mais alors la visite ne doit pas être mentionnée dans le jugement. Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Un arrêt de cassation du 16 janvier 1839 a annulé le jugement d'un tribunal civil motivé sur une visite de lieux, faite, *proprio motu*, hors la présence des parties; par des membres de ce tribunal. « Attendu que cette visite, purement officieuse, faite hors la présence des parties.... n'a pu devenir un élément légal de décision, soit à l'égard du tribunal entier qui n'a pas été éclairé par un rapport régulier et contradictoire, soit à l'égard des parties qui n'ont pu ni contrôler l'opération et débattre ses résultats, ni exercer, le cas échéant, le droit de récusation que l'article 383 du Code de procédure leur donnait contre le juge chargé de cette visite. »

76. La voie de la descente sur les lieux est avantageuse toutes les fois qu'il s'agit de faits apparents, qui n'exigent pas de connaissances spéciales. C'est ainsi que l'article 38 du Code de procédure l'autorise expressément dans les actions possessoires, telles que celles pour déplacement de bornes, usurpation de terre, haies, fossés, etc. Mais, lorsque les éléments matériels ne sont que des données que l'on ne saurait mettre en œuvre sans posséder certaines lumières, comme s'il s'agit de la rescision de la vente d'un immeuble pour cause de

lésion, la voie de l'expertise est préférable, et c'est aussi celle qu'indique la loi dans l'espèce (C. civ. art. 1678). Nous lisons, à cet égard, dans l'article 295 du Code de procédure : « Le tribunal pourra, dans le cas où il le croira nécessaire, ordonner que l'un des juges se transportera sur les lieux ; mais il ne pourra l'ordonner dans les matières où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, s'il n'en est requis par l'une ou par l'autre des parties. » Cet article n'ajoute pas, comme le faisait l'ordonnance de 1667, titre XXI, art. 1^er^ : *à peine de nullité et de tous dépens, dommages et intérêts*. La seconde de ces sanctions, vivement critiquée par le président de Lamoignon, comme offensante pour les juges, était peut-être nécessaire dans un temps où, les visites produisant des vacations fort avantageuses, une déplorable cupidité tendait à les multiplier sans motif. Il n'y a plus à réprimer de pareils abus, aujourd'hui qu'elles ne donnent lieu qu'à un simple remboursement de frais[1]. La seule sanction que l'on pourrait croire maintenue, c'est celle de la nullité. Mais, lorsque la descente a eu lieu avec l'accomplissement des formalités voulues par la loi, même sans la réquisition des parties, là où un rapport d'experts eût pu suffire, on ne voit pas pourquoi il serait interdit au tribunal de tenir compte de cette opération, si elle est de nature à l'éclairer, en n'en faisant pas supporter les frais au plaideur qui succombe. La nullité n'est pas prononcée par l'article 295,

[1] Il convient de suivre à cet égard les bases fixées par les articles 88 et 89 du décret de 1811 sur les frais en matière criminelle. En justice de paix, les frais sont fixés par le tarif (art. 8); mais, quelque utile que soit la visite, il n'est rien alloué, s'il n'y a eu, de la part de l'une des parties, une réquisition, qui doit être mentionnée (même art. *nota*). A Genève, les frais de visite sont payés par le trésor (loi du 29 septembre 1819, art. 230), ce qui a peu d'inconvénients, vu la rareté des procès. D'ailleurs les descentes sur les lieux sont vues avec beaucoup de faveur dans ce pays, où elles sont une sorte d'institution nationale. Il y avait en effet autrefois à Genève un *tribunal des visites*, dont le ministère n'était point facultatif, mais obligatoire, et il paraît qu'on n'avait qu'à se louer du résultat de ses opérations.

et cette nullité serait sans but, puisque les parties qui ont pu concourir à l'opération n'ont souffert aucun grief. Cette solution est du reste incontestable en ce qui touche le juge de paix, à l'égard duquel il ne s'agit évidemment que d'une question de tarif (Tarif civil, art. 8, *nota*). La visite ne doit, suivant nous, être annulée que si elle a eu lieu, ainsi que nous l'avons déjà supposé plus haut, sans que les parties fussent légalement sommées d'y assister (C. de proc. art. 297); mais alors c'est pour un autre motif, c'est que le principe de la libre défense des parties a été violé. La marche tracée par la loi pour cette procédure n'offre du reste aucune particularité qui mérite d'être signalée.

2° En matière criminelle.

77. Le Code d'instruction criminelle n'a pas tracé de règles relativement à la descente sur les lieux, ainsi que l'avait fait le Code de procédure; faut-il en conclure que la descente sur les lieux n'est admissible qu'au civil? Ce serait supposer que le silence de la loi suffit pour faire rejeter un genre de preuve qui n'est pas littéralement prévu. Nous nous attacherons, au contraire, à cette idée raisonnable que, toutes les fois qu'un mode de vérification peut être utile, on doit l'admettre, par cela seul qu'il n'est pas prohibé. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la pratique, pour ce qui concerne la visite des lieux. Mais on décide en même temps que, bien qu'aucune forme n'ait été prescrite en matière criminelle, l'existence d'un jugement préalable, qui appelle les parties à assister à l'opération, doit être considérée comme substantielle. Ainsi, la cour de cassation a autorisé (rej. 22 mai 1834) une vérification faite publiquement, mais hors de la salle d'audience, par la cour et les jurés, en présence de l'accusé et de son défenseur; elle a, au contraire, annulé (cass. 5 septembre 1828) une condamnation

prononcée à la suite d'une visite des lieux faite par le jury officieusement, sans qu'il fût accompagné de l'accusé. Si jamais une partie a droit à présenter ses dires et observations dans toutes les phases de la procédure, c'est lorsqu'elle est soumise à des poursuites criminelles. Et ce principe n'est pas particulier, du reste, aux cours d'assises, la jurisprudence l'a appliqué avec raison même aux matières de simple police (cass. 10 juin 1830).

Mais il faut observer que l'inspection des lieux sera rarement au criminel, ce qu'elle est souvent au civil, un moyen complet de résoudre la question. Cela ne peut guère arriver que pour certaines contraventions dont l'état des lieux manifeste clairement l'existence, par exemple, le défaut de balayage, ou l'encombrement de la voie publique par le dépôt de matériaux (C. pén. art. 471). Habituellement on ne pourra y puiser que des indices de nature à mettre sur la trace de la vérité, ou du moins des renseignements de nature à éclairer l'exposition des faits [1]. Dès lors la descente perd beaucoup de son importance, puisqu'elle n'est plus qu'une preuve au second degré, une preuve de preuve. Aussi se contente-t-on presque toujours dans la pratique de faire dresser un plan des lieux.

78. Un point qui se rattache intimement à la descente sur les lieux, c'est la constatation du *corps du délit* [2], constatation qui exige d'ordinaire qu'on se transporte dans l'endroit où se sont passés les faits incriminés.

Dans toute instruction criminelle, il importe d'éta-

[1] Cette observation s'applique, par exemple, à la descente qui a été effectuée, le 26 novembre 1842, par le tribunal correctionnel de la Seine, sur le chemin de fer de Versailles (rive gauche), pour éclaircir les causes de la catastrophe du 8 mai. Les données qu'ont pu puiser les juges dans l'inspection des lieux et dans les expériences auxquelles ils ont assisté, étaient forcément toutes conjecturales.

[2] Il est bien entendu que nous prenons ici le mot *délit* dans le sens général d'infraction à la loi pénale, et non pas dans le sens particulier d'infraction passible de peines correctionnelles.

blir l'existence même du délit qui sert de base à la poursuite. « Hic ordo servatur, » disait Paul (sent. III, tit. V, § 11), en parlant de la torture à laquelle on soumettait les esclaves dont le maître avait péri de mort violente, « primum ut constet occisum dominum, deinde « ut liqueat de quibus eas quæstio habenda sit, atque ita « de reis inquirendum. » Quand cette preuve préalable peut résulter de la vérification d'un fait matériel, par exemple, des traces de mort violente qu'on découvre sur un cadavre, on dit qu'il y a un corps de délit. Une vérification pareille est d'une haute importance. Il ne faut pas croire cependant, ainsi que quelques-uns l'imaginent, que, sans un corps de délit dûment constaté, il ne puisse y avoir de délit aux yeux de la loi. On doit d'abord distinguer, avec les anciens interprètes, ceux qui laissent des traces, *delicta facti permanentis*, comme l'assassinat, et ceux qui ne sont pas de nature à en laisser, *delicta facti transeuntis*, comme les injures verbales. Pour ces derniers, il est évident que la recherche préalable d'un corps du délit serait une entreprise chimérique; et même pour les premiers, s'il est vrai qu'on doit s'appliquer avec le plus grand soin à en rechercher les traces, il est impossible d'admettre que l'absence de vestiges matériels puisse assurer l'impunité à un accusé dont la culpabilité serait établie par des témoignages directs. Il suffirait alors à un assassin d'anéantir le corps de sa victime pour échapper à toute pénalité [1]. Certainement il faut qu'il y ait eu un délit commis; mais l'existence de ce délit peut bien être justifiée d'une

[1] Ce préjugé de la nécessité d'un *corps de délit* exerce encore son influence sur des esprits distingués. N'avons-nous pas vu, en 1840, dans l'affaire Lafarge, les débats s'établir de manière à renfermer la question dans l'analyse scientifique des restes de la victime? Et cependant le ministère public devait-il faire dépendre le succès de l'accusation de l'existence de certains signes, presque imperceptibles? Et la défense, de son côté, devait-elle s'attacher presque exclusivement à ce côté de la cause, comme si elle n'avait plus eu qu'à s'avouer vaincue, parce qu'on aurait constaté un empoisonnement en général?

manière indirecte, puisque la culpabilité elle-même est susceptible d'être prouvée de cette manière. C'est en ce sens que d'Aguesseau a dit (51e plaidoyer) : « Le corps du délit n'est autre chose que le délit lui-même dont l'existence serait établie par l'attestation de témoins dignes de foi, concordant entre eux, affirmant à la justice qu'un crime a été commis. »

79. Quoi qu'il en soit, il importe de saisir, quand on le peut, les traces du délit, avant qu'elles soient effacées. Cet intérêt existe au plus haut degré quand il s'agit d'un crime qui vient de se commettre. Aussi le Code d'instruction criminelle veut-il (art. 32) qu'au cas de flagrant délit, quand le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante [1], un officier de police judiciaire se transporte immédiatement sur les lieux pour y faire les premiers actes d'instruction. Dans les cas ordinaires, le juge d'instruction a seul qualité pour se transporter sur les lieux accompagné du procureur de la république, qui fait les réquisitions au nom de la loi, tandis que le juge dresse les actes d'instruction proprement dits (*ibid.* art. 59-62). Hors le cas de flagrant délit, la visite immédiate des lieux n'est pas exigée, mais il convient toujours de la différer le moins qu'il est possible.

Dans tous les cas, on constate l'état du *corps du délit*, c'est-à-dire de l'objet sur lequel le délit a porté, et en général l'état des lieux (*ibid.* art. 32). On se saisit de tout ce qui paraît avoir servi ou avoir été destiné à commettre le délit, de tout ce qui paraît en avoir été le produit, enfin de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité (*ibid.* art. 35). De plus la loi pres-

[1] Tels sont du moins les termes de l'article 32 du Code d'instruction. Mais il y a une telle urgence à constater de suite, en pareille occasion, les délits proprement dits comme les crimes, que la cour de cassation (arr. de cassat. du 30 mai 1823, et de rej. du 1er sept. 1831) n'hésite pas à étendre aux matières correctionnelles les attributions du procureur de la république et des officiers ses auxiliaires, en cas de flagrant délit.

crit des précautions propres à garantir l'identité des objets saisis : ils doivent être clos et cachetés, ou du moins déposés dans un vase ou dans un sac, sur lequel le magistrat instructeur met une bande de papier scellée de son sceau (*ibid.* art. 38). Enfin l'inspection des personnes elles-mêmes peut être indispensable, notamment lorsqu'il s'agit d'attentats aux mœurs. C'est au magistrat instructeur à prendre alors les précautions convenables pour ménager, autant que possible, la pudeur et la délicatesse, soit de l'inculpé, soit surtout de la victime présumée.

DEUXIÈME SECTION.

COMPLÉMENT DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE. EXPERTISE.

80. Si l'on ne considérait que les motifs de la confiance accordée aux experts, c'est-à-dire à des hommes chargés de vérifier des faits sur lesquels ils ont des connaissances spéciales, on devrait rapprocher l'expertise de la preuve par témoins; car toutes deux reposent sur une induction puisée dans les lois de la nature morale, sur la foi du témoignage de nos semblables. Mais, si l'on en vient à l'application judiciaire, si l'on envisage le genre de faits sur lequel porte d'ordinaire ce mode de preuve, on verra qu'il a un tout autre objet que la preuve testimoniale. Celle-ci a pour but de faire revivre pour ainsi dire le passé; l'expertise ne s'attaque habituellement qu'aux faits présents[1], dont elle a pour mission de mettre à nu tous les éléments. Les témoins sont limités par la force des choses et ne peuvent être

[1] L'expertise n'a pas pour objet des faits présents, dans le cas où, soit pour s'assurer de la vraisemblance d'une accusation, soit pour contrôler un témoignage, on recherche si tel fait est physiquement possible; si, par exemple, on a pu se suicider dans telle position (affaire du prince de Condé). L'expertise est alors hypothétique. Mais, même en ce cas, l'expert ne se fonde que sur ses données scientifiques actuelles, tandis que le témoin recueille ses souvenirs.

suppléés ; les experts sont choisis après coup pour remplir des fonctions dans lesquelles ils servent d'instrument au juge, instrument qu'il est loisible de remplacer. En effet, comme on ne peut reproduire à volonté les faits sur lesquels on interroge les témoins, il n'y a pas moyen de refaire leur déposition, force est de l'accepter telle qu'elle est, ou de la rejeter, à moins qu'on ne veuille s'abandonner à de pures conjectures. Au contraire, l'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets ; et c'est au juge, qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes. Les experts sont, à vrai dire, des auxiliaires du tribunal; aussi voyons-nous le texte de nos lois rapprocher souvent l'expertise de l'expérience personnelle, tandis que jamais pareille pensée ne s'est offerte à l'esprit quant à la preuve testimoniale. Sans remonter à l'ordonnance de 1667, qui confondait dans un même titre les descentes sur les lieux et les rapports d'experts, nous voyons le juge de paix faire la visite des lieux avec des experts (C. de proc. art. 42), et au criminel, le magistrat instructeur (C. d'instr. crim. art. 43) autorisé à se faire accompagner, pour aller rechercher les traces du délit, par une ou deux personnes présumées capables d'en apprécier la nature et les circonstances. C'est donc nous conformer à l'esprit de la loi, aussi bien qu'à la nature des choses, que de rattacher, comme nous le faisons, l'expertise à l'expérience personnelle.

84. Ce mode de vérification n'avait pas à Rome toute l'importance qu'il a acquise dans les temps modernes. Les sciences et les arts y étant bien moins avancés, l'usage devait en être bien moins fréquent. Nous en trouvons cependant déjà diverses applications notables. Ainsi, dans les questions de règlement de bornes (l. 8, § 4, ff. *fin. reg.*), le juge doit envoyer sur les lieux des arpenteurs (*mensores*) pour constater les faits. Lorsqu'il s'agit du congé d'un militaire pour raison de santé,

Gordien (l. 6, Cod. *de re milit.*) exige à la fois l'examen du juge et celui des gens de l'art : « medicis denuntianti- « bus et judice competente diligenter examinante. » Lorsqu'il s'agissait de vérifier la grossesse d'une veuve ou d'une épouse divorcée, nous voyons (Ulp. l. 4, pr. et § 10, ff. *de insp. ventr.*) qu'on la faisait visiter par trois ou par cinq sages-femmes. (On sait que les dames romaines n'étaient assistées dans leurs couches que par des personnes de leur sexe.) Enfin nous apprenons par la novelle 64 qu'il y avait à Constantinople des jardiniers experts ; cette constitution tend à réprimer l'abus qu'ils faisaient de leur ministère, pour favoriser leurs confrères aux dépens du propriétaire du sol, lorsqu'ils étaient chargés, à la fin du bail, d'évaluer les améliorations faites sur le fonds par un jardinier locataire. On voit que les complaisances de l'expertise ne datent pas de nos jours.

Dans notre ancienne jurisprudence française, l'expertise reçut de grands développements. Ainsi notamment, l'article 162 de l'ordonnance de Blois, rendue en 1579, voulut que les questions relatives à la valeur des objets fussent décidées par experts, et non plus seulement par témoins. Mais aussi on abusa quelquefois de l'expertise en l'employant dans les matières les plus délicates. Une des aberrations les plus remarquables de l'esprit humain, en ce qui touche les preuves judiciaires, c'est la singulière épreuve du congrès, introduite dans la pratique des officialités au XVI^e^ siècle et consacrée par les parlements, jusqu'à l'arrêt du 18 février 1677, que fit rendre par le parlement de Paris le président Lamoignon. Aujourd'hui le principe de l'expertise, sans être poussé ainsi jusqu'à l'extrême, joue encore un grand rôle, tant au civil qu'au criminel.

I. *Expertise civile.*

82. Toutes les fois qu'il s'agit d'une constatation ou d'une appréciation qui exige des connaissances parti-

culières, l'esprit de la loi demande l'expertise. On ne doit donc pas considérer comme limitatives les dispositions qui l'exigent dans des cas donnés, comme s'il s'agit de la rescision pour cause de lésion d'une vente d'immeubles (C. civ. art. 1678), ou du règlement de l'indemnité due au locataire d'une usine pour défaut de jouissance (*ibid.* art. 1747). La question de viabilité d'un enfant, par exemple, si importante, soit pour le mari qui voudrait le désavouer, soit pour les héritiers de l'enfant appelés à recueillir des droits de son chef, peut-elle se résoudre autrement qu'à l'aide des lumières des gens de l'art? Mais, dans les cas où la loi ordonne l'expertise, faut-il l'entendre dans un sens strictement impératif, de manière à faire ainsi du rapport d'experts un préliminaire indispensable, quelle que soit d'ailleurs l'évidence des faits? Boncenne admet l'affirmative sans distinction, partout où il est question d'expertise dans la loi (voy. son *Comment. sur le titre des rapports d'experts*). Cette opinion nous paraît incontestable, là où l'expertise est établie par la loi comme une condition intrinsèque de la procédure. C'est ainsi qu'en matière d'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 8), l'administration est fondée à requérir cette mesure pour constater la valeur des immeubles sujets à un droit proportionnel. Nous aurions peine, au contraire, à regarder ce mode de preuve comme indispensable là où l'évaluation n'est nécessaire qu'autant qu'il y a un doute sérieux dans l'esprit du juge. Ainsi, lorsqu'une vente est attaquée pour cause de lésion, le prix peut être tellement vil qu'ordonner une expertise pour constater la lésion, ce fût compromettre la dignité de la justice par des frais et par des lenteurs frustratoires. Il serait alors, suivant nous, peu raisonnable de ne pas prononcer immédiatement la rescision. Un arrêt de la cour de Limoges du 14 février 1827 s'est prononcé en faveur de cette opinion, déjà admise dans l'ancienne jurisprudence. C'est ce que la

cour de cassation a également jugé, en ce qui concerne la rescision du partage pour cause de lésion, par arrêt du 3 décembre 1833. Telle a été également la pensée des rédacteurs de la loi du 2 juin 1841, qui ont substitué l'expertise facultative à l'expertise obligée, pour l'estimation préalable des biens des mineurs qui doivent être vendus judiciairement (C. de proc. nouv. art. 955).

Nous rattacherons à la preuve littérale l'espèce d'expertise qui a soulevé les plus vives réclamations dans l'ancien et dans le nouveau droit, la vérification d'écritures. Nous nous proposons ici d'examiner en général la marche de l'expertise et la foi qui peut y être due.

1° Marche de l'expertise.

83. Il y avait autrefois des *experts-jurés*, qui avaient seuls le droit de constater les valeurs devant les tribunaux. Cette institution, dont on retrouve encore la trace dans l'article 34 du Code pénal, qui énumère parmi les incapacités résultant de la dégradation civique, celle d'être juré-expert, n'existe plus aujourd'hui, du moins en matière judiciaire [1]. Car on sait que pour les prisées extrajudiciaires de meubles, il existe dans les localités un peu importantes des *commissaires-priseurs*, ayant le droit d'y procéder, en concurrence tout au plus avec certains officiers, tels que les huissiers (voy. loi du 27 ventôse an IX, loi du 28 avril 1816, art. 89, et ord. du 26 juin 1816).

Les experts doivent être français; car il s'agit d'une sorte de délégation des fonctions judiciaires, et non d'un simple témoignage. Il y a plus de difficulté sur la question de savoir s'ils doivent avoir la qualité de citoyen. Dans le silence de la loi, dira-t-on, il est difficile d'exiger la capacité politique pour une mission

[1] Les experts *assermentés* qu'on inscrit souvent dans l'usage sur une liste dressée à l'avance, ne sont que désignés au choix du juge, sans être investis d'un monopole légal.

qui ne demande que des connaissances toutes spéciales. Mais, si cette capacité est requise pour des témoins instrumentaires, qui ne font que concourir à l'authenticité de l'acte, peut-il n'en être pas de même des experts, qui sont des officiers publics (C. civ. art. 1317, 1319), puisqu'ils dressent seuls des procès-verbaux, lesquels font foi, comme nous le verrons, jusqu'à inscription de faux? Aussi voyons-nous les articles 34 et 42 du Code pénal placer sur la même ligne l'incapacité d'être expert et celle d'être employé comme témoin dans les actes (n° 393). Il suit de là qu'on ne saurait, par exemple, confier une expertise à une femme ou à un failli non réhabilité. Ici on fait une objection grave, c'est qu'il peut arriver qu'une personne de cette qualité soit précisément plus apte qu'une autre à donner des éclaircissements sur le point en litige. Aussi M. Rauter (*Cours de proc. civ.* § 218) va-t-il jusqu'à admettre un étranger *necessitatis causa* [1]. Mais il est un moyen de tout concilier. On a toujours reconnu que les experts pouvaient s'adjoindre des auxiliaires non assermentés, qu'on a nommés

[1] Notre honorable collègue, M. Colmet d'Aage, dans le travail intéressant qu'il vient de publier comme complément des leçons de Boitard (§ 88), invoque de nouveaux arguments à l'appui de l'opinion de M. Rauter. Il répond à l'argument tiré de l'article 34 du Code pénal, que la qualité d'expert n'est pas plus assimilée à celle de témoin instrumentaire qu'à celle de témoin en justice. Or, la femme peut déposer en justice, elle peut faire une déclaration de naissance (C. civ. art. 56). Quant à l'objection tirée de ce que les experts rédigent un procès-verbal ayant une certaine authenticité, M. Colmet d'Aage la lève, en permettant aux juges d'ordonner que le procès-verbal sera rédigé par le greffier de la justice de paix du lieu (C. de proc. art. 317, 2e al.). Cet expédient nous paraît un peu arbitraire. Il nous semble préférable de conférer la rédaction du rapport à un véritable expert, ayant des connaissances spéciales dans la matière, sauf à lui adjoindre la femme, le mineur ou l'étranger, en qualité de *sapiteurs* : ce rôle, après tout, n'a rien d'humiliant, puisqu'il a été confié à des maires dans l'espèce jugée par la cour de cassation le 4 janvier 1820. Si l'article 34 du Code pénal semble mettre sur la même ligne que l'expert, le témoin déposant en justice, aussi bien que le témoin instrumentaire, il n'en est pas de même de l'article 42, qui distingue de l'incapacité de témoigner en justice, celle d'être *expert*

sapiteurs. La cour de cassation a même admis (rej. 4 janvier 1820) que les sapiteurs peuvent être adjoints d'office aux experts par le jugement même de nomination. Le remède est donc tout trouvé. Supposons qu'il s'agisse, par exemple, de la confection d'un de ces objets de mode dont l'estimation suppose l'appréciation de ces nuances délicates que l'œil seul d'une femme peut bien discerner, on n'admettra pas sans doute une modiste à dresser un procès-verbal authentique, mais on l'adjoindra aux experts pour les diriger dans leur examen.

84. Le mode de nomination des experts a subi un notable perfectionnement dans le droit moderne. Jadis chaque partie nommait son expert. Il résultait de là deux graves inconvénients : le premier, c'est que chaque expert, ayant en quelque sorte pour client l'un des plaideurs, était porté à se préoccuper plus de la défense de ses droits que de la recherche de la vérité ; le second, c'est qu'il y avait presque toujours lieu à partage, et dès lors à la nomination d'un tiers arbitre, laquelle entraînait une nouvelle vérification et de nouveaux frais. Revenant à une pratique qui remonte à la loi des Douze Tables (voy. Cic. *de Leg.*, lib. I, cap. XXI, et Festus, au mot *Vindiciæ*), les rédacteurs du Code civil, à propos de la rescision des ventes d'immeubles pour cause de lésion, ont organisé un système bien préférable (C. civ. art. 1678-1680). Trois experts nommés par les parties, ou d'office, si elles n'ont pu s'entendre, dressent un seul procès-verbal (chacun rédigeait le sien autrefois), et y énoncent leur avis à la pluralité des voix. S'il y a des avis différents, ils en

ou employé comme témoin dans les actes. Il est difficile d'ailleurs de ne pas voir dans l'expert investi de ses fonctions par le serment une sorte de délégué de l'autorité judiciaire. Rien de pareil dans la position de la sage-femme admise *ex necessitate* à déclarer la naissance à laquelle elle a assisté. On s'explique ainsi, ce qui paraît singulier à notre honorable contradicteur, pourquoi elle ne peut être témoin instrumentaire du même acte où elle figure comme déclarante (C. civ. art. 37).

indiquent les motifs, sans faire connaître de quel avis a été chacun des experts. Boncenne voit dans cette dernière prescription un lambeau de l'ancienne procédure secrète. Cependant il y a une nuance assez marquée entre le témoin simple rapporteur des faits, et l'expert qui, émettant une opinion personnelle, encourt une responsabilité bien autrement grave. Ni les juges ni les jurés ne votent publiquement. La loi a pu sans inconséquence assurer la même garantie aux officiers dont le travail prépare les décisions judiciaires. Les règles tracées au Code civil ont été du reste généralisées par le Code de procédure; elles ont été encore simplifiées en ce sens que les parties majeures peuvent s'accorder pour ne nommer qu'un expert (C. de proc. art. 303). Cette simplification paraît devoir s'appliquer même au cas de rescision pour lésion, puisqu'elle rentre parfaitement dans l'esprit des règles du Code civil, dont elle n'est que le complément.

85. Les experts peuvent être récusés, s'ils ont été nommés d'office; sinon, c'est à la partie qui voudrait se plaindre à s'imputer son propre choix, sauf toutefois le cas où un motif de récusation serait survenu depuis la nomination, mais avant la prestation de serment (*ibid.* art. 308). Après cette prestation, on suppose que la religion du serment fera taire toute considération d'intérêt personnel qui viendrait à se manifester.

Les motifs de récusation pour les experts étaient autrefois les mêmes que pour les juges; aujourd'hui ce sont ceux pour lesquels les témoins peuvent être reprochés (*ibid.* art. 310). Ce changement élague, d'une part, un grand nombre de motifs qui n'ont pas la même importance pour celui qui donne un avis que pour celui qui juge; d'autre part, il rend commun aux experts certains motifs de rejet contre les témoins, qu'on ne peut guère supposer en ce qui concerne les juges, notamment l'état d'accusation ou la condamnation à une peine correctionnelle pour vol (comp. les

art. 283 et 378 C. de proc.). Au surplus, une théorie restrictive, quelle qu'elle soit, n'a pas pour les experts, et on peut en dire autant pour les juges, les mêmes inconvénients que pour les témoins. La loi peut sans danger être sévère, lorsqu'il y a possibilité de choisir.

86. Les experts entrent en fonction par la prestation de serment devant un membre du tribunal, juge-commissaire, ou devant un juge de paix délégué (*ibid.* art. 305). Dès ce moment aussi ils ont droit à un salaire fixé par le tarif (*Tar. civ.* livre I^er^, chap. IV, et livre II, chap. VI). L'expertise elle-même est soumise au contrôle des parties intéressées. Le procès-verbal de prestation de serment indique les lieu, jour et heure de la première opération ; il est signifié aux parties qui ne seraient pas présentes (*ibid.* art. 315). Ultérieurement il n'est plus fait aucune signification ; seulement, à la fin de chaque séance, les experts indiquent où et quand aura lieu la suivante. Les parties qui ne sont pas présentes, ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes de leur ignorance des opérations. En tout cas, Boncenne fait observer avec raison que le droit qu'ont les parties d'assister à l'expertise, ne peut s'entendre des délibérations intimes des arbitres sur l'avis à adopter, mais seulement des opérations extérieures.

La loi de procédure de 1819, à Genève, a rendu simplement facultative la rédaction par écrit du rapport des experts, laquelle est chez nous obligatoire. Cette innovation, basée sur les avantages théoriques que présentent les explications verbales, a eu peu de succès dans la pratique. Boncenne fait remarquer que, sur 563 expertises ordonnées par le tribunal du canton de Genève, de 1829 à 1835, il y a eu 546 rapports écrits et 17 rapports verbaux seulement. La théorie a souvent ses entraînements ; préoccupée de l'utilité qu'offre d'ordinaire la discussion orale, elle avait ici perdu de vue la complication habituelle des questions soumises à l'expertise, complication qui exige une rédaction écrite

pour arrêter les idées. Du reste, un tempérament utile, déjà admis par le parlement de Paris (arrêts du 26 juillet 1737 et du 3 avril 1785), c'est l'audition des experts par le tribunal, lorsque leur rapport présente quelques obscurités. Nous avons déjà fait observer plus haut que nos lois n'admettent plus qu'un rapport unique, à la pluralité des voix, au lieu du choc des rapports contradictoires qui avait lieu anciennement. Il ne nous reste plus qu'à examiner la foi de ce rapport.

2° Foi de l'expertise.

87. Pour apprécier la valeur légale de ce mode de preuve, il importe de faire une distinction applicable, ainsi que nous le verrons plus tard, à tout acte authentique. Ou bien les experts certifient qu'ils ont été tel jour à tel endroit, que telle partie assistait à leurs opérations, etc.; et comme ils ne font alors qu'attester d'après le témoignage de leur sens des faits positifs, qu'ils ont qualité pour constater, ils sont crus jusqu'à inscription de faux (rej. 14 janvier 1836): ce sont des officiers publics temporaires. Ou bien, au contraire, ils émettent leur opinion sur le point en litige; et alors, quelle que soit leur bonne foi, on peut douter qu'ils aient découvert la vérité sur des données toujours plus ou moins conjecturales. Toutefois l'ancienne coutume de Paris disait : « A un rapport de jurés dûment fait foi doit être ajoutée, s'il n'en est demandé l'amendement des bacheliers. » On appelait *bacheliers* les gens de l'art à ce connaissant, dont on pouvait invoquer l'expérience. Mais si les parties ne demandaient pas l'amendement, le juge était lié par le rapport. De là le vieil adage, mal à propos reproduit par certains auteurs modernes : *Ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent judices.* C'est en partant de cette idée, encore vraie de nos jours en Allemagne, que M. Mittermaier com-

pare les experts à des jurés (*Preuve en matière criminelle*, part. III, chap. XXVI). Mais cette idée n'a plus été admissible chez nous dès l'époque de la réforme de la coutume de Paris, dont la dernière rédaction porte : « Doit être le rapport apporté en justice, pour, en jugeant, y avoir tel égard que de raison. » Il faut donc substituer à l'ancienne maxime : *Ad quæstionem facti*, etc., cette autre, beaucoup plus raisonnable : *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.* « Les juges, dit l'article 323 du Code de procédure, ne sont point astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. » On doit louer notre ancienne jurisprudence d'avoir su, au moins en cette occasion, dégager la conscience du juge des entraves auxquelles l'assujettissait une pratique minutieusement formaliste.

Néanmoins il existait dans certains ressorts un autre abus, que le Code de procédure seul a fait cesser, c'était la faculté reconnue aux parties d'exiger une nouvelle expertise. Contestée à Paris, où la coutume s'exprimait en termes équivoques, cette faculté était admise de la manière la plus large dans certaines localités. En Provence, on pouvait en user indéfiniment jusqu'à ce qu'on eût obtenu trois expertises conformes. Malgré les réclamations des cours d'Aix, d'Agen et de Grenoble, le Code de procédure a tari cette source de frais, et maintenu le principe de l'indépendance du juge en matière de preuves. « Si les juges, dit l'article 322, ne trouvent point dans le rapport des éclaircissements suffisants, ils pourront ordonner d'office une nouvelle expertise par un ou plusieurs experts qu'ils nommeront également d'office, et qui pourront demander aux précédents experts les renseignements qu'ils trouveront convenables. » Les parties ne peuvent donc plus exiger un nouveau rapport, et au contraire il peut être ordonné contre leur gré. Mais faut-il aller jusqu'à soutenir avec Boncenne qu'il soit interdit aux parties de

conclure à ce qu'il plaise au juge ordonner une nouvelle expertise? Il nous semble que ce serait là prononcer une nullité sans but et vraiment dérisoire; car de deux choses l'une : ou le tribunal estimera une nouvelle expertise convenable, et alors elle aura forcément lieu; ou bien il se croira suffisamment éclairé, et alors les conclusions, valables ou non, seront parfaitement inutiles.

88. La cour de cassation, partant du principe que les lois touchant des matières spéciales ne sont pas abrogées par le Code de procédure, décide constamment (voy. notamment les arrêts de cassation du 17 avril 1816 et du 28 mars 1831) que dans les causes d'enregistrement, d'après le système de la loi du 22 frimaire an VII, les juges ne peuvent s'écarter de l'avis des experts, sauf à ordonner une nouvelle expertise. On conçoit qu'il puisse y avoir quelque danger à ce que des évaluations délicates, qui donnent lieu à tant de fraudes contre le trésor public, soient entièrement à la merci d'un tribunal, trop souvent enclin à appliquer le brocard : *Fiscus post omnes*. Ce qui est plus fâcheux, c'est qu'on ait conservé en cette matière, sans aucune utilité, les vieilles formes de l'expertise (loi du 22 frimaire an VII, art. 18) : la nomination d'un expert par chaque partie, puis l'adjonction d'un tiers arbitre en cas de partage. Il conviendrait, sous ce dernier point de vue du moins, de mettre en harmonie avec le droit commun la procédure en matière d'enregistrement.

II. *Expertise criminelle.*

89. Dans les législations où l'expertise lie le juge, on a dû soumettre à des règles précises les rapports faits par experts en matière criminelle. En France, où elle ne peut former qu'un élément de conviction, nous ne la trouvons mentionnée qu'en ce qui touche l'instruction préparatoire.

Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'article 43 du Code d'instruction criminelle, le magistrat chargé de

faire les premiers actes d'instruction se fait accompagner, au besoin, d'une ou deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du délit. Ainsi, dans les questions de bris de clôture, d'effraction, d'emploi de fausses clefs, etc. on appellera des maçons ou des serruriers, afin de bien caractériser les faits. L'article 44 du même Code veut que, toutes les fois qu'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause est inconnue et suspecte, un ou deux officiers de santé fassent leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre[1]. Ici, à la différence des rapports ordonnés en justice, la présence d'un docteur n'est pas nécessaire : c'est qu'on peut ne pas en trouver dans la localité. Mais, toutes les fois que la chose sera praticable, comme elle l'est presque toujours dans les villes, il conviendra d'appeler de préférence un docteur. Les personnes ainsi appelées prêtent serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience. Un arrêt de rejet du 16 juillet 1829 a décidé que la formule de ce serment n'est pas sacramentelle, et peut être suppléée par des expressions équivalentes. Cette décision raisonnable semblerait devoir s'appliquer à tout serment prêté de bonne foi ; malheureusement nous verrons ailleurs la loi, s'armant d'une rigueur exagérée, exiger certains mots à peine de nullité.

90. En ce qui touche les débats, même en matière de grand criminel, nos Codes sont muets sur l'expertise, mais elle ne laisse pas d'y jouer un rôle important. On doit y recourir, soit que l'expertise n'ait pas eu lieu dans l'instruction préparatoire, soit qu'elle soit jugée insuffisante. Bien plus, dans certains cas où l'appréciation du fait n'exige pas de connaissances spéciales,

[1] En Angleterre, un magistrat élu par les propriétaires du comté est chargé de faire constater par un jury les cas de mort violente, ou du moins présumés tels. On l'appelle *coroner* (*coronator*), parce que ses fonctions ont surtout trait aux causes de la couronne.

il conviendra, à raison même de la publicité des débats, de prendre cette voie, lorsqu'une vérification directe blesserait la décence. Ainsi, l'on ne saurait approuver la conduite d'un président de la cour d'assises de la Seine, qui, en 1826, ordonna à une dame de se découvrir la gorge en pleine audience, afin de constater les traces qu'y avait laissées l'injection d'une eau corrosive.

94. Quand des connaissances médicales sont requises, l'article 27 de la loi du 19 ventôse an XI ne permet de confier les fonctions d'experts auprès des tribunaux, qu'à des médecins ou chirurgiens reçus suivant les formes anciennes, ou à des docteurs reçus suivant celles qui sont établies par cette même loi. En dehors de cette hypothèse, l'expertise, n'étant pas réglementée par le Code d'instruction criminelle, n'est qu'un mode employé en vertu du pouvoir discrétionnaire[1] (C. d'instr. crim. art. 268), pour arriver à la découverte de la vérité. Aussi faut-il admettre, comme on l'a jugé pour les interprètes (rej. 2 mars 1827), que toute personne peut remplir les fonctions d'expert au criminel, même un étranger, puisque le président de la cour a le droit de faire entendre toute personne (*ibid.* art. 269). Une jurisprudence fort contestable dispense l'expert ainsi appelé de prêter serment en qualité de témoin (rej. 20 février 1834 et 16 janvier 1836). Le pouvoir discrétionnaire a cependant ses limites; bien que le texte qui défend de prendre l'interprète parmi les jurés ou parmi les juges (*ibid.* art. 332), ne s'applique pas littéralement aux experts, il semble que c'est là simplement une application du principe constant qui ne permet pas à une même personne de cumuler deux qualités contradictoires. On a toutefois jugé (rej.

[1] Ce pouvoir, attribué expressément par la loi au président de la cour d'assises, existe-t-il dans les juridictions inférieures? Oui, en ce sens qu'on pourra toujours ordonner d'office ce qui peut éclairer le tribunal, mais non en ce sens qu'on puisse s'écarter des formes ordinaires, par exemple de l'obligation de faire prêter serment aux experts.

26 juin 1828) que le président d'une cour d'assises avait pu dresser lui-même et produire aux débats un plan figuratif des lieux où le crime avait été commis. Mais le pouvoir discrétionnaire doit-il être entendu en ce sens que le président puisse non-seulement ordonner, mais faire lui-même, ce qui est au moins bizarre, les opérations utiles à la manifestation de la vérité ?

92. Le ministère d'expert, facultatif en matière civile, ne doit-il pas être obligatoire en matière criminelle, à raison de la gravité des questions qu'il s'agit de résoudre? Vainement dit-on qu'à la différence du témoin, l'expert peut se remplacer (voy. M. Mittermaier, chap. XXVIII, n° 7). Il y a telle personne, ayant des connaissances spéciales, qui se trouve à même, mieux qu'aucune autre, de donner de précieux renseignements sur le point en litige. Aussi était-on fort sévère, dans l'ancienne jurisprudence, pour les médecins ou chirurgiens qui désobéissaient à l'ordre du juge, en refusant leur ministère : ils pouvaient même être déchus de leurs degrés. Nos lois modernes n'ont édicté aucune peine spéciale pour un pareil refus, et c'est une des circonstances où l'on doit regretter l'absence, dans le corps médical, de toute juridiction disciplinaire. Toutefois la cour de cassation, en 1836, a cru pouvoir appliquer à un officier de santé, qui avait refusé de visiter un cadavre, l'article 476, 12° du Code pénal, prononçant une amende de six à dix francs contre ceux qui, le pouvant, « auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront été requis, dans les circonstances d'accidents, tumultes, naufrages, inondations, incendies ou autres calamités, ainsi que dans le cas de brigandages, pillages, flagrants délits, clameurs publiques ou exécutions judiciaires. » Mais il est à remarquer que c'est là une bien faible sanction, et que de plus, l'article 476 du Code pénal, supposant l'urgence, n'est susceptible de recevoir son

application que dans l'instruction préparatoire, là où il est à craindre que les traces d'un crime récent ne viennent à disparaître à l'audience : lorsqu'il s'agit d'une œuvre tout intellectuelle, d'une sorte de consultation, il n'y a plus péril en la demeure, la sanction pénale manque, et le devoir d'accepter la mission d'expert ne repose plus que sur les lois de l'honneur et de la morale.

93. Ce qui est incontestable, c'est que l'audition des experts à l'audience pour expliquer leur rapport, facultative au civil, est nécessaire au criminel dès qu'elle est requise (cass. 12 frim. an XI). On ne peut se refuser à un débat oral sur des points aussi graves, dès que ce débat est provoqué comme nécessaire pour la manifestation de la vérité (C. d'instr. crim. art. 408).

94. Quant à la foi de ce rapport, elle n'est pas plus grande au criminel qu'au civil. Il est toujours permis de s'écarter de l'opinion des experts, et la cour ou le tribunal ont toujours la faculté d'ordonner un nouveau rapport : faculté dont on se rappelle qu'il fut fait une application remarquable dans l'affaire Lafarge. Le principe que l'avis des experts ne peut lier le tribunal, s'il n'est fondé en raison et en vérité, prévaut aujourd'hui, même en Allemagne (Ord. crim. de Prusse, § 388; Cod. bavarois, art. 265). Mais il importe de ne point s'écarter arbitrairement de l'opinion émise par des hommes ayant des connaissances toutes spéciales. A cet égard, il convient d'examiner surtout trois points (voy. M. Mittermaier, chap. XXX) : 1° les lois scientifiqués sur lesquelles se fondent les experts, sont-elles constantes ou sujettes à contestation? 2° l'application de ces lois scientifiques à l'espèce est-elle conforme aux règles d'une saine logique? 3° les déclarations des experts sont-elles en rapport avec les aveux de l'accusé et avec les déclarations des témoins?

DEUXIEME PARTIE.

FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES.

95. Nous avons achevé ce que nous avions à dire sur la preuve directe, qui résulte de l'expérience personnelle, soit quant à cette preuve en elle-même, soit quant à l'expertise, qui en est l'auxiliaire. Les autres preuves, qui ne se rattachent pas ainsi à l'évidence, ont cela de commun, qu'elles s'appliquent à des faits qui se sont passés hors de la sphère d'observation du juge. Mais elles se distinguent par la voie que suit le juge pour atteindre ces faits. Nous avons vu qu'on appelle spécialement *preuves* celles dans lesquelles il fait appel au témoignage de l'homme; et *présomptions* celles dans lesquelles il ne s'appuie que sur des faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral. Nous nous occupons dans cette catégorie des preuves proprement dites, c'est-à-dire de l'emploi du témoignage, en prenant ce mot dans le sens le plus large (n° 15), pour arriver à la connaissance de la vérité.

96. Quant à la marche qu'il convient de suivre pour recueillir des témoignages sur les faits passés, on peut concevoir deux systèmes absolus. Le premier de ces systèmes consiste à établir un fait judiciaire, de même qu'un fait de toute autre nature, en recherchant, sans aucun plan préconçu, sans aucune entrave, tout ce qui peut faire reconnaître l'existence de ce fait. Bentham (*Preuves judiciaires*, livre I^er^, titre III) donne

comme type de ce système la marche que suit un bon père de famille, lorsqu'il veut rechercher l'auteur de quelque infraction à la discipline domestique. La procédure romaine, si subtile sous d'autres rapports, se rapprochait beaucoup, en ce qui touche les preuves, de cette marche si simple; puisque les règles qui ailleurs ont enchaîné la conviction du juge, y étaient presque entièrement inconnues jusqu'au Bas-Empire. On a souvent cité sur ce point un rescrit d'Adrien, rapporté dans la loi 7, § 2, ff. *de testib.* : « Quæ argumenta « et ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, « nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non sem- « per, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei « veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias « dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, « confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ego so- « lum tibi rescribere possum summatim, non utique « ad unam probationis speciem cognitionem statim « alligari debere; sed ex sententia animi tui te æsti- « mare debere, quid aut credas, aut parum probatum « tibi opineris. » Tel est aussi le système consacré par notre Code d'instruction criminelle, dont l'article 342 est conçu en ces termes : « La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. » La loi ne leur dit point : « Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; » elle ne leur dit pas non plus : « Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'in-

dices ; » elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction ?* Ce sont-là les principes auxquels doit s'attacher toute juridiction civile ou criminelle, lorsque le contraire n'est point établi par un texte spécial. On comprend, du reste, que l'institution du jury repose spécialement sur l'intime conviction ; la sage doctrine formulée dans le rescrit d'Adrien s'appliquait aussi le plus habituellement aux *judices*, c'est-à-dire aux simples citoyens appelés à l'exercice des fonctions judiciaires.

Un autre système, diamétralement opposé au premier, consiste à rechercher la vérité par des procédés pour ainsi dire techniques, en déterminant certaines circonstances dont l'absence ne permettrait pas au juge d'être légalement convaincu, et dont la réunion, au contraire, entraînerait forcément sa conviction. En pleine vigueur dans notre ancienne jurisprudence et dans presque toute l'Europe, jusqu'à ce que les travaux des publicistes du dernier siècle eussent commencé à en mettre à nu les vices, ce système, bien que singulièrement mitigé dans son application [1], a encore aujourd'hui des partisans en Allemagne. On trouve le beau idéal de ce système dans le récit que nous fait Dumont (note sur le livre I^er^, chap. III, des *Preuves* de Bentham) d'un incident dont il fut témoin à la cour du banc du roi en Angleterre. Le célèbre Wilkes, après s'être soustrait quelque temps à la sentence qui l'attendait, vint se présenter à l'improviste pour la recevoir. La forme voulait, non qu'il vînt de lui-même, mais qu'il parût envoyé par le shérif ; or, cette forme manquant, l'embarras de la justice était une vraie comédie. Enfin un

[1] Ainsi, on le soutient aujourd'hui en matière criminelle plutôt dans l'intérêt de l'accusé, qui ne pourrait être condamné en l'absence de certaines conditions, que dans celui de l'accusation, à laquelle il est trop dur et trop inique de donner forcément gain de cause, à raison du concours de certaines preuves.

des juges lui dit : « Monsieur, je veux bien croire en mon particulier que vous êtes là, puisque vous le dites et que je le vois; mais il n'y a point d'exemple que la cour, en pareille affaire, ait cru devoir se fier à ses propres yeux. Aussi n'a-t-elle rien à vous dire. » Ainsi pratiquée, la jurisprudence devient, suivant la plaisante définition de Bentham, l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde.

Ce système éminemment technique n'a jamais pu être pratiqué que par des juges de profession. Aussi le voyons-nous prendre naissance au Bas-Empire, lorsque l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum* eut attribué au magistrat le pouvoir judiciaire tout entier. On se rappelle qu'à cette époque les questions de droit elles-mêmes étaient résolues suivant un mode tracé à l'avance, c'est-à-dire par l'autorité de certains jurisconsultes [1]. Le développement des preuves légales dans l'Europe moderne coïncide aussi avec les progrès de l'institution des tribunaux permanents. Est-ce à dire qu'il faille considérer ce système comme essentiel à la magistrature, et réserver au jury la faculté de se décider d'après une intime conviction, dégagée de toute règle préconçue? Cette opinion soutenue par certains théoriciens nous paraît démentie par l'expérience. Est-ce que les magistrats à Rome ne prononçaient pas eux-mêmes *extra ordinem*, sans être astreints jusqu'au Bas-Empire à d'autres règles qu'à celles de la raison? Est-ce que nos tribunaux, soit en matière civile, soit en matière correctionnelle ou de police, ne statuent pas tous les jours sur des questions de fait avec autant de bon sens que pourraient en avoir des jurés? Ce qui est vrai, c'est que la preuve légale répugne essentiellement au jury : aussi la décadence de cette preuve en Allemagne suit-elle

[1] C'est au même ordre d'idées que se rattache la pratique allemande de la *transmission des actes* aux facultés de droit pour la solution des difficultés juridiques, et aux colléges médicaux pour celle des questions scientifiques.

une marche parallèle à celle des progrès de la procédure par jurés.

97. Mais, si la raison ne permet pas d'adopter comme règle générale le système des preuves purement légales, on ne saurait malheureusement dans un état de civilisation avancé prendre toujours pour type la procédure domestique. Il devient nécessaire d'assujettir à certaines formes la constatation des faits les plus importants. C'est ainsi que nous avons encore aujourd'hui un certain nombre de preuves légales, dont l'utilité n'est guère contestée, par exemple, les actes authentiques[1]. Nous nommerons, avec le publiciste anglais, les preuves de cette espèce, *preuves préconstituées*, c'est-à-dire préparées en quelque sorte à l'avance pour la sécurité des parties, qui ont besoin de conserver la trace de telle ou telle convention, de tel ou tel événement. Admettre ces preuves, ce n'est pas admettre avec toute son extension l'ancien système des preuves légales, lequel consistait à établir une sorte de tarif des témoignages produits en justice, tarif qui réduisait le juge à un rôle purement passif, en le privant de l'importante faculté d'en apprécier la valeur morale. Ce n'est que dans le cas où des actes ont dû être dressés à l'avance, avec certaines formes, que le juge est astreint à ne pas sortir d'une seule nature de preuve, *ad unam probationis speciem alligatur*, suivant l'expression énergique d'Adrien. Dans les autres cas, on lui accorde un pouvoir discrétionnaire; la marche de la preuve n'est plus artificielle, mais conforme à la nature des choses, sauf certaines

[1] Suivant les traducteurs italiens du *Traité des preuves*, la foi des actes authentiques n'aurait rien de commun avec le système des preuves légales; elle se rattacherait à la force exécutoire de l'acte, le notaire rendant un jugement *de re præsenti*, comme le juge rend un jugement *de præterito*. Mais, comme nous l'établirons plus tard (n° 395), la force exécutoire et l'authenticité sont deux choses essentiellement distinctes; ainsi, les actes de l'état civil sont authentiques, bien que n'étant nullement exécutoires. L'explication proposée est donc plus ingénieuse que solide.

restrictions, vestiges de l'ancien système, que nous aurons occasion de critiquer.

Une observation par laquelle nous terminerons ce qui concerne la preuve naturelle et la preuve légale, c'est que la dernière s'applique mieux aux conventions pour lesquelles les parties peuvent prendre leurs précautions à l'avance, tandis qu'on doit généralement, à peine d'arbitraire, suivre la marche la plus simple, quand il s'agit d'un fait qui n'a pu être prévu, notamment d'un fait illicite. C'est ce qui explique pourquoi la procédure, sous le point de vue qui nous occupe, est moins technique, moins embarrassée de formes au criminel qu'au civil.

98. La distinction fondamentale que nous venons de poser, servira de base à la division que nous adopterons dans cette catégorie. Nous traiterons, dans un premier livre, des preuves dans leur forme la plus simple[1], et dans un second, des preuves préconstituées.

[1] Nous n'employons pas l'expression de *preuves naturelles*, qui serait exagérée dans notre législation, où les preuves qui ne sont pas préconstituées, sont encore souvent entourées de bien des formes, par exemple, en ce qui touche l'administration de la preuve par témoins.

LIVRE PREMIER.

PREUVES DANS LEUR FORME LA PLUS SIMPLE, GÉNÉRALEMENT ORALES.

99. Comment s'y prend-on, quand on veut obtenir de ses semblables des renseignements sur le passé? On les interroge. C'est la manière la plus simple d'en appeler au témoignage de l'homme. Toutefois il ne faut pas considérer la réponse de vive voix à un interrogatoire comme essentielle dans tout témoignage qui n'est pas préconstitué, c'est-à-dire préparé à l'avance avec certaines formes. Nous verrons qu'en l'absence même de toute réponse, la manière d'agir des parties, quelquefois simplement leur silence, peuvent amener la découverte de la vérité. Seulement, la preuve inartificielle est habituellement orale, comme nous verrons que la preuve préconstituée est habituellement littérale ou par écrit.

100. La déclaration de l'homme sur des faits passés peut être l'œuvre de tiers désintéressés : c'est alors la preuve testimoniale proprement dite; — du défendeur: c'est le cas de l'aveu, auquel se rattache le serment décisoire; — enfin, du demandeur lui-même, lorsqu'on lui défère le serment supplétoire, ou lorsqu'il est admis à affirmer dans son intérêt.

Si nous nous attachions seulement à la force probante de ces divers témoignages, nous devrions commencer par l'aveu, qui agit bien plus efficacement que les autres sur l'esprit du juge. Mais il importe de commencer par poser les principes sur l'admission de la preuve testimoniale; principes fondamentaux dans notre droit, et qui dominent toute la matière. Cet ordre offre d'ailleurs l'avantage de rapprocher tout ce qui est relatif au serment.

PREMIER MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DE TIERS. — PREUVE PAR TÉMOINS.

101. Ce mode de preuve si important, dont nous abordons l'examen, a cela de particulier dans notre droit (suivi, du reste, sur ce point dans beaucoup de pays de l'Europe moderne), que son admissibilité même soulève dès l'abord une question préalable, extrêmement grave. Les restrictions apportées par notre législation à la liberté de la preuve testimoniale tiennent, ainsi qu'il nous sera facile de le reconnaître, à la nature des faits, et non pas à la nature de la juridiction qui doit connaître du litige. Elles sont donc les mêmes au criminel qu'au civil : en conséquence, nous n'aurons pas de distinction bien tranchée à établir entre les deux juridictions, quant à l'admissibilité au fond de la preuve par témoins. Il n'y aura de différence fondamentale à constater entre le civil et le criminel, que quand nous arriverons à la seconde partie de nos développements, à l'administration de cette preuve, à ce qu'on nomme en procédure l'*enquête*.

PREMIÈRE SECTION.

ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE PAR TÉMOINS.

102. L'article fondamental de la matière, l'article 1341 du Code civil, contient deux dispositions qu'il importe de ne pas confondre : l'une veut qu'il soit passé acte par-devant notaire ou sous signature privée de *toutes choses* [1] excédant la valeur de cent cinquante francs; l'autre, qu'il ne soit reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. On voit

[1] Expressions inexactes sur lesquelles nous reviendrons.

que l'une de ces règles tend à exclure *a priori* la preuve testimoniale dans certain cas, fût-elle la seule ressource de la partie qui l'invoque; tandis que l'autre se borne à la repousser *a posteriori*, lorsqu'en fait il a été rédigé un acte.

La règle qui préfère les actes aux témoins étant moins éloignée du droit commun et donnant lieu à moins de difficultés que celle qui repousse les témoins de prime abord, nous allons la traiter la première.

PREMIÈRE RÈGLE.

Exclusion de la preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes.

103. S'il est difficile de méconnaître l'utilité des preuves préconstituées, et notamment des actes écrits (*instrumenta*), il faut avouer qu'une grande partie de cette utilité tient à ce que ces actes font ordinairement disparaître tout arbitraire, toute équivoque, en donnant une expression fixe, arrêtée, à la pensée des parties, si difficile souvent à saisir après coup. Dans l'ancienne Rome, lorsque les écrits étaient peu usités, on arrivait à un résultat semblable par l'emploi des formes solennelles de la stipulation. La rigueur même de la formule, mal à propos critiquée par des esprits superficiels, tendait à préciser bien nettement les intentions des contractants, et à empêcher les souvenirs des témoins de s'égarer [1]. Si la défense prononcée par la loi de prouver par témoins telle ou telle convention, tel ou tel fait, peut paraître dure à certains esprits; quand en fait un écrit a été rédigé, il semble aussi utile que raisonnable de ne plus chercher ailleurs le récit de ce qui s'est passé. Car, en supposant même que les pour-

[1] L'intervention des *pacta adjecta*, qui pouvaient modifier la stipulation, est probablement une dérogation postérieure, motivée sur l'équité, au principe qui n'attachait de force qu'aux pactes consacrés par le droit civil.

parlers qui ont précédé ou accompagné la rédaction, soient fidèlement rapportés par les témoins, comment confondre sans arbitraire ces pourparlers avec la rédaction ? Par cela seul qu'on n'a pas reproduit dans l'acte ces modifications de la convention, n'est-il pas éminemment probable qu'on a voulu les exclure, ou du moins qu'on ne s'y est pas arrêté sérieusement ? En posant cette règle, la loi ne s'écarte pas de la volonté des parties, elle ne fait que l'interpréter sainement. Aussi allons-nous voir que cette idée est bien plus ancienne et bien plus généralement admise que celle qui tend *a priori* à exclure la preuve testimoniale dans certaines hypothèses.

104. Bien que les Romains fussent loin d'attacher la même importance que nous à la preuve écrite, et que la preuve testimoniale ne fût presque jamais écartée chez eux, nous lisons dans les Sentences de Paul (livre V, titre XV, § 4) ce texte, qui ne porte aucune trace d'interpolation : « Testes, quum de fide tabularum « nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non « possunt. » Paul établit ici une importante distinction, encore applicable aujourd'hui : ou bien il s'agit d'attaquer la sincérité de l'écrit, d'en rechercher l'origine, et alors on peut avoir recours à la preuve testimoniale; ou bien on veut, sans attaquer la sincérité de l'écrit, soutenir que les conventions ont été différentes de ce que porte sa teneur, et alors on n'est pas reçu à faire entendre des témoins sur ce point. L'autorité de ce texte, comme expression d'une doctrine en vigueur dès l'époque des jurisconsultes classiques, serait invincible, si elle était en effet appuyée par une constitution de Caracalla, ainsi que le pense Cujas, qui attribue à ce prince la loi 1re, *de testibus*, au Code de Justinien : « Contra scriptum testimonium, non scriptum « testimonium non fertur. » Malheureusement cette constitution, restituée par Cujas d'après les Basiliques, pourrait bien être de quelque empereur plus récent.

On oppose ordinairement à ce texte et à celui de Paul, la constitution de Constantin qui forme la loi 15, *de fide instrumentorum*, au même Code : « In exercendis « litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumen- « torum quam depositiones testium. » Mais cette dernière constitution n'a rien de bien précis. Il peut se faire qu'elle ait voulu tout simplement indiquer l'admissibilité des deux genres de preuves pris isolément, sans en supposer le conflit, et sans s'expliquer dès lors sur la supériorité relative des écrits et des témoins. Quoi qu'il en soit, même en admettant une altération peu probable du texte de Paul, et, ce qui est plus soutenable, en donnant à la loi 1re, au Code, *de testibus*, une date plus récente que celle qui lui est attribuée par Cujas; il resterait toujours établi qu'au plus tard au VIe siècle, lors de la publication des compilations où se trouvent ces deux textes, en Orient comme en Occident [1], on admettait que la preuve écrite ne peut pas être combattue par la preuve testimoniale. Il est vrai que Justinien (voy. l. 14, Cod. *de contr. stip.* § 12, Inst., *de inut. stip.*) a cru devoir rendre une constitution spéciale pour empêcher d'attaquer, en alléguant un *alibi*, l'acte qui constatait la présence des parties dans une stipulation, à moins que l'*alibi* ne fût clairement prouvé par écrit, ou par des témoins irréprochables. Mais il ne s'agit pas là de suppléer aux énonciations de l'acte par des preuves prises en dehors de l'écrit; il s'agit d'une sorte d'inscription de faux, qui met en question la sincérité même de cet acte. En nous référant à la distinction de Paul, « quum « de fide tabularum nihil dicitur, » nous reconnaîtrons qu'il n'y a rien dans cette décision de Justinien qui contrarie le principe par nous posé. Encore moins faut-il s'attacher, ainsi que le fait Toullier (*de la Preuve*

[1] On sait que les Sentences de Paul avaient conservé force de loi en Occident.

testimoniale, § 3), à la novelle 73, chap. III, qui établit la supériorité de la preuve testimoniale là où il s'agit uniquement d'apprécier la sincérité d'un écrit : vérification pour laquelle, en effet, des témoignages directs valent évidemment mieux que la comparaison d'écritures. On a souvent fait la même observation chez nous, et cependant nous sommes loin d'admettre la preuve testimoniale contre le contenu aux actes ; mais c'est qu'il faut supposer que la sincérité de ces actes n'est pas elle-même mise en question.

Au moyen âge même, lorsque l'art d'écrire n'était plus pratiqué que par un certain nombre de clercs, la maxime, *témoins passent lettres*, ne fut pas toujours admise. « Quant aucuns s'est obligiés par lettres », écrivait Beaumanoir (chap. XXXIX, § 3) au XIII^e^ siècle, « si cil « qui s'obliga, nie l'obligation, il ne li convient prover, « fors par lettres. » Cette doctrine n'avait pas prévalu dans la pratique du XV^e^ siècle, ainsi que nous le rapporte Bouteillier dans sa *Somme rurale* (titre CVI) : « S'il advient qu'en jugement une partie se veuille ai- « der de lettres en preuves, et l'autre partie se veuille « aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix « passe vigueur de lettres, si les témoings sont contraires « aux lettres. » Mais il ajoute qu'en matière de rentes annuelles (ce qui comprenait alors les créances les plus importantes), « lettres sont plus à croire que vive voix « de témoins, si on ne propose fausseté contre lesdites « lettres. » On voit que la faculté d'attaquer la preuve écrite au moyen de la preuve orale n'a été admise, même dans notre plus ancien droit, ni à toutes les époques, ni en toute matière. C'est en 1566 qu'elle a été définitivement supprimée en France par l'ordonnance de Moulins, dont l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 2) et l'article 1341 du Code civil n'ont fait que reproduire la décision. Et il ne paraît pas que sur ce point il se soit élevé de sérieuses réclamations, lors de la promulgation de l'ordonnance. La jurisprudence des

parlements s'est constamment conformée à cette règle. Ainsi, on a toujours reconnu qu'une partie n'est pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ou les notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y est contenu, et déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection (voy. Pothier, *Oblig.*, n° 797).

105. Le principe que *lettres passent témoins* est aujourd'hui assez généralement admis en Europe ; il l'est même dans les pays qui n'admettent pas l'exclusion de la preuve testimoniale avec la même étendue que la loi française. Ainsi, le Code autrichien (art. 885-887), qui permet en général de prouver aussi bien par témoins que par écrit, ajoute cependant que, s'il y a contrat écrit, les dispositions orales sont sans effet. En Angleterre, où nous verrons que les restrictions à la preuve par témoins sont moins étendues que chez nous, on déclare cependant que la preuve orale n'est pas admissible, même dans les cours d'équité, pour annuler ou pour modifier la teneur d'un écrit. « Parol « evidence, » dit Blaxland, auteur qui s'est attaché à comparer les lois anglaises aux nôtres, « is not admissible « at law or in equity, to disannul or substantially vary « a written agreement. » (*Codex rerum anglicanum, or a Digest of the principles of English law*, Londres, 1839, livre III, titre IV, sect. II). De même, le Code du canton de Berne (art. 686, 687, 691) après avoir établi qu'un écrit ne sera exigé que dans des cas déterminés par la loi, veut cependant qu'on ne puisse alléguer contre un contrat écrit les conventions faites avant la rédaction de ce contrat ou en même temps.

106. Ce principe, qu'on ne peut faire entendre de témoins contre et outre le contenu aux actes, doit être sainement interprété. Il ne saurait vouloir dire que jamais on ne pourra invoquer la preuve testimoniale pour combattre les allégations consignées dans un écrit. Il s'agit uniquement, dans cette prohibition, du cas où les contractants voudraient faire revivre de simples

pourparlers, afin de modifier la convention, telle qu'elle résulte de l'écrit qui est leur ouvrage. Peu importe alors qu'il s'agisse d'une convention concomitante à la confection de l'acte, ou d'une convention modificative intervenue postérieurement, puisqu'on ne peut prouver par témoin ce qui serait allégué avoir été dit *avant, lors ou depuis les actes*. Il fallait rédiger un acte nouveau, ainsi que l'a fort bien jugé la cour de cassation, le 10 mai 1842. Mais on doit laisser toute latitude, pour combattre les énonciations mensongères que cet écrit peut contenir, soit aux tiers, dans tous les cas, soit aux parties elles-mêmes, si elles demandent à établir que la rédaction n'est que le résultat de la violence ou du dol (art. 1353). C'est ce que Dumoulin décidait pour le seigneur, lorsqu'il s'agissait de fraude à ses droits. « Dominus admissibi- « lis est ad probandum contra actum ab utraque parte « approbatum, » (voy. aussi Pothier, *Oblig.* n° 804) et le même droit appartient incontestablement aujourd'hui à la régie de l'enregistrement, en tant du moins qu'il s'agit d'un droit de mutation; car, pour les droits d'acte, il faut uniquement s'attacher à la teneur de l'écrit, le droit portant sur l'acte et non sur la convention (voy. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n^os^ 435 et suiv.). C'est ce qu'il faut également décider aujourd'hui comme autrefois, dans tous les cas où des tiers attaquent l'acte comme renfermant une simulation ou un mensonge à leur préjudice (ainsi jugé, notamment par la cour de cassation le 18 février 1829 et le 5 janvier 1831). Mais, à part le cas de violence ou de dol, les parties sont-elles recevables à attaquer pour cause de simulation un écrit qu'elles ont volontairement souscrit? Est-ce là contrevenir au principe qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes?

S'il est constant que les parties n'ont pas agi sérieusement, il nous répugne d'admettre que la fiction doive

l'emporter sur la vérité. Peut-on considérer une convention simulée comme légalement formée (C. civ. art. 1134), et dès lors comme obligatoire? Telle était la doctrine des jurisconsultes romains, qui ne faisaient aucune distinction entre les parties contractantes et les tiers : « Acta simulata, » dit Dioclétien (l. 3, Cod. *plus valere quod agitur, quem quod simulate concipitur*), « veritatis substantiam mutare non pos- « sunt. » Pothier, au contraire (*Oblig.* n^os^ 800 et 801), s'attache à cette idée que, lorsqu'il n'y a eu ni violence ni dol, il était au pouvoir des parties de se procurer par des contre-lettres une preuve par écrit, et que dès lors elles ne sont pas recevables à revenir sur l'écrit qu'elles ont signé. La jurisprudence n'est point fixée sur cette question, au cas de simulation simple, c'est-à-dire lorsque, par exemple, on veut établir qu'il a été fait au nom de Pierre un acte qui concernait Paul, par suite d'arrangements particuliers, sans qu'il soit allégué aucune fraude à la loi. Toutefois on peut expliquer jusqu'à un certain point la diversité des décisions par la diversité des espèces, les faits de simulation articulés n'étant pas toujours vraisemblables, et les tribunaux ayant un pouvoir discrétionnaire quant à l'admission de la preuve testimoniale, lors même qu'elle n'est pas réprouvée par le législateur. Enfin, au cas où une fraude à la loi est alléguée, bien qu'il n'y ait eu aucune fraude envers les personnes, la jurisprudence autorise les parties à faire preuve de la simulation par tous les moyens possibles. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation, sections réunies, par un arrêt du 7 mai 1836, dans l'hypothèse d'un billet ayant pour cause apparente un prêt, et pour cause réelle un dédit de mariage. Il était vraiment par trop dérisoire, dans l'espèce, d'exiger que la fausseté de la cause fût établie par une contre-lettre : entendre ainsi l'article 1341, ce serait autoriser toutes les fraudes à la loi, en en rendant la preuve impossible. D'ailleurs l'article 1353,

qui autorise la preuve testimoniale, ainsi que nous le verrons, en cas de *fraude*, ne distingue pas entre la fraude envers les particuliers et la fraude à la loi.

107. Il ne faut pas non plus donner une portée exagérée à la défense de prouver *contre le contenu aux actes*. Cette défense a trait aux modifications que l'on prétendrait avoir été apportées verbalement à une convention, soit à l'époque de la rédaction de l'acte, soit même postérieurement (rej. 10 mai 1842). Mais ce n'est point prouver contre le contenu aux actes que de compléter, au moyen de la preuve testimoniale, des énonciations ambiguës ou insuffisantes, d'établir, par exemple, que le domaine mentionné dans un titre comprend tel ou tel terrain (cas. 23 janvier 1837), ou qu'une requête a été signifiée, ou bien un contrat de mariage dressé à telle heure, lorsque l'heure n'a pas été mentionnée par l'officier rédacteur (rej. 15 juillet 1818 et 18 août 1840). C'est donc avec raison que Danty (add. sur le chap. IX de Boiceau, n° 9) admet la preuve par témoins qu'un marché a été conclu dans telle forme, lorsque l'écrit qui le constate ne mentionne point de lieu ; les doutes de Pothier (*Oblig.* n° 796) sur la justesse de cette décision ne sont point fondés; ce n'est là nullement prouver contre le contenu aux actes : autre chose est l'extension, autre chose est l'interprétation de ce qui s'est passé entre les parties.

108. Une erreur plus grave, qui pourtant avait prévalu dans la jurisprudence du dernier siècle (voy. Merlin, *Répert.* v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1^er^, n° 20), consistait à ne pas admettre la preuve testimoniale pour établir la libération d'une créance qui, en fait, avait été constatée par écrit, même lorsque cette rédaction par écrit n'était pas exigée; mais on ne saurait, sans tomber dans une véritable confusion d'idées, voir une preuve contre l'acte dans l'allégation d'un fait postérieur, tendant à affranchir le débiteur de l'obligation

dont cet acte avait constaté la naissance. Est-ce nier le voyage d'un navire, que de soutenir qu'il vient d'arriver au port de désarmement? Pothier (*Oblig.* n° 299), a fait justice de cette lourde méprise de la pratique de son temps [1], méprise dont la jurisprudence du siècle précédent avait su se préserver (Merlin, *loc. cit.*), et qui vraisemblablement ne se reproduira pas sous l'empire du Code.

109. Une question d'une haute importance pratique est celle de savoir si la défense de prouver contre et outre le contenu aux actes est applicable en matière de commerce. En faveur de l'affirmative, on peut soutenir qu'il importe surtout en matière commerciale d'éviter l'équivoque et l'arbitraire. Quoi de plus dangereux, dit-on, que de faire revivre, pour y trouver le germe d'une obligation, des pourparlers qui n'avaient peut-être aucun caractère sérieux ! Là où le crédit est en jeu, donner aux engagements d'une partie une portée qu'elle n'aura pas pu prévoir, ce sera souvent amener sa ruine. Enfin on fait remarquer, en se reportant à l'historique de l'article 109 du Code de commerce, que le texte primitif de cet article n'admettait la preuve testimoniale que *s'il y avait commencement de preuve par écrit*; et que les réclamations des cours et des tribunaux de commerce, à raison de l'innovation proposée, portaient uniquement sur l'impossibilité de dresser un écrit, en matière de commerce, dans une foule de circonstances, et nullement sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsqu'en fait, un écrit avait été rédigé. Ainsi entendue, la rédaction définitive de l'article 109, énonçant parmi les modes de preuve la preuve testimoniale, *dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre*, autoriserait la juridiction consulaire, suivant les circonstances, à entendre les témoins,

[1] Pothier ne parle que du payement; mais il est évident que la même décision doit s'appliquer à tout autre mode d'extinction des obligations.

à raison de ce que l'on n'aurait pu faire un écrit, mais jamais lorsqu'il y en aurait un de rédigé.

Cette opinion, adoptée par plusieurs arrêts de cours d'appel, et que le désir de prévenir les contestations nous avait d'abord porté à admettre, nous semble, après de mûres réflexions, incompatible, soit avec le texte de la loi, soit avec les précédents qui peuvent servir à l'expliquer. L'article 1344 du Code civil, après avoir posé les deux principes qui excluent la preuve testimoniale, l'un au-dessus de cent cinquante francs, l'autre contre et outre le contenu aux actes, ajoute : « Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce; » et cette rédaction est conforme à celle de l'ordonnance de 1667. Or, l'article correspondant de l'ordonnance (titre XX, art. 2) avait précisément pour but de confirmer l'usage préexistant, suivant lequel les juges consuls, d'après leurs propres déclarations, « n'étaient point astreints dans leurs jugements à l'ordonnance de Moulins. » (Procès-verbal de l'ord. de 1667, *loc. cit.*) Deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 22 juillet 1613, l'autre du 22 juillet 1689, ont admis, en conséquence, dans les juridictions consulaires, la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. « On a préféré, dit Merlin (*Questions de droit*, v° *Dernier ressort*, § 18, n° 1), 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 délivrées, quoique payées. » C'est aussi en ce sens qu'est conçu l'article 1935 du Code hollandais, chez un des peuples modernes dans le

sein desquels les relations commerciales ont acquis le plus grand développement. En présence de ces précédents, il est difficile de ne pas entendre dans son acception littérale la dernière disposition de l'article 109 du Code de commerce : « Dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. » Peu importe que, pour repousser l'innovation du projet de Code, on se soit surtout attaché à l'inconvénient le plus saillant de ce projet, à l'hypothèse où il aurait été moralement impossible de rédiger un écrit; en définitive, toute innovation a été repoussée, et les termes généraux du Code de commerce replacent la question sur le terrain où elle était dans l'ancienne jurisprudence. Lorsque les rédacteurs de ce même Code ont voulu appliquer les principes du droit civil aux sociétés commerciales, ils ont eu soin de dire spécialement (art. 41) : « qu'aucune preuve ne peut être admise contre et outre le contenu aux actes de société ; » disposition qui serait inutile si tel était le droit commun en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile. Telle est enfin la tendance de la jurisprudence de la cour suprême, bien qu'elle n'aie pas eu jusqu'à présent, il faut le reconnaître, à statuer sur des cas où la question se présentât d'une manière bien nette. Ainsi, dans l'espèce d'un arrêt du 11 juin 1835, il y avait commencement de preuve par écrit, et dès lors la preuve testimoniale se trouvait admissible même au civil; dans une autre espèce jugée le 10 juin 1835, il s'agissait d'établir que des traites avaient été remises à titre de gage, et non à titre de propriété; mais il est douteux, nous l'avons vu (n° 107), que l'article 1341 soit applicable en cas de simulation ; enfin un arrêt du 6 avril 1841 a statué sur l'hypothèse d'une quittance faisant double emploi avec une quittance précédente; or, on peut revenir, même sur un compte arrêté, en cas de double emploi (C. de proc. art. 541). Ces observations n'ont pas pour but d'élever des doutes sur une solution à laquelle nous adhérons complétement,

mais de montrer qu'il ne faut point confondre les difficultés soulevées par l'article 1341, même en matière civile, avec la question toute spéciale de l'application de cet article aux matières de commerce.

110. En matière criminelle, l'application du principe qu'on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes, n'a jamais été sérieusement contestée. S'il s'agit, par exemple, de la violation d'un dépôt constaté par une reconnaissance du dépositaire, il est évident qu'on ne saurait rechercher, en dehors de cette reconnaissance, la preuve des obligations qu'on lui reproche de n'avoir pas respectées. En acceptant cette reconnaissance, le déposant n'a-t-il pas déterminé en quelque sorte la mesure de l'engagement contracté envers lui? Qu'importe qu'il prenne ensuite la voie criminelle ou la voie civile, pour obtenir réparation de l'inexécution de cet engagement? Il est bien entendu d'ailleurs que la règle de l'article 1341 ne s'applique qu'aux écrits qui sont l'œuvre de parties, et n'a aucun trait aux actes rédigés par des officiers publics, notamment aux procès-verbaux constatant les infractions à la loi pénale, procès-verbaux contre lesquels la preuve est admise avec plus ou moins de latitude, ainsi que nous le verrons au siége de la matière.

DEUXIÈME RÈGLE.

Exclusion totale de la preuve par témoins en certaines matières.

111. Il ne faut pas poser en principe, comme on l'a souvent fait bien à tort, que la preuve testimoniale est généralement repoussée par la loi en matière civile. Il est vrai que l'article 1341 veut qu'il soit passé acte de *toutes choses* excédant la valeur de cent cinquante francs. Mais ces expressions, dont nous expliquerons bientôt l'origine, ne peuvent s'entendre, et ne se sont jamais entendues dans la pratique, que des cas où il

peut y avoir lieu à dresser un acte, c'est-à-dire des conventions dans le sens le plus large du mot. *Toutes choses dont nos sujets voudront traiter ou disposer*, disait avec bien plus d'exactitude l'article 19 de l'édit de 1611 des archiducs de Flandre. Aussi voyons-nous la loi se reporter au moment même où l'on a traité, pour signifier sa volonté aux contractants : *il doit être passé acte.* Lorsqu'il s'agit d'un fait autre qu'une convention, les parties, dont il n'est pas l'œuvre commune, n'ont pu être tenues de le constater de telle ou telle manière; la preuve testimoniale est admissible. Le plus souvent en matière civile, il s'agit de conventions; le plus souvent au contraire, au criminel, il s'agit de faits qui ne sont nullement conventionnels. De là l'opinion vulgaire, opinion qui, nous le verrons, a même laissé quelques traces dans nos lois, suivant laquelle cette preuve, habituellement inadmissible au civil, serait toujours admissible au criminel. Mais cette opinion est inexacte sous l'un et l'autre rapport, les dispositions de la loi n'ayant point trait au caractère de la juridiction, mais à la nature des faits à prouver. Si un fait illicite se rattache à une convention, s'il s'agit, par exemple, de la violation d'un dépôt, la convention, dont l'existence doit être préalablement établie, ne sera jamais, si la valeur dépasse le taux légal, susceptible d'être prouvée par témoins, que la question s'agite devant un tribunal de police correctionnelle, ou bien devant un tribunal civil. Au contraire, quand la juridiction civile aura à apprécier un fait non conventionnel, par exemple, une difficulté relative à la possession, elle sera parfaitement autorisée à ordonner l'enquête, quelle que soit l'importance du litige [1].

[1] C'est dans le même esprit que la cour de Douai a jugé, le 6 avril 1851, qu'une convention civile qui ne peut être prouvée que par écrit, ne devient pas susceptible de la preuve testimoniale par cela seul que le défendeur, à raison de sa qualité, se trouve soumis à la juridiction commerciale.

Mais, indépendamment du principe restrictif de l'article 1344, applicable aux conventions, il est des cas où le législateur, sans examiner si le demandeur a pu ou non faire constater les points qu'il a intérêt à établir aujourd'hui, repousse la preuve testimoniale, même pour des faits de l'ordre de la nature. C'est lorsque le caractère de ces faits prête trop à la fraude, et qu'en même temps ils ont une haute importance sociale. Je veux parler des restrictions que souffre la preuve par témoins en matière de questions d'état. Ces restrictions ont moins d'extension que celles de l'article 1341, en ce qu'elles ne tendent pas à réprouver toute preuve par témoins, mais seulement la preuve par témoins de certains éléments de décision. D'un autre côté, elles sont plus impérieuses en ce qu'elles n'admettent pas la ressource de l'interrogatoire et celle du serment; tandis qu'en matière conventionnelle, du moins lorsque certaines solennités ne sont pas exigées, l'enquête seule est prohibée, tous les autres modes d'information demeurent admissibles.

Exclusion générale de la preuve testimoniale en matière de conventions, exclusion toute spéciale en ce qui touche les questions d'état, voilà des matières qu'il importe de bien distinguer, et dont nous allons traiter séparément. Quand nous l'aurons fait, nous expliquerons à part ce qui concerne l'admissibilité au criminel de la preuve testimoniale.

PREMIÈRE DIVISION.

Exclusion de la preuve par témoins en matière de conventions.

112. L'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale paraît avoir été sans exception à Rome, du moins lorsqu'il ne s'agissait que d'établir les conventions des parties. On sait que les Romains se fiaient à la mémoire de l'homme pour constater, soit des actes solennels, tels que la mancipation, soit même l'existence d'un ju-

gement, ce qui faisait l'objet de l'action *judicati*, laquelle paraît bien étrange dans nos mœurs actuelles[1]. Cette faculté si large n'a été modifiée qu'à Constantinople, au VI^e^ siècle, et encore dans un cas particulier. Dans la loi 18, au Code, *de testibus*, Justinien veut que, quand une dette a été constatée par écrit, la preuve du payement ne puisse elle-même se faire que par écrit, ou du moins par cinq témoins dignes de foi[2]. Rien de pareil ici au principe général posé dans les Sentences de Paul (livre V, titre XV, § 4), et reproduit dans la loi 1^re^, au Code, *de testibus*, lorsqu'il s'agissait de la preuve par témoins opposée à un écrit. Et cependant les mœurs étaient loin d'être pures à Rome, surtout sous l'empire. Les faux témoins n'ont jamais manqué aux accusations politiques, et on connaît le mot sanglant de Tacite (*Hist.* livre I^er^, § 2) : *quibus deerat inimicus, per amicos oppressi.* Mais le motif de la corruption des témoins, bien que le plus apparent, n'est pas le seul qui ait amené la prohibition chez nous. La crainte de la multiplicité des procès a été pour nos tribunaux un motif non moins puissant. Or, cette crainte ne pouvait avoir la même influence dans l'empire romain, où il y avait bien moins de richesses qu'il n'y en a aujourd'hui dans le monde civilisé, et où la population était bien moins considérable, et en grande partie esclave. De plus, les formes précises de la stipulation, usitées dans les occasions les plus importantes, fixaient l'attention des témoins et simplifiaient leur tâche. Aussi voyons-nous la preuve testimoniale enracinée dans les habitudes nationales, même du temps de

[1] Il résulte des recherches de M. le comte Beugnot (voy. la préface de son beau travail sur les *Olim*), que le premier exemple de rédaction régulière des arrêts se trouve en 1336, dans la terre classique de la jurisprudence, en Normandie.

[2] C'est là l'origine de l'erreur, réfutée par Pothier, qui consistait à ne jamais admettre la preuve par témoins de la libération d'une créance constatée par écrit (n° 108).

Justinien. Ainsi, dans la novelle 74, chap. IV, l'empereur essaye, quant au mariage, l'introduction d'un écrit, du moins pour la plupart des cas; mais peu de temps après, dans la novelle 117, chap. IV, il se voit obligé de restreindre son innovation aux grands personnages de l'empire. Et même la loi 18, au Code, *de testibus*, n'a pas proscrit la preuve par témoins dans l'espèce qui y est prévue; on y a seulement exigé, à défaut d'écrit, un nombre de dépositions plus considérable.

Au moyen âge, si, comme nous l'avons vu, on n'a pas toujours admis la supériorité de la preuve orale sur la preuve par écrit, il est évident du moins que l'usage de l'écriture était trop peu répandu pour qu'il fût possible de ne pas admettre la preuve testimoniale des conventions. D'ailleurs l'utilité d'une pareille exclusion ne se faisait pas encore sentir, lorsqu'à raison de l'état moins avancé de la civilisation, les procès étaient moins fréquents et les mœurs moins dépravées[1]. On allait même jusqu'à constater l'existence de la coutume, c'est-à-dire de la loi d'alors, au moyen d'une *enquête par tourbe*, c'est-à-dire d'informations recueillies de la bouche d'un certain nombre de personnes que l'on prenait au hasard, et que l'on interrogeait sur ce qu'elles croyaient être en usage.

113. Si l'ancienne Rome avait admis les principes les plus larges en matière de témoignage, ce fut, au contraire, l'Italie moderne qui donna la première l'exemple, au XV^e^ siècle, de restrictions à la liberté de la preuve. Un statut de Bologne de 1553, approuvé par le pape Nicolas V, défendit la preuve par témoins des payements au-dessus de cinquante livres, et des contrats au-dessus de cent livres. De même les statuts de Milan, en 1498, interdirent la preuve testimoniale en

[1] Je n'entends pas dire sans doute que les mœurs des classes supérieures fussent toujours exemplaires; mais alors la corruption n'avait pas pénétré dans la masse de la population, comme cela est malheureusement arrivé dans les temps modernes.

certains cas. En France, une réforme analogue eut lieu au XVI^e^ siècle, à l'époque où la rédaction par écrit des coutumes fit tomber l'usage abusif des enquêtes par tourbe. Ce fut du midi, d'un pays de droit écrit, qu'émana la proposition d'introduire des restrictions semblables à celles qui venaient d'être établies en Italie. Le parlement de Toulouse envoya des députés auprès de Charles IX, aux états de Moulins, pour solliciter la disposition qui forme l'article 54 de l'ordonnance de 1566, et qui veut qu'il soit passé contrat de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Le préambule de cette ordonnance, dite de Moulins, la même qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes, ne mentionne, ce qui est bien remarquable, que le motif de la complication des procédures : « Pour obvier, dit ce préambule, à la multiplication des faits, que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès. » On voit qu'en se reportant à l'origine de la prohibition, il ne paraît pas que le législateur ait été occupé uniquement, comme beaucoup l'imaginent, du danger de la subornation des témoins. Néanmoins ce danger avait aussi frappé les contemporains, ainsi que le prouve cet adage coutumier, cité par Loisel : « Fol est qui se met en enquête; car qui mieux abreuve, mieux preuve. »

Cette ordonnance, quel qu'en fût le motif principal, opérait une véritable révolution dans les habitudes. Aussi Boiceau, commentateur contemporain, nous dit-il, en commençant l'exposé de la matière : « Quum primum « nata et promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, « plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria. » Cette disposition était dure, en ce qu'elle astreignait à des écrits gênants, et souvent coûteux, les parties qui pouvaient auparavant s'en passer; odieuse, en ce qu'elle favorisait la mauvaise foi, tant qu'elle n'était pas bien connue de tous et entrée dans les mœurs;

enfin, contraire au droit, c'est-à-dire au droit romain; mais ce n'était pas une raison pour que, les circonstances ayant changé, elle fût repoussée chez les modernes, puisque c'était un pays de droit écrit qui l'avait réclamée. Quant aux deux premiers motifs, ils n'étaient que transitoires. Aussi Boiceau ajoute-t-il que, nonobstant ces raisons de douter, l'ordonnance fut hautement approuvée par les esprits les plus graves, et notamment par le parlement de Paris : « Nulla toto hoc sæculo « constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa « fuit amplissimo nostro Galliæ senatui. »

114. Avant d'analyser cet article 54 et les lois postérieures qui en ont reproduit la disposition, jetons un coup d'œil sur les législations étrangères. Il est des pays où aucune restriction n'est admise, par exemple, en Autriche, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (voy. Code autrich. art. 883). C'est la disposition du droit commun germanique. Il paraît qu'il en est de même en Danemark, en Suède et en Norvége. Il est certain qu'il y a plus de simplicité chez les populations germaniques et scandinaves que chez les nations plus méridionales. D'autres pays, tels que l'Angleterre, n'exigent d'écrit que pour certains actes importants, tels que les conventions relatives à des immeubles valant au moins dix livres sterling. C'est l'objet d'une disposition comprise dans le vingt-neuvième statut de Charles II, et intitulée : *Acte pour prévenir les fraudes et les parjures*. Enfin, dans la plupart des codifications modernes, notamment dans le Code prussien[1] (titre des Contrats, art. 134), le système français a été admis. Quelquefois cependant on y a apporté un tempérament, en élevant le chiffre pour lequel la preuve testimoniale peut être reçue. C'est ainsi que le Code sarde (art. 1454) fixe ce chiffre à trois cents francs, et que le

[1] La Prusse se rapproche bien plus des idées françaises que les autres nations germaniques.

Code du canton de Vaud (art. 995) le porte à huit cents francs. Cette diversité des législations se conçoit facilement. La question de l'admissibilité de l'enquête est une de ces questions de moralité et de discipline nationale, dont la solution doit varier de peuple à peuple.

Voyons maintenant quelle est l'étendue du principe posé par l'ordonnance de Moulins, tel qu'il a été développé par la doctrine et par la législation postérieure. Nous verrons ensuite dans quels cas il y a exception à ce principe, et dans quels cas, au contraire, on l'étend au delà de ses limites ordinaires.

§ 1. *Application de cette règle.*

115. Bien que l'ordonnance de 1566 employât l'expression *toutes choses*, qui se retrouve dans l'article 1341 du Code civil, les auteurs contemporains furent loin de l'entendre en ce sens qu'elle comprît tout, *omnes res nostras*, comme dit Boiceau. Au contraire, s'attachant à l'expression pratique, *il sera passé contrat*, assez mal à propos employée par les rédacteurs, ils interprétèrent l'ordonnance en ce sens qu'elle n'était applicable qu'aux *contrats* (voy. Pothier, *Oblig.* n° 786). Cette interprétation était peu raisonnable; car les faits qui dissolvent l'obligation, comme le payement, la remise, etc., se constatent tout aussi bien par écrit que les conventions qui ont pour but de la former. De là les expressions plus générales de l'ordonnance de 1667 (titre xx, art. 2), qui veut qu'il soit passé acte par-devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Par ce mot *choses*, employé sans restriction, on a voulu comprendre les distrats comme les contrats, les conventions *divestitives*, comme les conventions *investitives*, pour employer la langue de Bentham. Mais on n'a voulu entendre rien de plus que ce qui émane de la volonté de l'homme, les choses *dont on veut traiter ou disposer*, comme le dit l'édit de 1611, que nous avons

déjà cité [1]. Les expressions de l'ordonnance se retrouvent dans l'article 1344 du Code civil, et il n'est pas possible de les y interpréter autrement.

Il est vrai qu'on a proposé de substituer à la rédaction du Code cette formule : « Il doit être passé acte de tout *fait juridique* dont l'objet est d'une valeur supérieure à cent cinquante francs. » (Voy. Zachariæ, § 762, avec les annotations de MM. Aubry et Rau.) On met ainsi en dehors de la règle les événements de la nature (sauf disposition expresse en sens contraire, comme pour les naissances et les décès) et les faits de l'homme qui ne présentent que des résultats matériels, tels que la possession. Cette manière d'exprimer la règle est, sans doute, plus exacte que la formule employée par l'ordonnance de 1664 et par le Code civil, mais ne nous semble pas parfaitement juste. Il nous est impossible de comprendre pourquoi la possession ne serait pas un fait juridique; car elle suppose un élément moral, outre le fait matériel de la détention. Elle serait donc nécessairement comprise dans la règle entendue d'une manière aussi large. La seule idée raisonnable est d'entendre, avec les premiers commentateurs de l'ordonnance de Moulins, la prohibition comme se référant au cas où les parties ont traité ensemble : *De quibus pacisci consueverunt*, dit Boiceau (*ibid.* chap. II, n° 1); *ut passim in jure reperitur sub his verbis, gesserunt, contraxerunt*. Il faut donc qu'il y ait *aliquid gestum*. D'autre part, si les expressions *choses* ou *faits juridiques* ont trop d'extension, on comprend que le législateur n'ait pas voulu adopter non plus le mot *convention*, qui se trouvait dans la rédaction présentée au conseil d'État. En effet, cette expression ne peut guère s'employer pour désigner le payement des arrérages d'une rente, payement

[1] « Les choses qui ne peuvent se réduire par écrit, » disait l'avocat général Joly de Fleury dans un plaidoyer du 2 août 1706, « qui ne sont pas susceptibles de convention, *n'ont jamais été comprises* dans cette disposition. »

dont le créancier a intérêt à justifier, pour éviter la prescription; et cependant ce n'est point là un fait susceptible d'être prouvé par témoins, dès que le capital de la rente dépasse cent cinquante francs, le créancier pouvant se faire délivrer par le débiteur une contre-quittance. L'opinion contraire, admise d'abord par quelques arrêtés, est aujourd'hui généralement réprouvée. Il s'agit là d'une *transaction* dans le sens le plus large du mot, de choses *dont on veut traiter ou disposer*, ainsi que le dit l'édit de 1611. Le vœu de la loi est dès lors qu'il soit rédigé un écrit.

On arrive, sans doute, au même résultat pratique, lorsqu'on se demande, d'une manière générale, s'il a été ou non moralement possible de dresser acte de ce qui s'est passé. Mais la règle ainsi posée est loin de satisfaire la raison, puisqu'il reste toujours à se demander quels faits le législateur a entendu soumettre à la nécessité d'une constatation par écrit. Nous croyons qu'on ne peut bien entendre le principe du Code qu'en l'éclaircissant, ainsi que nous l'avons fait, par les documents de l'ancienne jurisprudence.

Cette observation nous conduit à rectifier la rédaction doublement inexacte de l'article 1348, 1°. Cette rédaction est d'abord vicieuse en ce qu'elle présente comme une exception à la règle prohibitive de l'enquête, l'admission de la preuve par témoins des délits ou quasi-délits. Les actes illicites n'avaient pas besoin d'être exceptés; ils n'ont jamais été compris dans la règle. Boiceau (livre I^er^, chap. x, n° 5) ne s'y était pas trompé : « Quod autem ad obliga-
« tiones ex maleficio descendentes, satis vulgatum est
« eas hac lege non comprehendi, quia scriptis delinqui
« non soleat, imo clam vel noctu. » De plus, la faculté de prouver par témoins n'est pas bornée aux faits qualifiés délits ou quasi-délits. Toutes les fois que j'arguë d'un dol, il ne s'agit plus de prouver une convention susceptible d'être constatée par écrit, mais bien des manœuvres frauduleuses, qui ne seraient plus telles

précisément, s'il m'était possible instantanément d'en dresser acte. La règle de l'article 1341 est dès lors applicable; et ainsi que nous le verrons, il ne faut point s'attacher à la lettre de l'article 1353 qui semble ne réserver d'autre ressource, pour établir la fraude, que les présomptions abandonnées aux lumières du juge. La seconde inexactitude de ce même alinéa de l'article 1348, c'est qu'il confond dans une même rédaction tous les *quasi-contrats*, qu'il présente comme placés en dehors de la prohibition. Or, des deux quasi-contrats mentionnés par le Code, il en est un, sans doute, la gestion d'affaires, qui, se rattachant à un simple fait intervenu entre parties non présentes, n'est pas susceptible de preuve littérale; mais l'autre quasi-contrat, qui naît de la réception de l'indu, rentre dans la règle de l'article 1341, puisque celui qui voulait opérer un payement, devait se faire délivrer quittance. Personne n'hésite, malgré les termes généraux de la loi, à faire cette distinction; mais on sent qu'il est bien plus simple de se demander toujours s'il s'agit ou non d'un acte conventionnel.

§ 2. *Exceptions à cette règle.*

116. Les exceptions à la règle de l'article 1341 tiennent, ou au peu de valeur du litige (art. 1341 et suiv.), ou à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, qui donne une base aux prétentions du demandeur (art. 1347), ou enfin à l'impossibilité physique ou morale de se procurer un écrit. Outre ces exceptions fondées sur la loi, nous aurons à rechercher si le consentement de l'adversaire peut ou non dispenser le demandeur de l'observation de cette règle.

PREMIER MOTIF D'EXCEPTION.

Modicité de la valeur du litige.

117. La première limitation apportée au principe qui exclut l'enquête en matière conventionnelle, c'est le tempérament, compris dans l'énoncé même du prin-

cipe, qui admet les témoins quand la valeur ne dépasse pas un certain taux. Soit qu'on songe aux frais de l'écrit, soit qu'on se préoccupe du danger de subornation, ce tempérament paraît également raisonnable. Le taux, fixé à cent livres par les ordonnances de 1556 et de 1667, est de cent cinquante francs d'après le Code civil. Mais la prohibition, qui paraît adoucie, est au fond singulièrement aggravée, si on la compare aujourd'hui à ce qu'elle était au XV^e^ siècle; car il ne faut pas avoir des notions bien profondes en économie politique, pour savoir que cent livres en 1566 correspondent à plus de cent cinquante francs aujourd'hui. Faut-il donc dire, à la honte de notre siècle, que cet avilissement de la valeur du numéraire est compensé par les progrès de la corruption? Quoi qu'il en soit, et en s'attachant au chiffre fixé par le Code, il convient de rechercher comment on évaluera l'importance de la demande, pour déterminer si elle dépasse ou non le taux indiqué.

118. Ce n'est pas seulement en matière de preuve testimoniale qu'il y a lieu à apprécier la valeur du litige. On se pose la même question, notamment quand il s'agit de savoir si le jugement d'un tribunal d'arrondissement est rendu en premier ou en dernier ressort. Dans cette hypothèse, ou bien le demandeur n'a pas évalué sa prétention, et alors le juge doit l'évaluer d'après des éléments déterminés par la loi, tels qu'un acte de bail non suspect (loi du 11 avril 1838, art. 1^er^): à défaut de ces éléments, on tient généralement qu'il faut s'abstenir de faire une expertise, qui serait trop coûteuse, et que, dans le doute, l'appel doit être admis; — ou bien le demandeur a fixé lui-même le chiffre de ses prétentions, et alors, comme ce chiffre ne peut être dépassé (C. de proc. art. 480, 4°), il fixe irrévocablement le montant de la demande. Eh bien! ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est admissible en ce qui touche la preuve par témoins.

Et d'abord, dans le silence du demandeur, la loi

n'a déterminé aucun élément auquel il faille s'attacher pour rechercher si le litige dépasse ou non cent cinquante francs. Le juge a donc un pouvoir discrétionnaire pour faire cette évaluation ; mais une différence fondamentale, c'est qu'ici cette évaluation est forcée. A la différence de l'appel, l'enquête n'est pas de droit commun ; car le défendeur, au profit duquel la restriction a été introduite, a toujours le droit de repousser les témoins, en constatant que le taux légal se trouve dépassé. De là la nécessité d'une appréciation, pour laquelle il faudra consulter avec soin tous les documents de la cause. Il conviendra de ne recourir à une expertise qu'à la dernière extrémité, puisqu'il serait déplorable, pour des affaires aussi peu importantes, d'avoir à supporter tout à la fois les frais d'une expertise et ceux d'une enquête (Boiceau, livre Ier, chap. XVIII, n° 5).

419. Supposons maintenant qu'il existe une évaluation du demandeur ; il n'est pas possible de l'accepter d'une manière absolue. En effet, le seul motif du législateur n'est pas la crainte de la corruption des témoins ; autrement, il ferait comme en matière de compétence, il ne s'attacherait jamais qu'à l'intérêt du demandeur, intérêt dont le maximum est fixé par ses conclusions. Au contraire, les articles 1343 et 1344 prohibent l'admission de la preuve testimoniale, lorsque le demandeur restreint sa demande primitive [1], ou lorsqu'il déclare sa créance le restant d'une créance plus forte qui dépassait le taux légal. Ces articles sont en parfaite harmonie avec la disposition de l'article 1344, qui, en ordonnant de *passer acte*, se reporte au moment de la convention des parties, et non à l'époque du litige. Dès lors l'évaluation du demandeur ne peut être admise qu'autant qu'elle est reconnue sincère. Si donc les té-

[1] A moins qu'il n'y ait erreur de fait dans l'évaluation contenue en cette demande, cette erreur permettant de révoquer un aveu, même judiciaire (C. civ. art. 1356).

moins entendus déclarent une valeur supérieure à celle que le demandeur réclamait, sa prétention, en supposant qu'elle ne repose que sur l'enquête, devra être rejetée aux termes mêmes de l'article 1344, puisque la somme réclamée se trouvera faire partie d'une créance plus forte, non prouvée par écrit.

120. Mais, pour qu'il y ait faute imputable au demandeur, il faut qu'il se soit trouvé créancier d'une somme supérieure à cent cinquante francs. Que si, dès l'origine, la créance s'est trouvée réduite à un taux inférieur à la limite légale par suite d'un payement partiel fait comptant, il n'y a jamais eu obligation de dresser un acte; si, par exemple, un objet a été vendu deux cents francs, dont cent cinquante francs ont été payés immédiatement, le vendeur ne se trouvant, tout compte fait, créancier que de cinquante francs, on ne pouvait exiger qu'il fît les frais d'un écrit, et la preuve testimoniale est admissible. C'est ainsi que Pothier (*Oblig.* n^os^ 790 et 791), après avoir décidé que je ne puis prouver par témoins une créance de cinquante livres, pour ma part héréditaire dans un prêt de deux cents livres fait par mon père, auquel je succède pour un quart, ajoute que je suis recevable à offrir la preuve testimoniale, non du prêt de deux cents livres, mais d'une promesse faite par le débiteur de me payer cinquante livres pour le quart qui m'était dû : il s'agit effectivement alors d'établir, non la créance primitive, mais une créance nouvelle, qui ne tombe point sous le coup de la prohibition du législateur.

121. Une décision également applicable en ce qui touche la compétence et en ce qui touche la preuve testimoniale, c'est celle qui prescrit de joindre au principal les intérêts échus jusqu'au jour de la demande (art. 1342). On pourrait objecter que le demandeur n'était pas en faute au moment où s'est formée la créance, si, indépendamment des intérêts à échoir, elle ne montait pas à cent cinquante francs. Mais on sup-

pose qu'il a dû se faire payer les intérêts, ou se faire remettre un écrit, dès qu'ils ont une fois dépassé le taux légal. Au surplus, il ne faut pas confondre avec les intérêts, dont le taux a pu être prévu à l'avance, les *dommages-intérêts* que peut entraîner l'inexécution d'une obligation. Le préjudice éventuel qui résulte de cette inexécution, est un fait postérieur, qui se rapproche beaucoup d'un délit, et qu'on ne pouvait raisonnablement faire entrer en ligne de compte, lorsqu'il s'agissait de savoir si l'on devait ou non dresser acte de la convention. Telle paraît avoir été la pensée de la section de législation du conseil d'État, vu le changement de rédaction qu'elle a fait subir à l'article 1342, lequel, dans le projet du Code, était conçu en ces termes : « La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande en *dommages-intérêts*, lorsque ces *dommages-intérêts*, joints au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs. »

122. L'article 1345 étend cette exigence, même au cas où il s'agit de créances diverses provenues de différentes causes, lorsque, jointes ensemble, elles excèdent la limite légale; il fallait se mettre en règle, dès qu'une fois on se trouvait, vis-à-vis de la même personne, créancier de plus de cent cinquante francs[1]. Il en est autrement (même art. 1345) si les créances provien-

[1] En matière de compétence, ce motif n'est pas applicable, car on ne saurait sérieusement reprocher à un plaideur d'avoir plusieurs procès avec la même personne. Toutefois la décision de la loi 11, ff. *de jurisd.* qui isolait, pour fixer le taux de la compétence, les demandes diverses formées contre le même adversaire, n'est pas admise par la loi du 25 mai 1838, (art. 9); et il est difficile de ne pas étendre à toutes les juridictions ce que le législateur dit pour les justices de paix. Cette doctrine, établie par une jurisprudence que la loi de 1838 n'a fait que sanctionner, tient à des considérations pratiques. D'abord on évite d'avoir à se prononcer sur une question délicate, celle de la connexité des demandes, qui sont ainsi présentées en même temps. Puis, quant aux frais de l'appel, ces demandes réunies sont moins coûteuses que si on les intentait successivement.

nent de personnes différentes par succession, donation ou autrement; il n'y a plus de contravention à l'esprit de la loi, dès que la jonction n'est plus la suite d'un contrat intervenu avec le même débiteur, mais résulte de la force des choses.

125. On aurait pu éluder cette dernière prohibition, en intentant successivement des actions inférieures au taux légal. Tel est le principal motif de la règle (art. 1346) qui prescrit de former dans un seul et même exploit toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit; en ajoutant que les autres demandes, dont il n'y aura pas de preuve par écrit, ne seront pas reçues. Cette prescription, qui ne comprend évidemment que les dettes échues [1], doit-elle s'appliquer même à celles qui proviennent de personnes différentes, et qui sont dès lors susceptibles de se prouver par témoins? On pourrait croire que non, si on ne s'attachait qu'à cette idée que la loi a voulu prévenir une fraude à la prohibition de l'article 1341, fraude sans objet ici, puisque l'enquête est admissible à raison de la diversité de l'origine des dettes. Mais l'article 1346 ne fait que reproduire une disposition de l'ordonnance de 1667 (titre XX, art. 6), qui indépendamment des règles de la preuve, tendait à prévenir la multiplication des petits procès [2] (voy. le procès-verbal des conférences sur l'or-

[1] Cette proposition nous paraît encore évidente, bien qu'elle ait été contestée récemment pour la première fois (voy. MM. Aubry et Rau, note 41, sur le § 762 de Zachariæ). Sans doute, le législateur eût pu pousser la rigueur logique jusqu'à exiger l'indication, dans l'exploit, des créances non encore exigibles. Mais il n'a parlé que des *demandes formées*, et rien n'autorise à entendre une déchéance aussi grave que celle de la perte complète du droit du demandeur, au cas où l'on ne trouverait point dans l'exploit la mention insolite de créances étrangères à l'instance.

[2] Il n'existe toutefois aucune prescription de ce genre sous le point de vue de la compétence. Rien n'empêche un plaideur de scinder ses actions, pour éviter les frais d'une juridiction supérieure. Nous n'avons aucune institution qui ressemble à l'exception *rei residuæ* (Gaïus, Comm. IV, § 122) des Romains. Mais, bien que nos lois gardent également le silence

donnance de 1667, discussion sur le titre XVII du projet, art. 4).

Ce premier pas fait, ne faut-il pas aller plus loin, et exiger la jonction des demandes, au cas même où elles s'appuieraient sur un commencement de preuve par écrit? Les termes de l'ordonnance et du Code : *qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit,* conduisent forcément à cette solution. Il est vrai que l'article 1347 paraît la contrarier, en déclarant 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 parfaitement, si on se reporte au projet de Code, dans lequel ne figurait pas l'article 1346. A l'avantage de la simplification des procès, que nous venons de signaler, on peut ajouter encore l'utilité, pour la bonne expédition des affaires, de la réunion dans une seule enquête de faits qui seront souvent connexes. Cette partie du Code civil ne nous paraît donc pas mériter les critiques dont elle a été souvent l'objet.

124. En résumé, voici quel paraît être le système de la loi. Elle se reporte d'abord au moment où la convention a eu lieu, pour voir si, à cette époque, la valeur excédait ou non le taux légal, lors même qu'actuellement elle se trouve au-dessous de ce taux. De plus, en sens inverse, il ne suffit pas que, dans l'origine, le chiffre de cent cinquante francs n'ait pas été dépassé; elle examine si depuis on n'a pas franchi après coup la limite posée. Ces deux points de vue correspondent aux deux motifs bien distincts de la prohibition. On se réporte au passé, parce que le vœu de la loi est qu'on s'assure une preuve stable dès le prin-

sur le cas où l'on diviserait une créance unique, ce qui donnait lieu à l'exception *litis dividuæ* (Gaïus, *ibid.*), les auteurs les plus exacts tiennent que le défendeur pourrait forcer son adversaire à ne pas fractionner sa demande. La conduite du plaideur qui ne veut agir que pour partie, est aussi inconséquente que peu respectueuse pour le tribunal.

cipe. On s'attache au présent, parce qu'il ne faut pas perdre de vue non plus le danger de la corruption des témoins.

A l'aide de ces observations, qui ne sont que l'analyse des dispositions du Code, peut-être est-il possible de résoudre la question si débattue que fait naître le texte de l'article 1839 : « Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur *objet* est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. » On se demande ce qu'il faut entendre par l'*objet* d'une société? Deux opinions diamétralement opposées sont professées sur cet article. Les uns, pénétrés de cette idée que ce qu'a voulu le législateur, c'est la rédaction d'un acte lors de la formation de la société, s'attachent, non à l'intérêt ultérieur des associés, mais à la valeur originelle de la société, quelques accroissements qu'elle ait reçus depuis. D'autres, au contraire, ayant surtout en vue le danger de la subornation des témoins, ne tiennent pas compte de l'importance que pouvait ou que peut avoir la société prise collectivement, mais considèrent uniquement l'intérêt de l'associé demandeur, qu'ils autorisent à obtenir l'enquête, si sa réclamation ne dépasse pas cent cinquante francs. Chacune de ces opinions repose sur un fond de vérité ; leur seul tort est d'être exclusives. Si, comme nous l'avons reconnu, dans les rapports d'un seul créancier et d'un seul débiteur, l'analyse des textes prouve qu'on a également songé à la vertu *antilitigieuse* [1] d'un écrit et à la crainte de la corruption, quel motif y aurait-il donc pour décider autrement entre associés? Aussi les témoins semblent-ils ne pouvoir être admis, ni dans le cas où l'objet total de la société dépassait primitivement cent cinquante francs, ni dans le cas où actuellement l'intérêt, soit individuel, soit même collectif, serait venu à dépasser ce chiffre. Si on allègue, dans le premier cas,

[1] Expression de Bentham.

que la société a diminué de valeur, il est facile de répondre que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour une somme qui serait le restant d'une créance plus forte, non prouvée par écrit (art. 1344). Et si on prétend, dans le second cas, qu'il a suffi aux parties de ne pas contrevenir à la loi lors de la formation du contrat, on tombe sous le coup de l'article 1342, qui oblige à réunir les intérêts au capital. N'y a-t-il pas identité de raison pour les bénéfices capitalisés? Cette dernière idée doit toutefois être appliquée avec sagesse. Les bénéfices n'étant pas prévus à l'avance comme les intérêts, le fait seul de leur échéance ne suffira pas pour qu'il doive être dressé acte, s'ils n'ont pas été ajoutés à la masse sociale. Si, par conséquent, l'échéance même de ces bénéfices était le signal de la dissolution de la société, il serait déraisonnable d'exiger un écrit des associés, en supposant qu'ils n'y fussent pas astreints, lorsqu'ils se sont réunis. C'est ainsi que l'on peut approuver un arrêt de la cour de Turin du 24 mars 1807, qui a admis la preuve testimoniale d'une société pour mettre à la loterie, bien que le lot gagné dépassât cent cinquante francs, les mises n'excédant pas cette valeur. Il eût fallu décider autrement, si la société avait été destinée à se prolonger et que le bénéfice réalisé eût été versé dans la caisse sociale.

DEUXIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Commencement de preuve par écrit.

125. L'exclusion de la preuve testimoniale, en matière conventionnelle du moins, ne tend pas, nous l'avons déjà dit, à exiger impérieusement un écrit. Les autres preuves orales moins suspectes, l'aveu et le serment, sont admissibles, quand l'écriture n'est pas requise pour la substance de l'acte, comme dans le contrat de mariage. Mais, si un aveu complet prouve la convention, on conçoit qu'il puisse y avoir un aveu

incomplet, de nature à rendre vraisemblable le fait allégué, sans en donner toutefois une pleine démonstration. Si cet aveu imparfait est constaté par écrit, car autrement on tomberait dans un cercle vicieux, il donne à la prétention une base assez solide pour qu'on puisse sans danger admettre les témoins : telle est la théorie qui résulte de la définition donnée par l'article 1347 du commencement de preuve par écrit : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

Dans l'ancienne jurisprudence, et surtout à une époque très-rapprochée de l'ordonnance de Moulins, on n'exigeait pas, comme aujourd'hui, que le commencement de preuve eût le caractère d'un aveu, c'est-à-dire qu'il émanât du défendeur. L'ordonnance étant considérée comme exorbitante, on voyait avec faveur tout moyen d'en éluder l'application. Mornac (*ad leg. certi,* § *quoniam,* ff. *de reb. cred.*) s'exprime en ces termes : « Prohibita non est edicto regio probatio per testes in « summa quæ centum libras superat, si vel tantillum « scripto, cui fides adhibeatur, de re controversa con- « stiterit, quum summum illud jus invectum sit in mores « gallicos ob testium facilitatem. » C'est ainsi qu'un arrêt rapporté par Vrevin (sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins) vit dans une reconnaissance émanée d'une veuve un commencement de preuve contre les héritiers de son mari. L'ordonnance de 1667, si elle ne confirma pas cette jurisprudence, ne la condamna pas non plus, puisqu'elle ne fit que mentionner (titre XX, art. 3) le commencement de preuve par écrit, sans le définir. Les auteurs les plus exacts, notamment Danty (additions sur Boiceau, part. II, chap. I^er^), et Pothier (*Oblig.* n° 808), enseignèrent bien que l'écrit devait émaner d'une partie intéressée dans la contestation. Mais rien n'obligeait les tribunaux à se conformer à cette opinion, et la cour de cassation juge con-

stamment qu'on peut encore aujourd'hui, pour les espèces nées avant la promulgation du Code, considérer comme commencement de preuve une pièce émanée d'un tiers étranger au litige.

126. La doctrine de Danty et de Pothier, consacrée aujourd'hui par la loi, reçoit encore toutefois de notables exceptions (voy. art. 1335 et 1336). Mais ce n'est pas encore le lieu d'examiner les questions si débattues qui s'élèvent sur les actes qui peuvent servir de commencement de preuve, lorsque ces actes émanent de tiers, ou bien lorsqu'ils présentent certains vices de forme. La solution de ces questions suppose nécessairement la connaissance des conditions requises pour qu'un acte fasse foi. Nous la renvoyons en conséquence à nos développements ultérieurs sur les preuves préconstituées. Du reste, le point de savoir quel doit être l'auteur de l'écrit allégué comme commencement de preuve, ou si l'écrit n'est pas d'une forme telle que la loi le repousse complétement, pourra appeler l'examen de la cour de cassation (cass. 30 décembre 1839). Il est évident qu'il n'en saurait être de même quant à l'appréciation du degré de vraisemblance que puise dans l'écrit le fait allégué; une mauvaise décision sur ce point ne constituerait qu'un mal jugé. Il importe cependant de ne pas abuser du pouvoir discrétionnaire qui est laissé au juge sous ce rapport. Aujourd'hui que l'écriture est si usitée dans les relations sociales, si le tribunal se contentait de la note la plus vague pour ordonner l'enquête, les précautions du législateur seraient aisément éludées.

127. Si l'écrit, pour valoir commencement de preuve, doit généralement émaner de celui à qui on l'oppose, il faut qu'on ne puisse douter qu'il en soit effectivement l'auteur. C'est donc encore une erreur grave de qualifier de commencement de preuve par écrit, comme le fait Toullier (5e édition, t. IX, n° 61), des écritures privées qui ne sont ni vérifiées, ni reconnues. Ces écri-

tures ne sont absolument rien, tant qu'on en ignore l'origine, et ce serait faire une véritable pétition de principe que de vouloir corroborer par la preuve testimoniale un aveu dont l'existence n'est pas démontrée. L'illustre professeur de Rennes paraît avoir confondu les témoins appelés quelquefois à la vérification d'une écriture, avec les témoins qui viennent déposer sur l'existence de la convention. Dans le premier cas, les témoins viennent attester, non ce que contient l'écrit, mais la confection même de l'écrit dont l'origine est contestée. Dans le second cas, ils viennent attester le fait que l'écrit rend vraisemblable. Ainsi, lorsqu'il s'agit de commencement de preuve par écrit, il peut y avoir deux enquêtes bien distinctes : l'une tendant à établir que l'écrit allégué est de la main de celui à qui on l'attribue; l'autre tendant à établir, par d'autres dépositions, le fait même de la convention, que cet écrit permet de vérifier par témoins. La première de ces enquêtes est seule admissible *de plano*, comme ayant trait à un simple fait, la confection de l'écrit, auquel ne s'applique point la prohibition de l'article 1341 (voy. n° 115).

128. Demandons-nous enfin s'il est permis d'invoquer comme commencement de preuve par écrit devant les tribunaux civils les réponses précédemment faites dans le cours d'une procédure criminelle. Les termes généraux de la loi : « Tout acte par écrit.... qui rend vraisemblable le fait allégué, » conduisent à cette solution. Le contraire avait cependant été jugé, le 13 août 1836, par la cour d'appel de Paris, qui avait pensé que les juges civils ne peuvent puiser leur conviction dans les documents d'une procédure criminelle. Mais cette restriction est tout à fait arbitraire, et ce n'est nullement confondre la juridiction civile avec la juridiction criminelle que d'autoriser les tribunaux civils à voir un commencement de preuve par écrit dans une instruction régulière, qui équivaut bien à de simples notes émanées du défendeur. Aussi l'arrêt de la cour

de Paris a-t-il été cassé le 2 juin 1840. Néanmoins cette doctrine demande à être appliquée avec précaution. Il ne faut pas perdre de vue non plus que l'acte doit être *émané de celui contre lequel la demande est formée*. Or, si ce caractère appartient aux réponses faites devant le juge d'instruction, réponses qui sont lues à l'inculpé, afin qu'il puisse reconnaître si ses déclarations n'ont pas été dénaturées, il n'en est point de même généralement des dires constatés seulement par les notes d'audience que rédige le greffier. C'est ce qu'a jugé avec beaucoup de raison un arrêt de cassation du 17 juillet 1844 : « 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 teneur, 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. »

TROISIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Impossibilité de se procurer une preuve littérale.

129. Nous avons déjà fait remarquer que les délits et quasi-délits, aussi bien que le quasi-contrat de gestion d'affaires, sont placés en dehors de la règle de l'article 1341, et que par conséquent on ne doit pas voir une exception, bien que la loi semble le dire, mais l'application du droit commun, dans la faculté de les prouver par tous les moyens possibles. Les cas véritablement exceptionnels, dont nous allons nous occuper, sont ceux où il s'agit de conventions qu'on n'a pas pu constater par écrit.

130. L'impossibilité physique sera rare dans la pratique. Le Code civil parle du cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit (art. 1348, 3°). Il n'est pas nécessaire de supposer une impossibilité absolue, comme si l'on se trouvait prêter de l'argent à quelqu'un dans un désert, sans avoir aucun moyen d'écrire et loin de toute communication; il suffit

qu'il y ait impossibilité locale et momentanée. Si je rencontre une personne dépouillée par des voleurs, je pourrai, avec toute sûreté, lui avancer, en présence de témoins, une somme de plus de cent cinquante francs, pour l'aider à continuer sa route. Sans doute, à toute force, il eût été possible de dresser acte, en faisant venir un officier public; mais l'ordonnance de Moulins n'a pas voulu mettre des entraves aux relations d'humanité et de philanthropie. C'est ainsi que le Code (art. 1348, 2°), reproduisant l'ordonnance de 1667, dispense formellement d'une reconnaissance écrite les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il n'est pas possible de faire inventaire des effets mobiliers, qui sont remis à la hâte chez des voisins, dans des circonstances où souvent l'intérêt autrement grave du salut des personnes ne permet pas de s'occuper minutieusement des biens. Sous l'empire même de l'ordonnance de Moulins, qui était muette sur cette exception, le parlement de Paris avait admis, par un arrêt du mois d'août 1573, les héritiers d'un protestant à prouver par témoins un dépôt de cette nature, fait par leur auteur au moment où il allait être massacré le jour de la Saint-Barthélemy. Quelques auteurs voulaient aller plus loin, et mettre le dépôt volontaire sur la même ligne que le dépôt nécessaire. « Velim excipi « sacri arcanique depositi causam, » disait Cujas (*Paratit.* Cod. ad tit. *depositi*), exprimant un vœu plutôt qu'une opinion. Mais on a reconnu que les motifs de délicatesse exagérée qui pouvaient empêcher de se faire donner une reconnaissance, ne sauraient prévaloir sur le danger de rouvrir une porte aux abus que l'on avait voulu proscrire. Aussi l'ordonnance de 1667 et l'article 1341 du Code civil font-ils rentrer expressément dans la prohibition le dépôt volontaire.

131. Il est des cas où l'on aurait pu à la rigueur faire un écrit, mais où la rapidité des transactions est considérée comme entraînant une sorte d'impossibilité

morale. C'est ainsi que les dépôts faits dans une hôtellerie ont été assimilés aux dépôts nécessaires, d'abord par la jurisprudence, puis par l'ordonnance de 1667 et par le Code civil. Les voyageurs sont souvent si nombreux et séjournent si peu de temps, qu'il serait singulièrement gênant, et pour eux et pour le maître de l'hôtel, de les astreindre à dresser inventaire de leurs effets. Mais dans ce cas, comme au cas de dépôt nécessaire proprement dit, la facilité accordée par le législateur pourrait donner lieu à de grands abus; aussi a-t-il soin d'ajouter, pour avertir le juge d'être circonspect dans l'admission de pareilles réclamations : « Le tout, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. » (art. 1348, 2°.)

On prétend quelquefois qu'il est permis de prouver par témoins la remise d'objets à un voiturier, comme on y est admis en ce qui touche l'aubergiste; mais cette assimilation est abusive. L'article 1782 dit bien 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; mais autre chose est l'étendue de l'obligation que l'on suppose constatée, autre chose est la constatation même de l'obligation. Il était de l'intérêt public d'imposer aux voituriers la même responsabilité qu'aux aubergistes; mais, pour cela, il faut préalablement établir la remise des effets. Cette remise ne saurait être assimilée à un dépôt nécessaire. Bien loin de dispenser d'écrire, le Code (art. 1785) prescrit expressément la tenue de registres où l'on doit inscrire tout ce que l'on confie au voiturier, tandis que l'on n'a jamais établi dans les hôtelleries de pareils registres. Vainement dit-on qu'il s'agit d'un acte de commerce (C. de comm. art. 632), et qu'après tout les commerçants sont généralement astreints à tenir des livres, ce qui n'empêche point l'admissibilité de la preuve testimoniale pour la preuve des opérations commerciales. Cette

admissibilité reçoit exception dans certains contrats, et telle nous paraît avoir été ici l'intention du législateur, lorsque nous rapprochons les articles 1950 et 1952 du Code civil, autorisant indéfiniment la preuve testimoniale en matière de dépôt nécessaire fait aux aubergistes, des articles 1385 de ce même Code, et 96 du Code de commerce, qui prescrivent à l'entrepreneur de transports l'inscription de la nature et de la quantité des marchandises. L'article 96 suppose même que l'entrepreneur peut être requis par l'expéditeur d'inscrire certaines mentions : ce qui prouve que le registre n'est point seulement en ce cas, comme habituellement, un moyen de contrôle pour la régularité des opérations du commerçant, mais un titre destiné à être invoqué par ceux qui contractent avec lui. Le voyageur n'est-il pas averti qu'un certain temps est consacré dans l'usage à l'inscription des marchandises? N'y a-t-il point faute lourde de sa part à ne point déclarer ses effets? L'impossibilité morale ne saurait exister que s'il n'avait point été tenu de registres (arg. de l'art. 46 C. civ.), ou s'il s'agissait d'objets de peu d'importance, que l'on n'a point l'habitude d'enregistrer, tels qu'un sac de nuit, le tout sauf l'examen des circonstances (voy. art. de rejet du 19 frimaire an VII, et du 9 novembre 1839).

132. Mais généralement il y a impossibilité morale, constatée par l'usage journalier, en ce qui touche les opérations commerciales, dont la rapidité et l'économie seraient singulièrement compromises par la nécessité de l'écriture. Le Code civil s'était contenté de faire un renvoi à cet égard. Nous avons déjà vu que le projet de Code de commerce avait voulu supprimer cette ancienne prérogative des juridictions consulaires, qui les plaçait en dehors de l'ordonnance de Moulins; mais que les réclamations unanimes des intéressés avaient fait renoncer à cette innovation. Bien que l'article 105 du Code de commerce semble n'autoriser le tribunal à admettre la preuve testimoniale que pour

les *achats et ventes*, on est d'accord aujourd'hui pour généraliser l'application de ce texte, qui ne cesse que là où le droit commercial même établit des règles particulières sur la preuve.

153. Si l'impossibilité, même simplement morale, de se procurer un écrit lors de la convention, suffit pour rendre l'enquête admissible, il doit en être de même, à plus forte raison, quand l'écrit, après avoir été dressé suivant le vœu de la loi, se trouve perdu par suite de quelque accident (art. 1348, 4°); il y a là une impossibilité absolue *ex post facto* de produire une preuve littérale. Justinien, dans la loi 18 au Code *de testibus*, avait eu soin de faire exception pour ce cas aux règles qu'il avait établies pour la preuve de la libération. « Sin vero facta quidem per scripturam secu-
« ritas est, fortuito autem casu vel incendii, vel nau-
« fragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat
« his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis pro-
« bantibus, etiam debiti solutionem per testem pro-
« bare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.» L'empereur a soin de faire remarquer qu'il faut, avant tout, prouver l'accident qui a été la cause de la perte, « causam peremptionis probantibus; » accident qui laisse ordinairement des traces extérieures, et qui, de droit commun, est susceptible de la preuve testimoniale. Autrement, s'il suffisait de faire venir des témoins qui déclarassent avoir vu tel écrit, en alléguant que cet écrit a disparu ultérieurement, toutes les restrictions relatives à la preuve testimoniale deviendraient illusoires. Le point fondamental de l'enquête, c'est la perte du titre; ce n'est qu'autant que cet événement est bien établi qu'on arrivera par nécessité à entendre des témoins sur la teneur de l'acte perdu. Le système contraire ne constituerait pas seulement un mal jugé; il violerait la loi, aux termes d'un arrêt de cassation du 7 ventôse an XI.

On est recevable, du reste, à prouver la perte, même

lorsque l'écriture était requise pour la validité de l'acte. Un cas fortuit ne peut anéantir les droits de celui qui a fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour obéir à la loi. Mais alors on décide avec raison que les dépositions des témoins ne peuvent suppléer l'écrit, qu'autant qu'elles attestent l'accomplissement apparent des solennités requises; c'est ainsi qu'on a jugé, par arrêt de cassation du 17 février 1806, que des témoignages qui reproduisaient les dispositions d'un testament, sans constater qu'il réunissait les conditions voulues par la loi, ne pouvaient autoriser les tribunaux à exécuter ce testament, dont on alléguait la perte. On sent avec quelle circonspection les juges devront toujours procéder en de pareilles affaires, où ils marchent véritablement sur des charbons ardents. Combien ne devront-ils pas être sûrs de la délicatesse et de la gravité des témoins, pour reconstruire ainsi, sur la foi de souvenirs fugitifs, des actes que la sollicitude du législateur avait cru devoir entourer de tant de formes ! Il n'en est point de même lorsque l'écrit n'était exigé que pour la preuve. Il n'est point nécessaire alors que le billet ait été vu par les témoins, pourvu qu'ils justifient de l'existence de la créance constatée par le billet (Pothier, *Oblig.* n° 816).

154. En s'attachant à cette idée, qu'il est permis de constater par témoins, vu la nécessité, le contenu d'un acte perdu ou détruit, fût-il authentique, on arriverait à reconnaître qu'on peut prouver de cette manière l'existence même d'un jugement criminel. Mais le législateur a reculé devant l'admission de la preuve testimoniale pour vérifier d'aussi importantes décisions. Reproduisant en partie les dispositions du Code du 3 brumaire an IV (voy. ce Code, art. 548 et suiv.), le Code d'instruction criminelle (livre II, titre IV, chap. VII) trace des règles spéciales pour le cas de perte des pièces d'une procédure, en matière criminelle ou cor-

rectionnelle [1]. D'après l'article 523 de ce Code, s'il n'existe plus d'expédition ni de copie authentique de l'arrêt de la cour d'assises, mais que la déclaration du jury existe encore, on procède, d'après cette déclaration, à un nouveau jugement. Bien plus (art. 524, *ibid.*), si on ne peut retrouver, soit la déclaration du jury, soit le jugement, dans les affaires qui ne sont pas soumises au jury, l'instruction est recommencée à partir du point où les pièces se trouvent manquer. Ces dispositions constituent une grave dérogation à la maxime *non bis in idem*, puisqu'elles autorisent à rejuger, peut-être *in pejus*, une affaire définitivement terminée. C'est là, il nous semble, le seul cas où le législateur lui-même confonde expressément et volontairement la preuve avec le fond du droit. Jamais les jurisconsultes romains n'auraient admis que le défaut de preuve d'une condamnation fût un motif pour recommencer l'instance. Si on s'attachait aux règles ordinaires, ce serait au ministère public, qui veut faire exécuter la condamnation, à en établir l'existence et la nature; jusque-là, on devrait présumer l'acquittement ou l'absolution. Toutefois le Code des délits et des peines (art. 553) ajoutait au système qu'il avait introduit, un tempérament qui rentrait un peu dans le droit commun. « Dans le nouveau débat, il peut être produit des témoins tant par l'accusateur public que par l'accusé, pour rendre compte des circonstances et du résultat de la déclaration du jury et du jugement égarés, sauf aux jurés à y avoir tel égard que de raison. » Mais, quelque raisonnable qu'il puisse être en soi de chercher à rétablir le jugement, avant de songer à le refaire, cette disposition n'ayant pas passé dans le Code d'instruction criminelle, qui ne dit rien de semblable, il faudra bien, pour se conformer à

[1] En matière de simple police, les peines sont si peu importantes, qu'il est bien difficile de supposer la perte du jugement avant que l'exécution soit achevée. En tout cas, des instructions de cette nature ne devraient pas être recommencées, et la perte profiterait au condamné.

la loi, recommencer la procédure comme nouvelle, sans s'enquérir du passé.

Ce système exorbitant s'applique (C. d'instr. crim. art. 521) au cas où il n'existe ni minute, ni expédition d'un arrêt *non encore exécuté*. Cela doit s'entendre d'une exécution consommée, que l'on doit toujours présumer régulière. Mais si elle n'était que commencée (ce qui peut avoir lieu pour les peines autres que la peine de mort, qui se composent de faits successifs), on ne saurait la continuer, en l'absence de documents authentiques propres à justifier de la nature et de la durée de la peine. Il faudrait alors refaire une nouvelle instruction, comme si l'exécution n'avait pas même été entamée. Du reste, ces mots *non exécutés* prouvent que, dans la pensée de la loi, il s'agit d'une condamnation; les ordonnances d'acquittement et les arrêts d'absolution s'exécutent sur-le-champ (*ibid.* art. 358). Il ne peut donc être question de renouveler le procès qu'à l'égard des accusés qui se trouveraient entre les mains de la justice en vertu d'une condamnation dont la preuve viendrait à manquer. Quant à ceux qui seraient retenus pour autre cause, ou qui auraient été mis en liberté, il est évident qu'on ne saurait les placer dans l'alternative de prouver soit un acquittement, soit une absolution, ou bien de subir de nouvelles poursuites. On voit que, si le système adopté peut entraîner quelquefois l'aggravation après coup d'une condamnation définitive, jamais du moins il ne replacera sous le coup d'une accusation celui qui aura été affranchi de toute poursuite. Enfin la régularité de notre administration judiciaire rendra heureusement fort rare l'application de ce chapitre du Code d'instruction criminelle (voy. cependant l'espèce citée par Legraverend, *Traité de la législation criminelle en France*, chap. XIV).

QUATRIÈME MOTIF D'EXCEPTION.

Consentement de l'adversaire.

135. Après avoir constaté les cas où cesse l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, nous avons à nous rendre compte du caractère même de cette exclusion. Est-ce là une de ces règles d'ordre public, auxquelles la volonté des parties ne peut déroger (C. civ. art. 6)? Cette question, agitée depuis le XVI^e^ siècle, n'a pas été tranchée par nos codes modernes. Aussi serait-on tenté d'adresser ici au législateur le reproche d'incurie que lui fait d'Argentré en pareille circonstance : « Admirabilis principum socor-« dia, qui de his tamdiu patiuntur dubitari, de quibus « uno verbo constituere poterant ! »

L'opinion suivie autrefois par le plus grand nombre des arrêts consistait à s'attacher à ces expressions des ordonnances, reproduites par l'article 1341 du Code : *il n'est reçu aucune preuve par témoins ;* pour soutenir que la prohibition s'adresse directement au juge. Le motif de la corruption des témoins est, sans doute, dit-on, inapplicable, quand la partie adverse consent à les tenir pour bons. Mais l'autre motif, le danger de multiplier les procès, subsiste dans toute sa force. La disposition est donc d'ordre public.

On conçoit jusqu'à un certain point cette jurisprudence rigoureuse, à une époque où la doctrine de l'ordonnance de Moulins était encore nouvelle et n'avait pas encore passé complétement dans les mœurs judiciaires. Le consentement à l'enquête pouvait alors être considéré comme une affaire de routine, plutôt que comme une concession sérieuse. Mais depuis que les exigences de la loi sur la preuve écrite sont devenues 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 les témoins. Or, il ne faut pas perdre de vue que les conventions verbales sont parfaitement

valables au fond, et qu'un commencement de preuve par écrit suffirait pour autoriser l'enquête. Eh bien ! le consentement donné en justice n'a-t-il pas autant de force que l'indice, souvent si léger, qu'on puise dans un commencement de preuve ? L'argument qu'on tire de ces mots : *il ne sera reçu*, etc. est bien faible ; car de ce que le texte, dans sa rédaction, s'adresse aux juges, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ordre soit absolu, et qu'il leur soit défendu de recevoir la preuve même au cas où la partie intéressée à la repousser déclarerait l'admettre. Il faut toujours en revenir à la question de fond. L'ordre public est-il ici directement en jeu ? Sans doute, la disposition dont il s'agit se rattache à des considérations d'ordre public ; mais n'en est-il pas de même du principe que nul ne peut être distrait de ses juges naturels, principe auquel il est pourtant facultatif de renoncer (C. de proc. art. 169) ? Pour que toute convention contraire soit nulle, il faut que la loi soit telle qu'on ne puisse s'en écarter sans détruire le but qu'elle s'est proposé, comme lorsqu'il s'agit de l'obligation de rédiger les conventions matrimoniales avant le mariage. Mais ici rien de pareil. Tout ce que l'intérêt public exige, c'est que la faculté de s'opposer à l'enquête soit toujours une arme à la discrétion des parties, mais non que les parties soient tenues de s'en servir. Et par cela seul que la constatation de pareilles conventions dépendra toujours de la bonne foi de l'adversaire, il est peu à craindre que l'on s'y fie d'habitude et que de tels procès soient bien fréquents. Cette opinion, déjà suivie jadis par Jousse et par Duparc Poullain, auteurs si judicieux et d'un esprit si pratique, paraît prévaloir dans la jurisprudence. Plusieurs arrêts de cours d'appel (Bourges, 16 décembre 1826 ; Rennes, 25 février 1841 ; Bordeaux, 16 janvier 1846) ont jugé *in terminis* que le consentement du défendeur autorise l'enquête ; et la cour de cassation décide que la partie qui a acquiescé

au jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête, est non recevable à l'attaquer après le jugement définitif (rej. 1er février 1832 et 31 mars 1847). Une doctrine opposée sur ce dernier point, doctrine qu'il est difficile de ne pas admettre dans le système de l'exclusion absolue, permettrait au défendeur d'obtempérer en apparence à une enquête frustratoire, en se réservant la faculté de l'attaquer, si elle lui était défavorable, et de tout remettre en question. Or, c'est là précisément retomber dans ces involutions de procédures, que l'on cherchait par-dessus tout à éviter.

§ 3. *Cas où l'exclusion a plus d'étendue.*

156. Si le législateur a souvent fait cesser pour de justes motifs la rigueur du principe qui n'admet pas la preuve testimoniale des conventions, quelquefois aussi il l'a aggravée, en repoussant absolument les témoins, quelque modique que soit la valeur du litige. Alors évidemment il n'a plus en vue le danger de la subornation, mais seulement la crainte de la multiplication des procès.

157. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1715 du Code civil, conforme à l'ancien usage de Paris, on ne peut prouver par témoins un bail de maisons ou de biens ruraux qui n'a reçu aucune exécution. Il fallait tarir la source d'innombrables contestations dans une matière aussi usuelle. Le législateur, en ajoutant que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail (même art. 1715), annonce suffisamment l'intention de n'admettre d'autre preuve que le serment, et tout au plus l'aveu du défendeur : il faut repousser en conséquence l'emploi de la preuve testimoniale, au cas même où il y aurait un commencement de preuve par écrit (Caen, 23 mars 1840; Rouen, 18 février et 19 mars 1841). Mais pourra-t-on entendre des témoins sur le fait même de l'exécution du bail, lorsqu'elle est contestée ? La négative nous paraît résulter néces-

sairement du système de la loi, « attendu, dit fort bien un arrêt de cassation du 14 janvier 1840, qu'admettre à prouver par témoins des faits considérés comme commencement d'exécution d'un bail verbal, ce serait admettre comme conséquence nécessaire la preuve testimoniale d'un bail verbal, preuve formellement interdite par la loi. »

Quant à la preuve des clauses d'un bail dont l'existence est constante, il faut distinguer entre le prix et les autres conditions. Pour le prix, le locateur en est cru sur son serment, sauf au locataire à provoquer une expertise (*ibid.* art. 1716). Pour les autres conditions, il faut rentrer dans le droit commun, et n'en autoriser la preuve par témoins qu'au cas où l'intérêt de la contestation ne dépasse pas cent cinquante francs : dans le cas contraire, on retombe sous l'empire de la règle qui prescrit de passer acte de toute convention. Bien que la jurisprudence ne soit pas fixée sur ce dernier point, il nous paraît souffrir d'autant moins de difficulté que la clause la plus importante, celle de la durée du bail, se trouve suppléée par la loi (*ibid.* art. 1736, 1774), à défaut de preuve régulière de la convention. Il n'y a donc point nécessité de recourir à la preuve testimoniale.

Faut-il conclure des principes que nous venons de poser, qu'un propriétaire qui aurait laissé occuper pendant un certain temps sa maison ou son champ, sans se faire délivrer aucun écrit, n'eût aucun moyen d'obtenir une indemnité du preneur assez effronté pour nier l'existence du bail? La difficulté avait été prévue et résolue dès le temps de Boiceau, qui accorde, en ce cas, au propriétaire une action *in factum* contre l'occupant, considéré non comme preneur, mais comme détenteur de la chose d'autrui : « Petitio hoc modo « facta, dit-il (ch. XIV, n° 2), contractum non respi- « ciet, qui testium probationem non admitteret, ad « nudam tantum et injustam occupationem quæ occu-

« pantem ex quasi contractu, vel quasi delicto, obli- « gasse videtur. » Et cette décision judicieuse a été depuis universellement admise (voy. Jousse, sur l'ord. de 1667, tit. xx, art. 4). Aujourd'hui c'est l'article 1382 du Code civil qui remplace l'action *in factum* de Boiceau (Orléans, 12 février 1842).

138. Une disposition conçue dans le même esprit est celle qui prescrit la rédaction *par écrit* du contrat de transaction (C. civ. art. 2044). La véritable portée de cette disposition se trouve indiquée dans ce passage du rapport fait par le tribun Albisson : « La transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau, que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une épreuve testimoniale. » La loi a donc voulu exclure totalement la preuve par témoins : d'où la conséquence que cette preuve n'est jamais admissible, lors même que la valeur du litige ne dépasse pas cent cinquante francs (Caen, 9 vent. an VIII), ou lors même qu'il y a un commencement de preuve par écrit (Caen, 12 avril 1845). Néanmoins l'écrit n'est point de la substance de la transaction, c'est la preuve par témoins seule qui est suspecte; aussi la plupart des arrêts (Bruxelles, 1er décembre 1810; Nancy, 29 juillet 1837; Limoges, 6 février 1845) ont-ils admis la preuve de la transaction verbale au moyen du serment et de l'interrogatoire sur faits et articles. Au surplus, ce motif qu'un acte destiné à trancher toute contestation ne doit pas lui-même être l'objet d'une vérification difficile, étant tout aussi vrai en matière commerciale, et la transaction n'étant rien moins qu'un acte de commerce, la décision, suivant nous, devrait être la même.

139. Quoi qu'il en soit de cette question spéciale, il est certain qu'il existe des contrats commerciaux, pour lesquels la loi a cru devoir, non-seulement sup-

primer la latitude ordinairement accordée à la juridiction consulaire, mais encore exclure la preuve testimoniale pour le taux même où elle est admise de droit commun. C'est ainsi que certains contrats maritimes, notamment le contrat d'assurance (C. de comm. art. 332), doivent être *rédigés par écrit*. Ces expressions étant les mêmes qui ont été employées pour la transaction, il est difficile de croire qu'on ait voulu y attacher ici un autre sens. Nous ne pouvons donc partager l'opinion des auteurs qui considèrent ces contrats comme solennels, et nous admettrions à leur égard l'aveu et le serment, ainsi qu'on les admet en ce qui touche la transaction et le bail non exécuté. Mais l'aveu ni le serment ne peuvent jamais être invoqués vis-à-vis des tiers. Il est enfin des contrats dont la preuve par témoins est interdite au regard des tiers seulement : c'est en ce sens que le contrat à la grosse (*ibid.* art. 311, 312) doit être rédigé par écrit [1].

140. Nous devons maintenant nous arrêter spécialement sur une matière d'une haute importance pratique, sur la preuve des sociétés commerciales. Nous n'entendons pas parler des associations en participation, que leur peu d'importance a fait classer parmi les affaires commerciales ordinaires, dont la preuve par témoins est toujours recevable (*ibid.* art. 49). C'est en ce qui concerne les autres sociétés de commerce que la loi a établi des règles toutes particulières.

141. Le premier germe des dispositions du Code de commerce sur la publicité des sociétés [2] se trouve

[1] En matière civile, l'écriture est également exigée à l'égard des tiers dans le contrat de nantissement (C. civ. art. 2074, 2085). Mais alors la preuve testimoniale entre les parties demeure soumise à la restriction ordinaire, et la différence ne porte que sur l'étendue de l'exclusion.

[2] Sur ce point, comme pour tout ce qui concerne l'historique des sociétés civiles et commerciales, on consultera avec fruit le *Contrat de société* de M. Troplong.

dans la législation du XVI^e^ siècle. En 1579, l'ordonnance de Blois prescrivit (art. 357) *entre les étrangers* l'enregistrement des compagnies aux registres des bailliages, des sénéchaussées et des hôtels communs des villes. Cette prescription, dirigée surtout contre les Italiens, qui faisaient alors presque tout le commerce du royaume, était établie même dans les rapports des associés entre eux : à défaut d'enregistrement, ils ne pouvaient *avoir aucune action l'un contre l'autre* (même art. 357). L'article 414 de l'ordonnance de 1629 soumit les nationaux à la même obligation. Et lorsque le commerce reçut son premier code dans l'ordonnance de 1673, il fut établi d'une manière générale que toute société serait rédigée par écrit, et qu'à défaut d'enregistrement il y aurait nullité soit à l'égard des associés, soit à l'égard des tiers (*titre des sociétés*, art. 1 et 2). Cette extrême rigueur empêcha les dispositions de l'ordonnance de passer dans la pratique, et dès le 11 juillet 1680, un arrêt du parlement de Paris ordonnait l'exécution de sociétés non enregistrées. Aussi Pothier (*Société*, n° 82) nous apprend-il que les formalités d'enregistrement étaient tombées en désuétude. Enfin le Code de commerce a renouvelé, avec plus d'efficacité cette fois, la prescription de rédiger par écrit et de publier les sociétés de commerce (art. 41 et 42).

142. Mais quelle devait être la sanction de cette règle? Il était souverainement injuste que l'on pût invoquer vis-à-vis des tiers le défaut de formalités établies précisément pour protéger leurs intérêts. Aussi les rédacteurs du Code de commerce, conformément aux observations faites sur l'ordonnance par la chambre du commerce de Normandie, après avoir exigé l'observation de ces formalités à peine de nullité *à l'égard des intéressés*, ont-ils ajouté que le défaut d'aucune d'elles ne pourrait être opposé à des tiers par les associés. Ainsi, le principe qui exige certaines solen-

nités pour que l'existence d'une société commerciale soit reconnue, s'applique dans toute sa rigueur, soit lorsque les associés veulent opposer à des tiers l'existence de la société, soit même lorsqu'ils veulent s'en prévaloir les uns vis-à-vis des autres; mais lorsque des tiers agissent contre les associés à raison de la société, on retombe dans le droit commun en matière de commerce, c'est-à-dire qu'on a une latitude indéfinie pour la preuve. Il serait assez raisonnable, on doit l'avouer, d'admettre également, dans les rapports respectifs des associés, que nul ne peut se prévaloir d'une faute qui est commune à tous. Malheureusement le conseil d'État n'a pas tenu compte des réclamations qu'avait fait naître sur ce point l'ordonnance de 1673, et n'a pas voulu se borner à prononcer une amende, ainsi qu'on l'avait proposé. C'est en connaissance de cause qu'il a maintenu la sanction exorbitante de la nullité de la convention.

Toutefois, par un tempérament équitable, on ne décide pas ici ce qu'on déciderait pour un acte vraiment solennel, pour un contrat de mariage, par exemple, qui ne serait pas revêtu de l'authenticité : contrat qui ne produirait aucun effet ni pour le passé ni pour l'avenir. On reconnaît qu'il y a eu, jusqu'au jour où la nullité est prononcée, une communauté de fait, qui se liquide d'après les bases dont les parties étaient convenues (voy. arr. de rej. du 13 juin 1832 et de cass. du 29 juin 1841). Le désir d'éluder les conséquences iniques de la décision légale avait d'abord entraîné la jurisprudence plus loin encore. Des cours d'appel (voy. arr. de Grenoble du 21 juillet 1823, et de Bordeaux du 16 décembre 1829) et la cour de cassation elle-même (voy. surtout arr. de rej. du 6 juin 1831) avaient considéré la nullité comme susceptible de se couvrir entre associés par l'exécution volontaire des conventions sociales. Pour admettre cette fin de non-recevoir, il faudrait s'attacher uniquement à l'intérêt des mem-

bres de la société; mais alors on court risque de trop prouver; car, s'il ne s'agit que de cet intérêt respectif, la nullité même est sans but, puisque les associés n'ont besoin d'aucune manifestation extérieure pour être instruits de la convention qu'ils ont formée. La nullité n'a pu être introduite que parce qu'on l'a considérée comme d'ordre public, pour assurer, par une sanction énergique, l'observation des formes exigées. Il faut donc souscrire, bien qu'à regret, à la doctrine consacrée par d'autres arrêts (voy. outre de nombreux arrêts de cours d'appel, arr. de rej. du 30 janvier 1839 et de cass. du 31 décembre 1844), d'après lesquels la nullité ne peut se couvrir par une ratification expresse ou tacite.

Si la jurisprudence cherche à atténuer la rigueur de l'article 42 du Code de commerce, quant aux rapports des associés entre eux, elle regarde, au contraire, comme si favorable la disposition qui ne permet pas aux associés de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, de l'omission des formalités légales, qu'elle tend à l'appliquer même aux sociétés civiles. Telle est la doctrine d'un arrêt de rejet du 23 novembre 1842, suivant lequel l'article 1834 du Code civil, qui exige la rédaction par écrit au-dessus de cent cinquante francs, ne pourrait être opposé aux tiers qui auraient contracté avec une société publiquement connue, quel qu'en fût le caractère. Bien qu'il soit dangereux d'argumenter du droit spécial au droit commun, il faut convenir qu'il y dans ces deux hypothèses même raison de décider. Quand une association quelconque, eût-elle pour objet des spéculations immobilières, comme l'exploitation d'une mine, a fonctionné pendant un certain temps au vu et au su de tous, il serait extrêmement dur de subordonner à la représentation d'un acte social écrit la validité des engagements qu'elle a contractés avec les tiers. Il ne s'agit pas ici d'un fait qui se soit passé en quelque sorte dans un instant indivisible, comme le prêt d'une

somme d'argent, mais bien d'une série d'opérations constituant à l'égard de la société une sorte de possession, qui peut sans danger être constatée contre elle à l'aide de la preuve testimoniale.

143. Les principes que nous venons d'établir quant aux sociétés civiles et commerciales dont l'existence n'est point justifiée par un écrit en bonne forme, reçoivent leur application aux *société taisibles*, formées par un an de cohabitation entre personnes vivant *à pot commun* et confondant ainsi leur avoir ainsi que leurs profits. Ces sociétés, extrêmement usitées au moyen âge, et qui ont puissamment servi soit l'affranchissement des serfs, soit les progrès de l'agriculture, ont reçu une première atteinte lors de la promulgation de l'ordonnance de Moulins qui, en exigeant la preuve de toutes conventions d'une certaine importance, excluait par cela même ces associations tacites. Elles se sont cependant maintenues dans certaines provinces, dont les coutumes les autorisaient expressément, et même dans les coutumes muettes; des auteurs graves, notamment Lebrun (*Traité des communautés tacites*, à la suite de son *Traité de la communauté*), les admettaient, du moins entre gens de la campagne. Enfin les rédacteurs du Code ont manifesté formellement l'intention de ne plus admettre les sociétés taisibles, contre lesquelles se trouve spécialement dirigée la disposition de l'article 1834 (voy. l'exposé des motifs du titre des sociétés et le discours de l'orateur du tribunat). Il n'est donc pas possible que de pareilles sociétés puissent produire effet pour l'avenir, dès que vient à cesser l'accord unanime qui les maintenait. Mais pour le passé, le règlement doit avoir lieu d'après les conventions tacites des parties, et à cet effet, la preuve testimoniale est admissible, les associations de cette importance, telles qu'elles sont encore usitées, notamment dans la Franche-Comté, comportant une sorte de possession, laquelle peut être constatée, nous le

répétons, sans donner prise au danger de la subornation des témoins.

DEUXIÈME DIVISION.

Restrictions spéciales en matière de questions d'état.

144. Nous avons dit qu'outre l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, qui remonte à l'ordonnance de Moulins, il y a, dans notre droit, en matière de questions d'état, des exclusions puisées dans des motifs un peu différents, et dont la nature et l'étendue sont loin d'être les mêmes. Ces exclusions ne sont point des corollaires de celle que prononce l'ordonnance de Moulins; elles proviennent généralement de décisions postérieures, quelques-unes mêmes du Code civil seulement.

145. Bien qu'à Rome la tenue de registres réguliers, au moins pour les naissances, eût été prescrite à partir du règne de Marc-Aurèle (voy. *Julius Capitolinus*, vie de Marc-Aurèle, § 9), il paraît certain qu'on y admit toujours la liberté indéfinie de la preuve testimoniale en matière de questions d'état, « Si vicinis « vel aliis scientibus, » dit l'empereur Probus (l. 9, Cod. *de nuptiis*), « uxorem liberorum procreandorum « causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia sus- « cepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque « ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideò « minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam « habet potestatem. » Les actes dont il est question dans ce texte, *tabulæ*, appelés quelquefois aussi *professiones parentum* (Celsus, l. 13, Terentius Clemens, l. 16, Scævola, l. 29, § 1, ff. *de probat.*), n'étaient autre chose que des registres domestiques. Une seule dérogation à cette extrême latitude paraît avoir été introduite en ce qui touche l'ingénuité, à laquelle les Romains attachaient une haute importance (voir, au Digeste, le titre *de collusione detegenda*); de même qu'aujourd'hui,

en Amérique, il existe un préjugé enraciné dans les mœurs contre les *hommes de couleur*. La preuve orale ne pouvait suffire pour établir l'état d'ingénu. « Si tibi « controversia ingenuitatis fiat, » dit Alexandre Sévère (l. 2. Cod. *de testib.*), « defende causam tuam instru- « mentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes « ad ingenuitatis probationem non sufficiunt[1]. »

146. Dans notre droit moderne, quand on a établi des règles fixes pour constater l'état des personnes, la preuve testimoniale a été écartée, non pas brusquement, comme l'ordonnance de Moulins l'avait fait pour les conventions, mais successivement, partiellement, et avec de nombreuses distinctions, suivant la nature des cas. L'usage de constater par écrit les naissances, mariages et décès[2] a été emprunté aux prescriptions de l'Église catholique, établies pour constater l'administration des sacrements, puis adaptées aux besoins de la société civile. On trouve des traces de cet usage dans saint Grégoire de Nysse et dans saint Augustin. Au XVI^e^ siècle, lorsque déjà plusieurs synodes s'étaient efforcés de régulariser la tenue des registres pour les curés, l'autorité civile s'appropria, en quelque sorte, l'institution canonique, afin de faire prévaloir la preuve écrite sur la preuve testimoniale. Les ordonnances de Villers-Cotterets (art. 50 et suiv.), en 1539, et de Blois (art. 181), en 1579, prescrivirent la mention de l'heure de la nativité ainsi que du décès, et ordonnèrent aux curés de déposer leurs

[1] Les registres institués par Marc-Aurèle avaient surtout trait aux questions de liberté ou d'ingénuité, *ut si forte aliquis*, dit Julius Capitolinus (*loc. cit.*), *causam liberalem diceret, testationes inde fierent.* Les registres du cens ont dû aussi être employés dans ce but, puisque l'on affranchissait *censu.* Mais on sait que les recensements finirent par n'avoir lieu qu'à de longs intervalles, et tombèrent entièrement en désuétude après Décius.

[2] Il importe de consulter le curieux travail de M. Loir *sur l'état religieux et civil des catholiques en France avant* 1792 (*Revue du droit français et étranger*, t. VI, p. 701).

registres aux siéges des bailliages et sénéchaussées. Mais ces ordonnances furent fort mal observées : la mention de la date de la naissance ne se trouve dans les registres conservés à Paris qu'à partir de 1668, et le dépôt des actes aux siéges royaux, bien que commandé par l'ordonnance de 1667, ne fut définitivement organisé que par celle du 9 avril 1736. Quant aux protestants, ce ne fut qu'un édit de novembre 1787 qui permit de constater régulièrement leur état civil. Enfin la loi du 20 novembre 1792 a établi un mode uniforme d'actes, dressés par une autorité purement civile, pour la preuve des naissances, mariages et décès. Le Code civil n'a fait que reproduire cette loi avec quelques modifications.

147. Pour éviter toute confusion en cette matière, il importe de traiter à part, d'abord de la naissance et du décès, qui sont de simples faits, puis du mariage et de la filiation, qui constituent des relations sociales. On sent que la loi a dû être plus facile pour la première nature de faits que pour la seconde, qui a trait aux questions d'état proprement dites. Nous verrons ensuite que, même pour ces dernières questions, la preuve repose sur des principes tout différents, suivant qu'il s'agit de mariage ou de filiation.

§ 1. Naissance et décès.

148. Si les actes de l'état civil sont les moyens réguliers de prouver la naissance et le décès, il n'était guère possible d'exiger d'une manière absolue l'existence d'un écrit pour constater des faits aussi peu complexes (nous laissons de côté tout ce qui touche à la filiation). Nous allons voir que les témoins peuvent généralement être entendus dans les diverses hypothèses où les actes de naissance ou de décès viennent à manquer, soit que les registres aient été perdus, soit qu'il n'en ait pas été tenu, soit même que l'on ait omis d'y mentionner les faits en question.

149. Le cas de perte des registres rentre dans l'hypothèse plus générale de la perte du titre. En admettant alors la preuve par témoins, aussi bien que par papiers domestiques, l'article 46 du Code civil ne fait qu'appliquer le principe qui autorise, vu la nécessité, le rétablissement, à l'aide d'une enquête, du contenu d'un acte détruit par force majeure, fût-il solennel. La perte des registres, assez rare dans les temps modernes, s'est réalisée à Soissons, en 1814, par suite des événements de la guerre, et la recomposition en a été opérée en vertu d'une ordonnance du 6 janvier 1815[1]. La jurisprudence et la doctrine sont du reste d'accord pour assimiler à la perte totale des registres celle de la partie où devait se trouver l'acte destiné à servir de preuve.

150. S'il n'a pas été tenu de registres, on arrive à la même solution (même art. 46) par un autre motif, c'est qu'il y a eu impossibilité de dresser acte de l'événement, quand il a eu lieu. L'impossibilité sera physique, quand les communications auront été interrompues, par exemple, au cas d'inondation. Elle ne sera, il est vrai, que morale, quand il y aura eu négligence de la part des officiers qui n'auront pas tenu de registres. Mais on ne peut exiger que les parties intentent un procès à ces officiers, pour les mettre en demeure d'exécuter la loi.

151. Enfin le cas le plus délicat, c'est celui où l'on a omis de mentionner la naissance ou le décès sur des registres qui ne présentent du reste aucune trace de destruction ou d'altération partielle. Ici, sans doute, si on était sous l'empire de la règle de l'article 1344, on devrait décider qu'il a pu être dressé acte, et que dès

[1] A Naples, un décret du 16 août 1815 a introduit, pour la réformation des registres, en pareille hypothèse, d'utiles précautions, en créant pour ce travail une commission, laquelle publie des listes qui sont affichées pendant deux mois et soumises ainsi au contrôle de tous les intéressés.

lors les témoins ne sauraient être admis. On invoque de plus en ce sens l'argument *à contrario*, tiré de l'article 46, qui ne prévoit que les cas de perte et de non-existence des registres. On tire un argument de la même nature de l'article 19 du décret du 3 janvier 1813, qui, pour les accidents arrivés dans l'exploitation d'une mine, autorise exceptionnellement à dresser acte, sans s'être fait représenter les corps. Mais ces raisonnements n'ont aucune force, si on se pénètre bien de l'idée que la preuve testimoniale est de droit commun, lorsqu'il ne s'agit pas de conventions, mais d'événements de l'ordre de la nature[1]. Dès lors l'article 1341 doit être écarté, l'article 46 n'est point limitatif, parce qu'il ne constitue pas une faveur de la loi, mais une déduction forcée des principes généraux, et il faut en dire autant du décret de 1813, qui fournit simplement un moyen de régulariser la preuve du décès. Nous admettrons donc, avec la jurisprudence (voy. notamment les arrêts de rejet du 1er juin 1830 et du 22 avril 1834), qu'on peut suppléer même aux omissions des actes de l'état civil. Mais il faudra alors, pour établir les faits, une enquête spéciale, ordonnée par le tribunal et dirigée par un de ses membres. Il faut considérer comme des concessions tout à fait exceptionnelles, introduites dans l'intérêt du mariage, soit la foi accordée à un acte de notoriété, dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept témoins, pour tenir lieu d'acte de naissance au futur conjoint (C. civ. art. 70 et suiv.); soit la faculté de suppléer, au moyen d'une déclaration assermentée des parties et des témoins, à l'acte de décès d'un ascendant dont on ignore le dernier domicile (avis du conseil d'État du 4 thermidor an XIII).

[1] « L'ordonnance, disait l'avocat général Gilbert des Voisins, ne s'explique pas sur les matières d'état, comme sur la matière des conventions. A l'égard des conventions, elle se sert de termes prohibitifs, impératifs; dans la question d'état, rien de semblable. »

En sens inverse, il existe un avis du 17 germinal an XIII, qui n'autorise les femmes des militaires à convoler en secondes noces qu'à la condition de représenter l'acte de décès de leur mari. Faut-il voir là, comme on le croit généralement, une restriction particulière, destinée à prévenir le danger de bigamie, et applicable dès lors même aux femmes de non militaires? Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas d'un article de loi, mais d'une interprétation, dont l'autorité ne peut aller au delà de la question proposée. Ajoutons, pour bien circonscrire le terrain de la difficulté, que cet avis ne s'applique qu'au cas d'omission sur les registres; car s'il s'agit de perte, de non-existence, ou de tenue irrégulière, la loi du 13 janvier 1817 (art. 5), qui ne statue, il est vrai, que sur les guerres de la révolution et de l'empire, mais qui pose évidemment en ce point un principe général, autorise à ordonner la preuve testimoniale du décès des militaires, conformément à l'article 46 du Code civil. Or, dans cette loi, l'épouse est mentionnée (art. 1^er^), aussi bien que les héritiers. Bornée au cas d'omission sur les registres, la décision du conseil d'État se justifie pour les militaires par des motifs particuliers. Le grand nombre de décès qui ont lieu simultanément à la guerre, prête singulièrement à des erreurs sur l'identité[1]. Le défaut d'inscription, lorsqu'il a été tenu des registres réguliers, permet toujours de soulever des doutes sur l'exactitude du fait, et ces doutes doivent suffire pour empêcher le convol. Le danger est moindre pour les décès ordinaires, lors desquels les circonstances peuvent être telles qu'il ne s'élève pas l'ombre d'un doute sur l'identité. On ne peut donc argumenter *a pari* de l'avis du 17 germinal an XIII. En l'absence d'un texte prohibitif, les tribunaux seront fondés à autoriser un second mariage, si le fait de la

[1] C'est pour cela que le Code civil (art. 96) exige trois témoins pour les actes de décès dressés à l'armée.

mort résulte de témoignages précis et concordants. Leur décision sur ce point ne pourrait, suivant nous, constituer tout au plus qu'un mal-jugé; mais on sent qu'ils doivent user avec sobriété d'un pouvoir aussi délicat

§ 2. *Mariage.*

152. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un événement de la nature qui s'accomplit dans un instant donné, comme la naissance et la mort, mais d'une relation qui est destinée à se perpétuer, comme le mariage et la filiation, on conçoit (indépendamment de l'acte) deux voies bien distinctes pour arriver à la preuve. L'une consiste à établir directement le fait générateur de la relation, la célébration du mariage, la paternité ou la maternité. L'autre consiste à établir indirectement cette même relation, en rassemblant les faits qui la rendent vraisemblable, et en les groupant, pour ainsi dire, en faisceau, afin de vérifier le droit au moyen de l'exercice du droit, la propriété au moyen de la possession. C'est ce qu'on appelle prouver la *possession d'état*, tandis que, dans le premier mode, on démontre directement la propriété, en quelque sorte, de ce même état. Le mérite respectif de ces deux modes de preuves varie essentiellement suivant qu'il s'agit du mariage ou de la filiation, que nous allons aborder successivement. Et nous nous rendrons, du reste, aisément compte de cette diversité de solutions.

153. Pour le mariage, dont nous traitons en premier lieu, c'était souvent au moyen de la possession d'état qu'il se vérifiait à Rome. En effet, nous savons qu'aucune convention solennelle, avec telle ou telle forme, n'était requise, et que l'*uxor* ne se distinguait de la *concubina* que par la nature plus relevée de l'affection qu'on lui témoignait. Lors donc qu'on ne pouvait justifier de cérémonies spéciales (*nuptiæ*), on était admis à rechercher après coup la volonté des parties dans le caractère que présentait leur union aux yeux

de la société, à analyser les effets pour remonter à la cause.

Au moyen âge, le droit canonique, qui réglait les conditions du mariage, permettait de le contracter par *paroles de présent* [1] (*verba de præsenti*), lesquelles n'exigeaient aucune cérémonie particulière. La bénédiction nuptiale n'était requise que pour le sacrement, et le mariage des infidèles mêmes n'avait pas besoin d'être renouvelé, lorsqu'ils entraient dans l'Église. Telle est la doctrine précise de saint Thomas d'Aquin. Comme il n'était pas possible de s'en rapporter uniquement à la mémoire de ceux qui avaient entendu les paroles de présent, on devait encore souvent, à cette époque, constater la légitimité de l'union par la nature des relations des personnes, qui s'étaient toujours traitées, que l'on avait toujours considérées comme mari et femme. Cette doctrine était encore en pleine vigueur après la promulgation de l'ordonnance de Moulins; car, bien que le mariage repose sur une convention, il a toujours été soumis à des règles spéciales. Boiceau (part. I, ch. IV) admet encore indéfiniment les témoins, soit qu'il s'agisse de la preuve directe, *quum Caius, præsentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem;* soit qu'il s'agisse de la preuve indirecte, *quum publice tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus* [2]. Ce fut le concile de Trente qui, dans sa vingt-quatrième session, prononça la nullité des unions clandestines, en ordonnant aux parties de contracter mariage *præsente parocho et duobus vel tribus testibus*. Ce décret ne fut pas reçu en France, parce qu'il empiétait sur la compétence du pouvoir séculier; mais les dispositions

[1] Par opposition aux paroles de futur, qui emportaient seulement promesse de mariage.

[2] Les questions de mariage étant alors jugées par les officialités, Boiceau ajoute (*loc. cit.*) : « Quid absurdius esset, si id quod a judicibus « ecclesiasticis sacramentum esse contenditur, seu res sacramentalis et « mystica, non nisi scriptis et tabellionibus adhibitis conficere liceret? »

en furent reproduites par les ordonnances de nos rois.

Le document législatif le plus important en cette matière, c'est l'ordonnance de 1639 (art. 7), qui renouvelait et complétait des règlements antérieurs mal exécutés, notamment l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579. Il y fut défendu à tous juges de recevoir la preuve par témoins de promesses faites par paroles de présent, devant les parents et amis, et enjoint de dresser acte de la célébration faite publiquement en face d'église. Quant à la preuve tirée de la possession d'état, on disait bien, en général (voy. Danty, sur Boiceau, *loc. cit.*), que, depuis que le consentement dénué des formes requises ne pouvait plus constituer une union légale, cette possession, dénuée de tout autre adminicule, était plutôt la preuve de la débauche et du scandale que celle d'un mariage contracté. Toutefois, dans des circonstances très-favorables, on en revenait encore quelquefois à l'ancienne doctrine [1]. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris du 7 janvier 1676 reconnut à une femme qui ne pouvait produire d'acte de célébration, la qualité de veuve d'un procureur, à raison d'une possession d'état de trente-neuf ans. De plus, et indépendamment de la disposition de l'ordonnance de 1667 (tit. xx, art. 17) qui autorisait la preuve par témoins en cas de perte ou de non-existence des registres, comme l'article 46 du Code civil l'autorise encore aujourd'hui, on regardait la possession d'état, ou un commencement de preuve par écrit, comme des bases suffisantes pour autoriser la preuve testimoniale (voy. Danty, *loc. cit.*)

154. Aujourd'hui il ne peut plus être question des

[1] La jurisprudence des parlements au dernier siècle admit même, d'une manière générale, la preuve par possession d'état des mariages protestants, pour lesquels aucune forme n'avait été établie, et qui avaient été, suivant le langage du temps, *célébrés au désert*. Cette jurisprudence était fondée sur une sorte de nécessité sociale. Car il y avait, dès 1740, à ce que nous rapporte Élie de Beaumont, plus de *quatre cent mille mariages* de cette nature.

paroles de présent, devenues tout à fait étrangères à nos mœurs. La possession d'état, à une époque où l'agglomération de la population dans les grandes villes est si considérable, et où il est si facile de se déplacer, prêterait singulièrement à la fraude.

Au surplus, ne plus faire produire à cette possession les effets qu'elle produisit jadis, ce n'est pas, à proprement parler, introduire une restriction à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Aujourd'hui, comme autrefois, on peut très-bien mettre au jour, au moyen d'une enquête, les relations maritales qui existent entre deux personnes. Ce qui est contesté, c'est que ces relations elles-mêmes doivent faire présumer un mariage régulier. Les témoins sont toujours aptes à prouver les faits; mais les faits ne sont plus concluants aux yeux de la loi. *Frustra probatur quod probatum non relevat.* « La possession d'état, » dit l'article 190 du Code, « 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. » Après tout, il est difficile d'admettre que celui des prétendus époux qui agit contre l'autre, ne puisse se rappeler le lieu où le mariage aura été contracté. Qu'il l'indique, et sauf le cas d'accident, la vérification sera facile. C'est là le vice fondamental de la possession d'état, lorsqu'il existe des registres en bonne forme. Et il est à remarquer que, dans l'affaire de 1676, la prétendue veuve avait précisé le lieu et la date de son mariage, et que, vérification faite sur le registre de la paroisse désignée, on ne trouva aucune trace d'un mariage célébré à l'époque désignée entre les parties[1]. Ainsi, il est assez probable que la possession d'état de trente-neuf ans n'était qu'une fraude habilement prolongée.

[1] Il faut remarquer toutefois, à l'appui de la décision du parlement de Paris, que les registres n'étaient pas tenus bien régulièrement dans l'ancien droit (n° 146).

Le même motif ne saurait être invoqué à l'égard des enfants, qui peuvent fort bien ignorer le lieu où leurs parents se sont mariés [1]. Aussi sont-ils autorisés à alléguer la possession d'état de leurs auteurs, pour fonder leur légitimité, lorsque rien dans leur acte de naissance ne vient contredire cette prétention [2] (C. civ. art. 197). Mais, pour cela, il faut que les deux époux soient décédés, ou du moins (car on doit interpréter la loi de manière à ce qu'elle soit raisonnable) absents ou incapables de manifester leurs pensées. Dès que l'un d'eux est vivant et capable, il faut l'interroger sur le lieu de la célébration. On ne doit pas même distinguer s'il a ou non des intérêts contraires à ceux de son enfant. Le législateur n'a pu supposer que, par une réticence frauduleuse, un père voulût faire descendre un enfant légitime au rang de bâtard (voy. en ce sens un arrêt de Toulouse du 24 juillet 1826).

155. En ce qui touche la preuve directe par témoins de la célébration publique du mariage, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit du cas de perte des registres, en parlant des naissances et des décès. On pourrait peut-être douter de l'admissibilité de cette preuve, quand il n'a pas été tenu de registres. Le mariage, dirait-on, n'étant pas un fait de l'ordre de la nature, mais un acte astreint à certaines formes, en l'absence de ces formes il n'y a absolument rien : de

[1] Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'autre effet de la possession d'état (*ibid.* art. 196), qui consiste à rendre les époux non recevables à demander la nullité d'un acte irrégulier, mais corroboré par cette possession. Il ne s'agit plus là d'un mode de preuve, car l'irrégularité n'est nullement douteuse; mais d'une fin de non-recevoir contre la demande en nullité pour vice de forme, de même que la cohabitation pendant six mois est une fin de non-recevoir contre la demande en rescision du consentement pour erreur ou pour violence (*ibid.* art. 184).

[2] L'enfant n'est point obligé de représenter son acte de naissance, afin de prouver que cet acte ne contredit point la possession d'état; car le lieu de sa naissance peut lui être aussi inconnu que celui du mariage de ses parents. C'est aux adversaires à produire cet acte, s'il y a lieu (Agen, 18 mai 1842; Toulouse, 4 juillet 1843).

même qu'il serait impossible de faire un contrat de mariage dans une localité où il n'y aurait pas de notaire. Mais cette opinion rigoureuse serait contraire à l'article 46 du Code, ainsi qu'à l'article correspondant de l'ordonnance de 1667. On ne peut imputer aux parties de s'être conformées à la pratique des officiers civils de leur commune, sauf la responsabilité de ces officiers. D'ailleurs le mariage n'est pas un contrat littéral; son essence n'est pas dans l'acte écrit, mais dans le consentement publiquement donné devant l'officier civil compétent (*ibid.* art. 165). C'est ce qui ressort du texte de l'article 75 du Code, où nous voyons l'officier civil prononcer que les parties *sont unies par le mariage*, puis *en dresser acte*, ce qui indique bien que l'acte ne sert que pour la preuve; et telle était aussi la doctrine de Pothier (voy. son *Traité du contrat de mariage*, n° 378). Il y aurait encore moins de doute au cas où le mariage aurait été contracté à l'étranger, dans un pays où il n'est point tenu de registres réguliers. C'est ainsi que l'on a validé, en s'appuyant surtout sur la possession d'état, les mariages contractés pendant l'expédition d'Égypte par des généraux français avec des femmes du pays, bien que l'on n'en rapportât aucune preuve écrite (voy. rej. 8 juin et 7 septembre 1809; Paris, 9 août 1813). Et si nos tribunaux ont refusé d'admettre un prétendu mariage qui aurait eu lieu en Pensylvanie, pays où la possession d'état est admise, c'est qu'ils n'ont point reconnu, dans l'espèce, une possession d'état suffisante (rej. 20 décembre 1841).

Mais si nous nous plaçons en dehors des termes de l'article 46, c'est-à-dire s'il existe des registres bien tenus, sans altération apparente, il n'est pas possible d'admettre ici l'enquête, comme nous l'avons fait pour les naissances et les décès. « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, » dit l'article 194 du Code civil, « s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil;

sauf les cas prévus par l'article 46. » Cet article 194 a évidemment pour but d'exclure la preuve testimoniale, toutes les fois qu'on ne peut établir la perte ou la non-existence des registres. Cette décision est en harmonie avec ce qui est décidé par la loi en matière de conventions ordinaires. Il y avait un registre régulier, les parties devaient veiller à ce que leur union y fût constatée ; tandis que, pour les naissances et les décès, les personnes qui ont intérêt à les prouver ne sont pas, la plupart du temps, les mêmes qui étaient chargées de faire la déclaration[1]. Et qu'on ne dise pas que nous sommes ici en contradiction avec ce que nous avons dit tout à l'heure, que l'écriture n'est pas de l'essence du mariage. Il est vrai que la prononciation solennelle a pu avoir lieu, et le mariage être contracté par cela même; c'est ainsi que, si l'on a traité sans écrit pour une valeur au-dessus de cent cinquante francs, il y a eu contrat. Mais, dans l'un et l'autre cas, les témoins ne peuvent être entendus; *non jus deficit, sed probatio.* Il est même difficile d'admettre, avec la cour de Bruxelles (arr. du 20 janvier 1807), que le serment puisse être déféré sur l'existence du mariage, comme sur celle de la convention excédant le taux légal. Nous serons également plus rigoureux que l'ancienne jurisprudence, en n'attribuant aucun effet au commencement de preuve par écrit, afin d'autoriser la preuve testimoniale de la célébration. Rien de pareil ici à ce qui est établi en matière conventionnelle par l'article 1347 du Code, et en matière de filiation par l'article 324 : articles qui ont soin de définir les caractères du commencement de preuve par écrit, lesquels varient

[1] Aussi ne voyons-nous rien de contraire à notre doctrine dans un arrêt de rejet du 22 août 1831, qui admet les descendants à prouver, par une suite de pièces concordantes, le mariage des personnes dont ils se disent issus, l'acte de mariage ne pouvant être produit. Ces descendants peuvent fort bien, eux, ignorer le lieu de la célébration, et les pièces produites équivalent alors, en leur faveur, à la possession d'état dont parle l'article 197 du Code civil.

suivant l'objet de la preuve. L'esprit de la loi est d'exclure totalement les témoins, s'il n'y a pas eu impossibilité, au moins morale, de faire dresser acte.

156. Une dernière question, que nous traiterons maintenant, bien qu'elle se rattache plutôt à la forme de l'acte, pour ne pas scinder ce qui concerne la preuve du mariage, c'est celle de savoir si une feuille volante, signée par les parties et par l'officier public, ne peut jamais faire foi auprès des tribunaux. La négative, qui est assez généralement adoptée, se fonde sur les termes mêmes de l'article 194 : s'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur le regisire de l'état civil*. En comparant, dit-on, cet article à la déclaration de 1736, article 9 [1], qui prononçait en pareil cas la perte de tous les avantages portés au contrat de mariage, et même, s'il y avait lieu, la privation des effets civils, on doit reconnaître que le législateur n'a fait que rendre plus sévère une sanction déjà existante contre une infraction si dangereuse pour la sécurité des familles. Mais est-il bien constant que toute la force de l'article 194 porte sur ces mots : *inscrit sur le registre de l'état civil?* L'intention de la loi n'aurait-elle pas été seulement de proscrire la preuve testimoniale, en exigeant un acte, lequel régulièrement devait être inscrit sur le registre? Pas un mot dans la discussion au conseil d'État sur cet article n'a trait à la question des feuilles volantes, ni à la déclaration de 1736. Et si nous lisons l'exposé des motifs de Portalis, voici ce que nous y trouvons sur ce point : « On admettait

[1] On cite quelquefois, dans le sens de la nullité, un arrêt du parlement de Paris du 8 juin 1734. Il est vrai que, dans l'espèce, l'acte n'était inscrit que sur une feuille volante. Mais, en lisant le quarante-neuvième plaidoyer de Cochin, dont le client obtint gain de cause dans cette affaire, il est facile de reconnaître que la question de forme n'était qu'un incident du procès, où il y avait deux moyens de fond très-importants : le défaut de présence du propre curé, et la circonstance que le mariage avait été tenu secret, contrairement aux ordonnances. D'ailleurs l'acte présentait de graves irrégularités qui le rendaient suspect.

les mariages présumés avant l'ordonnance de Blois. Cet abus a disparu : il faut un titre écrit, attesté par des témoins et par l'officier public que la loi désigne. La preuve testimoniale et les autres manières de preuves ne sont reçues que dans les cas prévus par la loi sur les actes de l'état civil, et aux conditions prescrites par cette loi. Aucune possession ne saurait dispenser de représenter le titre. » Évidemment la pensée du législateur se reporte aux genres de preuves, autres que la preuve écrite, et non pas à telle ou telle forme d'écrit. Aujourd'hui que l'on est d'accord pour considérer comme défavorables les demandes en nullité de mariage pour défaut de formes, et que l'on se contente, pour valider la célébration, d'une publicité morale-ment suffisante, n'y aurait-il pas quelque inconséquence à repousser absolument la preuve du mariage, parce que l'acte invoqué ne faisait pas partie d'un registre? Ne conviendrait-il pas en ce cas, comme pour les formes du mariage, et ici la preuve se rattache intimement à la forme, de laisser un pouvoir discrétionnaire au tribunal? Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs du Code pénal, qui ne punissent que d'un emprisonnement d'un mois à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs, l'inscription sur de simples feuilles volantes ; tandis que le fait seul de ne s'être pas assuré du consentement des parents, lors même que les parents auraient effectivement consenti, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an, et d'une amende de seize francs à trois cents francs (C. pén. art. 192 et 193). Comment concevoir cette disparité de peines, si, dans le premier cas, la nullité devait être aveuglément prononcée? Du reste, les auteurs qui enseignent qu'il y a toujours nullité, se contredisent en admettant que la suppression de cette feuille volante peut donner lieu à la condamnation aux travaux forcés à temps contre l'officier public (C. pén. art. 173). Car, si cette feuille ne peut tenir

lieu de registre, elle ne prouve absolument rien, puisque le commencement de preuve par écrit n'est pas admis en matière de mariage; et dès lors on peut la détruire sans porter préjudice à personne.

157. En résumé, le mariage ne peut jamais être établi indirectement par la possession d'état, sauf une exception en faveur des enfants. On peut le prouver directement par témoins, au cas de perte ou de non-existence des registres, mais non au cas où il existerait des registres régulièrement tenus. Alors c'est aux registres qu'il faut recourir, mais il ne serait pas interdit au juge d'ajouter foi à une feuille détachée, qui serait revêtue de toutes les formalités requises.

158. Des principes analogues à ceux de la loi française ont été généralement adoptés sur la preuve du mariage par les diverses législations modernes. L'Angleterre est le pays où les anciennes coutumes en cette matière ont laissé les plus fortes traces. On y admet encore la preuve du mariage par commune renommée, bien que, en vertu de statuts récents, des registres réguliers y soient tenus pour les dissidents, indépendamment des registres paroissiaux. Toutefois on fait une distinction bizarre. Quand des droits personnels se rattachent au mariage, il suffit de la possession d'état pour pouvoir les réclamer, sauf la poursuite de l'adultère, qui exige la constatation directe de la qualité d'époux. Si, au contraire, il est question de droits réels, il faut donner des preuves du mariage suffisantes pour convaincre un jury (voy. Blaxland, *Codex rerum Anglicanarum*, p. 274).

§ 3. *Filiation.*

159. Si l'on ne consultait ici que le droit commun, on devrait accorder la plus grande latitude à l'enfant qui demande à faire preuve de son origine, puisqu'il ne s'agit pas d'une convention, dont il eût dû dresser acte, mais d'un fait qu'il lui était évidemment impossible

de faire constater. Mais la crainte qu'on n'usurpe trop facilement un état à l'aide de témoignages, que la nature occulte des faits permettrait difficilement de contrôler, a fait sacrifier l'intérêt de quelques enfants qui se trouveraient dépourvus des conditions requises pour la preuve, à celui de la société dont la base repose sur l'intégrité de la famille. D'une autre part, le danger de la preuve testimoniale ne pouvait être allégué en matière de possession d'état, cette possession, comme la possession proprement dite, se composant d'éléments publics, dont la vérification n'est guère susceptible de fraude. Aussi avons-nous vu que, si elle est repoussée en matière de mariage, c'est seulement à cause du caractère équivoque que présente la cohabitation maritale entre deux personnes, en la supposant constante. Ici rien de semblable. Il est extrêmement improbable qu'on nourrisse et qu'on élève comme sien un enfant étranger. En conséquence on a reconnu de tout temps que la possession d'état suffit pour prouver la filiation. Il n'y a de restriction à la preuve testimoniale qu'en tant qu'elle porterait directement sur le fait de la maternité ou de la paternité : constatation trop délicate pour qu'on puisse, dans une législation où l'on se défie des témoins, y procéder uniquement à l'aide de dépositions orales.

160. La filiation invoquée peut être légitime ou naturelle. La parenté légitime n'ayant rien que d'honorable pour les personnes auxquelles on l'attribue, la recherche en est bien plus facilement admise que celle de la parenté naturelle. Cette distinction, qui domine la matière, ne repose pas du reste uniquement sur des considérations de moralité et de décence; le soin même que l'on prend d'ordinaire pour dissimuler l'existence d'un enfant naturel, laisse planer, sur l'origine de celui qui réclame une filiation de cette nature, des doutes qui semblent ne pouvoir se dissiper qu'au moyen de renseignements non suspects.

1° Filiation légitime.

161. La possession d'état suffit, d'après les motifs que nous venons de donner, pour établir cette filiation (C. civ. art. 320). La loi indique (*ibid.* art. 321) les principaux éléments qui constituent cette possession, et qui peuvent se ranger sous les trois chefs signalés par nos anciens auteurs : *Nomen, tractatus, fama.* Mais la réunion de ces diverses circonstances n'est pas requise, et tout se réduit pour les tribunaux à une question d'appréciation : est-il ou non constant que le réclamant était considéré comme le fils des parents qu'il s'attribue? Et la solution de cette question, quelle qu'elle soit, ne saurait donner prise à la censure de la cour de cassation (rej. 19 mai 1830). La possession d'état suffit *à défaut de titre* (même art. 320), en ce sens que l'acte de naissance est le mode ordinaire de preuve de la filiation. Mais il n'est pas nécessaire de supposer ici la perte ou la non-existence de registres, pour que la preuve testimoniale soit admissible, aux termes de l'article 46[1]. Lors même qu'il existe des registres sans altération, la possession d'état a assez de force pour qu'il n'y ait pas lieu de se préoccuper de l'omission, qui est censée alors provenir d'une simple négligence. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de titre conforme à la possession d'état, on est admis à démontrer, s'il y a lieu, que cette possession n'est que la suite de l'erreur et de la fraude.

162. Il en est autrement s'il y a en même temps titre de naissance et possession conforme à ce titre (*ibid.* art. 322). Quand ces deux modes de preuves se prêtent ainsi un mutuel appui, l'état de l'enfant ne peut être contesté, ni par les tiers, ni par l'enfant lui-même.

[1] La première rédaction de l'article 320 portait : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » C'est en connaissance de cause que le conseil d'État a généralisé la disposition de la loi, en admettant la preuve de cette possession à *défaut de titre*.

Cette solution, réclamée par l'intérêt de la stabilité des familles, avait été admise par l'ancienne jurisprudence, au commencement du XVIII^e^ siècle (voy. le cent deuxième plaidoyer de Cochin, dont les conclusions furent admises par arrêt du 9 avril 1737). Malheureusement, comme ce n'était là qu'un pur point de doctrine, qu'aucun texte ne consacrait, la faveur des personnes y faisait quelquefois déroger d'une manière scandaleuse. On a souvent cité la rectification obtenue par Marie Aurore, de l'acte de naissance, soutenu par la possession, qui la constituait fille légitime de parents obscurs, afin de se faire déclarer fille adultérine du maréchal de Saxe : condition imposée à un brillant mariage, qui fut en effet réalisé. La source de pareils abus est tarie par l'article 322. Ce n'est point d'ailleurs que cette disposition soit nécessaire aujourd'hui pour des espèces semblables à celle de Marie Aurore; le principe qui défend de rechercher ou de reconnaître une filiation adultérine, couperait court à de pareilles prétentions. Si l'article est utile, c'est pour empêcher de réclamer même un état dont la preuve serait licite, tel que celui d'enfant naturel simple, ou d'enfant légitime d'autres parents, quand le titre et la possession d'état du réclamant sont également contraires à ses prétentions.

Mais, pour que le concours du titre et de la possession produise cet effet important, il faut que l'identité de la personne, à l'égard de laquelle se réunissent ces deux circonstances, soit bien avérée. S'il y a eu une substitution d'enfant après l'inscription sur les registres de l'état civil, par exemple, durant le séjour chez une nourrice, le concours de la possession et du titre n'est plus qu'apparent, car la possession d'état qu'on invoquerait en faveur de l'enfant substitué, ne serait qu'une erreur; elle ne se rapporterait pas à l'enfant inscrit sur le registre. Il en serait autrement s'il n'était pas possible d'isoler la possession du titre, si on n'alléguait qu'une substitution antérieure à la con-

fection de l'acte de naissance. S'écarter en ce cas de la règle tutélaire posée par l'article 322, ce serait, pour venir au secours de quelques positions exceptionnelles, ouvrir la porte à de dangereuses réclamations.

163. Enfin, qu'il y ait possession d'état seulement, ou bien concours de la possession et du titre, il ne faut pas perdre de vue que la preuve de la filiation ne mène à celle de la légitimité qu'autant qu'il y a mariage entre les parents désignés. La filiation une fois constante, il restera encore deux points à établir : 1° la célébration d'un mariage entre le père et la mère ; 2° la validité de ce mariage. C'est aux enfants à prouver le fait de la célébration. Si nous supposons vivants et capables de s'exprimer les deux parents, ou au moins l'un d'eux, les enfants seront obligés, comme toute autre partie intéressée, de faire la preuve directe par écrit, et dans les cas où la loi le permet, par témoins. S'il n'existe pas de parents en état de pouvoir indiquer le lieu de la célébration, nous avons vu que les enfants sont admis à fonder la légitimité sur la possession d'état de leurs père et mère, comme mari et femme, combinée avec leur propre possession (C. civ. art. 197). Quant au second point, la validité du mariage, ce n'est pas à eux à le démontrer, car tout mariage régulièrement contracté est réputé valable; mais il est clair que leurs adversaires ont toujours la faculté de l'attaquer comme nul au fond, sans qu'on puisse voir là le moins du monde une atteinte portée à la foi qui s'attache à la possession d'état. Tout ce que doit faire présumer cette possession, c'est qu'une union a été contractée. Mais pouvait-elle l'être? C'est là une question d'un tout autre ordre, sur laquelle le fait postérieur de la possession ne saurait nous fournir aucune lumière. C'est donc bien à tort que Denizart cite, comme ayant méconnu la juste faveur de la possession d'état, un arrêt du parlement de Paris, du 12 juillet 1713, qui a refusé de reconnaître

comme légitime, bien qu'il eût titre et possession conforme, le fils né du second mariage d'une femme qui n'avait pas justifié du décès de son premier mari. Le parlement a pu être trop rigoureux en présumant la bigamie; mais il a eu parfaitement raison de ne se préoccuper ni de la possession, ni du titre, qui prouvaient l'existence, mais nullement la validité du second mariage.

164. Les faits qui constituent la possession d'état d'enfant légitime, doivent régulièrement émaner des deux époux. Alors ce sera le mari qui dirigera l'éducation de l'enfant, et c'est ce qui explique pourquoi l'article 321 mentionne spécialement *le père*, bien qu'il convienne de prendre également en considération les faits relatifs à la mère. Que faut-il décider lorsque les époux ont vécu séparément et que la possession existe seulement vis-à-vis de l'un d'eux? D'abord, toutes les fois que les faits présenteront quelque équivoque, on devra y voir facilement la possession d'état d'enfant naturel plutôt que celle d'enfant légitime. Que si c'est bien cette dernière qualité qui ressort des circonstances de la cause, il faut examiner vis-à-vis de quel conjoint la possession se trouve constatée. Si c'est vis-à-vis du mari, nous dirons sans hésiter avec Merlin (*Répert.* v° *Légitimité*, sect. II, § IV, n° 3), que la position de l'enfant est éminemment favorable. Par cela seul que le mari l'a constamment traité comme son enfant légitime, sa naissance en légitime mariage, et par conséquent sa filiation vis-à-vis de la femme, sont éminemment vraisemblables. Sans doute, le texte d'Ulpien (l. I, § 12, ff. *de agnosc. lib.*) : « grande præjudicium « adfert pro filio confessio patris, » a peu d'autorité dans notre droit, puisqu'à Rome il n'y avait pas d'enfants légitimes vis-à-vis de la mère, ce qui faisait que son suffrage avait moins de gravité. Mais les anciens arrêts cités par Merlin (*loc. cit.*) prouvent que la jurisprudence française a toujours attaché une extrême importance à la possession d'état vis-à-vis du mari. Il

y a plus de doute dans l'hypothèse inverse, la femme pouvant être plus facilement portée à traiter comme enfant légitime le fruit d'un commerce illicite; tandis que le mari commettrait le crime de supposition de part (C. pén. art. 345) en attribuant ainsi un enfant à sa femme. Puisque l'aveu direct de la mère ne prouve point la paternité, ainsi qu'on est d'accord pour le reconnaître, il paraît dangereux d'attribuer un pareil effet à l'aveu indirect qui résulte de la possession d'état; toutefois il faut avouer que la preuve testimoniale de la maternité, faite par celui qui n'a ni titre, ni possession, suffisant pour établir la paternité jusqu'à désaveu (n° 167), il est difficile de refuser le même effet à la preuve de la maternité résultant de la possession d'état. Après tout, le jugement qui constate ainsi la possession de la légitimité vis-à-vis de la mère, a bien plus de force qu'un simple aveu, puisqu'il doit être rendu en connaissance de cause et contradictoirement avec la famille paternelle[1] (même n° 167).

165. S'il n'y a ni titre, ni possession, il n'y a plus d'autre ressource que la preuve testimoniale directe de la filiation. Cette preuve ne portant plus sur des faits publics, comme celle de la possession d'état, notre ancienne jurisprudence a refusé de l'admettre, lorsqu'elle est dépourvue de tout adminicule. Un des monuments les plus remarquables qui consacrent cette doctrine, c'est un arrêt du parlement de Paris de 1657, qui, après avoir rejeté la demande à fin d'enquête, d'un certain Georges de la Croix, dont la prétention ne reposait sur aucune base, le condamne « à comparoir en personne, dans la chambre, en présence du sieur de la Porte, et de six personnes telles qu'il voudra choisir, où il déclarera que témérairement et sans preuve, il

[1] La cour de Toulouse paraît pencher vers cette doctrine, dans les motifs d'un arrêt du 4 juin 1842. Mais cet arrêt n'a rien de décisif, les magistrats déclarant dans l'espèce que la possession d'état, constante vis-à-vis de la femme, existait aussi vis-à-vis du mari.

s'est dit fils du sieur de la Porte, dont il s'en repent, et en demande pardon à Dieu, au roi et à la justice, et pareillement au sieur de la Porte. » Mais si, dès le XVII^e^ siècle, on a repoussé la preuve testimoniale nue en matière de filiation, les idées ne se sont pas arrêtées aussitôt sur les conditions nécessaires pour autoriser l'audition des témoins. Quelques-uns, se préoccupant de ce qui est établi en matière conventionnelle, exigeaient un commencement de preuve par écrit. Cette opinion était même reproduite dans le projet de Code civil. Mais il serait par trop rigoureux de subordonner à la représentation préalable d'un écrit la justification de la filiation légitime. Aussi a-t-on pris un parti mitoyen entre l'ordonnance de Moulins, qui exige un écrit pour les conventions, et le droit commun, qui permet sans condition la preuve des faits. Ce système, nettement exposé, dès 1691, dans le second plaidoyer de d'Aguesseau, qui a contribué à y rallier les suffrages, consiste à exiger qu'il y ait au moins des indices graves pour motiver le jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête. C'est aussi à ce système que s'est arrêté le conseil d'État, sur les observations du tribunat. « A défaut de titre et de possession constante, » dit l'article 323 du Code, « ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et de mère inconnus, la preuve de 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 déterminer l'admission. »

Par cela seul que le Code civil se contentait, avec le dernier état de la jurisprudence, de présomptions graves dans l'intérêt du réclamant, il était conduit à maintenir ici le caractère large du commencement de preuve par écrit, admis jadis et repoussé aujourdhui en matière conventionnelle (*ibid.* art. 1347), suivant lequel l'écrit pouvait émaner même d'une personne non intéressée

dans la contestation. En effet, puisqu'ici des indices matériels, bien que n'émanant pas de l'adversaire, peuvent servir de base à l'enquête, il eût été inconséquent d'être plus sévère pour les documents écrits. « Le commencement de preuve par écrit, » dit l'article 324, « résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. » Ainsi, celui qui réclame son état vis-à-vis d'une personne dont il se dit le frère, pourra lui opposer des écrits émanés non-seulement des père et mère, qui sont les légitimes contradicteurs, mais même d'un frère, qui n'est nullement l'auteur de la partie défenderesse. Il n'y a qu'une seule limitation, c'est qu'on ne tient aucun compte des déclarations de tiers sans intérêt.

166. Admettra-t-on les témoins à venir déposer de la filiation, ainsi que l'article 46 le décide pour les naissances, mariages et décès, au cas de perte des registres, sans que le réclamant allègue en sa faveur aucune autre circonstance que cette perte? Il semble que l'indice grave doit conduire à une probabilité, et non pas à une simple possibilité. Or, l'indice qui résulte de la perte est un indice purement négatif. L'enfant peut avoir été inscrit sur les feuillets détruits; mais l'a-t-il été? Rien n'autorise à l'affirmer. Aussi un arrêt de rejet du 12 décembre 1827 a-t-il eu raison de ne pas considérer comme un indice grave la circonstance de la perte des registres. Du reste, quelque raisonnable que nous paraisse cette doctrine, le pourvoi contre un arrêt qui s'en serait départi pourrait fort bien être également rejeté, car il est difficile qu'il intervienne arrêt de cassation en cette matière. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit pour la possession d'état; tout se réduit à une question d'appréciation.

Mais, en sens inverse, l'existence de registres réguliers indiquant une autre filiation ne ferait pas obstacle

à l'administration de la preuve testimoniale, dans le cas où elle est admissible. Le titre sans la possession ne peut pas plus que la possession sans le titre constituer une preuve inébranlable.

167. Nous avons pensé que la possession d'état vis-à-vis de la mère seule, si elle est dûment établie, fait présumer la paternité. Nous examinerons, en traitant de la preuve littérale, les graves difficultés qui s'élèvent au cas où l'acte de naissance ne mentionne que la mère. Lorsqu'il n'y a ni titre ni possession, ce sera également la maternité seule qui résultera de l'enquête, la paternité, bien que légitime, n'étant pas susceptible de preuve directe[1]. Mais, quelque suspecte que soit la position d'un enfant qui n'a été ni inscrit, ni reconnu par ses parents, on ne doit pas supposer que les tribunaux le déclarent légèrement fils légitime de la mère qu'il réclame. Si donc la maternité est légalement constatée, ce sera un fait acquis dans son intérêt, et il pourra se placer avec confiance sous l'égide de la présomption qui attribue le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage (*ibid.* art. 312). La loi suppose, en effet (*ibid.* art. 323), que ce sera à ses adversaires à prouver qu'il n'est point né des œuvres du mari. Mais pour cela il faut supposer la maternité établie vis-à-vis de tous les intéressés. C'est ce qui ressortait de la rédaction primitive de l'article 325, qui était ainsi conçu : « La famille à laquelle le réclamant prétend appartenir, sera admise à combattre sa réclamation par tous les moyens propres à prouver, non-seulement qu'il n'est pas l'enfant du père, mais encore qu'il n'est pas l'enfant de la mère qu'il réclame. » La famille dont il s'agit

[1] Il y aurait preuve, non pas du fait même de la paternité, mais de sa reconnaissance presque immédiate, si le mari, comme cela arrive souvent, avait annoncé avec empressement à la famille la grossesse de sa femme, et que l'identité du réclamant avec l'enfant dont la conception aurait été ainsi proclamée, fût bien vérifiée. On devrait alors généralement considérer la paternité comme établie d'une manière positive.

est bien la famille paternelle, qui est autorisée à repousser même la maternité; car pour la famille maternelle, il ne pouvait y avoir de question. Cette faculté accordée à la famille paternelle est de toute justice, et en parfaite harmonie avec les principes sur l'autorité de la chose jugée. Le changement fait à cette rédaction par le tribunat a eu pour but non d'en modifier la pensée, mais de l'éclaircir. « La preuve contraire, » porte l'article 325 actuel, « 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. » Nul doute qu'on n'ait entendu maintenir la règle qui veut que la maternité soit établie contradictoirement avec les deux familles. Mais toute la force de l'article porte actuellement sur l'autre point, sur la paternité. La maternité prouvée, on peut user *de tous les moyens propres à établir* que la paternité légitime n'existe pas. A-t-on donc voulu élargir le cercle dans lequel se trouve resserrée d'ordinaire l'action en désaveu?

Pour soutenir la négative, on invoque, soit le texte qui parle de *moyens propres*, et non pas de moyens exceptionnels; soit les observations du tribunat, où il n'est pas question de nouveaux cas de désaveu, mais seulement de l'étendue à donner à l'autorité de la chose jugée. L'autre opinion, plus généralement adoptée, s'appuie d'abord sur l'ensemble de l'article 325. Est-il naturel de croire qu'on eût parlé de tous les moyens propres à établir la non-paternité, si on n'avait voulu faire qu'un simple renvoi aux règles restrictives du chapitre précédent? Quant aux observations du tribunat, il est vrai qu'elles n'ont pas porté sur ce point. Mais que faut-il en conclure? Ces mots : *tous les moyens propres*, etc. n'appartiennent pas au tribunat, mais à la rédaction primitive dont il reste toujours à apprécier la portée. Enfin, en laissant de côté le texte et l'historique de l'article, voyons si, après tout, l'extension

proposée n'a rien d'exorbitant. On peut désavouer, ou pour impossibilité physique, ou pour impossibilité morale. Il n'y a rien à ajouter quant à la première impossibilité. Quant à la seconde, la restriction de la loi (*ibid.* art. 313) consiste à exiger, sauf le cas de séparation de corps, aujourd'hui réglé par la loi du 6 décembre 1850, la preuve du recel de la naissance, pour que le désaveu soit admissible : eh bien ! dans l'espèce, on serait dispensé de justifier de cette circonstance. Mais quoi de plus naturel ? N'y a-t-il pas dans l'absence du titre et de la possession tout à la fois, une position insolite, qui suppose presque toujours une naissance cachée ? Dans le cas ordinaire de désaveu pour adultère, le recel de l'enfant établi, le mari est admis *à proposer tous les faits propres à justifier* qu'il n'en est pas le père ; tels sont les termes de l'article 313. Ces expressions sont presque identiquement les mêmes que celles qu'emploie par l'article 325 : *moyens propres à établir*. Cette similitude dans les textes, quand les deux positions offrent une si parfaite analogie, n'entraîne-t-elle pas invinciblement à assimiler au recel l'absence de titre et de possession d'état[1] ? La jurisprudence admet en effet contre l'enfant qui n'a titre ni possession d'état, la faculté de prouver la non-paternité par tous les moyens possibles (voy. Bordeaux, 12 février 1838 ; rej. 9 novembre 1809, et sur ce dernier arrêt, Merlin, *Questions de droit*, v° *Légitimité*, § XI).

2° Filiation naturelle.

168. Une question préalable, dont nous avons déjà

[1] Cette induction acquiert une singulière force, si l'on se reporte à la discussion du conseil d'État, où l'on a interrompu la discussion du chapitre Ier du titre *de la Paternité*, pour s'occuper du chapitre II, afin d'envisager la matière dans son ensemble. C'est de cette discussion générale qu'est sorti le principe qui, en cas de fraude, réserve au mari ou à ses héritiers toutes les preuves propres à combattre la présomption de paternité. Ce principe a été exprimé par deux dispositions nouvelles, dont l'une a été ajoutée à l'article 313, et l'autre a formé seule l'article 325.

indiqué la solution dans nos notions générales, en examinant quels sont les faits susceptibles de preuve, c'est celle de savoir si l'on est reçu à prouver toute filiation naturelle. Le Code civil (art. 335 et 342) défend d'abord, soit de rechercher, soit même de reconnaître une filiation incestueuse ou adultérine. Il est vrai que certains auteurs et certains arrêts (voy. not. Lyon, 23 mars 1835; Paris, 14 décembre 1835, et Bourges, 4 janvier 1839) ont permis de constater une origine entachée de l'un de ces vices, soit dans l'intérêt de l'enfant, afin qu'il puisse obtenir les aliments que la loi paraît lui assurer (*ibid.* art. 762), soit, au contraire, contre lui, afin de réduire les dispositions faites en sa faveur. En supposant cette opinion fondée, il faudrait encore voir si la preuve testimoniale d'une pareille origine serait recevable, même avec un commencement de preuve par écrit. Il semble difficile d'aller jusque-là; on devrait alors exiger au moins, pour atténuer le scandale, une reconnaissance expresse, ainsi que le fait le Code sarde (art. 187), lorsqu'il s'agit d'une réclamation d'aliments, et c'est ainsi que l'entendait l'orateur du tribunat, qui a le premier émis cette opinion pour expliquer l'article 762. Mais nous verrons, en traitant de la preuve littérale de la filiation, que ce système, contraire au texte de la loi, est repoussé par la jurisprudence de la cour de cassation.

169. Néanmoins, puisque, tout en prohibant la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, la loi leur accorde des aliments, il faut admettre que leur filiation peut se trouver légalement constatée. C'est ce qu'il est facile de concevoir pour la maternité adultérine. Toutes les fois que le mari obtient gain de cause, soit comme demandeur en désaveu, soit comme défendeur à une action en réclamation d'état, l'enfant se trouve nécessairement rejeté dans la classe des enfants adultérins, du moins par rapport à sa mère. Mais

il y a plus de difficulté à admettre la preuve d'une paternité adultérine, et dans tous les cas, d'une filiation incestueuse, ce que cependant la loi suppose formellement (C. civ. art. 762, 763, 764). En ce qui concerne cette dernière filiation, il faut supposer un mariage contracté de mauvaise foi entre parents ou alliés au degré prohibé : en étendant à ce mariage apparent la présomption de paternité, on applique aux enfants la qualification d'incestueux. En effet, si la loi probibe toute recherche d'une filiation incestueuse, c'est pour éviter la révélation d'un scandale ignoré, et ce motif n'existe plus lorsque le scandale est déjà consommé par le fait de la célébration du mariage. La même décision ne peut s'appliquer qu'avec distinction, quant à la filiation adultérine, au cas d'un second mariage contracté de mauvaise foi avant la dissolution du premier, puisque, si c'est la femme qui s'est ainsi remariée du vivant de son mari, les enfants qu'elle met au monde sont censés lui appartenir jusqu'à désaveu de sa part. Pour qu'il puisse y avoir constatation d'une filiation adultérine, il faut supposer les enfants désavoués, dans l'espèce, par le premier mari; ou bien se placer dans l'hypothèse où c'est un mari qui a contracté un second mariage du vivant de sa femme. . . . .

170. Quand la filiation naturelle n'est point entachée de pareils vices, nul doute qu'elle ne puisse être volontairement reconnue. La recherche en est également admise, du moins pour ce qui concerne la maternité. Mais on se demande si cette recherche est autorisée en faveur de l'enfant seulement, ou si elle doit l'être, même contrairement à son intérêt, ou du moins dans un intérêt autre que le sien[1]. En faveur de la première opinion, on invoque cette considération que le scandale de la recherche de la maternité ne peut être toléré qu'en faveur de l'enfant seul, et l'on

[1] Notamment lorsqu'il s'agit de réclamer sa succession.

fait remarquer que le texte de l'article 341 ne mentionne, en effet, que l'enfant (rej. 20 novembre 1843; Paris, 13 mars 1837 et 29 avril 1844). Mais nous pensons qu'il faut s'attacher au principe général, suivant lequel *la recherche de la maternité est admise*; la disposition qui mentionne ensuite l'enfant statue *de eo quod plerumque fit*. Dès qu'il y a un intérêt né et actuel, il n'y a point de scandale dans la constatation d'un fait facile à vérifier comme la maternité : ce qui serait scandaleux, ce serait que le silence de la mère permît d'éluder les incapacités établies par le législateur à l'égard des enfants naturels (voy. Rouen, 19 décembre 1844; Grenoble, 12 décembre 1850; voy. aussi rej. 4 février 1851).

171. La maternité est un fait apparent, qu'on peut constater sans trop de scandale. Aussi en a-t-on admis la preuve. On conçoit ici, comme pour la maternité légitime, deux natures de preuves testimoniales : l'une directe, établissant que telle femme est accouchée de tel enfant ; l'autre indirecte, se fondant sur la possession d'état. On a toutefois contesté l'admissibilité de la possession d'état, à raison du silence de la loi, laquelle ne reproduit pas pour la filiation naturelle les dispositions qui consacrent spécialement la force de cette possession quant à la filiation légitime. Mais, si l'on s'attache au motif des restrictions légales en cette matière, qui est la crainte du scandale, il faut reconnaître que la preuve de la possession d'état n'offre aucun inconvénient, puisqu'elle suppose le fait hautement avoué par la partie la plus intéressée à le cacher. Ne serait-il pas contradictoire de permettre de rechercher la grossesse et l'accouchement d'une femme non mariée, contre sa volonté, et de n'attribuer aucun effet aux actes volontaires les plus caractéristiques, qui manifestent la maternité aux yeux de tous?

Si l'article 344 ne parle que de la preuve par témoins, c'est que, dans le langage de la loi (C. civ. art. 323),

cette preuve s'entend spécialement de la vérification directe par témoins du fait générateur de la filiation. La discussion prouve, du reste, que le silence du législateur ne doit nullement être interprété comme exclusif de la possession d'état. On avait proposé une rédaction qui faisait de la possession d'état un commencement de preuve. Cette rédaction a été repoussée, non en haine de cette possession, mais parce-qu'on a pensé, suivant les expressions de Portalis, que c'était *la plus complète de toutes les preuves*. Quelle ressource auraient donc, dans le système contraire, les enfants nés de filles de la campagne qui ne savent pas écrire, et qui par conséquent n'ont jamais pu fournir le commencement de preuve exigé pour autoriser l'enquête? Il semble même qu'en matière de filiation naturelle, l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état, a plus de force encore, puisque, pour accomplir les devoirs qu'imposait la nature, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute même. La plupart des arrêts de cours d'appel se sont effectivement prononcés en ce sens. Mais tout récemment la cour de cassation a jugé que l'enfant naturel ne peut être admis à invoquer la possession d'état. Il est vrai que, dans l'espèce de l'arrêt de cassation du 17 février 1851, il y avait un autre moyen de cassation qui a pu singulièrement influer sur la décision de la cour : les faits de possession d'état avaient eu lieu pendant le mariage de la prétendue mère, et l'on opposait à l'enfant, en supposant même que cette possession valût reconnaissance, l'article 337 du Code civil. La jurisprudence ne sera définitivement fixée sur ce point important que lorsqu'il aura été jugé dans une espèce moins défavorable au réclamant.

172. La preuve directe par témoins du fait de la maternité n'est reçue (*ibid.* art. 341) qu'autant que le réclamant a déjà un commencement de preuve par écrit. La crainte des imputations calomnieuses, qui se-

raient 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 (cass. 28 mai 1820). La loi n'a pas non plus reproduit l'extension donnée au commencement de preuve par écrit (*ibid.* art. 324) en matière de filiation légitime. Nous pensons dès lors (contr. à un arrêt de Paris du 7 juillet 1838) qu'il convient de se reporter au droit commun, et d'exiger que ce commencement de preuve émane de la partie à laquelle on l'oppose (*ibid.* art. 1347). Un système contraire conduirait directement au résultat qu'a voulu proscrire le législateur en rejetant la foi des indices. L'honneur des femmes a paru exiger qu'on ne pût se prévaloir, afin de rechercher la maternité, de présomptions qui ne se rattacheraient pas à un écrit. Mais qui ne voit que le but de la loi est complétement manqué, si l'on ne demande pas que l'aveu ait échappé à la mère prétendue, s'il peut être le fait d'un tiers, auquel pareille déclaration n'aura rien coûté (voy. en ce sens Toulouse, 13 juillet 1846)? On peut dès lors pressentir ce qu'il faudra décider, quand nous arriverons à la preuve littérale d'un acte de naissance qui énonce le nom de la mère sans son aveu (n° 472).

173. Toute preuve directe de la maternité suppose qu'on justifie de deux éléments : 1° du fait de l'accouchement de la prétendue mère; 2° de l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée. On se demande si le commencement de preuve par écrit doit porter sur ces deux éléments à la fois, ou seulement sur l'un d'eux. « L'enfant qui réclamera sa mère, » dit l'article 341, « 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 par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. » Évidemment, d'après la construction grammaticale de la phrase, le commencement de preuve doit porter au

moins sur l'identité. On n'admettra donc pas, pour la maternité naturelle, ce qu'on admet assez volontiers pour la maternité légitime (voy. le cent septième plaidoyer de Cochin), que, l'accouchement une fois prouvé, l'identité peut être établie par témoins. Il faut que le commencement de preuve par écrit tende à justifier de l'identité ; car il serait scandaleux dans notre droit que vous fussiez autorisé à prouver, même par écrit, qu'une femme non mariée a eu un enfant, quand vous ne pouvez produire que des dépositions de témoins à l'appui de l'allégation que vous êtes vous-même cet enfant. Le législateur, auquel répugne la constatation d'un fait déshonorant, ne la souffre qu'autant que le réclamant établit préalablement son intérêt à cette constatation (cass. 28 mai 1810).

D'un autre côté, il ne suffit pas que le commencement de preuve porte sur l'identité, s'il ne porte en même temps sur l'accouchement. Mais cette nécessité tient à la nature même des choses. Pour que l'écrit rende vraisemblable l'identité, il faut qu'il en résulte un rapprochement entre celui qui réclame et l'enfant dont la défenderesse est accouchée à telle époque : ce qui suppose la réalité de l'accouchement. Il ne faut cependant pas tomber dans l'excès contraire, et exiger avec Toullier que le fait de l'accouchement soit, au préalable, entièrement justifié par écrit. Cette opinion a été repoussée, avec raison, par un arrêt de rejet du 3 juillet 1850, fondé sur ce qu'il résulte « de la loi sainement interprétée, que la preuve que doit faire celui qui recherche la maternité est une preuve complexe, qui doit porter tout à la fois sur le fait de l'accouchement et sur l'identité ; qu'en effet, la preuve de l'accouchement ne renferme pas celle de l'identité, mais que la preuve de l'identité impute nécessairement avec elle la condition de faire la preuve de l'accouchement, et que la loi n'admettant qu'un seul mode de preuve, il s'applique forcément aussi

bien au fait de l'accouchement qu'à celui de l'identité. »

174. Quant à la recherche de la paternité, elle est généralement interdite, et même le projet de Code n'établissait aucune exception, et se bornait à donner une action en dommages-intérêts à la mère, au cas de rapt ou de viol. On reconnut au conseil d'État qu'il y avait contradiction à autoriser une action en indemnité et à rejeter la recherche de la paternité d'une manière absolue. La rédaction définitive de l'article 340 autorise en conséquence les tribunaux à déclarer le ravisseur père de l'enfant, quand l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception[1]. Le viol, que quelques-uns ont défini un rapt momentané, ne reparaît plus dans cette rédaction. Il paraîtrait, en effet, avoir été écarté dans la séance du conseil d'État du 26 brumaire an x, comme n'emportant pas une preuve assez décisive de la paternité. Toutefois le Code hollandais (art. 342), et celui du grand-duché de Bade (art. 340) considèrent cette circonstance comme une induction grave. C'est à la physiologie à décider lequel des deux systèmes se rapproche le plus de la vérité.

La preuve soit de l'enlèvement, soit des faits propres à établir que le ravisseur est le père de l'enfant, pourra évidemment se faire par témoins. La date de la naissance, qu'il faut connaître pour fixer l'époque présumée de la conception, s'établira ordinairement par les actes de l'état civil. Mais nous avons vu qu'on peut toujours suppléer par la preuve testimoniale au silence

[1] L'enlèvement, dans le sens de la loi civile, n'est pas seulement celui qui est commis envers une mineure, et puni en conséquence par les articles 354 et 355 du Code pénal, c'est celui même d'une majeure. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la loi pénale en vigueur lors de la rédaction du Code civil, loi qui ne punissait que l'enlèvement d'une femme âgée de moins de quatorze ans (Code de 1791, part. II, tit. II, sect. I, art. 31). Évidemment ce n'est pas d'un crime commis dans des circonstances où la maternité est presque impossible, qu'a pu se préoccuper la loi, en permettant la recherche de la paternité.

de ces actes ; et on le pourra d'autant mieux ici, que ce silence s'explique par le désir de ne rien laisser transpirer qui compromette l'honneur de la mère.

Il serait superflu d'ajouter, si quelques-uns ne l'avaient nié, que la défense de rechercher la paternité incestueuse ou adultérine s'applique même au cas d'enlèvement. Pourquoi l'article 342 interdirait-il la recherche d'une paternité de cette nature, si cette interdiction n'avait pas une portée plus étendue que le principe général relatif à la paternité ordinaire?

175. Si la preuve indirecte, si délicate, du fait de la paternité, est admise au cas d'enlèvement, à plus forte raison serait-on reçu à justifier de la possession d'état, des soins donnés par le ravisseur à titre de père. Mais la possession d'état d'enfant naturel vis-à-vis du père produirait-elle effet en toute autre circonstance? Si l'on ne considérait que l'esprit de la législation nouvelle, qui a seulement voulu prévenir le scandale, on serait tenté de répondre affirmativement. On fait remarquer, à cet égard, que la loi du 18 brumaire an II, qui prohiba la première la recherche de la paternité, réservait la preuve de la possession d'état[1], laquelle résultait de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à l'entretien qu'à l'éducation des enfants. Mais un examen attentif de cette loi prouve qu'elle n'a pas le sens qu'on lui prête. En effet, l'article 8, qui admet la preuve de la paternité par la possession d'état, est une disposition purement transitoire, applicable seulement aux enfants dont le père était mort avant la promulgation de la loi. Quant aux enfants qui avaient encore leur père, c'est dans les articles 10, 11 et 12 qu'on s'en occupe, et alors la loi de

[1] Cette preuve est autorisée par le Code sarde (art. 185, 1°), qui n'admet pas d'ailleurs la recherche de la paternité. Toutefois ce Code exige que la possession d'état soit constatée par écrit, et ne permet d'agir qu'après la mort du père.

l'an II exige une reconnaissance authentique. Ces derniers articles ont été interprétés officiellement comme excluant tout autre genre de preuve, et par conséquent la possession d'état (voy. le rapport du ministre de la justice, inséré dans un arrêté du Directoire du 12 vendôse an V). Si tel était le système du droit intermédiaire, rien n'indique de la part des rédacteurs du Code, qui exigent formellement une reconnaissance authentique (art. 334), l'intention d'innover, en admettant, dans une certaine mesure, la recherche de la paternité. On comprend, du reste, que le législateur ne se soit pas préoccupé d'un cas malheureusement fort rare, puisque, dans l'état d'incertitude où l'on est presque toujours sur la paternité naturelle, l'abandon est la règle générale et la possession d'état l'exception. La question a été résolue en ce sens *in terminis*, par un arrêt de Limoges du 27 août 1814. Nous avons vu (n° 172) que la cour de cassation n'a pas admis la possession d'état, même en ce qui concerne la maternité. Aussi va-t-elle jusqu'à repousser la preuve de l'identité de celui qui a reconnu un enfant naturel, lorsque cette identité est contestée (cass. 18 juin 1851).

176. La faculté de rechercher la paternité naturelle, qui existait jadis en France avec une grande latitude, se retrouve encore aujourd'hui chez la plupart des peuples, notamment en Allemagne, en Suisse, en Angleterre, dans les États-Unis. Mais, la preuve directe du fait de la paternité n'étant pas facile, on s'en rapporte volontiers à la déclaration de la mère [1], par application de la fameuse maxime formulée par le président Favre : *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantem esse* (*Cod. defin.*, lib. IV, tit. XIV, def. 18). Néanmoins, de même que, dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence (arrêt du parl. de

[1] Suivant la loi anglaise, le serment de la mère devant le juge de paix autorise seulement à exiger une caution de celui qui est déclaré père, jusqu'à ce que la justice ait prononcé (Blackstone, liv. I, ch. XVI, § 3).

Paris du 15 avril 1712), on avait fini par reconnaître la nécessité d'une information préalable sur les mœurs de la mère; les législations modernes qui ont statué sur ces matières délicates, ont permis au père d'opposer à la déclaration faite contre lui diverses exceptions, basées sur la conduite antérieure de la mère, ou sur l'impossibilité même du fait (voy. les Codes des cantons de Vaud, art. 188 et suiv.; de Berne, art. 185 et suiv.; de Fribourg, art. 222 et suiv.; d'Argovie, art. 220 et suiv.). On rentre ainsi dans le vrai sens de la maxime *creditur virgini*, qui suppose une première faiblesse; mais, il faut l'avouer, la supposition, jusqu'à preuve contraire, d'une virginité préalable, est plus vraisemblable en Suisse qu'à Paris [1]. Sous un autre rapport, les Codes suisses vont plus loin que n'ont jamais été nos anciens parlements, puisque, pour décharger les localités des charges que leur imposent les enfants trouvés, ils admettent une recherche d'office de la paternité.

Les principes du Code civil ont été au contraire adoptés, avec peu de modifications, par les Codes postérieurs des Deux-Siciles, de Sardaigne et de Hollande.

Enfin la législation la plus bizarre sur ce point est celle de la Louisiane, qui porte l'empreinte de l'esclavage et de la distinction des races. La recherche de la paternité y est complétement admise en faveur des enfants libres et blancs. Quant aux enfants de couleur, ils ne peuvent la rechercher qu'autant qu'ils sont libres, et à charge de ne désigner pour leur père qu'un homme de couleur (Code de la Louisiane, art. 226).

[1] Il faut convenir aussi que l'avantage d'une législation uniforme pour un pays se trouve, sous certains rapports, compensé par d'assez graves inconvénients. Ainsi la recherche de la paternité, peu admissible dans les grandes villes, le serait davantage à la campagne, où tout le monde se connaît.

TROISIÈME DIVISION.

Admissibilité au criminel de la preuve testimoniale.

177. La preuve testimoniale, nous l'avons déjà dit, ne doit pas être considérée comme exclue ou comme admise en principe, par cela seul qu'on se trouve avoir affaire, ou à la juridiction civile, ou à la juridiction criminelle. Ce n'est pas à la nature du tribunal, c'est à la nature des questions qu'il convient de s'attacher. Partout les conventions doivent être régulièrement constatées par écrit; partout les simples faits peuvent être prouvés par témoins. Il n'y a entre les deux juridictions de différence que du plus au moins, en ce sens que le plus souvent il s'agit de conventions au civil, et de simples faits au criminel.

178. Comment les tribunaux criminels peuvent-ils être saisis de questions relatives à des points pour lesquels la loi n'admet pas la preuve testimoniale? Il ne saurait s'agir du délit même, que l'on peut toujours prouver par témoins devant toutes les juridictions (C. civ. art. 1348 1°): les éléments non susceptibles de preuve testimoniale ne sont pas constitutifs du délit; ils ne se présentent dans la cause que comme questions préjudicielles. La scission étant dès lors praticable, on s'est demandé s'il y avait lieu à renvoi devant les tribunaux civils pour la solution de la difficulté préalable; par exemple, si, lorsqu'il s'agit de détournement d'effet remis à titre de louage, de dépôt ou de mandat (C. pén. art. 408), l'existence du louage, du dépôt ou du mandat ne peut être établie que devant les tribunaux civils. La fausse persuasion que la preuve testimoniale nue était toujours admissible au criminel, a porté certains auteurs à croire, ainsi que le décidaient la jurisprudence ancienne et même celle des premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code, que la juridiction criminelle

doit se dessaisir en pareille hypothèse. La conséquence était logique, puisqu'il n'était pas possible de tolérer la violation, au moyen d'un détour si facile, des règles prohibitives de l'enquête. Mais le point de départ était erroné. Rien n'autorisait à supposer que ces règles fussent propres à la juridiction civile, et dès lors l'inconvénient que l'on voulait prévenir était chimérique. Si le législateur avait admis cette ligne de démarcation entre les deux juridictions, qu'on ne trouve établie nulle part, il aurait dû, dans une foule de cas, suspendre l'action publique, jusqu'à ce qu'on eût statué sur l'action civile. C'est au contraire la suspension de l'action civile, lorsque l'action publique a été intentée, qu'ordonne l'article 7 du Code d'instruction criminelle. La loi, qui investit le même tribunal du droit de prononcer sur l'action publique et sur l'action civile, n'a-t-elle pas visé à prévenir la multiplicité des procédures? Ne doit-on pas toujours, en l'absence de toute dérogation formelle, s'attacher au principe ancien, que nous retrouvons dans le droit romain (voy. notamment le titre *de ordine judiciorum*, au Code), qui veut que le juge de l'action soit juge de l'exception? Sans doute, nous allons voir qu'il y a de notables restrictions à cette règle; mais ces restrictions ont toujours été signalées, lorsqu'on les a introduites, comme contraires au droit commun (voy. notamment, sur les articles 326 et 327 du Code civil, l'exposé des motifs de M. Bigot de Préameneu et le discours du tribun Duveyrier). Il faudra donc, dans les cas ordinaires, s'en tenir au parti le plus simple, celui de laisser le tribunal criminel juger l'incident, mais en le soumettant pour la preuve aux restrictions auxquelles serait soumis un tribunal civil. Tel est aussi l'avis qui a prévalu dans la jurisprudence, et ce qu'il y a de remarquable, c'est que la cour de cassation, voulant arrêter ses idées sur cette importante question, a approuvé à l'unanimité, avec l'adhésion de Merlin, le

12 novembre 1813, une note rédigée en ce sens [1].

179. Les principales exceptions au principe que le tribunal criminel demeure saisi de la question préjudicielle, en se conformant, s'il y a lieu, aux prescriptions du droit civil, sont relatives à la propriété immobilière et à l'état des personnes.

180. Dans la législation romaine, on avait déjà reconnu qu'il ne convient point de trancher d'une manière incidente les questions concernant des droits réels immobiliers. C'est ainsi que des réclamations qui supposaient implicitement la propriété, alors qu'elle n'était pas constante, étaient repoussées par l'exception, *quod præjudicium prædio non fiat* (Africain, l. 16 et l. 18, ff. *de exceptionibus*). Nos lois n'ont formulé nulle part un principe général de cette nature; mais certains textes paraissent en supposer l'existence, et la jurisprudence, pénétrée de l'importance de la propriété foncière, les a de bonne heure généralisés. La première trace de cette idée se trouve dans la loi du 29 septembre 1791, sur l'administration forestière (tit. XIX, art. 12), qui s'exprime en ces termes : « Si, dans une instance en réparation de délit, il s'élève une question incidente de propriété, la partie qui en excipe sera tenue d'appeler le procureur général syndic du département de la situation des bois, et de lui fournir copie de ses pièces, dans la huitaine du jour où elle aura proposé son exception; à défaut de quoi, il sera passé outre au jugement du délit, la question de propriété demeurant réservée. » Bien que cette loi fût la seule qui posât une règle semblable, la cour de cassation a pensé, avec quelque raison, qu'aucun motif sérieux ne limite cette décision aux matières forestières. Aussi la note de 1813, conforme à sa jurisprudence constante, considère-t-elle la propriété des immeubles

[1] Voy. cette note à la fin du premier volume du *Traité de l'action publique et de l'action civile*, de M. Mangin, qui jette tant de jour sur ces questions délicates.

comme étant spécialement dans le domaine des tribunaux civils. Plus récemment, le Code forestier a sanctionné cette doctrine, avec quelques modifications, dans l'article 182 ainsi conçu : « Si, dans une instance en réparation de délit ou contravention, le prévenu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel, le tribunal saisi de la plainte statuera sur l'incident, en se conformant aux règles suivantes : L'exception préjudicielle ne sera admise qu'autant qu'elle sera fondée, soit sur un titre apparent, soit sur des faits de possession équivalents, personnels au prévenu et par lui articulés avec précision, et si le titre produit ou les faits articulés sont de nature, dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites, tout caractère de délit ou de contravention. Dans le cas de réserve à fins civiles, le jugement fixera un bref délai dans lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle devra saisir les juges compétents de la connaissance du litige, et justifier de ses diligences [1], sinon il sera passé outre. » L'article 59 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale reproduit à peu près les mêmes dispositions pour les délits relatifs à la pêche.

Le législateur paraît donc être entré dans la doctrine de la cour de cassation, mais avec de sages tempéraments. Il faut en effet : 1° que le moyen invoqué soit de nature à ôter au fait incriminé tout caractère de délit : c'est ainsi qu'on alléguerait vainement le droit de propriété pour se justifier d'avoir troublé une possession annale (C. de cassat. 5 juillet 1828); 2° que ce moyen soit personnel au prévenu : il ne serait pas reçu à établir que l'immeuble sur lequel on l'accuse d'avoir commis un délit, n'appartient pas à la partie adverse, mais à un tiers (C. de cass. 22 mars 1839 et

[1] Une simple assignation ne suffirait donc pas pour satisfaire au vœu de la loi (cass. 18 septembre 1840).

29 décembre 1843; 3° qu'il y ait un commencement de preuve du droit allégué, résultant soit d'un titre apparent, soit de faits de possession articulés avec précision : autrement, tout inculpé prétendrait n'avoir agi qu'en qualité de propriétaire. C'est pour éviter qu'on ne cherche ainsi à gagner du temps, que le législateur prescrit de plus la fixation d'un bref délai pour vider la question préjudicielle, ainsi qu'il le fait en d'autres occasions (voy. notamment C. civ. art. 174, et C. de proc. art. 357).

Il est à remarquer qu'on applique ici le principe *reus excipiendo fit actor*, en ce que c'est au prévenu à poursuivre l'instance et à faire la preuve de son droit réel devant le tribunal civil. Il s'est toutefois élevé, à cet égard, une difficulté sérieuse pour ce qui concerne les poursuites exercées dans l'intérêt des particuliers. Le texte du Code forestier (art. 189) et de la loi sur la pêche fluviale (art. 68) oblige formellement le prévenu, même dans cette hypothèse, à faire la preuve de son droit devant la juridiction civile. La cour de cassation avait d'abord jugé (rej. 12 août 1837) que c'était là une disposition exorbitante; qu'en dehors des matières forestières et fluviales, c'était au ministère public seul qu'appartenait le droit de rejeter sur le prévenu le fardeau de la preuve, et qu'au cas de poursuites intentées par une partie civile, il y avait lieu à prononcer un renvoi pur et simple, sans rien préjuger sur la charge de la preuve. Si cette distinction était fondée, il faudrait critiquer la législation spéciale qui met, dans tous les cas, le fardeau de la preuve à la charge du prévenu, puisqu'on ne verrait aucune raison pour établir une règle toute particulière dans les matières forestières ou fluviales. Embrassant depuis une doctrine plus rationnelle, la cour de cassation a reconnu que les articles précités ne sont que l'application du droit commun, aux termes duquel le prévenu qui répond : *Feci, sed jure feci*, doit justifier de la vérité de son allégation.

Elle applique, en conséquence, à toute poursuite correctionnelle les dispositions de l'article 182 du Code forestier (cass. 27 novembre 1845 et 26 décembre 1846).

181. Aucune disposition de nos lois ne se prête à une extension semblable, en ce qui touche la propriété mobilière. Aussi la cour de cassation a-t-elle toujours reconnu (note du 12 novembre 1813, confirmée par de nombreux arrêts) que les questions incidentes relatives à cette propriété peuvent être vidées par le tribunal criminel.

182. Une exception d'une autre nature, mais non moins importante, a été consacrée par le Code civil, en ce qui touche les questions d'état. D'après l'article 326 de ce Code, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations de cette nature. Il est évident que, dans cette disposition, il ne s'agit pas de la compétence directe, qu'il serait par trop déraisonnable d'attribuer à la juridiction criminelle, mais bien de la compétence indirecte, qui appartiendrait de droit commun à cette juridiction, par cela seul qu'elle se trouve saisie de la connaissance d'un délit qui se rattache à une question d'état. L'article 327 va plus loin encore. On aurait pu concevoir que, comme en matière de propriété immobilière, l'action fût intentée, sauf à surseoir jusqu'à ce que la question civile préjudicielle eût été décidée. Cette marche, qui avait été proposée au conseil d'État, permettait au moins de faire les premiers actes de poursuite, de s'assurer de la personne du prévenu, de recueillir les dépositions des témoins, etc. Rien de tout cela n'est permis par l'article 327, qui veut que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne puisse commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Ici la dérogation aux règles ordinaires est extrêmement grave. Ce n'est plus seulement, comme dans la disposition du Code forestier, généralisée par la jurisprudence, la fixation d'un délai pour agir devant les tribunaux ci-

vils. Il n'était pas possible de fixer ainsi un délai, là où il ne s'agit plus d'un moyen de défense allégué par le prévenu, mais d'une question préalable à toutes poursuites. L'action civile est demeurée entièrement libre, et le silence des parties, silence qui peut bien avoir été acheté, tient indéfiniment en échec le ministère public.

Quel motif peut avoir dicté cette étrange restriction, qui a amené plus d'une fois l'impunité scandaleuse des délits les plus dangereux dans leurs conséquences? Il ne faut pas en chercher d'autre que cette erreur trop accréditée, qui considère la preuve testimoniale comme nécessairement admissible au criminel. Cette erreur remonte à l'ancienne jurisprudence. « En matière de crimes, » disait en 1724 l'avocat général Gilbert de Voisins, dans l'affaire de la demoiselle de Choiseul, « la loi ne rejette aucune sorte de preuve. » Dès lors il devenait facile d'établir la filiation sans aucun commencement de preuve par écrit, en prenant la voie de l'*information*, comme on le disait alors, au lieu de saisir la justice ordinaire [1]. Pour obvier à ce danger, inévitable dans le système que l'on embrassait, quelques-uns proposaient, dès cette époque, de suspendre la procédure criminelle. Mais l'avocat général repoussait ce remède héroïque, qui consistait à supprimer une faculté importante, afin d'en prévenir l'abus. « Rejeter, dit-il, indistinctement toutes les accusations de cette nature, tant que l'état n'est pas prouvé civilement, c'est favoriser le coupable, c'est procurer l'impunité du crime, c'est choquer ouvertement les premiers principes des matières criminelles. Mais autoriser toutes les accusations sans discernement et sans choix,

[1] L'avocat général, en se plaignant qu'on puisse ainsi prouver son état trop facilement, admet comme constante l'influence du criminel sur le civil. Nous verrons, en traitant de la chose jugée, que cette influence, contestée par quelques auteurs, doit encore être reconnue aujourd'hui. Si l'on rejetait cette influence, le résultat de la procédure criminelle ne produirait plus au civil qu'un préjugé purement moral, dont il y aurait moins à se préoccuper.

n'est-ce point ouvrir la porte à un artifice dangereux, qui peut, sous l'apparence d'une accusation frivole, ne tendre en effet qu'à se procurer une preuve testimoniale, toujours difficile à faire admettre par la voie civile? Cet artifice est fréquent dans l'usage; mais il n'a pas échappé à la pénétration de la justice, et il y a longtemps que sa prudence a trouvé le moyen de le réparer. Lorsque le titre d'accusatiou a quelque rapport au civil, l'implication du civil et du criminel n'empêche pas ordinairement la justice de permettre d'abord d'informer; mais, si elle reconnaît que dans cette information on ne s'est attaché qu'à faire la preuve du civil et qu'on a négligé le criminel, elle regarde le titre d'accusation comme une *couleur* employée pour la surprendre; elle désavoue aisément tout ce qu'elle a fait, et se porte à le réformer, le détruire. » Cette jurisprudence ne subordonnait pas d'une manière absolue le criminel au civil (rej. 25 brumaire an XIII), elle laissait même intacte l'action du ministère public, qui ne pouvait être suspecte de fraude; mais elle accordait trop de latitude au juge criminel, qui admettait ou rejetait à son gré la plainte, suivant qu'elle lui paraissait plus ou moins sérieuse. Le projet de Code tendait à rétablir les vrais principes de la matière, en astreignant le ministère public, lorsqu'il poursuit au criminel pour suppression d'état, à la nécessité d'un commencement de preuve par écrit (art. 49 du projet). Ce n'était là que faire l'application de cette doctrine, depuis pleinement adoptée (n° 178) par la cour de cassation, suivant laquelle les règles sur la preuve testimoniale ne sont pas attributives de juridiction, et les incidents civils doivent dès lors être jugés par les tribunaux criminels, mais sans qu'on puisse s'écarter des prescriptions établies par le droit civil. Malheureusement, à cette époque, cette solution si simple et si raisonnable n'avait pas encore prévalu. Le système du projet fut rejeté, probablement sans

avoir été compris, et pour ne pas retomber dans l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, on trancha le nœud gordien, en décidant qu'ici, à l'inverse de ce qui se pratique d'ordinaire, ce serait le civil qui tiendrait le criminel en état. Le Code hollandais, éclairé par l'expérience sur les dangers de cette restriction, en est revenu au système qui n'a pu prévaloir dans notre conseil d'État. L'article 323 de ce Code, après avoir reproduit l'article 327 du Code civil, ajoute : « Néanmoins le ministère public pourra, dans le silence des parties intéressées, intenter l'action criminelle pour suppression d'état, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Dans ce dernier cas, l'action publique ne sera pas suspendue par l'action civile. » Il semble difficile de mieux concilier que ne le fait ce système, l'intérêt de la justice pénale, qui réclame contre une scandaleuse impunité, et celui du repos des familles, qui veut que les réclamations d'état reposent sur une base un peu solide.

185. Afin d'atténuer les fâcheuses conséquences du système consacré par le Code civil, Merlin (*Questions de droit*, v° *Question d'état*, § II) a soutenu que l'*action criminelle* dont parle l'article 327, doit s'entendre uniquement de l'action intentée par les parties civiles, et que dès lors le ministère public conserve sa liberté tout entière. Dicté par des motifs louables, ce système n'est en harmonie ni avec le texte, ni avec l'esprit de la loi. Il serait par trop étrange que le législateur eût qualifié d'action criminelle celle qui est intentée par les particuliers en réparation du dommage causé, à l'exclusion de l'action pour l'application des peines, laquelle est l'action criminelle par excellence. Et quant à l'intention du législateur, elle a été suffisamment manifestée par le rejet des articles du projet, qui tendaient précisément à admettre, moyennant certaines restrictions, l'*action criminelle intentée d'office*. Aussi la cour de cassation a-t-elle repoussé la doctrine de

Merlin par un arrêt de rejet du 30 mars 1813, qui a été suivi de nombreuses décisions dans le même sens.

184. La prohibition de l'article 327 ne pouvant être ainsi éludée, on s'est demandé du moins quelle extension doit recevoir cette règle, quel sens il faut donner aux mots *suppression d'état*.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, et sur lequel, du reste, on s'était expliqué bien positivement dans les discussions préparatoires du Code civil, c'est que les délits qui tiennent à la personne de l'enfant, sans compromettre son état, par exemple, l'enlèvement ou l'exposition (C. pén. art. 345, 349 et suiv.), peuvent être poursuivis sans qu'aucune action civile ait été préalablement intentée (cass. 4 août et 1er octobre 1842).

Lors même que la question soumise à la juridiction criminelle serait relative à l'état, si la solution qu'elle doit recevoir laisse intacts les droits et la position de l'enfant, l'action publique sera encore admissible *de plano*. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 28 décembre 1809 déclare bien fondées, dans le silence des parties lésées, les poursuites de faux contre une personne prévenue d'avoir signé, en prenant le nom du mari, l'acte de naissance de l'enfant d'une femme mariée. Et en effet, cet enfant était désintéressé dans le litige, la fausseté de la signature ne pouvant annuler une inscription régulière et en tout point conforme à la loi. Une décision semblable autorise à poursuivre *de plano* un père accusé d'avoir fait inscrire comme né vivant un enfant déjà mort au moment de sa naissance, afin d'opérer la révocation d'une donation entre-vifs (rej. 8 juillet 1824; voy. deux autres arrêts de rejet, dans des espèces analogues, du 1er août 1836 et du 4 juillet 1840). Ici encore la filiation de l'enfant n'était pas révoquée en doute. Ou il était effectivement né vivant, et alors ses droits n'étaient pas contestés; ou il était mort en naissant, ainsi que le soutenait l'accusation, et alors il n'avait

aucun droit. On trouve, dans les monuments de la jurisprudence, une foule de décisions de la même nature, qui déclarent l'article 327 inapplicable, toutes les fois que la filiation de l'enfant n'est pas compromise.

185. Mais faut-il aller plus loin, et, au cas même où le fait incriminé aurait directement trait à une suppression d'état, punir le faux matériel, lorsqu'il est indépendant de la suppression d'état, bien qu'aucune action civile ne soit intentée? Ainsi, l'on s'est demandé s'il est permis de poursuivre comme crime spécial l'altération, à l'aide de procédés chimiques, de registres de l'état civil, afin d'en faire disparaître le contenu, et d'y substituer des actes faux, tendant à attribuer à un enfant naturel une filiation légitime. Merlin a soutenu énergiquement devant la cour de cassation qu'on devait faire abstraction de l'état, qui n'était l'objet d'aucune réclamation civile, pour s'attacher à la falsification; laquelle, prise isolément, et quelle que fût la teneur, soit des actes effacés, soit des actes substitués, tombait évidemment sous l'application des dispositions du Code pénal. Cette distinction raisonnable a été repoussée par l'arrêt de rejet du 30 mars 1813[1]. Il est fâcheux qu'on ait ainsi tiré d'un mauvais principe des conséquences qui n'y étaient pas nécessairement contenues. La même cour a jugé bien plus sagement, elle a su faire prévaloir l'esprit de l'article 327 sur sa lettre, lorsqu'elle a autorisé le ministère public (arr. du 2 juillet 1819) à intenter des poursuites, quand l'action civile était devenue impossible, la personne dont on avait pu supprimer l'état étant morte sans laisser d'héritiers.

186. On reconnaît d'ailleurs que l'article 327 ne fait pas obstacle à la décision par les tribunaux criminels

[1] Des faits de cette nature ne seraient pas toutefois impunis. On admettrait toujours subsidiairement la réclusion, prononcée par l'article 439 du Code pénal contre ceux qui détruisent des actes de l'autorité publique. La peine du faux serait celle des travaux forcés à temps (art. 147, *ibid.*).

des questions de filiation, lorsqu'elles ne se présentent que comme de purs incidents dont la solution laisse intact le débat au fond sur l'état, s'il doit s'élever plus tard. Ainsi, aux termes d'un arrêt de rejet du 15 janvier 1818, une cour d'assises ne dépasse pas ses pouvoirs, en déclarant recevable l'intervention d'une partie, à raison des liens de parenté qui l'unissent avec la victime d'un assassinat soumis à cette cour. Une pareille décision ne préjuge qu'en ce qui concerne le droit aux réparations civiles, la parenté, qui, sous tout autre rapport, peut être remise en question devant les tribunaux. La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens en ce qui touche un point beaucoup plus grave, les rapports de paternité et de filiation, considérés comme circonstance aggravante du meurtre (rej. 27 novembre 1812 et 19 septembre 1839). Le principe que le juge du principal est le juge de l'incident, principe qu'on ne saurait anéantir sans s'exposer aux involutions de procédures les plus compliquées, reprend alors tout son empire.

187. Les mots *réclamations d'état, suppression d'état*, dans les articles 326 et 327 du Code civil, ont une signification particulière, qui ne correspond pas au *status personarum* en général. Ils n'ont trait qu'à la filiation. Pour les autres questions relatives à l'état des personnes, notamment pour le mariage, le motif erroné qui a amené la suppression de l'action publique, n'étant pas même applicable, on n'a jamais douté que, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels, les faits ne pussent s'établir par témoins. Aussi l'article 198 veut-il, au contraire, que l'inscription sur les registres de l'état civil du jugement criminel qui constate la célébration du mariage, suffise pour assurer les droits des époux. On a donc cassé avec raison (le 8 mai 1828) un arrêt par lequel une cour d'assises se déclarait incompétente, dans le silence des parties civiles, pour juger une personne accusée

d'avoir pris les noms et qualités d'autrui, dans l'acte de célébration de son mariage. C'était là méconnaître étrangement la véritable portée des articles 326 et 327. Mais la cour de cassation n'a pas été elle-même tout à fait à l'abri de l'erreur qui tend à généraliser les principes du Code civil en matière de questions d'état. Nous voulons faire allusion à sa doctrine sur la bigamie, telle qu'elle ressort de sa jurisprudence et de sa note de 1813 sur les questions préjudicielles. La cour admet bien la compétence de la juridiction criminelle pour apprécier la validité du second mariage, car c'est dans ce second mariage que gît pour ainsi dire le corps du délit ; mais elle ne reconnaît pas à cette juridiction le pouvoir de prononcer sur la nullité [1] du premier mariage, qui serait alléguée comme moyen de défense. « Ce genre de nullité, dit la note de 1813, ne peut être jugé par les tribunaux criminels, parce que l'état civil du prévenu dépend du jugement qui doit être porté, et que les tribunaux civils, d'après l'article 326 du Code civil, sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état. » C'est là retomber dans la même équivoque sur le sens du mot *questions d'état*. D'ailleurs cet argument prouve trop. Si les questions de mariage sont en effet des questions d'état, à quel titre la juridiction criminelle peut-elle connaître de la validité même du second mariage ? Ne faudrait-il pas alors appliquer aussi l'article 327, et suspendre l'action publique, tant que l'action civile ne serait pas intentée ? Dira-t-on, comme on l'a fait, que le Code civil (art. 189) veut qu'en tout cas la validité ou la nullité du premier

[1] On suppose qu'il s'agit d'une nullité absolue, car la cour de cassation, contrairement à l'ancienne jurisprudence, veut que les nullités relatives, laissant subsister le mariage tant qu'elles ne sont pas proposées, ne puissent détruire l'accusation de bigamie, lors même que la seconde union aurait été contractée par celui des conjoints qui avait le droit de se prévaloir de cette nullité. Cette opinion rigoureuse est combattue avec talent par M. Mangin (*Traité de l'action publique et de l'action civile*, n° 196).

mariage soit jugée préalablement? Mais il n'y a rien dans cette disposition, purement relative à l'ordre de la procédure, qui indique le renvoi à une autre juridiction, point dont le législateur ne s'est nullement occupé en traitant des nullités de mariage. Il n'est pas certain du reste que la cour de cassation persiste dans une doctrine qui ne repose pas sur des bases bien solides. Après avoir varié dans sa jurisprudence précédente, elle avait approuvé cette doctrine à l'unanimité, lors de la rédaction de la note de 1813; depuis lors elle n'a eu l'occasion de se prononcer en ce sens qu'une seule fois, par arrêt de rejet et après partage, le 16 janvier 1826.

188. On peut consulter, sur les questions préjudicielles relatives aux matières spéciales, les auteurs qui se sont particulièrement occupés de ce qui touche ces questions (voy. surtout le traité de M. Mangin, nos 226 et suivants). Nous citerons, par exemple, l'interprétation des actes de l'autorité administrative, que la loi du 16 fructidor an III attribue exclusivement à cette autorité; et les contestations *sur le fond des droits*, en ce qui touche les contributions indirectes, contestations qui ne peuvent être jugées que par les tribunaux civils[1], d'après la loi du 28 ventôse an XII (tit. V, art. 88).

189. En résumé, les principes sur la preuve étant les mêmes dans toutes les juridictions, il n'y a pas lieu généralement à renvoi devant les tribunaux civils, pour une question préalable non susceptible de la preuve par témoins; la juridiction criminelle doit retenir l'incident et le juger d'après les règles du droit civil. Cette décision s'applique sans difficulté aux conventions incidemment soumises aux tribunaux criminels. Quant à la propriété, s'il s'agit de meubles, point de dérogation encore à la règle qui veut que le juge de l'action soit le juge de l'exception; s'il est question d'immeubles,

[1] Toutefois une simple contestation incidente à un procès-verbal de contravention ou de saisie peut être vidée par le tribunal de police correctionnelle (rej. 14 mai 1839).

l'importance du litige donne lieu à renvoi devant le tribunal civil, mais alors la question préjudicielle doit être vidée dans un délai déterminé. En matière de filiation, la crainte mal fondée de l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale a fait suspendre l'action publique, tant que l'action civile n'est pas intentée : interversion des principes fondamentaux de notre droit criminel, qu'il convient de ne pas étendre au delà de ce qui concerne la *suppression d'état*. Enfin, pour le mariage, nous ne voyons aucun texte qui fasse cesser la compétence du juge criminel, proclamée, au contraire, par l'article 198 du Code civil. Il semble donc raisonnable de toujours autoriser ce juge à en connaître, sans distinguer, comme on veut le faire au cas de bigamie, entre le premier et le second mariage.

190. Indépendamment des questions préjudicielles, nous devons, pour terminer ce qui concerne l'admission des témoins au criminel, signaler l'importance toute particulière qu'ont les procès-verbaux dans certaines matières, telles que les douanes et les contributions indirectes[1]. Habituellement, aux termes des articles 154, 189 et 242 du Code d'instruction criminelle, on peut prouver par témoins, à défaut de procès-verbaux, lors même qu'il s'agit d'infractions dont on aurait dû dresser acte, par exemple, de celles qui sont relatives aux propriétés rurales et forestières (voy. notamment cass. 18 mars 1836). Mais l'importation de marchandises, la circulation de denrées, en contravention aux lois fiscales, sont des faits tellement fugitifs qu'on a senti le besoin de n'autoriser la poursuite en pareil cas qu'autant qu'il y a procès-verbal régulier[2]. C'est en ce sens

[1] Voir le ch. II du *Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*, par M. Mangin, ouvrage qui, bien qu'inférieur au *Traité de l'action publique et de l'action civile*, est encore fécond en renseignements utiles.

[2] Mais la saisie effective n'est point indispensable, ainsi que le prouve M. Faustin Hélie (*Instr. crim.* t. IV, § 260).

que la jurisprudence interprète constamment les lois du 19 brumaire an VI et du 9 floréal an VII, ainsi que le décret du 1er germinal an XIII. La preuve testimoniale est seulement admissible, d'après une distinction qui résulte de la combinaison des textes, afin de permettre la confiscation des objets saisis, qu'il serait trop dangereux de rendre aux prévenus, en l'absence d'un procès-verbal régulier. Quant à l'amende et à l'emprisonnement, on reconnaît généralement la nécessité absolue d'un procès-verbal pour justifier la condamnation. Il est vrai qu'on a voulu (Bourguignon, sur l'article 16 du C. d'instr. crim.) assimiler cette obligation légale à celle qui est établie par l'article 1341 du Code civil pour les conventions, et en faire dès lors cesser l'application, au cas où il y aurait commencement de preuve par écrit contre le prévenu. Mais, là où il s'agit de délits spéciaux, rien ne motive une exception aussi large à une règle adoptée précisément pour donner une base fixe à des poursuites dont l'exercice, souvent vexatoire, soulève de vives réclamations dans la pratique.

APPENDICE A LA PREMIÈRE SECTION.

PREUVE TESTIMONIALE AU SECOND DEGRÉ. — PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE.

191. Il nous reste à dire quelques mots de la preuve testimoniale au second degré, c'est-à-dire de celle qui tend à établir, non pas le fait allégué, mais seulement un premier témoignage, en un mot, à prouver la preuve elle-même; car il n'arrive que trop souvent que les dépositions ne soient pas perçues directement, et ne nous arrivent que par l'intermédiaire du témoignage.

192. Il est évident que la preuve s'affaiblit à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. On connaît ces adages de Loysel, qui ne sont que l'expression de la raison et du bon sens (*Inst. cout.* tit. des preuves) : « Un

seul œil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi*. Ouïr-dire va par ville, et en un muid de cuider n'y a point plein poing de savoir. » Aussi ne devrait-on jamais avoir recours aux preuves de second degré, lorsque celles du premier degré peuvent être employées[1]. C'est ainsi que le juge, lorsqu'il doute de l'exactitude des rapports qu'on lui fait sur les indices que peut présenter l'état des lieux, doit se transporter lui-même sur le terrain. De même la loi prescrit en général de s'attacher à l'original d'un acte, tant que cet original existe (C. civ. art. 1334). La même règle doit s'appliquer aux témoins. Ce n'est qu'autant que les témoins directs sont morts ou dans l'impossibilité de déposer, qu'il est permis d'appeler de seconds témoins à reproduire la déclaration des premiers. Et en outre, cette circonstance même qu'il n'est plus possible d'entendre les premiers, doit porter le juge à examiner avec soin s'il n'y a pas quelque indice de fraude ; car évidemment, celui qui voudra calomnier sans s'exposer à être démasqué, ne manquera de prêter un récit mensonger à une personne dont il ne pourra craindre un démenti. Il faudra donc qu'un témoin soit doublement croyable pour qu'on puisse ajouter foi à sa déposition, lorsqu'elle ne portera ainsi que sur un ouï-dire ; à plus forte raison la preuve sera-t-elle d'une extrême faiblesse, lorsqu'il faudra parcourir une filière plus ou moins compliquée, avant d'arriver au témoignage direct.

193. Autrefois, lorsque l'on enchaînait la conviction du juge par des règles formulées *a priori*, on rejetait purement et simplement le témoignage *ex auditu alieno*. Suivant Pothier (*Oblig.* n° 821), si le té-

[1] C'est là une des applications du principe général posé avec raison par la jurisprudence anglaise (Philipps, *on the Law of Evidence*, liv. I, ch. VII, sect. 6) : Il faut toujours produire la meilleure preuve que comporte la cause (*the best evidence of which the nature of the thing is capable*).

moin « disait qu'il le sait pour l'avoir entendu dire à un tiers, sa déposition ne ferait pas de preuve. » Néanmoins les dépositions fondées sur des ouï-dire pouvaient être admises dans certains cas, lorsqu'elles étaient accompagnées des conditions suivantes : 1° que le témoin eût appris le fait de personnes qui y étaient présentes; 2° qu'il nommât ces personnes; 3° que ces personnes fussent dignes de foi et au nombre de deux au moins; 4° qu'il y eût impossibilité de les entendre elles-mêmes (voy. Merlin, *Répert.* v° *Preuve*, sect. II, § III, art. 2, n° 8).

La législation actuelle ne comporte aucune restriction de cette nature quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Seulement, les conditions qu'imposait l'ancienne doctrine au témoignage du second degré peuvent être admises par le juge, comme données de raison et d'expérience. Sur ce point, comme dans tout ce qui concerne l'appréciation des témoignages, ainsi que nous le verrons plus tard, il est impossible de tracer à l'avance des règles fixes. Comment déterminer *a priori* le point précis où commence la vérité et où finit l'erreur? Dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les témoins peuvent évidemment déposer *ex auditu proprio aut alieno*, sauf au juge à avoir tel égard que de raison aux témoignages du second, du troisième degré, etc. Mais, si dès l'abord les faits dont une partie demande à faire preuve ne reposent que sur des ouï-dire, les juges devront, en général, la déclarer non recevable.

194. C'est, en effet, dans des cas exceptionnels seulement que le législateur autorise la preuve par *commune renommée*. Rien de plus vague ni de plus arbitraire qu'une preuve dans laquelle on consulte l'opinion publique, pour lui demander ce qu'elle pense de tel ou tel fait, sans être obligé de contrôler ce dangereux témoignage par une vérification directe. Aussi ne l'admet-on que comme une ressource extrême, en fa-

veur de personnes dont les intérêts se trouvent complétement à la merci d'autrui. Les parties auxquelles la loi accorde cette importante prérogative sont : la femme mariée ou ses héritiers, toutes les fois que le défaut d'inventaire par le mari de biens à elle échus peut compromettre ses intérêts (C. civ. art. 1415, 1504); et les héritiers du conjoint prédécédé, lorsque le survivant n'a pas fait inventaire de la communauté (*ibid.* art. 1442). Il est vrai que, si les héritiers sont majeurs, on peut dire qu'ils doivent s'imputer à eux-mêmes de n'avoir pas veillé à la défense de leurs intérêts, et on peut être tenté de leur refuser une faculté aussi exorbitante, puisqu'il leur était loisible de prévenir toute difficulté en provoquant la confection de l'inventaire. Mais borner l'application de l'article 1442 du Code civil aux héritiers mineurs, ainsi que l'a fait la cour de Caen, le 4 janvier 1840, c'est s'écarter du texte général de la loi, et de l'intention du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires du Code. Il faut donc accorder, ainsi que l'a fait la même cour, le 19 janvier 1832, la même latitude à tous les héritiers, afin de ne point mettre leurs intérêts à la merci du conjoint suivant. D'autre part, on pense généralement qu'il faut, par identité de motifs, étendre la disposition de l'article 1442 à tous les cas où la négligence d'un tuteur ou autre administrateur légal met des mineurs ou interdits dans l'impossibilité de se procurer une preuve régulière de leurs droits. Partout la loi leur accorde une faveur au moins égale à celle qu'elle accorde aux femmes mariées; et on ne saurait être trop sévère vis-à-vis d'un comptable, qui, par son dol ou par sa faute lourde, s'est mis hors d'état de présenter aucune justification en bonne forme, afin de décharger sa responsabilité.

195. Mais il ne faut pas étendre la preuve par commune renommée aux cas où il était permis de se procurer une preuve plus régulière. C'est ainsi que la

cour de Bourges a jugé avec raison, le 27 juillet 1825, qu'on n'était pas reçu à justifier de cette manière une société taisible qui avait existé anciennement entre deux frères. De ce qu'il est permis de faire entendre des témoins pour prouver des sociétés de cette nature, qu'on n'était pas dans l'usage de constater par écrit, il ne s'ensuit nullement qu'on doive admettre des témoins qui déposent d'après de vagues rumeurs, sans avoir aucune connaissance personnelle des faits. A plus forte raison doit-on rejeter cette preuve dans les cas où le texte de la loi exige une preuve écrite. Ainsi, dans la communauté réduite aux acquêts, la loi exigeant que le mobilier existant lors du mariage soit constaté par un inventaire ou état en bonne forme (C. civ. art. 1499), il n'est plus permis de soutenir aujourd'hui que les époux soient recevables à justifier de leurs apports même par commune renommée, ainsi qu'ils y étaient autorisés autrefois. Si l'on permet à la femme ou à ses héritiers de prouver de cette manière la valeur du mobilier échu à la femme pendant le mariage, et dont le mari n'a pas fait dresser inventaire (*ibid.* art. 1504), c'est qu'alors on se trouve précisément dans un de ces cas exceptionnels où il fallait protéger les intérêts de la femme : avant le mariage, au contraire, les intérêts des deux époux sont également défendus, et une preuve régulière est indispensable. C'est ce qu'a jugé la cour de Poitiers le 6 mai 1836 ; en rejetant le pourvoi contre un arrêt qui avait statué dans le même sens, la cour de cassation a ajouté, il est vrai, dans les motifs de sa décision (3 août 1831), qu'un inventaire ou état semblable n'est pas absolument indispensable : mais il y a loin de là à l'admission de la preuve par commune renommée.

196. La possession immémoriale, admise autrefois dans certaines coutumes, notamment comme moyen d'établir l'existence des servitudes, ne se fondait pas uniquement, comme on l'imagine souvent, sur la commune renommée. Il était nécessaire, aux termes d'un

arrêt du parlement de Toulouse du 3 juillet 1715, résumé de l'ancienne doctrine sur ce point[1], que les témoins déposassent avoir eu personnellement connaissance des faits de possession pendant quarante ans *de visu*, et avoir tenu de leurs ancêtres que ceux-ci en avaient été également témoins. Comme il fallait avoir quatorze ans pour être réputé avoir eu sérieusement connaissance de faits, il s'ensuit que, dans une enquête sur la possession immémoriale, un témoin n'était recevable qu'à l'âge de cinquante-quatre ans. En conséquence, plusieurs cours d'Agen (8 janvier 1833, Pau, 15 mars 1834) ont décidé avec raison que, dans les cas où le Code civil permet d'établir de cette manière l'existence d'anciennes servitudes (C. civ. art. 691), il faut régulièrement que les témoins entendus fussent déjà âgés de cinquante-quatre ans lors de la promulgation de ce Code[2]. On voit que la preuve de la possession immémoriale mérite plus que jamais le nom de *piscatio anguillarum*, que lui avaient donné les anciens docteurs.

197. Au contraire, une preuve par commune renommée qui n'a rien d'exorbitant, c'est la constatation de l'opinion publique elle-même, notamment dans les questions de possession d'état, où l'on recherche, par exemple (C. civ. art. 321), si un enfant a été reconnu constamment comme légitime dans la société. Il est clair qu'alors les témoins ne peuvent déposer que sur l'opinion publique, puisque la question principale roule précisément sur cette opinion.

198. Enfin, dans les cas où la preuve par commune renommée est admise exceptionnellement, elle devient

[1] La première mention de règles sur la preuve de la possession immémoriale se trouve dans un texte de Labéon, qui forme la loi 28 au Digeste *de probationibus*.

[2] Ce n'est point là toutefois, dans la législation moderne, une règle de droit positif, dont la violation puisse donner ouverture à cassation (rej. 20 novembre 1837 et 1er juillet 1839).

un mode aussi légal que tout autre, dont il serait arbitraire de restreindre la portée. Il faut donc reconnaître avec la cour de Bordeaux (arr. du 20 juin 1826) que la preuve par commune renommée a effet, non-seulement vis-à-vis l'administrateur qui a négligé de faire inventaire, mais même à l'égard des tiers.

DEUXIÈME SECTION.

ADMINISTRATION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

199. Après avoir vu quand la preuve testimoniale est admise par nos lois, nous devons examiner comment cette preuve s'administre dans la pratique. L'audition des témoins, qui était dégagée de toute espèce de formes dans la législation romaine, a été chargée par l'ancienne jurisprudence d'une foule d'entraves factices. C'est dans cette matière que le système des preuves légales, dont nous avons signalé la dangereuse tendance, a reçu les plus singulières applications. Nous verrons qu'il ne subsiste plus aujourd'hui que quelques vestiges du système qui tarifait les témoignages, au lieu de les soumettre à la conscience du juge. Mais une autre pratique, qui se rattachait jusqu'à un certain point à ce système, l'absence de publicité des enquêtes, s'est maintenue chez nous dans les matières civiles ordinaires, tandis qu'au criminel la publicité a été établie.

L'administration secrète de la preuve testimoniale ne s'est introduite au moyen âge que lentement et par suite de circonstances particulières. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. XXXIV) pense que la réaction contre le combat judiciaire, qui était essentiellement public, amena le secret des enquêtes, afin de protéger les témoins contre les provocations des parties. La nécessité de déléguer les fonctions du tribunal à un commissaire, en cas d'éloignement des témoins (n° 202),

l'institution de l'appel, qui contribua à fortifier l'habitude de juger sur pièces, doivent également figurer parmi les causes de ce mémorable changement dans les mœurs judiciaires. L'exemple des tribunaux ecclésiastiques, qui renoncèrent de bonne heure à la publicité, paraît avoir aussi influé sur les habitudes de nos juges, notamment lors du séjour des papes à Avignon. Quoi qu'il en soit, ce ne fut que sous François Ier, en 1539, que le principe du secret de l'enquête en toute matière fut complétement établi. Et comme on voulait à toute force, à cette époque, appuyer sur les lois romaines les doctrines les plus étrangères aux idées des jurisconsultes romains, on prétendit retrouver le secret des enquêtes dans une constitution de Zénon (l. 14, Cod. *de testib.*). Mais les expressions *judicantis intrare secretum*, qu'emploie l'empereur, ont trait tout simplement au local séparé où se tient le juge, et nullement à une procédure occulte dont il n'y a pas de trace, même au Bas-Empire (voy. Nov. 90, chap. IX).

Cet état de choses avait été probablement utile dans l'origine. L'introduction d'une procédure technique et de ses formes subtiles tendait à éloigner de l'administration de la justice les hommes d'épée, pour la concentrer entre les mains des légistes. Mais les inconvénients du nouveau mode subsistèrent longtemps après que l'utilité en eut cessé. Les ordonnances de 1667 et de 1670 maintinrent le secret, tant au civil qu'au criminel[1]. Enfin l'assemblée constituante, par la loi du 29 septembre 1791, décida qu'en matière criminelle les témoins seraient entendus à l'audience. Le 7 fructidor an III, la Convention rendit un décret qui fit la même innovation en matière civile. Malheureusement

[1] Il y avait toutefois cette différence essentielle entre les deux juridictions, qu'en matière civile, il y avait secret en ce sens seulement que les témoins ne déposaient point à l'audience, tandis qu'en matière criminelle, il était expressément interdit aux greffiers de communiquer les informations (ord. de 1670, tit. VI, art. 15).

ce décret se contenta de poser le principe, sans établir de règles fixes pour l'exécution, et il s'établit une extrême confusion dans les enquêtes. Aussi un arrêté consulaire du 18 fructidor an VIII en revint-il purement et simplement à l'ordonnance de 1667. Le Code de procédure, bien qu'avec d'assez importantes modifications, s'en est tenu également au système de l'enquête sans publicité. Devant les tribunaux criminels, au contraire, l'audition publique des témoins n'a jamais cessé depuis 1791.

200. Y a-t-il de bonnes raisons pour établir entre les deux juridictions une ligne de démarcation aussi tranchée? Il est assez difficile de justifier en principe cette distinction. Elle a été combattue, non-seulement par des théoriciens quelquefois suspects de trop de hardiesse, tels que Bentham, mais encore par Boncenne, toujours si préoccupé des besoins de la pratique, par Boitard, cet esprit à la fois si sage et si élevé. Les avantages qu'offre la publicité, soit pour permettre au juge de saisir la vérité en observant l'accent des témoins, l'expression de leurs visages, leur contenance tout entière[1]; soit pour garantir la véracité des témoins par le contrôle d'un auditoire qui peut souvent les démentir, sont absolument les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Les reproches qui ont été adressés au système de la loi du 7 fructidor an III par l'orateur du tribunat, lors de la présentation du Code de procédure au corps législatif, se réduisent à trois : la crainte que les témoins ne soient intimidés par l'appareil de l'audience; le danger de rixes, de nature à compromettre la dignité du tribunal; enfin l'inconvénient d'occuper le tribunal tout entier, et non plus un seul juge. Les deux premières objections prouvent trop, car elles tendraient à faire croire que la publicité est souverainement dange-

[1] C'est en ce sens qu'Adrien disait (l. 3, § 3, ff. *de testib.*) : *testibus se, non testimoniis crediturum.*

reuse en matière criminelle, où il importe bien plus que les témoins soient à l'abri des menaces, et où les passions dont on craint l'explosion, sont bien plus vivement excitées. Et cependant l'expérience a fait justice de ces craintes, qui se sont rarement réalisées, là où la preuve testimoniale a été administrée à l'audience. La troisième critique est plus grave, au point de vue pratique. La nécessité d'employer trois juges au lieu d'un seul, pour le même service, pourrait embarrasser un assez grand nombre de tribunaux, déjà surchargés d'affaires. Il est vrai qu'on répond à cette objection, qu'alors la loi se contredit elle-même, puisqu'elle prescrit l'audition publique des témoins en matière sommaire. Mais qui ne voit que, lorsqu'il s'agit d'un petit nombre de témoins, il est plus simple de les entendre de suite, que de les renvoyer devant un juge-commissaire, pour prendre ensuite connaissance des procès-verbaux; tandis que, si l'enquête doit être fort longue, le renvoi fera gagner au tribunal un temps considérable? Sans doute, la procédure écrite a aussi ses longueurs, à raison des nullités qu'on peut souvent y invoquer; mais ces incidents, qui après tout ne sont qu'éventuels, absorbent-ils en moyenne tout le temps qu'exigerait l'audition publique des témoins? Il est permis d'en douter. L'expérience du canton de Genève, où la publicité de l'enquête a été rétablie au civil par la loi de procédure de 1819, ne saurait être décisive pour nous. En effet, d'après l'exposé des motifs de M. Bellot, la moyenne des enquêtes au tribunal civil de Genève ne dépassait pas le chiffre de cinq par an. Là où le poids était si léger, la surcharge n'a pas pu être bien sensible. Nous serions assez porté à croire, non que l'enquête publique ne vaut pas mieux que l'enquête secrète, mais qu'un changement de législation en cette matière ne saurait s'improviser, et devrait se combiner avec une modification de l'organisation judiciaire, qui l'adaptât à cette importante réforme.

201. Entrant maintenant dans les détails de la législation actuelle, occupons-nous d'abord de l'audition des témoins dans les matières civiles ordinaires, où on s'est moins écarté des errements de l'ancienne jurisprudence.

PREMIÈRE FORME DE L'ENQUÊTE.

Enquête écrite.

(*Matières civiles ordinaires.*)

202. La délégation de certains magistrats pour aller recueillir les dépositions, délégation motivée dans l'origine par l'éloignement des témoins, est très-ancienne dans notre pratique française : « Telles manières de gens, dit Beaumanoir (ch. XL), qui sunt baillié pour oïr tesmoins, sunt appelé *auditeur*, porce que ils doivent oïr ce que li tesmoins diront, et fere escrire lor dit, et seeler de lor seaus, et raporter le dit des tesmoins escris et seelés en jugement, par devant les jugeurs à qui le querele apartient à jugier. » Nous trouvons en effet dans les *Olim*, qui constatent les décisions du parlement de Paris dès le temps de saint Louis, un nombre considérable d'arrêts rendus à la suite d'enquêtes (voy. les curieux détails donnés par M. le comte Beugnot sur les plus anciennes enquêtes, dans la note première de son travail sur les *Olim*). Nous avons même encore plusieurs enquêtes originales, qui remontent au temps de Philippe Auguste (voy. ces textes à la fin de la note citée). Les auditeurs ou *enquêteurs* procédaient d'abord publiquement[1], c'est-à-dire en présence des intéressés. Mais bientôt l'usage s'introduisit de faire seulement assister les parties au serment des témoins, afin qu'elles pussent proposer leurs reproches. Après l'achèvement de l'enquête, il y avait *peuplement*, c'est-

[1] L'*inquisition*, sorte d'enquête spéciale (*inquisitio*), était elle-même publique dans l'origine. Ce fut le pape Boniface VIII qui y introduisit le secret, sous prétexte du danger que pouvaient courir les témoins.

à-dire communication de l'enquête. Telle fut la marche qui demeura en vigueur dans la procédure civile, l'enquête étant signifiée, puis débattue à l'audience. Dans la procédure criminelle, on alla plus loin encore : le système qui fut généralisé en 1539, ayant fait disparaître la publicité même de l'audience, l'*information*, c'est-à-dire l'audition des témoins, devint entièrement secrète. En toute matière, la délégation de l'enquête, en habituant les tribunaux à juger sur pièces, contribua puissamment à la transformation de la procédure. Des chambres spéciales, connues sous le nom de *chambres des enquêtes*, furent établies dans les parlements, pour juger les affaires où il y avait lieu à prouver par témoins : *Pro audiendis et decidendis inquestis*, dit une ordonnance de 1291, *sedeant quatuor personæ de consilio.* La forme des enquêtes écrites était réglée dans l'ancienne jurisprudence par l'ordonnance de 1667. Nous allons voir que la marche de cette ordonnance, déjà meilleure que celle du droit antérieur, a encore été notablement améliorée par le Code de procédure civile.

203. Jetons d'abord un coup d'œil sur l'ensemble de l'enquête. Nous nous demanderons ensuite par quelles sanctions la loi a garanti l'assistance et la véracité des témoins, puis quelles sont les personnes dont la déposition est repoussée d'une manière plus ou moins absolue. Nous terminerons par l'appréciation des témoignages, et par l'examen de l'influence de l'enquête sur la décision définitive.

§ 1. *Marche générale de l'enquête.*

204. La même défiance qui a fait restreindre singulièrement l'admissibilité de la preuve testimoniale, a porté le législateur à imposer aux enquêtes des formes rigoureuses, dont l'inobservation entraîne nullité. Il semble que, dans les cas même où cette preuve a été reçue en matière civile, on veuille l'enfermer dans une sorte de cercle de Popilius, hors duquel il lui soit dé-

fendu de se mouvoir. Cette rigueur atteint-elle le but que s'est proposé la loi ? C'est ce que nous examinerons bientôt, quand nous aurons des éléments suffisants pour pouvoir nous prononcer en connaissance de cause.

205. Quand une enquête peut-elle être ordonnée? Faut-il nécessairement supposer une procédure déjà entamée, dont l'enquête serait un incident, aux termes de l'article 252 du Code de procédure, qui prescrit d'articuler les faits par un simple acte de conclusion, d'avoué à avoué? Ou bien faut-il dire que cet article statue seulement *de eo quod plerumque fit*, et admettre les enquêtes *in futurum* abolies par l'ordonnance de 1667 (titre XIII, art. 1[er])? Il n'est pas douteux en fait que ces enquêtes ne puissent offrir de l'utilité. On peut craindre de se trouver privé, lors de l'échéance de l'obligation, d'un témoin essentiel, s'il est âgé, malade, ou sur le point d'entreprendre un long voyage. La partie qui demande à faire à ses propres frais une enquête qui bientôt deviendrait impossible, est extrêmement favorable, et l'opposition de la partie adverse en pareille circonstance ressemble fort à de la mauvaise foi [1]. Cette procédure avait été puisée par le droit canonique dans un texte d'Ulpien (l. 3, § 5, ff. *de Carbon. edict.*), où il décide que l'application de l'édit Carbonien, qui renvoyait à l'époque de la puberté de l'enfant le jugement des questions d'état qui le concernaient, doit cesser, lorsqu'on a juste sujet de craindre que les témoins ne viennent à manquer : *aut stulti aut iniqui prætoris erit rem differre* (voy. aussi Paul, l. 40, ff. *ad leg. Aquil.*). Quel motif porta donc les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 à abolir ces enquêtes? L'abus qu'on en avait fait dans la pratique. On obtenait de la chancellerie, sur la simple allégation de la maladie ou du

[1] Il est bien entendu que les frais de l'enquête sont à la charge de celui qui la provoque, ainsi que l'a jugé la cour de Besançon, le 31 août 1844.

prochain voyage d'un témoin important, la permission de faire une enquête de cette nature, sans communication à la partie adverse; et lorsque l'enquête était terminée, le témoin moribond recouvrait la santé, ou bien le témoin voyageur renonçait à quitter son pays. Ces abus parurent tellement invétérés au XVII^e^ siècle, qu'on désespéra de les corriger, et qu'on aima mieux supprimer l'institution. Aujourd'hui ils ne peuvent guère se reproduire. La chancellerie n'a plus le pouvoir d'ordonner d'autorité l'administration d'une preuve qui ne serait pas permise par les tribunaux; on n'y procédera donc jamais qu'en connaissance de cause. Les formes de l'enquête exigent impérieusement la communication à l'autre partie. Il n'y a donc plus même motif qu'alors, et l'abrogation prononcée par l'ordonnance n'est plus reproduite par le Code de procédure, qui ne fournit, en faveur de la prohibition, qu'un argument *a contrario*. C'est donc avec raison que les cours de Nîmes (arr. des 6 janvier et 29 mars 1808) et de Rennes (arr. du 31 décembre 1809) ont autorisé, pour justes causes, l'exécution provisoire de l'enquête ordonnée en première instance, nonobstant appel, en dehors des cas où cette exécution est autorisée. La cour de Besançon (31 août 1844) a autorisé une expertise et une enquête *ad futurum;* la cour de Paris (20 mars 1835 et 27 décembre 1836) une expertise de même nature (en sens inverse, Rennes, 18 mars 1821). Et on ne saurait soutenir qu'il suffit en pareil cas de faire déposer les témoins devant un notaire. Une enquête qui n'est pas contradictoire, ne peut me fournir une garantie sérieuse contre la mauvaise foi de mon adversaire. L'admission de cette procédure met d'ailleurs les règles sur la preuve testimoniale en harmonie parfaite avec les dispositions de la loi sur la preuve littérale, qui autorisent la demande en reconnaissance d'écriture avant l'échéance [1].

[1] Le Code de procédure néerlandais (liv. III, tit. VI, sect. XI) a récem-

206. On se demande, au surplus, si généralement il convient d'admettre dans notre législation les actions dites provocatoires (*provocatio ad agendum*), que les anciens interprètes avaient rattachées à la loi *si contendat* et à la loi *diffamari*. La première de ces lois est relative au bénéfice de division réclamé par la caution. « Si contendat fidejussor, » dit Paul (l. 28, ff. *de fidej.*), « cæteros solvendo esse, etiam exceptionem ei « dandam, si non et illi solvendo sint. » Le fidéjusseur actionné forçant ainsi le créancier à intenter également une action contre les autres fidéjusseurs, les interprètes allemands en ont conclu qu'il est toujours permis de contraindre le demandeur présumé à intenter sa demande dans un délai déterminé, lorsqu'il y a lieu de craindre la perte de certains moyens de défense, si la demande était différée. L'autre texte, celui dont on s'est surtout appuyé dans la jurisprudence française, est une constitution de Dioclétien (l. 5, Cod. *de ing. manum*) conçue en ces termes : « Diffamari « statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quo- « rumdam periniquum est : præsertim quum affirmes, « diu presidens unum atque alterum interpellatum à te, « vocitasse alteram partem, ut contradictionem faceret, « si defensionibus suis confideret; undè constat merito « rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis « sententiam dedisse ne de cætero inquietudinem sus- « tineres. Si igitur adhuc adversa pars perseverat in « eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab in- « injuria temperari præcipiet. » Cette décision, malgré la réclamation de certains jurisconsultes, a été généralisée par l'ancienne jurisprudence française (Merlin, *Répert.* v° *Diffamari*) : s'appuyant sur un autre texte (Diocl. l. 4, Cod. *de usur. pupill.*), nos parlements ment consacré le système de l'*enquête provisoire*, connu dans les anciens usages de la Hollande sous le nom d'*enquête valétudinaire*, à raison des craintes relatives à la santé des témoins, qui motivent souvent cette procédure spéciale.

permettaient à celui contre lequel une personne se vantait d'avoir certaines actions à exercer, de contraindre cette personne à exercer ces actions dans un certain délai, à peine de déchéance.

207. Si nous avions à examiner ici la question en droit romain, il ne nous serait pas difficile d'établir que les dispositions des lois *si contendat* et *diffamari* ont un caractère tout exceptionnel, et que, suivant la rigueur des principes, c'est au demandeur seul à déterminer quand il lui convient d'agir[1] (Paul, l. 5, § 6, ff. *de dol.-mal. except.*). Il n'en est pas moins vrai que la doctrine puisée dans ces lois, pourvu que l'on n'en abuse pas en attachant de l'importance à des propos insignifiants, tend à réprimer un véritable abus; car celui qui a des moyens de défense qu'il est menacé de perdre, doit pouvoir se mettre en mesure de les conserver, et il n'est pas moins nécessaire de faire cesser des propos de nature à compromettre la réputation d'un prétendu débiteur. Aussi beaucoup de législations européennes appliquent-elles encore aujourd'hui ces textes de la loi romaine (voy. M. Fœlix, *Droit international privé*, 2e édit. n° 189). Chez nous, il est évident d'abord que toutes les fois que les propos allégués présenteront un caractère injurieux, il y aura lieu à appliquer la législation spéciale sur la diffamation et sur l'injure, dont nous avons exposé les principes (nos 56 et suiv.). Lors même qu'il n'y a pas injure, s'il y a préjudice, une action en réparation civile est ouverte, aux termes de l'article 1382 du Code civil. Voilà pour ce qui concerne la loi *diffamari*. Quant à la loi *si contendat*, il nous paraît impossible d'en généraliser l'application, et de forcer le créancier à intenter une action pour laquelle il peut lui être indispensable de préparer mûrement ses moyens. Nous serions dès

[1] C'est même là l'origine de la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, puisque celui qui avait une exception, ne pouvait en faire usage dans un délai déterminé.

lors disposé à accorder seulement au défendeur éventuel, dans certains cas d'urgence bien démontrés, la faculté de faire prononcer contradictoirement sur la valeur des moyens qu'il invoque, sans forcer pour cela le prétendu créancier à exercer l'action principale : ce qui nous paraît trop exorbitant [1] (voy. sur cette matière délicate les arrêts cités par M. Devilleneuve et ses observations, ann. 1850, part. II, p. 1). Nous aurons, du reste, à revenir sur ce point, quand nous traiterons du faux incident (n° 514).

208. L'argument *a contrario* que l'on prétend tirer contre notre opinion du texte de l'article 252, est d'autant plus faible que cet article a un tout autre but, celui de reproduire une disposition de l'ordonnance (tit. XX, art. 2), qui fut en 1667 une salutaire innovation. Jusqu'à cette époque, les plaideurs se signifiaient des requêtes, des répliques et des dupliques, jusqu'à ce qu'ils fussent d'accord sur les faits à prouver. Cet abus fut alors supprimé. De là le simple acte de conclusion, sans écritures ni requête, dont parle le Code de procédure, acte qui, dans la pensée des rédacteurs, n'est pas opposé à un exploit, auquel ils ne songeaient nullement, mais bien à une requête développée, qui est rejetée par le Code, en ce sens qu'elle ne serait pas allouée en compte (tarif, art. 71). Il ne s'agit après tout que d'une question de tarif, et non pas d'une nullité. La partie adverse doit, également par un simple acte (même art. 252), dénier ou reconnaître les faits dans les trois jours. On pense généralement, ainsi que l'a jugé la cour de Colmar le 6 juin 1822, que ce délai n'est pas fatal, et que vous pouvez dénier tant que l'adversaire n'a pas pris acte de votre silence. S'il n'y a pas dénégation, les faits *peuvent* être tenus, dit la loi, pour confessés ou avérés. On doit conclure de là, non-seulement, ce qui est évi-

[1] Dans l'espèce de la loi *si contendat*, il est à remarquer qu'on n'oblige pas le créancier à agir, mais seulement à diviser l'action par lui intentée.

dent, que, dans les cas où l'aveu ne fait pas preuve, comme dans les questions de séparation de corps, l'enquête sera toujours ordonnée; mais encore que, dans tous les cas, le juge sera autorisé à apprécier les motifs du silence de l'avoué, par exemple, le défaut de pouvoirs ou l'absence de son client, et à lui accorder un nouveau délai.

209. En supposant les faits déniés, la preuve n'en doit être reçue (art. 253 *ibid.*) qu'à deux conditions : 1° qu'ils soient admissibles, c'est-à-dire concluants et vraisemblables en eux-mêmes, ainsi que nous l'avons expliqué dans nos notions générales sur la marche de la preuve ; 2° que la loi n'en défende pas la constatation, soit qu'elle prohibe la révélation du fait même, comme s'il s'agit d'une filiation incestueuse et adultérine, soit qu'elle prohibe seulement la preuve testimoniale, comme dans les cas nombreux où nous avons vu que cette preuve n'est pas admise. La première de ces conditions, celle qui touche à l'admissibilité des faits, est laissée à l'appréciation du juge [1]. La seconde seule, celle qui concerne l'étendue des prohibitions légales, peut donner lieu à un pourvoi en cassation. Le tribunal, du reste, en se conformant aux mêmes restrictions, a toujours la faculté d'ordonner la preuve d'office (art. 254 *ibid.*). Au contraire, il n'est pas obligé de l'ordonner, par cela seul qu'une partie la réclame, même en supposant le concours de toutes les conditions exigées, si les autres documents de la cause suffisent pour l'éclairer (rej. 9 novembre 1814 et 18 août 1836).

La preuve contraire est de droit (art. 256 *ibid.*). Mais il ne faut pas confondre la contre-enquête, où l'on administre cette preuve contraire, avec l'enquête égale-

[1] Il faut toutefois que le juge spécifie les motifs de la non admissibilité des faits. Il y aurait lieu à cassation pour défaut de motifs, si le jugement se bornait à déclarer *la preuve de tel ou tel fait non admissible par témoins* (cass. 21 août 1840).

ment principale, qui tend à établir des faits différents, et non pas simplement à contredire les assertions du demandeur. Ainsi, une enquête ayant lieu pour établir contre moi l'existence d'une créance de cent cinquante francs au plus, je pourrai, de mon côté, sans avoir fait aucune réserve dans le jugement interlocutoire, assigner des témoins pour justifier que je n'ai jamais contracté la dette. Mais si je soutenais qu'il y a eu payement ou remise, j'alléguerais un fait nouveau, pour lequel j'aurais besoin d'obtenir l'autorisation spéciale de faire la preuve par témoins. Cette seconde enquête pourrait donner lieu, à son tour, à une contre-enquête de la part du demandeur primitif.

Si la contre-enquête ne peut porter sur des faits qui ne sont pas la négation directe de ceux que le demandeur allègue, le demandeur, lui, pourra-t-il faire porter l'enquête sur des points qui n'ont pas été visés dans le jugement, lequel doit désigner les faits à prouver (art. 255 *ibid.*)? Nul doute que le juge-commissaire ne puisse se refuser à entendre des dépositions qui sortiraient du cercle tracé par le tribunal. Mais si, en fait, de pareilles dépositions ont été reçues, on se demande s'il sera permis aux juges d'en tenir compte pour motiver leur décision. En faveur de l'affirmative, admise par un arrêt de rejet du 4 février 1836, on dit que le tribunal, en articulant les faits sur lesquels doit porter l'enquête, entend lier les parties, mais non pas se lier lui-même; que, pourvu qu'il estime vrais dans sa conscience les points qui ressortent de l'enquête, peu importe que ces points figurent à l'avance dans tel ou tel acte. Nous trouvons plus conforme à l'esprit de la loi un arrêt de la cour de Bordeaux du 6 juillet 1840, qui refuse au demandeur la faculté de faire entendre des témoins sur des faits nouveaux, de peur que cette faculté ne devienne un piége pour le défendeur, qui, enfermé dans de courts délais, ne pourrait contredire des allégations tout à fait impré-

vues. Cette opinion respecte davantage le principe de la liberté de la défense, qui exige une complète égalité de position entre les deux parties [1]. Après tout, l'indépendance du juge n'est pas compromise, puisqu'il peut toujours ordonner une seconde enquête, si, dans la première, le litige a pris une nouvelle face.

210. De crainte que l'on n'ait trop de facilité pour séduire les témoins, la loi s'est départie ici de la latitude qu'elle accorde d'ordinaire aux parties pour l'exécution des décisions interlocutoires. Elle établit deux délais de huitaine, l'un pour ouvrir, l'autre pour terminer l'enquête. Le premier de ces délais (art. 257 *ibid.*) court, pour les jugements contradictoires, à partir de la signification à avoué, et pour les jugements par défaut non susceptibles d'opposition, comme ceux qui sont rendus après jonction de défaut (*ibid.* art. 453), à partir de la signification à personne ou domicile. « Si le jugement est susceptible d'opposition, » ajoute l'article 257, « le délai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition. » Point de difficulté s'il s'agit d'un jugement par défaut faute de conclure. La huitaine pour commencer l'enquête commence après l'expiration d'un premier délai de huitaine à partir de la signification à avoué, délai pendant lequel l'opposition est recevable (*ibid.* art. 157). Que s'il s'agit d'un défaut faute de comparaître, l'opposition, aux termes de l'article 158, est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Mais l'exécution du jugement, c'est l'ouverture même de l'enquête. Si donc cette exécution était le point de départ du délai de huitaine établi par l'arti-

[1] Mais c'est aller trop loin, suivant nous, que de décider, avec la cour de Bordeaux (arr. du 26 juin 1830), que la preuve ne saurait porter sur des faits nouveaux, même du consentement de la partie adverse. Il n'y a plus alors aucun piége à craindre. C'est ainsi que nous avons reconnu l'admissibilité de la preuve testimoniale en cas d'accord des parties intéressées (n° 135).

cle 257, il faudrait dire que la loi accorde huitaine pour faire enquête, à partir de l'ouverture même de l'enquête ; ce qui implique évidemment contradiction. L'opinion la plus raisonnable, parfaitement mise en lumière par Boitard (commentaire sur cet article 257), consiste à supposer que le législateur n'a pas eu présente à la pensée la distinction qu'il avait introduite, contrairement à l'ordonnance de 1667, entre les deux natures de défauts ; et que dès lors, dans le second cas comme dans le premier, les *délais de l'opposition* doivent s'entendre, comme autrefois, d'un délai de huitaine à dater de la signification du jugement. Après tout, il s'agit d'examiner, non jusqu'à quand l'opposition est recevable, elle l'est effectivement jusqu'à l'ouverture de l'enquête, mais pendant quel délai la faculté de former opposition suspend l'exécution du jugement. Eh bien ! ce délai est ici, comme partout ailleurs (*ibid.* art. 155), de huitaine, à partir de la signification. Les *délais de l'opposition* ne sont donc autres que les délais pendant lesquels l'exécution du jugement est suspendue à raison de la faculté de l'opposition. Ces délais se confondent avec ceux de l'opposition, dans le défaut faute de conclure ; dans le défaut faute de comparaître, au contraire, le délai de huitaine n'a d'autre effet que de suspendre l'exécution, l'opposition demeurant recevable dans la huitaine suivante, tant qu'il n'y a pas eu exécution de l'enquête.

Le délai pour interjeter appel n'est pas suspensif ; mais l'appel interjeté, ainsi que l'opposition formée, produisent leur effet ordinaire, contrairement à ce qui avait lieu sous l'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 2).

Sans s'attacher à l'adage : *Nul ne se forclôt soi-même*, adage qu'appliquait l'ordonnance de 1667, la loi, dans un intérêt de célérité et d'économie, veut que la signification du jugement fasse courir les délais pour ouvrir l'enquête, non-seulement contre la partie adverse, mais

encore contre celle-là même qui a signifié le jugement.

211. Quant aux nullités qui peuvent résulter, soit de l'inobservation de ces délais, soit de l'irrégularité des assignations faites aux parties et aux témoins, ce serait sortir de notre sujet que de nous y arrêter; le lecteur peut se reporter aux ouvrages spéciaux sur la procédure. Remarquons seulement que le point de départ de ces délais si rigoureux est une signification qui peut tarder, et qui tarde souvent dans la pratique. On peut donc dans l'intervalle pressentir les témoins, et la brièveté du temps qui le suit n'est plus qu'un remède illusoire. Nous allons voir que cette contradiction n'est pas la seule qu'offre le système de la loi.

212. L'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 2) avait voulu que l'enquête s'ouvrît effectivement dans la huitaine de la signification. A partir de cette ouverture commençait le second délai de huitaine dans lequel l'enquête devait être parachevée. Ainsi, sauf prorogation pour justes causes, tout devait être terminé dans la quinzaine de la signification. L'affaire devait donc marcher avec une extrême rapidité. Malheureusement ce système était souvent impraticable. Comme on n'y tenait pas compte de la possibilité de l'éloignement des témoins, il arrivait fréquemment que le juge n'avait aucun témoin présent à entendre dans la huitaine de la signification, et on exécutait alors la loi d'une manière dérisoire, en assignant la première personne venue, qui déclarait ne rien savoir touchant les faits allégués. Le délai de huitaine, à partir de cette déposition fictive, devenait à son tour insuffisant, et il fallait de toute nécessité obtenir une prorogation. Le Code de procédure n'a plus voulu exiger, ce qui est souvent impossible dans un court délai, l'ouverture réelle de l'enquête. « L'enquête, dit l'article 259, est censée commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge-commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure par lui

indiqués. » Mais le point de départ du second délai de huitaine, que l'on donne pour achever l'enquête, n'est plus fixe comme autrefois. « L'enquête, » dit l'article 278, « sera respectivement parachevée dans la huitaine de l'audition des premiers témoins. » Le jour de cette audition, c'est-à-dire de l'ouverture réelle de l'enquête, est laissé à la discrétion du juge, qui doit combiner les délais des assignations de manière à ce que les témoins les plus éloignés puissent faire leur déposition avant l'expiration du temps fixé; sauf prorogation ordonnée par le jugement interlocutoire à l'avance, ou sur la demande des parties pendant les délais (*ibid.* art. 278, 279). Les mots *respectivement parachevée* s'entendent, d'après les observations du tribunat, en ce sens que l'enquête et la contre-enquête peuvent avoir chacune leur point de départ spécial, pourvu que chacune d'elles n'absorbe pas plus de huit jours, y compris celui de l'audition des premiers témoins. On voit qu'il y a un second intervalle indéfini entre l'ouverture fictive de l'enquête par la délivrance de l'ordonnance du juge-commissaire, et l'ouverture réelle, qui a lieu lors de la première déposition. Nous sommes loin de critiquer la modification raisonnable qu'a subie le système de l'ordonnance; mais que devient alors cette accélération extrême de la procédure, que l'on suppose nécessaire pour prévenir la corruption? Il ne faut pas un temps si considérable pour séduire un témoin, qu'on ne puisse y parvenir, lorsqu'on a pour le faire deux intervalles indéfinis, joints à deux délais de huitaine. Ce n'est pas tout encore. L'ordonnance exigeait qu'on poursuivît l'enquête nonobstant opposition ou appel : ce qui était rigoureux, mais parfaitement conséquent. Le Code de procédure ayant abandonné ce système, il est clair qu'on peut se ménager un temps considérable par la voie de l'opposition ou de l'appel, et déjouer ainsi toutes les combinaisons du législateur. Après cela, que doit-on penser des décisions judiciaires (voy. notamment un arrêt de

la cour de Pau du 28 novembre 1837) qui n'accordent, après la signification de l'arrêt confirmatif, que la partie du délai pour faire enquête qui restait à courir lors de l'appel interjeté ; de sorte que, si l'appel avait eu lieu le huitième jour à dater de la signification du jugement de première instance, il ne resterait plus qu'un jour au plus pour ouvrir l'enquête, à partir de la signification de l'arrêt confirmatif? Comment n'a-t-on pas senti que cette rigueur était en pure perte, lorsque les parties avaient eu à leur disposition tout l'intervalle qui précède la procédure d'appel et toute la durée de cette procédure? Le résultat le plus net de ce système contradictoire, c'est la multiplication de nullités, dont l'utilité est loin d'être prouvée. Certains parlements suivaient autrefois une marche plus sage. Nous lisons dans le Répertoire de Merlin (v° *Enquête*, § II, art. 1) : « Il n'en est point ainsi en Béarn et en Navarre, où l'on ne suit point l'ordonnance de 1667 : les parties sont à temps de commencer et de rapporter leurs enquêtes jusqu'au jugement définitif; et si elles ne les rapportent point après quelques délais qui leur sont accordés, on procède au jugement dans l'état où est le procès. Cette crainte opère seule le bien que l'ordonnance a eu en vue en fixant les délais pour commencer et parachever l'enquête, et une partie n'est privée du droit d'y faire procéder que parce qu'elle le veut. »

213. Néanmoins, une grande amélioration apportée par le Code de procédure à la marche de l'ordonnance, c'est l'admission des parties à l'enquête (*ibid.* art. 261), où autrefois chaque témoin déposait seul devant le juge-commissaire, les parties n'étant appelées qu'à la prestation de serment des témoins, qui se faisait alors collectivement et à l'avance. Pratiquée sous l'empire du décret du 7 fructidor an III, cette admission fut reconnue si utile pour le contrôle des dépositions, qu'elle prévalut au conseil d'État, malgré les répugnances de l'opinion, alors trop en crédit, qui s'at-

tachait avec complaisance aux errements du passé.

On assigne la partie, trois jours au moins avant l'audition, au domicile de son avoué. Ici la loi n'indique pas expressément, comme elle le fait pour l'assignation des témoins (*ibid.* art. 260), une augmentation de délai à raison de l'éloignement du domicile de la partie. Plusieurs cours d'appel avaient dès lors jugé que le délai de trois jours était fixe : conclusion déplorable, qui mettait dans l'impossibilité d'assister à l'enquête, ou du moins d'envoyer à temps d'utiles renseignements, les personnes qui ne se trouvaient pas sur les lieux. La cour de cassation est entrée dans le véritable esprit de la loi, en décidant par arrêt de cassation, sections réunies, le 28 janvier 1826, que le délai d'augmentation doit être suppléé.

214. Lorsque l'enquête est annulée, peut-on en ordonner une nouvelle? Une distinction qui domine la matière, consiste à voir à qui la nullité est imputable. Si elle provient du juge-commissaire (*ibid.* art. 292), l'enquête est recommencée à ses frais. Peut-on alors faire entendre de nouveaux témoins, ou doit-on se borner à assigner les mêmes témoins, en se reportant à la première enquête, si quelques-uns d'entre eux se trouvent dans l'impossibilité de déposer? Sans doute, en ce qui touche les frais, on ne peut mettre de nouvelles assignations à la charge du juge condamné. Mais pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas être autorisé à assigner de nouveaux témoins à ses frais, sauf au défendeur à user de la même faculté pour sa contre-enquête? Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs de l'ordonnance de 1667, puisqu'on demanda dans la discussion s'il serait possible de faire entendre les mêmes témoins; ce qui fut décidé. Or, la controverse seule prouve que l'on entendait autoriser l'audition de témoins nouveaux; autrement, pour ceux qui refusaient d'admettre les anciens, l'enquête se serait trouvée réduite à rien. Y a-t-il quelque motif pour être

plus rigoureux aujourd'hui? Un arrêt de la cour de Limoges, du 13 juin 1818, a décidé en ce sens (en sens contraire, Rennes, 28 juillet 1814; Grenoble, 17 mai 1817).

Mais si la nullité provient de l'avoué ou de l'huissier (*ibid.* art. 293), on a craint qu'un concert frauduleux entre l'officier et son client ne ménageât à ce dernier la faculté de revenir contre une enquête défavorable, et l'on décide que l'enquête ne pourra être recommencée, sauf le recours de la partie en dommages-intérêts[1]. Cette règle souffre d'abord une exception évidente dans les matières qui intéressent l'ordre public, comme les séparations de corps, où il est impossible au juge de s'abstenir, et où il ne doit cependant statuer qu'après enquête (voy. un arrêt de la cour de Caen, du 24 avril 1839). Mais peut-il, en matière ordinaire, recommencer d'office l'enquête, que les parties ne sont plus recevables à solliciter? La question est vivement controversée. On invoque pour l'affirmative la défaveur des déchéances dans une procédure aussi hérissée de nullités, et les termes généraux de l'article 254 du Code de procédure sur l'enquête d'office. Mais il faut avouer que le texte de l'article 293, qui, à tort ou à raison, défend de recommencer l'enquête, ne se prête guère à une interprétation aussi bénigne (Bourges, 30 mai 1834). En admettant avec peine cette décision, du moins ne faut-il pas l'étendre à une hypothèse où la lettre de la loi n'est pas applicable, au cas de simple déchéance pour inobservation des délais. Alors se reproduit dans toute sa force le principe que les juges ont toujours le droit de

[1] Plusieurs cours d'appel, dans leurs observations sur le projet, avaient critiqué cette disposition. Le danger de collusion, qui a frappé le législateur, n'est pas aussi grave qu'il le paraît. Une partie n'ayant jamais le droit de demander la nullité de sa propre enquête, il faut supposer que l'adversaire croit avoir lui-même intérêt à la faire annuler; ainsi, le danger prévu ne se rencontre que dans des circonstances toutes particulières, par lesquelles il est difficile de motiver une nullité prononcée pour tous les cas.

ne prononcer qu'après informations (rej. 12 décembre 1825; Toulouse, 2 avril 1845; Bordeaux, 23 août 1850). Dans tous les cas, ce qui est incontestable, c'est que la prohibition de recommencer l'enquête ne saurait s'appliquer aux matières qui intéressent l'ordre public, notamment aux demandes en séparation de corps (Dijon, 29 mai 1845). Il importe à la société que de pareilles demandes ne soient pas écartées par de simples moyens de procédure, et d'ailleurs le recours contre l'officier ministériel n'offrirait en pareil cas à la partie lésée qu'une garantie dérisoire.

§ 2. *Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins.*

215. L'administration efficace de la preuve testimoniale suppose : 1° que les témoins des faits dont on demande à faire la preuve sont connus; 2° qu'ils sont obligés de venir déposer en justice; 3° que leur déposition est sincère.

216. Si les personnes qui ont quelques renseignements à donner sur les faits litigieux sont inconnues des parties, convient-il de provoquer leur zèle au moyen d'admonitions officielles? Les avertissements donnés autrefois par l'intermédiaire des curés aux prônes, et connus sous le nom de *monitoires*, s'appliquaient, suivant le témoignage de Pothier (*Traité de la procédure criminelle*, sect. II, art. 4), même en matière civile, au cas de détournement d'effets d'une succession, d'une communauté, d'une faillite. Aujourd'hui les monitoires peuvent tout au plus, comme nous le verrons, être employés en matière criminelle. Cette voie extraordinaire, qui met en jeu les rapports si délicats du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, ne saurait être suivie dans un intérêt purement pécuniaire. Il n'existe alors aucun procédé judiciaire tendant à rechercher les témoins inconnus; c'est aux parties intéressées à multiplier leurs investigations personnelles, afin de les découvrir.

217. Mais les témoins connus peuvent-ils se refuser à l'acquittement de la dette dont ils sont tenus envers la justice sociale? Justinien paraît avoir le premier, en matière civile[1] (l. 16, Cod. *de testib.*), érigé ce devoir en obligation légale; et cette innovation n'est pas une des moins salutaires qu'ait introduites cet empereur. L'ordonnance de 1667 (titre XXII, art. 8) punissait d'une amende de dix livres les témoins qui refusaient de comparaître. Aujourd'hui le Code de procédure (art. 263) prononce une amende dont le *maximum* est de cent francs, et des dommages-intérêts qui ne peuvent être inférieurs à la somme de dix francs[2]. Le second défaut de la part des témoins réassignés (*ibid.* art. 264) entraîne une amende de cent francs; et il est loisible au juge-commissaire, s'il estime la déposition essentielle, de décerner contre le réfractaire un mandat d'amener, qui autorise l'emploi de la force publique pour le conduire devant le tribunal (C. d'inst. crim. art. 99). On est assez d'accord pour reconnaître que le refus de répondre doit équivaloir au refus de comparaître (*ibid.* art. 80). De quel secours peut être pour la découverte de la vérité une assistance purement matérielle? Mais il serait impossible, à peine de tomber dans l'arbitraire, de considérer comme n'ayant pas déposé celui dont les réponses seraient estimées insuffisantes. Du reste, indépendamment de ces condamnations pécuniaires, le Code pénal (art. 236) prononce un emprisonnement de six jours à deux mois contre les témoins qui auraient allégué de fausses excuses.

D'autre part, il ne serait pas juste que le service rendu

[1] Quintilien nous apprend, en effet (*Instit. orat.*, liv. V, ch. VII, § 9), qu'il y avait de son temps des témoins volontaires, et des témoins obligés à comparaître : *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus judex in publicis judiciis lege denuntiare solet.*

[2] Remarquez qu'il ne s'agit pas, dans cette dernière sanction, d'une peine dont le *maximum*, sauf des cas exceptionnels (C. civ. art. 192), ne saurait être indéterminé dans le droit moderne, mais de dommages-intérêts qui sont ordinairement laissés à l'appréciation du juge, parce qu'il est impossible d'en faire l'évaluation *a priori*.

par le témoin lui devînt onéreux. Une indemnité lui est donc allouée, mais dans le cas seulement où il requiert taxe (C. de proc. art. 277; Tar. civ. art. 467).

Toutefois deux motifs peuvent dispenser de venir déposer en justice : la dignité ou les fonctions du témoin, et l'obligation du secret imposé par certaines professions.

218. Dans le premier cas, il n'y a pas pour lui dispense de faire sa déclaration, mais seulement de comparaître en justice. Il paraît que les immunités de cette espèce étaient rares dans l'ancien droit. On cite plusieurs évêques qui furent contraints de se rendre en personne auprès du juge-commissaire, et il fallut un avis des avocats généraux du parlement de Paris, à la date du 1er août 1642, pour consacrer le principe qui autorisait les princes du sang à faire de simples déclarations par écrit. Nos lois modernes ont beaucoup étendu cette faculté. La loi du 20 thermidor an IV l'a accordée aux membres du corps législatif et du Directoire, aux ministres de la république et aux agents auprès des nations étrangères. La règle que pose cette loi fut successivement appliquée aux caissiers et contrôleurs du trésor public, par la loi du 24 fructidor an VII; aux conseillers d'État, par un avis du conseil d'État lui-même, à la date du 14 germinal an VIII; aux sénateurs, aux préfets et aux maires, par l'arrêté consulaire du 7 thermidor an IX : enfin aux commissaires généraux de police, par le décret du 20 juin 1806. De plus le Code d'instruction criminelle (art. 510 et suiv.) trace, pour la déposition des fonctionnaires les plus élevés, certaines formes qu'on applique, par identité de motifs, au civil ; sauf à combiner le tout avec le décret du 4 mai 1812, relatif à la citation en témoignage des ministres et des principaux fonctionnaires de l'État.

En Angleterre, au contraire, Bentham nous rapporte que l'obligation pour tous de venir déposer en personne est strictement maintenue. « Supposez, » dit-il

(observations sur l'article 24 de son projet d'organisation judiciaire), « que le prince de Galles, l'archevêque de Cantorbéry et le lord chancelier viennent à passer, tandis qu'un ramoneur et une chiffonnière se disputeraient pour un sou de pommes, pourraient-ils refuser de se rendre en justice, si l'un des deux adversaires jugeait à propos de les appeler en témoignage? » Cette marche a quelque chose d'éminemment libéral, mais il serait peut-être difficile de l'introduire dans nos mœurs.

219. Il y a dispense complète de témoigner pour les personnes que leur profession astreint au secret. En effet, le Code pénal (art. 378) punit d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs les médecins, sages-femmes et autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui auront révélé ces secrets[1] : preuve évidente que c'est pour elles non-seulement un droit, mais même un devoir de garder le silence, bien que la pénalité ne soit applicable qu'à une révélation indiscrète, et nullement à une déposition judiciaire. D'accord sur le principe, on a été partagé sur l'étendue de l'application qu'il doit recevoir. Ainsi on s'est demandé si les notaires (pour les avocats et avoués il n'y a jamais eu de doute) sont au nombre des personnes obligées par état à la discrétion. Les décisions diverses de la jurisprudence sur ce point peuvent se concilier en fait, si on tient compte de la nature plus ou moins confidentielle des points qu'il s'agissait de révéler. Quant aux ministres du culte, nul doute qu'il ne soit légalement impossible de les interroger sur ce qui leur a été confié sous le sceau de la confession. « Ce que je sais par la confession, » disait saint

[1] La jurisprudence anglaise admet l'immunité de l'avocat et du procureur, mais elle oblige le chirurgien à communiquer ce dont il a été informé en conséquence des soins par lui donnés (voy. Blackstone, liv. III, ch. XXIII, avec les notes de M. Christian).

Augustin, « je le sais moins que ce que je n'ai jamais su. » Mais on a vivement débattu la question de savoir si une confidence faite à un prêtre comme prêtre, bien qu'en dehors de l'administration du sacrement de pénitence, doit jouir de la même inviolabilité. C'est avec raison, suivant nous, que la cour de cassation (cass. 30 novembre 1810) a jugé l'affirmative, et que plus récemment la cour d'Angers (arr. du 31 mars 1841) a étendu le même voile sur les faits qu'un évêque n'avait appris que dans l'exercice de sa juridiction canonique. Le système contraire détruirait la confiance, qui seule peut amener le repentir, en donnant au prêtre les apparences d'un délateur d'autant plus odieux qu'il serait revêtu d'un caractère sacré.

220. Il ne suffit pas d'obtenir la déposition des témoins, il faut encore que leur déposition soit sincère. Les garanties que l'on peut avoir de cette sincérité dérivent, ou de la nature morale de l'homme, ou du sentiment religieux, ou de la crainte d'une peine prononcée par la loi.

221. La sanction naturelle de la véracité des témoins se trouve dans ce sentiment puissant qui porte l'homme à dire la vérité, et qui fait que, lorsqu'il veut la trahir, il est obligé de se faire violence. Le vrai et le juste sont deux pôles vers lesquels tend sans cesse l'esprit humain, lorsqu'il n'est pas corrompu. Bentham (*Preuves judiciaires*, livre I, chap. x), voulant tout rapporter à l'utilité, s'évertue à substituer une autre explication à cette explication si simple et si évidente de la foi qu'on accorde au témoignage d'un honnête homme. « Naturellement, dit-il, on évite le sentier scabreux, on prend la route la plus facile; le motif qui nous y porte est *l'amour de l'aise*, motif qui agit souvent à notre insu, mais dont l'influence est plus grande qu'on ne le croit communément. Voyons comment elle opère dans le cas du témoignage. Rapporter un fait tel qu'il se présente à l'esprit est l'œuvre de la mémoire;

rapporter comme un fait réel des circonstances qui n'ont point existé, c'est l'œuvre de l'invention... Or, le travail de l'invention est plus pénible que celui de la mémoire. Voilà donc une peine évitée par celui qui exprime la vérité pure et simple. » Ainsi, suivant Bentham, celui dont le faux témoignage vient de causer un énorme préjudice à autrui, n'éprouve d'autre peine que la fatigue d'avoir imaginé un récit compliqué, et celui qui déclare la vérité ne le fait que par *paresse;* ce sont ses propres expressions. De pareilles doctrines se réfutent assez d'elles-mêmes. On regrette de les trouver dans le travail de Bentham, à côté de tant d'observations si utiles et si sages.

222. La sanction religieuse consiste à obliger le témoin à prêter serment, c'est-à-dire à appeler sur lui la vengeance de la Divinité même, si sa déclaration n'est pas sincère. L'usage du serment paraît avoir été ancien à Rome. *De parvula summa judicaturo,* dit Sénèque (*De ira,* liv. II, chap. XIX) *tibi res sine teste non probaretur ; testis sine jurejurando non valeret.* La prescription de serment fut expressément renouvelée par Constantin (l. 9, Cod. *de testib.*) Elle paraît avoir été observée aussi de temps immémorial dans la pratique française. Ce que nous dirons plus tard du degré d'efficacité du serment, en tant qu'il se rapporte aux parties, est également applicable aux témoins. Nous traiterons aussi au siége de la matière, des diverses formes qu'il peut revêtir, et de la dispense même du serment, réclamée par certaines sectes.

223. Quelque opinion qu'on ait sur l'efficacité du serment, on reconnaît que la corruption des hommes ne permet pas de considérer cette sanction comme suffisante. A Rome, la peine capitale, portée par la loi des Douze Tables (Aulu-Gelle, liv. XX, chap. I), et qui consistait à être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquait probablement qu'en matière

criminelle[1]. Plus tard, le faux témoignage fut considéré comme une espèce de faux (Modestin, l. 27, ff. *de leg. Cornel. de fals.*). La peine, qui était autrefois l'exil ou la relégation, paraît être devenue tout à fait arbitraire dans le droit de Justinien (comparez le texte original de Paul dans le livre V, tit. XV, § 5, de ses Sentences, avec ce même texte remanié au Digeste, dans la loi 16, *de testib.*). Chez nous, plusieurs ordonnances, à partir de 1531, frappèrent indistinctement de la peine de mort le faux témoignage en matière civile et en matière criminelle. Mais nos anciens criminalistes attestent qu'au civil, cette rigueur n'a jamais été suivie dans la pratique.

La législation actuelle, sans aller aussi loin que les anciennes ordonnances, déploie une juste sévérité contre ceux qui corrompent ainsi les sources de la justice. Le Code pénal de 1791 punissait de six ans de gêne le faux témoin en matière civile. Le Code pénal actuel (art. 363) le punit de la peine de la réclusion. De plus, le témoin qui a reçu, ou qui s'est fait promettre une récompense, est puni des travaux forcés à temps; il en est de même de celui qui l'a suborné (*ibid.* art. 364 et 365).

224. Indépendamment des sanctions que nous venons de signaler, la véracité du témoin est garantie par une précaution importante, que l'expérience a depuis longtemps justifiée : on l'oblige à déposer oralement, à ne lire aucun projet écrit (C. de proc. art. 271). Il lui est ainsi beaucoup plus difficile de préparer à l'avance un récit mensonger.

§ 3. *Exclusion de certains témoins.*

225. La législation romaine, comme celle de la plupart des peuples, rejetait complétement le témoi-

[1] Cela est évident pour la loi juive, qui prononçait la peine du talion (*Deutéronome*, ch. XIX, vers. 21) : *Animam pro anima, oculum pro oculo*, etc.

gnage de certaines personnes. Ces exclusions paraissent avoir été rares en matière civile ; car on nous cite comme remarquable la prohibition de déposer en faveur de personnes de la même famille que le témoin : *etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur* (Valér. l. 3, Cod. *de testib.*). En dehors de ces exclusions, le degré de foi que pouvait mériter tel ou tel témoignage, était laissé à l'appréciation du juge. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium,* dit Papinien (l. 13, ff. *eod. tit.*). La faculté de réprouver le témoignage s'entendait en ce sens que le juge devait peser avec la plus scrupuleuse attention la déposition d'un témoin suspect; mais il n'y a aucune trace à Rome d'un système de *reproches*, qui permît de s'opposer à l'audition d'une personne capable de déposer, par cela seul qu'on aurait quelque motif pour douter de sa véracité. Ce fut des enquêtes écrites que tira son origine dans notre ancien droit ce système, où l'on s'oppose après coup à la lecture en audience publique des déclarations reçues devant le juge-commissaire. Nous allons traiter successivement de l'exclusion absolue, et des reproches qui sont simplement facultatifs pour l'une des parties.

226. Nos plus anciens monuments de droit français, tels que le Grand Coutumier de Charles VI, qui contient un chapitre des Reproches (liv. III, ch. XXVI), paraissent confondre l'exclusion avec les reproches proprement dits. La distinction qui s'établit peu à peu dans la doctrine, n'apparaît bien nettement que dans l'ordonnance de 1667. Les exclusions y font l'objet d'une disposition spéciale. « Les parents et alliés des parties, » y est-il dit (tit. XXII, art. 11), « jusqu'aux enfants des cousins issus de germain inclusivement, ne pourront être témoins en matière civile, pour déposer en leur faveur ou contre eux, et seront leurs dépositions rejetées. » Cette disposition, vivement critiquée lors de la rédaction de l'ordonnance, notamment par le président

Lamoignon, était une grave dérogation à nos anciens usages, qui, à l'imitation des lois romaines, n'admettaient comme cause de rejet péremptoire que la parenté ou l'alliance en ligne directe. Bouteillier raconte dans sa Somme rurale (ch. CVI) avoir vu recevoir la déposition d'un frère en faveur de son frère *par clercs de droit et sages coutumiers*.

Le Code de procédure (art. 268), revenant sur cette innovation justement critiquée, défend seulement d'assigner le parent ou l'allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé [1]. Le Code, comme l'ordonnance, ne permet pas plus l'assignation d'un proche parent contre vous qu'en votre faveur. On a dit depuis longtemps des relations de parenté : *apud concordes excitamenta caritatis; apud iratos irritamenta odiorum*. Restreinte dans ces limites, la prohibition peut se justifier, bien qu'il y ait quelque bizarrerie à recevoir, ainsi que nous le verrons, en matière criminelle, des témoignages qui seraient complétement repoussés dans les questions purement pécuniaires.

Il est toutefois des cas où les témoignages domestiques deviennent nécessaires. Les enquêtes relatives au divorce jadis (C. civ. art. 251), aujourd'hui à la séparation de corps, admettent tous les parents, sauf les enfants des conjoints. On pense généralement qu'il doit en être de même lorsqu'il s'agit de prouver les naissances, mariages et décès (*ibid.* art. 46). On ne devrait même pas rejeter en ce dernier cas le témoignage des enfants, lorsqu'ils ont pu connaître les faits, puisqu'il n'y a plus lieu alors à invoquer le motif de pudeur publique, qui militait contre leur admission au cas de séparation de corps.

227. Mais il est difficile de justifier une autre nature

[1] Il est évident que l'article 283 du même Code, qui permet de *reprocher* les parents ou alliés jusqu'au sixième degré, ne doit s'entendre que des collatéraux. On n'a pas besoin de reprocher les personnes qui sont exclues.

de prohibitions. C'est celle qui résulte des articles 25 du Code civil, 34 et 42 du Code pénal, lesquels, attachant à certaines condamnations l'incapacité de témoigner, considèrent le témoignage en justice comme un droit plutôt que comme un devoir. Bentham (*Traité des peines*, édition de Dumont, liv. VII, sect. IV) met avec raison cette prétendue peine au nombre des peines qu'il appelle *fortuites*, en ce que, frappant au hasard, elles retombent souvent sur l'innocent, au lieu de s'adresser au coupable. « Je suis, dit-il, un aussi mauvais sujet qu'on peut le supposer; il m'arrive de voir un homme en attaquer un autre; tous deux me sont étrangers; le battu m'appelle comme témoin, le seul témoin, contre son agresseur[1]. J'ai été convaincu de parjure, et, si vous voulez, de vingt parjures; mais les parties sont si pauvres que ni l'une ni l'autre ne peut m'offrir la plus petite tentation. Qu'est-ce donc qui pourrait m'induire à rendre un faux témoignage? Rien. Quel danger y a-t-il à m'entendre? Aucun. Que s'ensuit-il, si on me rejette? Le triomphe de l'oppresseur. Or, un cas de cette nature n'a rien de singulier, ni d'improbable. » Les conséquences si graves qu'entraîne ce système doivent porter peut-être à adopter, contre l'avis de Boncenne (*Théorie de la procédure civile*, chap. XVIII), l'idée qu'on doit au moins recevoir, au civil comme au criminel (C. pén. art. 34 et 42), à titre de simples renseignements, c'est-à-dire sans prestation de serment, la déclaration des personnes auxquelles le législateur refuse la qualité de témoins. Cette opinion, qui met la loi civile en harmonie avec la loi criminelle, peut se justifier, soit par les termes généraux des articles précités, qui parlent de simples renseignements, de simples déclarations, sans distinguer quelle est la juridiction saisie; soit par cette considération qu'aucune

[1] Il faut supposer chez nous l'action intentée au civil; au criminel, il n'y a jamais d'exclusion totale.

exclusion absolue n'est prononcée, sous ce rapport, par le titre des enquêtes, où il n'est question que des parents, alliés ou conjoints. Nous verrons bientôt, en nous occupant de l'appréciation des témoignages, quelle est l'autorité de ces renseignements. Notre opinion, d'ailleurs, offre peu de danger, si tant est qu'il y ait du danger à entendre ce genre de déposition, puisque dans la plupart des cas[1] les condamnés seront reprochables, et ne pourront dès lors être entendus qu'avec l'assentiment de la partie intéressée[2].

228. Les reproches dont nous avons maintenant à nous occuper, et qui sont bien distincts des exclusions, étaient, nous l'avons dit, inconnus dans la législation romaine. Ce n'est pas qu'on n'ait voulu les étayer de l'autorité de cette législation; mais on ne l'a fait qu'en dénaturant le sens des textes. C'est ainsi qu'on a puisé dans un fragment de Callistrate (l. 3, pr. ff. *de testib.*) une partie des causes de reproches admises par nos anciens auteurs. Le jurisconsulte énumère, en effet, diverses circonstances qui rendent le témoignage plus ou moins suspect. Mais quelle est sa conclusion? *Tes-*

[1] Nous disons *dans la plupart des cas*, parce que le témoin frappé d'une peine correctionnelle ne peut être reprochable que s'il a été condamné pour vol (C. de proc. art. 283). Si l'incapacité de déposer peut résulter d'autres condamnations correctionnelles (C. pén. art. 42), ces condamnations, n'étant pas prévues par le Code de procédure, ne sauraient être une cause de reproche.

[2] Les traducteurs italiens combattent cette assimilation des matières civiles aux matières criminelles, parce que, suivant eux, le juge en matière civile, ne procédant point d'office et d'après sa conscience, ne peut s'arrêter, comme en matière pénale, à des indices, à des demi-preuves: il lui faut une preuve parfaite pour rendre un jugement définitif. Dès lors un *simple renseignement* n'a pour lui aucune valeur légale. Si ce système était fondé, il faudrait reconstituer, au civil du moins, la doctrine de l'ancienne jurisprudence qui enchaînait la conviction des magistrats par des règles *a priori*. Il est bien constant, au contraire, que dans l'appréciation d'une enquête le juge procède comme le ferait un juré, et que dès lors il n'a qu'une seule question à se faire: y a-t-il pour lui *intime conviction* de la vérité des faits? Or, le témoignage d'une personne réputée infâme, mais désintéressée dans l'espèce, peut évidemment faire naître cette intime conviction.

tium fides diligenter examinanda est. On trouve dans la novelle 90 (ch. VII) une exception qui ne fait que confirmer la règle. S'il y a procès criminel entre la partie et l'un des témoins, Justinien repousse ce dernier, *non adsit ad testimonium.* Mais, dans tous les autres cas, il faut recevoir le témoignage, sauf à le discuter : *procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quæstiones.*

Nos légistes ont mieux aimé trancher le nœud gordien. Ils ont voulu qu'on ne pût pas même avoir connaissance de la déposition du témoin reproché, méconnaissant cette vérité d'expérience, qu'un juge habile peut souvent faire sortir des renseignements utiles de dépositions qui paraissaient peu dignes de foi. Ne suffisait-il pas d'avertir, comme on le fait au criminel, des circonstances particulières qui permettent de révoquer en doute l'impartialité du témoin? La raison de Voltaire avait devancé sur ce point les théories des publicistes modernes. « Je pencherais, » dit-il (*Prix de la justice et de l'humanité*, fragment publié dans la *Gazette de Berne*, art. 22, § 4), « à croire que tout homme, quel qu'il soit, peut être reçu à témoigner. L'imbécillité, la parenté, la domesticité, l'infamie même, n'empêchent pas qu'on ait pu bien voir et bien entendre. C'est au juge à peser la valeur du témoignage et des reproches qu'on doit lui opposer. » Ici encore, les progrès qu'a faits l'instruction criminelle n'ont eu aucune influence sur la procédure civile, qui a été abandonnée à ses anciens errements. Nos anciens auteurs, du moins, étaient conséquents dans un système vicieux. Comme ils posaient en principe, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant, qu'un nombre déterminé de témoins opérait une preuve légale, ils étaient fondés à exiger que ces témoins fussent à l'abri de tout soupçon. C'est ainsi que Justinien voulait qu'il y eût *quinque testes idonei*, pour faire preuve du payement d'une dette constatée par écrit (l. 18, Cod. *de*

fid. instr.). Aujourd'hui que les témoignages sont pesés et non comptés, la théorie des reproches n'est plus qu'un vestige de doctrines surannées, en contradiction manifeste avec l'esprit du droit actuel. Aussi la loi de procédure de Genève (art. 188, 190), après avoir exclu les parents et alliés jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, se borne-t-elle à ajouter : « Toutes les autres personnes seront admises comme témoins, sauf aux parties à articuler et aux juges à apprécier les diverses circonstances corroboratives et infirmatives du témoignage. »

229. Le système des reproches n'est pas seulement vicieux dans sa base, il l'est également dans la mise en œuvre. L'exclusion des témoins, en la supposant fondée, devrait émaner de la justice, et non de l'intérêt ou des passions. Eh bien! la loi laisse à la partie attaquée la faculté d'accepter ou de repousser les témoins produits par l'adversaire. Bien plus, on les reprochera, même après leur déposition, peut-être alors parce qu'ils n'auront que trop bien dit la vérité, et qu'il sera plus facile de leur fermer la bouche que de les réfuter. Il est vrai que, pour pallier cet inconvénient, on veut (C. de proc. art. 282) qu'aucun reproche ne soit proposé après la déposition, s'il n'est justifié par écrit. C'est là une garantie contre les reproches imaginés par esprit de récrimination. Mais, puisque le motif est sérieux, pourquoi donc permettre à la partie de le tenir en réserve? Pourquoi lui laisser la faculté d'éliminer après coup tel ou tel témoignage? Il semble vraiment que la suppression d'une déposition, qui est peut-être fondamentale dans le procès, n'ait pas plus d'importance qu'une nullité d'exploit, dont on peut se départir à son gré. Enfin un dernier vice, qui tient à ce qu'il n'est pas permis au juge-commissaire de statuer sur les reproches, c'est que le témoin reproché est entendu dans sa déposition (*ibid.* art. 284). Or, le juge qui l'a entendu, siége lui-même pour la décision de l'affaire. Sans doute, ses collègues n'auront pas connaissance de

la déposition. Mais lui sera-t-il possible, à lui, d'effacer complétement de son esprit l'impression favorable ou defavorable qu'y auront laissée les paroles du témoin? On voit que ce système, dont le point de départ est erroné, n'a pas même le mérite d'être conséquent.

230. Les reproches étaient illimités dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1667 (titre XXIII, art. 1) exigeait seulement qu'ils fussent circonstanciés et pertinents. La faculté de rejet avait acquis une telle extension, qu'on aurait pu se demander, non plus quels étaient les témoins reprochables, mais quels étaient ceux qui pouvaient ne pas l'être. Ainsi on admettait comme motifs suffisants : le soupçon d'inimitié, allégation si vague et si élastique ; le soupçon de subornation, qui résultait de la pauvreté, d'après ce triste adage de Loysel (*Instit. coutum.* titre des preuves, art. 16) : « 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 celles de comédien ou de courtisane. Le parlement de Toulouse jugea, le 14 octobre 1656, qu'un témoin devait être reproché pour avoir battu son père, comme si ce tort de conduite privée impliquait nécessairement que sa déposition contre un tiers fût mensongère. Mais, par compensation, le même parlement jugea, le 18 mars 1667, que l'ivrognerie n'était pas une cause de reproche, parce que le vin est sincère, et fait souvent dire la vérité à ceux qui ne voudraient pas la dire : motif qui, s'il était fondé, conduirait directement à cette conclusion, qu'un bon juge doit faire boire les témoins.

Cette latitude indéfinie, qui donnait lieu à tant d'abus, existe-t-elle encore sous l'empire du Code de procédure? Des auteurs graves, notamment Toullier (tome IX, § 301 et suiv.), l'ont pensé; mais alors à quoi servirait l'énumération que fait l'article 283 du Code de procédure? Quand la loi détermine les per-

sonnes qui pourront être reprochées, avec l'indication précise des circonstances requises pour que le reproche soit fondé, est-il raisonnable de supposer qu'elle n'a entendu donner que des exemples? Avec un pareil système d'interprétation, on pourrait aussi bien soutenir que les ouvertures de requête civile, détaillées par l'article 480 du même Code, n'y sont indiquées que d'une manière démonstrative; ce que personne n'a jamais osé prétendre. Difficilement conciliable avec le texte, cette opinion est, de plus, en opposition évidente avec l'intention manifestée par les rédacteurs du Code de procédure, de spécifier les causes de reproches. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que plusieurs cours attaquèrent cette limitation, contraire à la marche de l'ordonnance de 1667. Ainsi, la cour de Turin proposait de modifier la rédaction, en disant : pourront être présentés *particulièrement* comme reproches, etc. Mais le conseil d'État n'eut point égard à ces observations. Après tout, on en reviendra, pour les cas omis, à ce qu'on aurait dû faire dans tous les cas, à la lecture publique de la déposition, sauf à faire ressortir dans les plaidoiries toutes les causes de suspicion légitime. Plusieurs décisions judiciaires, et spécialement un arrêt de cassation du 25 juillet 1826, ont déclaré limitative l'énumération faite par la loi. Il est vrai que des arrêts plus récents, dont quelques-uns émanés de la cour suprême (15 février 1837, 10 et 17 juin 1839), posent en thèse dans leurs motifs que l'article 283 n'est qu'énonciatif; mais il ne faut pas en conclure que la jurisprudence moderne admette tous les reproches reçus autrefois : la mendicité, l'inimitié personnelle, etc. Dans presque toutes les espèces sur lesquelles il a été statué, le témoin reproché avait un intérêt dans la cause. Or, si le législateur repousse l'héritier présomptif comme indirectement intéressé (art. 283, 4°), on comprend qu'il y ait lieu d'écarter *a fortiori* celui qui a un intérêt direct et immédiat.

231. Les reproches légaux se rattachent à trois chefs : aux relations de parenté ou d'alliance, à des présomptions de partialité puisées dans certains faits, enfin à une sorte d'infamie, en ce qui touche certains accusés ou condamnés.

232. Sous le premier point de vue, on peut reprocher les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties en ligne collatérale[1] jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Le Code de procédure est ici beaucoup plus modéré que l'ordonnance de 1667, suivant laquelle l'exclusion était absolue, et allait jusqu'au huitième degré. Mais, quand les liens de famille sont aussi relâchés qu'ils le sont à notre époque, n'est-ce pas encore aller bien loin que de ne s'arrêter qu'au delà du sixième[2]? Quoi qu'il en soit, le reproche, comme l'exclusion pour le même motif, embrasse les parents ou alliés cités contre moi, aussi bien que ceux qui seraient cités en ma faveur. Nous avons vu que, dans le système de la loi, les uns et les autres sont regardés comme suspects. L'article 283 ajoute : « Les parents ou alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants. En cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé de descendants, pourront être reprochés les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs. » Il résulte manifestement de ce texte, contre l'opinion de Toullier (tome IX, § 289), qu'on peut 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 ne sont cependant pas les alliés de la partie. On peut critiquer cette extension, et invoquer le principe qui a prévalu, dès le concile de Latran au XIII^e^ siècle, pour

[1] Nous ajoutons *en ligne collatérale*, parce qu'en ligne directe, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est plus d'un reproche, mais d'une exclusion absolue qu'il s'agit. (C. de proc. art. 268.)

[2] La loi de Genève s'arrête au troisième degré (n° 228).

les prohibitions de mariage : *affinitas non parit affinitatem* (voy. cependant Modestin, l. 4, § 3, ff. *de grad. et adfin.*). Mais les expressions de la loi sont trop formelles pour être susceptibles d'une autre interprétation. Elle distingue, en effet, si le conjoint de la partie est ou non mort sans laisser d'enfants, et elle déclare reprochables, dans l'un et l'autre cas, les *alliés du conjoint*, en faisant seulement varier le degré auquel s'arrête la faculté de reprocher le témoin. Il est presque inutile d'ajouter que rien ne doit empêcher l'admission des parents ou alliés, dans les cas où cesse même l'exclusion pour cause de parenté ou d'alliance, c'est-à-dire quand le témoignage domestique devient nécessaire, comme en matière de séparation de corps.

233. Sous le second point de vue, on peut reprocher : 1° le témoin héritier présomptif ou donataire. L'intérêt ou la reconnaissance l'enchaîne au succès de la cause de la partie qui le fait assigner ; 2° celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête. Ce motif est vivement critiqué par Boitard (sur l'article 283), comme injurieux pour l'honneur des témoins. Malheureusement l'expérience journalière ne vient pas à l'appui de cette généreuse réclamation. Les séductions de cette nature n'ont que trop de prise, même dans la sphère où s'agitent les intérêts les plus élevés. Sans doute, la suspicion vaudrait mieux que l'exclusion facultative. Mais alors on s'attaque à l'ensemble du système, que nous sommes loin de justifier. Une fois le système admis, ce motif de reproche, bien que peu honorable, est loin d'être inutile. Si jamais il convient de prendre les hommes tels qu'ils sont, et non tels qu'ils devraient être, c'est lorsqu'il s'agit de procédure ; 3° celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès. On peut craindre alors, soit un parti pris à l'avance en faveur du consultant, soit l'obstination de l'amour-propre, qui refuse de se démentir. Et il ne faut pas

entendre seulement par *certificats* les attestations officieuses et volontaires auxquelles on donne habituellement nom, telles que les certificats de maladie délivrés par un médecin. Lorsque les membres d'un conseil de famille ou d'un conseil municipal, bien qu'agissant dans l'exercice de leurs fonctions, ont attesté personnellement les faits en litige, ils ne se trouvent plus dans les conditions d'indépendance d'esprit nécessaires pour déposer en justice dans le système de la loi, et ils deviennent dès lors reprochables (rej. 2 juillet 1835; Montpellier, 13 juillet 1847). Il en serait autrement s'ils avaient seulement émis leur avis sur la question, sans rien attester personnellement (cass. 25 juillet 1826; Douai, 1er février 1847). On a également refusé et avec raison de considérer comme ayant donné un certificat l'officier public qui a reçu, dans l'exercice de ses fonctions, l'acte relativement auquel une enquête est ordonnée : par exemple, le notaire rédacteur d'un testament (cass. 23 novembre 1812); 4° les serviteurs et domestiques. On appelle proprement *serviteurs* ceux qui rendent des services matériels, comme les valets, femmes de chambre, etc., et *domestiques* ceux qui rendent des services d'un ordre plus relevé, comme les secrétaires, les bibliothécaires, etc. Telle était du moins l'ancienne langue. Mais, s'il est vrai que, dans l'une et l'autre hypothèse, il y a relation intime avec la personne et dès lors présomption de partialité, cette présomption a moins de force, quand les services rendus appartiennent à l'ordre intellectuel. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis la faculté de reprocher un commis (Rennes, 30 juillet 1840; Douai, 20 mai 1847), mais non le précepteur de l'enfant de l'une des parties, ou le clerc d'un notaire intéressé dans la cause (Bourges, 6 juin 1825; Riom, 28 novembre 1828). Il y a là, du reste, une question d'appréciation qui touche au fait bien plus qu'au droit. Ajoutons qu'en matière de séparation de corps, la même nécessité qui fait ad-

mettre les parents, empêche de reprocher les domestiques (C. civ. art. 251); ce qui doit s'entendre même des serviteurs.

254. Les reproches dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, ont un caractère purement relatif. Ceux dont il nous reste à parler, au contraire, supposent que le témoin est susceptible d'être repoussé dans toute espèce d'affaires, à raison d'une sorte d'infamie qui s'attache à sa personne. Ici s'appliquent encore dans toute leur force les observations de Bentham sur ce qu'a de contraire à la vérité et à la raison cette présomption absolue de mensonge. Sont reprochables, sous ce point de vue, le condamné à une peine afflictive ou infamante[1], ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol; bien plus, ceux qui sont en état d'accusation, c'est-à-dire qui ont été renvoyés devant la cour d'assises par la chambre des mises en accusation. On s'est demandé si la réhabilitation du condamné fait cesser la faculté de le reprocher. Il semblerait naturel de décider que, l'incapacité légale une fois effacée, l'espèce d'infamie qui motive le reproche se trouve anéantie. Mais rien n'indique dans les expressions de la loi, l'intention de mettre un terme à cette faculté (Caen, 23 juillet 1840). Autre chose est l'incapacité de déposer (sauf, suivant nous, les simples déclarations), que la réhabilitation fait effectivement cesser, et qui quelquefois même, notamment au cas de condamnation pour vol (C. pén. art. 401), cesse de droit au bout d'un certain temps; autre chose est la possibilité d'être reproché, qui n'est pas une déchéance encourue par le témoin, mais seulement une garantie pour la partie adverse, garantie à laquelle la loi n'assigne pas de terme.

255. Les témoins âgés de moins de quinze ans ne

[1] Le condamné pour crime, s'il n'encourt qu'une peine correctionnelle par suite de l'admission de circonstances atténuantes, ne saurait, dans le silence de la loi, être considéré comme reprochable (rej. 18 février 1845).

sont point reprochables (C. de proc. art. 285). Ils sont entendus, sauf au tribunal à tenir compte de leur âge. Malgré les doutes élevés sur ce point par plusieurs auteurs, nous pensons qu'il faut appliquer ici, par identité de motifs, l'article 79 du Code d'instruction criminelle, qui écarte la prestation de serment. Cette formalité, déjà trop prodiguée chez nous, devient véritablement dérisoire, quand on l'impose à des enfants, qui n'en comprennent pas l'importance.

256. Dans les cas prévus par la loi, le reproche peut-il être admis ou rejeté, au gré du juge? L'opinion qui veut que les reproches soient illimités, admet, par voie de conséquence (voy. Toullier, tome IX, § 297 et suiv.; rej. 2 janvier 1843, et plusieurs arrêts de cours d'appel, notamment Riom, 30 mai 1844; Poitiers, 25 avril 1850), que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire relativement aux reproches proposés : autrement, les parties imagineraient tous les jours de nouveaux motifs de rejet contre les témoins. Mais ceux qui pensent comme nous que l'article 283 est limitatif, n'ont pas à craindre ce danger de l'arbitraire, que l'opinion contraire se crée à plaisir. Sans doute, il vaudrait beaucoup mieux laisser au juge un pouvoir discrétionnaire. Malheureusement cette opinion ne nous paraît point compatible avec l'article 291, suivant lequel, si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne doit pas être lue. Admettre les reproches sans connaître la déposition des témoins, c'est évidemment se prononcer *a priori* d'après une règle légale, et non après examen des faits. C'est bien ainsi que la cour d'appel de Turin comprenait le projet, lorsqu'elle disait dans ses observations : « Nous pensons, contre les auteurs du projet, que la déposition de tous les témoins doit toujours être lue et appréciée par les juges, dans leur sagesse. » Or, le projet n'a subi aucune modification en ce sens au conseil d'État. Il ne faut donc pas hésiter à reconnaître qu'en restrei-

gnant les reproches à des cas déterminés, l'article a entendu établir une obligation, et non pas une faculté pour le juge. De nombreux arrêts de cours d'appel et un arrêt de rejet, rendu par la chambre civile le 12 janvier 1848, se sont prononcés dans ce dernier sens.

257. Les reproches sont discutés à l'audience, lorsque l'enquête a été levée et signifiée par la partie la plus diligente; s'ils ne sont établis que par témoins, il y a lieu à une nouvelle enquête, qui se fait sommairement, c'est-à-dire devant le tribunal (C. de proc. art. 287-290). Les témoins entendus dans cette nouvelle enquête devaient-ils pouvoir être reprochés? La logique conduirait à répondre affirmativement sans distinction; car pourquoi serait-on reçu plus facilement à établir les motifs de reproches qu'à prouver les faits principaux? Mais, si on admettait de troisièmes témoins à venir déposer sur les reproches adressés aux seconds témoins qui reprochent les premiers, pourquoi ne pourrait-on pas de même articuler contre ces troisièmes témoins des reproches, qui donneraient lieu à une quatrième enquête, et ainsi de suite à l'infini? On a senti qu'il fallait s'arrêter sur cette pente glissante. Aussi n'admet-on, contre les témoins produits dans la seconde enquête, dans celle qui a lieu sommairement sur les reproches, que des reproches justifiés par écrit (*ibid.* art. 290). C'est là un expédient sans doute plutôt qu'un moyen régulier de sortir d'affaire; mais procéder autrement, c'eût été s'engager dans une voie sans issue. Ce qu'il y a de certain, c'est que les conséquences du système en accusent le vice.

§ 4. *Appréciation des témoignages.*

238. Cette vérité de sens commun, qu'il faut peser les témoignages et non les compter, a été proclamée par les jurisconsultes romains, qui, comme nous l'avons vu, n'admettaient pas un système de preuves légales. Effacée pendant bien des siècles, cette vérité

n'a été remise en honneur chez nous que depuis cinquante ans. Il a fallu une révolution complète dans la législation pour qu'on en revînt aux notions simples et raisonnables, que la force de l'habitude et des préjugés avait étouffées chez les meilleurs esprits.

239. Les règles techniques sur la preuve testimoniale, imaginées ou du moins développées par les docteurs du moyen âge, sont de deux natures. Elles tendent, ou à exiger absolument certaines conditions pour que la conviction légale puisse exister, ou, ce qui est plus exorbitant, à créer dans certains cas une conviction légale factice, lors même que la véritable conviction n'existerait pas.

240. C'est des règles de la première nature que tire son origine la maxime souvent répétée : *Je suis convaincu comme homme, mais je ne le suis pas comme juge.* Cette distinction n'aurait rien que de raisonnable, si on entendait seulement dire que telle probabilité, qui est admise comme preuve dans les relations ordinaires de la vie, ne saurait avoir la même force en matière judiciaire. Mais si on veut dire, et c'est en ce sens que la maxime était entendue autrefois, qu'en l'absence de certaines conditions déterminées, le juge ne doit pas se décider à croire, malgré l'intime conviction qu'il éprouve, on met la loi en opposition avec le sens commun.

241. La plus célèbre des exclusions, motivées sur ce que le témoignage est réputé insuffisant *a priori*, c'est celle qui consiste dans l'exclusion d'un témoin unique. L'idée sur laquelle repose cette exclusion est le danger de s'en rapporter à un seul homme, quand il y a déjà tant de chances de fraude ou d'erreur dans les dépositions conformes de plusieurs. Mais que peut-on conclure de là? Qu'une déposition isolée ne doit être accueillie qu'avec la plus grande circonspection. Telle paraît avoir été aussi l'opinion des Romains, du moins jusqu'à l'époque du Bas-Empire. Valère Maxime

(liv. IV, chap. 1er, § 11) nous rapporte que Q. Scævola (peut-être le jurisconsulte Q. Mucius) disait, après avoir déposé dans une affaire : « Ita sibi credi oportere, « si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio « aliquem credere pessimi esset exempli. » Et ces paroles nous sont citées comme une preuve de modestie : éloge qui n'aurait pas de sens, si l'exclusion d'un témoin unique avait été imposée par la loi. Quintilien (338e déclamat.) invoque également la circonstance qu'un témoin est unique, comme moyen oratoire, et nullement comme argument légal. Quant aux textes des jurisconsultes, on y retrouve sans cesse le principe qu'il ne faut pas s'attacher au nombre des témoins. « Non ad multitudinem testium respici oportet, » dit Arcadius (l. 21, § 3, ff. *de testib.*), « sed ad sinceram « testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux « veritatis adsistit. » Or, un témoignage isolé peut être empreint d'un caractère frappant de vérité, qui manquerait à des témoignages nombreux, mais suspects. Si on lit dans un décret impérial cité par Paul (l. 20, ff. *de quæst.*), *unius testimonio non esse credendum*, il faut remarquer que le témoin dont il s'agissait dans l'espèce, était suspect, comme fils de l'affranchi de la partie qui le produisait en sa faveur. Le décret peut donc avoir statué plutôt en fait qu'en droit. Un autre texte, dont on a singulièrement abusé, c'est la loi 12, ff. *de testibus*. « Ubi numerus testium non adjicitur, » dit Ulpien, « etiam duo sufficient. » Donc, s'est-on écrié, deux témoins peuvent suffire, mais il en faut au moins deux. Mais la pensée du jurisconsulte se trouve éclaircie par ce qui suit : « Pluralis enim elocutio duo- « rum numero contenta est. » Ulpien fait manifestement allusion à des lois spéciales qui exigeaient au pluriel *des témoins*, probablement dans des actes extrajudiciaires, et décide, comme on le ferait encore aujourd'hui, que deux suffisent. Mais il n'y a là aucun principe général sur le nombre des témoins requis en justice.

Ce n'est que sous Constantin que nous voyons l'exclusion nettement formulée ; et encore l'empereur n'en vint-il là qu'à la suite d'une première constitution, qui recommandait seulement aux juges d'être circonspects : « Simili modo sanximus (l. 9, § 1^er^, C. *de testib.*) ut « unius testimonium nemo judicum in quacumque « causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste san- « cimus, ut unius omnino testis responsio non audia- « tur, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat. » C'est donc au Bas-Empire qu'appartient l'introduction de la maxime *testis unus, testis nullus*, ou, comme le dit Loysel (*Instit. coutum.* tit. des preuves, § 10), *voix d'un, voix de nun.* Le droit canonique proclama également cette maxime, en se fondant soit sur l'autorité des lois romaines, soit sur celle de la Bible, où on lit dans le Deutéronome (ch. XIX, vers. 15) : « Non stabit testis « unus contra aliquem, quidquid illud peccati et faci- « noris fuerit : sed in ore duorum aut trium testium « stabit omne verbum. » Mais cette règle, utile chez un peuple grossier, qui avait besoin d'être guidé par des prescriptions positives et littérales, ne méritait pas plus d'être transportée chez les peuples modernes, que tant d'autres préceptes de la loi mosaïque dont le caractère local et temporaire n'est pas contesté. Ce fut cependant d'après ces autorités que les Décrétales érigèrent en règle absolue l'exclusion d'un témoin unique, fût-il évêque ou même archevêque ; le pape seul avait le privilége d'en être cru sur sa déclaration (voy. Cujas, comment. sur les Décrétales, tit. *de testibus*, ch. XXVIII). Notre ancienne pratique française a toujours été en ce sens. « Le témoignage d'un seul témoin, » dit Pothier (*Oblig.* n° 818) « ne peut faire une preuve, quelque digne de foi qu'il soit, et en quelque dignité qu'il soit constitué. Mais un témoin unique fait une semi-preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quelquefois, dans des matières très-légères, compléter la preuve. C'est sur ce principe que notre coutume

d'Orléans, article 156, décide que, lorsque quelqu'un a laissé paître ses bêtes dans l'héritage d'autrui, et qu'elles y ont fait dommage, la preuve de l'obligation résultante de ce dommage peut se faire par un témoin et le serment du demandeur, pourvu qu'il ne prétende pas plus de vingt sous, si le dommage a été fait de jour, et de quarante sous, si le dommage a été fait de nuit. » On voit que la dérogation est faible et de nature à peu compromettre le principe. Aujourd'hui, bien qu'aucun texte de nos lois civiles ne revienne expressément sur la maxime *testis unus, testis nullus,* bien que le système de l'intime conviction n'ait été proclamé qu'au criminel (C. d'instr. crim. art. 342), nul n'hésite à considérer le juge comme dégagé de cette ancienne restriction, par cela seul qu'elle n'a pas été reproduite. Cette idée qu'on peut tout faire impunément en présence d'un seul homme, est trop déraisonnable pour qu'on la suppose tacitement maintenue [1]. Elle était, du reste, moins favorable à l'humanité qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord ; à défaut de témoignages suffisants, il fallait obtenir un aveu, et pour l'obtenir à tout prix dans les cas graves, on avait recours à la torture. C'est ainsi qu'une doctrine trop relâchée finissait par conduire à une excessive rigueur. Rien de pareil aujourd'hui : le tribunal qui s'attacherait trop facilement à un seul témoignage, pourrait mal juger ; mais sa décision, ne violant aucune loi, ne saurait donner prise à un recours en cassation (voir un arrêt de rejet du 22 novembre 1815).

[1] On retrouve cependant encore l'exclusion d'un témoin unique, non-seulement dans les législations allemandes, toujours si attachées aux précédents, mais même dans le Code hollandais de 1838, calqué en grande partie sur notre Code civil : « La déposition d'un seul témoin, » dit l'article 1942 de ce Code, « dénuée de tout autre moyen de preuve, ne fait pas foi en justice. » En Angleterre, on exige deux témoins dans certaines matières civiles (Blackstone, liv. III, ch. XXII, § 4) ; mais ce sont là des cas tout à fait exceptionnels : partout où intervient le jury, la règle de l'intime conviction exclut la maxime *testis unus, testis nullus.*

242. Si la règle de l'exclusion d'un témoin unique n'était pas parfaitement raisonnable, un principe bien autrement dangereux, c'était celui qui, créant une conviction légale toute factice, voulait, au contraire, que la déposition conforme de deux témoins non suspects entraînât forcément condamnation. Ici l'application des textes du *corpus juris* était complétement faussée; car jamais pareille erreur logique ne fut professée à Rome, ni même à Constantinople. Voulût-on appliquer aux témoins judiciaires la loi 12, ff. *de testibus*, suivant laquelle deux témoins suffisent, *etiam duo sufficient*; il en résulterait la possibilité de condamner sur le rapport de deux témoins, mais nullement l'obligation de le faire. Le nombre n'est jamais pour les jurisconsultes romains qu'un des éléments d'appréciation. *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem* (Callistr. l. 3, § 3, ff. *de testib.*). Quant à l'Écriture sainte, dont l'interprétation eut encore ici une influence sensible sur notre ancienne procédure, empruntée en grande partie au droit canonique, le texte du Deutéronome que nous avons cité, exclut bien un témoin unique, mais ne paraît nullement imposer l'obligation de prononcer conformément à la déclaration d'un certain nombre de témoins. Fallût-il le prendre à la lettre, les expressions *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* auraient exigé du moins qu'on allât jusqu'au nombre trois, avant de proclamer un résultat aussi exorbitant que la foi obligée au témoignage. Pothier, si judicieux d'ordinaire, admet cependant encore sans hésiter cette singulière doctrine, qui place l'infaillibilité dans le témoignage de deux hommes, en même temps qu'elle ne voit qu'erreur dans le témoignage d'un seul. Il suppose (*Oblig.* n^os^ 818 et 819) que deux personnes déclarent, l'une avoir vu prêter une somme d'argent, l'autre avoir entendu avouer le prêt : « Le prêt se trouve donc attesté par deux témoins, et par consé-

quent pleinement prouvé. Quoique deux témoins, » ajoute-t-il, « suffisent pour faire la preuve d'un fait, néanmoins, comme la partie qui a été admise à la preuve n'est pas assurée de ce que les témoins déposeront, elle en peut faire entendre jusqu'à dix sur un même fait : l'audition de ceux qu'elle aurait fait entendre au delà de ce nombre, ne doit pas passer dans la taxe des dépens qui lui auraient été adjugés (Ord. de 1667, tit. XXII, art. 21). » Il en est de même aujourd'hui pour ce qui excède le nombre de cinq. Le Code de procédure (art. 281), craignant que la multiplicité des faits à prouver n'imposât des frais trop onéreux à la partie adverse, a été encore plus sobre d'allocations que l'ordonnance de 1667. Mais il est clair qu'on peut toujours assigner à ses frais un plus grand nombre de témoins. Aujourd'hui cette question de tarif est la seule dont on ait à se préoccuper, en ce qui touche le nombre des dépositions. Car, si l'exclusion d'un témoin unique est suffisamment abolie par le silence de nos Codes, il en est de même à plus forte raison de la foi tout artificielle qu'une fausse interprétation des textes attachait au rapport de deux hommes. Dans le droit commun allemand, si le premier de ces principes est encore en vigueur, le second du moins est aujourd'hui abandonné, si toutefois il y a jamais été suivi (voy. M. Mittermaier, *de la Preuve en matière criminelle*, ch. XLV).

243. L'application du calcul à la preuve testimoniale avait été poussée plus loin. Outre les deux règles principales, dont l'application était bien simple, puisqu'un seul témoignage était repoussé, tandis que deux faisaient pleine foi, quelques-uns admettaient encore un calcul de fractions. Ainsi, le parlement de Toulouse voulait bien, contre le prescrit de l'ordonnance de 1667, que le tribunal prît connaissance des dépositions des témoins reprochés; mais, au lieu d'en venir à la libre appréciation du juge, seule conséquence raisonnable de ce système, il établissait une évaluation

mathématique de la valeur de chaque témoignage suspect, considéré comme partie aliquote d'un témoignage irréprochable. « Le parlement de Toulouse, » dit Rodier (sur l'ord. de 1667, tit. XXIII), « a une façon particulière de juger les reproches et les objets [1] : il les admet quelquefois selon leur différente qualité, de façon qu'ils n'emportent pas la déposition du témoin en entier, mais qu'elle subsiste pour un huitième, pour un quart, pour la moitié, pour les trois quarts; et une déposition ainsi réduite de valeur a besoin du secours d'une autre pour devenir entière; par exemple, si, sur les dépositions de quatre témoins objectés, deux sont réduites à la moitié, cela fait un témoin; si la troisième est réduite au quart, et la quatrième aux trois quarts, cela fait un autre témoin, et par conséquent il se trouve une preuve suffisante de témoins, quoique tous aient été objectés, et souffert quelque atteinte des objets proposés. » De même, lorsque les femmes eurent été admises à témoigner par une ordonnance de Charles VI du 15 novembre 1394 [2], on fut longtemps avant de considérer leur déposition comme équivalant à celle d'un homme. Bruneau (*Observat. crim.* tit. VIII, n° 40), bien que contemporain de M^me^ de Sévigné, ne craignait pas d'écrire en 1686 que la déposition de trois femmes ne vaut que celle de deux hommes. A Berne, jusqu'en 1821, dans le canton de Vaud, jusqu'en 1824, il fallait le témoignage de deux femmes pour contrebalancer celui d'un homme. Encore négligeons-nous les sous-distinctions qui venaient compliquer le système, par exemple, le principe qu'une vierge méritait plus de confiance qu'une veuve, *magis creditur virgini*

[1] *Objets* signifient ici *objects*, objections; ce qui est synonyme de reproches.

[2] Beaumanoir nous apprend en effet (ch. XXXIX, § 34) que de son temps les femmes étaient reprochables : « Dames qui sunt atraites en tesmongnages, ne doivent pas estre recheues, se eles sunt débatues de celi contre qui eles sunt traites, por nul estat que eles aient, soit qu'eles soient veves, ou mariées, ou puceles. »

quam viduæ (Farinacius, *de opp. contra dicta testium*, quest. 65, § 180).

Lorsqu'on disait jadis que telle personne n'était apte qu'à faire une simple déclaration, qu'à donner de simples renseignements, cette restriction avait une haute importance, puisqu'elle indiquait qu'une déposition de cette nature ne pouvait jamais être une unité, mais tout au plus une fraction, dans le calcul légal des témoignages. Aujourd'hui, au contraire, quand l'article 285 du Code de procédure nous dit que les individus âgés de moins de quinze ans révolus seront entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison, il n'y a là qu'un avertissement pour le juge d'être circonspect. Mais s'il est intimement convaincu que le mineur de quinze ans dit la vérité, rien ne l'empêche de se décider d'après sa déclaration, fût-elle isolée.

244. Bentham, qui critique avec tant d'énergie ces déplorables procédés de nos vieux légistes, propose lui-même, pour l'appréciation de la force des témoignages, un expédient auquel on est fondé à adresser les mêmes reproches. « Représentez-vous, » dit-il (*Preuves judiciaires*, liv. I, ch. XVII), « l'image d'une échelle divisée en dix degrés : elle a un côté *positif*, sur lequel on inscrit les degrés de persuasion positive, c'est-à-dire affirmant l'existence du fait en question, et un côté *négatif*, sur lequel on inscrit les degrés de persuasion négative ; c'est-à-dire niant l'existence du même fait ; au bas de l'échelle est *o*, par lequel on dénote l'absence de toute persuasion pour ou contre. Le témoin dit : ma persuasion est de cinq degrés ou de dix degrés du côté positif, de dix degrés ou de cinq degrés du côté négatif, comme, en parlant de la température indiquée par le thermomètre, on dit : le mercure est à dix degrés au-dessus ou au-dessous de zéro.... Suivez les progrès de l'esprit humain : on cherche en tout à donner à d'anciennes mesures un degré additionnel de perfection. L'électromètre, le calorimètre, le photomètre, sont des

productions de nos jours. La justice demande-t-elle donc moins de précision que la chimie ? » Cette découverte de Bentham a excité fort peu d'enthousiasme. On a senti que son *testimoniomètre* n'était pas moins arbitraire que le calcul des fractions usité jadis à Toulouse. La persuasion positive ou négative n'est pas susceptible de se résoudre ainsi en chiffres. Soumise au scalpel de l'analyse, l'intime conviction se flétrit ; de même que les fleurs d'un herbier se dessèchent et perdent leurs vives couleurs.

245. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question que d'une certitude morale, les conseils qu'il convient de donner au juge, au cas de collision des témoignages, seront, comme à Rome, fondés uniquement sur le bon sens et sur l'observation. C'est ainsi que les témoins qui déposent *de visu* méritent plus de confiance que ceux qui déposent seulement *ex auditu*. « Un seul œil, » dit Loysel (*Inst. cout.* tit. des preuves, § 3), « a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi*. » A plus forte raison devra-t-on admettre avec une extrême circonspection les dépositions qui ne reposent que sur des ouï-dire (nos 192 et 193). « Ouïr-dire va par ville, » dit le même auteur (*ibid.* § 2), « et en un muid de cuider n'y a point plein poing de savoir. » On a fait une foule de remarques de cette nature ; mais ce ne sont là, après tout, que des indications, et non des préceptes positifs. Ceux qui voudraient de plus amples détails, peuvent consulter dans Toullier (à la fin du tome IX) le chapitre *de la collision des témoignages*, où ils trouveront un résumé assez complet des observations, souvent plus morales que scientifiques, faites par nos anciens auteurs sur la crédibilité des témoins.

§ 5. *Influence de l'enquête sur la décision définitive.*

246. Si les dépositions des témoins paraissent concluantes au juge, sera-t-il par cela même obligé de donner gain de cause sur la question en litige à la partie à laquelle l'enquête a été favorable ? Cette ques-

tion se rattache à une question plus large, qui consiste à savoir en quel sens on peut dire que le juge n'est pas lié par un jugement interlocutoire, tel que celui qui dans l'espèce a ordonné l'enquête.

247. Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas de soutenir, ce qui n'a jamais été soutenu dans la jurisprudence, que le tribunal ait le droit de revenir sur un interlocutoire prononcé, et de le rétracter par une sorte de caprice. Il est vrai qu'on disait à Rome (Cels. l. 13, ff. *de re judic.*) : *Quod jussit vetuitve judex, contrario imperio tollere et repetere licet : de sententiis contra.* Mais ce texte ne s'appliquait, comme l'indique assez la réserve faite pour les sentences, qu'à des ordres donnés incidemment, lorsque l'action était arbitraire; ordres qui, de même que nos jugements préparatoires, n'avaient aucun caractère irrévocable. Lorsque, au contraire, une décision prononcée contradictoirement préjuge le fond, il est clair que le tribunal, qui l'a rendue en connaissance de cause, est, tout aussi bien que les parties, obligé de l'exécuter. La loi 13 *de re judicata* ne pourrait s'appliquer qu'aux décisions prescrivant d'office l'administration de telle ou telle preuve. En conséquence, lorsqu'un tribunal a ordonné une enquête, et que la partie contre les conclusions de laquelle a été rendu le jugement interlocutoire, ne l'a point attaqué ou l'a vainement attaqué par les voies de recours légal, on ne peut plus remettre en question l'admissibilité de l'enquête, mais seulement en débattre les résultats (rej. 8 janvier 1829; cass. 28 mai 1836). Si on trouve quelquefois dans d'anciens auteurs la règle que l'interlocutoire ne lie pas le juge appliquée dans le sens de la loi 13 *de re judicata*, c'est qu'autrefois la signification des mots *interlocutoire* et *préparatoire* n'était pas bien fixée, et qu'on les employait l'un pour l'autre. La pensée de ces auteurs, quelque équivoques que fussent leurs expressions, n'allait pas au delà des décisions purement préparatoires.

248. Ce n'est pas là qu'est la difficulté. Elle est tout entière dans l'influence que devra exercer l'interlocutoire sur le jugement définitif. Des auteurs distingués ne paraissent pas concevoir qu'on puisse élever des doutes sur la plénitude de cette influence. « Le tribunal, » dit Boitard (sur l'art. 452 du Code de procédure), « en m'admettant à prouver par témoins l'existence de l'obligation contestée, et en m'y admettant malgré votre opposition, reconnaît et annonce par là même, implicitement, si vous voulez, mais du moins très-clairement, que, si les témoins déposent avec des caractères suffisants de vérité, vous serez condamné à me rembourser la somme. » Mais cette proposition nous semble beaucoup trop générale. L'admission de la preuve testimoniale suppose la solution affirmative de deux questions, l'une de fait, l'autre de droit : 1° les faits sont-ils admissibles; 2° la loi en permet-elle la preuve (C. de proc. art. 253)?

Quant à la question de droit, dont Boitard paraît surtout préoccupé, il a parfaitement raison; le tribunal ne peut se dégager, une fois qu'il a proclamé la preuve testimoniale permise ou proscrite par la loi. Il peut encore moins appartenir aux parties, qui avaient la faculté d'interjeter appel, de demander au tribunal de se déjuger (rej. 12 janvier 1836).

Mais il en est autrement en ce qui touche l'admissibilité des faits. C'est ici que la maxime a été appliquée, et que nos anciens auteurs ont constamment décidé que le juge, en ordonnant la preuve de certains faits, ne s'engage point par cela même à subordonner sa sentence définitive au résultat de l'enquête[1]. « Dans tous

[1] Remarquons cependant qu'il ne faut pas confondre avec un jugement véritablement interlocutoire, celui qui pose les bases des condamnations à prononcer, tout en nommant des experts ou des arbitres pour en fixer le montant. Un pareil jugement ne se contente pas de préjuger, il juge, et doit dès lors être considéré comme définitif, quant aux bases établies (rej. 12 avril 1847). Aussi est-il prudent, pour éviter toute diffi-

les temps et dans tous les pays, » dit Merlin (*Répert.* v° *Jugement*, § III), « on a constamment tenu pour maxime qu'après avoir ordonné la preuve d'un fait, qui lui paraissait décisif, le juge, qui reconnaît que ce fait est indifférent, peut prononcer contre la partie même qui a fait la preuve. « En effet, » dit Duparc-Poullain (*Principes du droit*, tome IX, page 494), « tout juge qui ordonne un genre d'instruction est toujours présumé s'être réservé la liberté de juger entre les parties suivant l'équité, et conséquemment de conserver tous leurs droits jusqu'au jugement définitif. Il n'y a souvent qu'une instruction parfaite qui puisse développer au juge le vrai point de décision; et si on lui ôtait la liberté de s'écarter du préjugé qu'il a lui-même établi par un interlocutoire, lorsque l'instruction était imparfaite, on le placerait dans la nécessité de commettre une injustice, quelque pures qu'eussent été ses intentions, lorsqu'il l'aurait rendu. »

Il est certain que les conclusions des parties intéressées peuvent donner aux faits une gravité apparente, qui s'évanouit, dès que la déposition des témoins, tout en confirmant l'existence de ces mêmes faits, les présente sous leur véritable jour. De plus, l'enquête doit être combinée avec l'étude approfondie de tous les documents de la cause, dont le juge n'est jamais présumé s'être dessaissi. C'est ainsi qu'il a été décidé (Toulouse, 2 janvier 1841) qu'après avoir ordonné la preuve par témoins de faits établis par titres, sur le motif que les titres n'étaient pas suffisants, on avait pu ensuite, bien que l'enquête eût été annulée, reconnaître les faits comme suffisamment établis par les titres mêmes. On a jugé également, en matière criminelle (cass. 28 mai 1836), qu'après avoir été admis à la preuve d'un fait justificatif du délit, un prévenu avait dû, bien qu'il eût établi

culté dans les cas douteux, de déclarer, lorsque l'on ne veut rendre qu'un jugement interlocutoire, qu'il est statué *avant faire droit et sans rien préjuger au fond* (rej. 29 mars 1836).

le fait, être condamné, s'il était constant, après mûr examen, que le fait n'était pas justificatif. Une foule de décisions ont été rendues dans le même sens. Et qu'on ne dise pas que cette doctrine tend à confondre les jugements interlocutoires avec ceux qui ne sont que préparatoires, puisque le fond ne serait pas préjugé. D'abord il y a toujours préjugé pour la question de droit; et de plus, il suffit qu'en fait l'enquête ait une influence considérable sur le résultat du procès, quand même cette influence ne serait pas absolue, pour que le jugement qui l'ordonne ait un caractère à part, et puisse dès lors être frappé d'un appel immédiat. Après tout, le tribunal, en ordonnant une mesure qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, peut donner des espérances à la partie qui a réclamé cette mesure, mais il ne contracte ni ne doit contracter aucun engagement envers elle. Autre chose est de déclarer une enquête légale et admissible; autre chose est de s'astreindre à prononcer aveuglément d'après les données de l'enquête, quelques lumières que puisse faire jaillir d'ailleurs un examen plus approndi de la cause. Entendue de cette manière, la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge est loin de mériter le dédain avec lequel elle a été accueillie par les esprits qui n'en ont pas bien saisi le sens pratique. La marche la plus conforme à une saine théorie n'est-elle pas celle qui, au lieu d'enchaîner le juge à une seule voie d'information, lui conserve le plus longtemps possible son indépendance : *non ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere* (Callistr. l. 3, § 2, ff. *de testib.*)?

DEUXIÈME FORME DE L'ENQUÊTE.

Enquête orale.

249. L'audition des témoins devant un juge-commissaire chargé de rédiger par écrit leurs dépositions, n'a lieu ni dans certaines matières civiles, où l'enquête est

qualifiée de *sommaire*, ni dans les débats criminels. Parlons d'abord des enquêtes civiles orales, dans l'organisation desquelles les formes de l'enquête ordinaire ont laissé plus de traces, tandis que la marche plus libre de la preuve testimoniale au criminel est régie par des principes qui lui sont propres.

I. *Enquête orale au civil, dite sommaire.*

250. L'usage d'entendre les témoins à l'audience, s'est toujours maintenu dans les juridictions consulaires, dégagées des formes techniques par la nature même de leur institution. L'utilité incontestable de cette marche pour les affaires les plus simples porta les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 (tit. XVII, art. 8) à introduire devant les tribunaux proprement dits l'enquête orale pour les matières sommaires, malgré les réclamations du président Lamoignon, qui invoquait, pour repousser cette innovation partielle, les mêmes motifs qu'on a invoqués de nos jours pour justifier l'enquête écrite en matière ordinaire. L'expérience toutefois a été favorable à cette disposition de l'ordonnance reproduite par notre Code de procédure. De plus, la loi du 6 octobre 1790, qui a organisé le mode de procéder en justice de paix, a fait une troisième application de l'enquête sommaire. Il faut avouer, dans ce dernier cas, qu'il eût été difficile de suivre une autre marche, puisque, le juge étant unique, il eût été frustratoire de l'investir de la qualité de commissaire.

251. Les matières sommaires, qui donnent lieu devant les tribunaux civils à la simplification de l'enquête, sont, outre les questions faciles ou urgentes dont on trouve l'énumération dans l'article 404 du Code de procédure, toutes celles sur lesquelles ces tribunaux peuvent statuer en dernier ressort, aux termes de l'article 1^er^ de la loi du 11 avril 1838. Ainsi aujourd'hui toutes les affaires jugées sans appel sont sommaires ;

mais la réciproque n'est pas vraie, puisque, dans la plupart des cas prévus par l'article 404, l'affaire est sommaire par sa nature, quelle qu'en soit du reste la valeur.

252. La première simplification introduite par la loi en ces matières, c'est qu'il n'est pas besoin d'articuler les faits préalablement (C. de proc. art. 407). Mais cette dispense ne doit pas se prendre à la lettre. Comment le juge pourrait-il déclarer la preuve admissible, si les faits n'étaient pas posés? On a voulu seulement écarter la signification de conclusions spéciales, avec un délai de trois jours pour les contester. Il n'en est pas moins nécessaire que les faits soient articulés à l'audience lors des plaidoiries, et consignés dans l'acte ordinaire qui contient les conclusions, afin qu'ils puissent être débattus contradictoirement avec l'adversaire.

Les délais rigoureux prescrits dans l'enquête écrite, soit pour la commencer, soit pour la terminer, sont inapplicables à l'enquête orale. Le jugement interlocutoire, qu'il n'est pas besoin de signifier (sauf le cas de défaut), fixe directement le jour où les témoins doivent comparaître. Il n'est pas nécessaire que la prorogation de délai, s'il y a lieu, soit demandée au jour fixé pour l'audition des témoins, puisqu'il n'y a point ici de délai déterminé, et que d'ailleurs le Code de procédure (art. 413) ne reproduit point en matière sommaire la disposition de l'article 279 (Douai, 14 septembre 1844).

253. La règle qui prescrit l'audition des témoins à l'audience en matière sommaire, est d'ordre public, comme tendant à assurer la prompte expédition des affaires et à réduire les frais. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, le 1er août 1832.

Quant au mode de rédaction du procès-verbal d'enquête et aux énonciations qu'il doit contenir, c'est là une matière de pure procédure, que nous avons traitée ailleurs (*Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. II, n° 1320).

254. Bien que simplifiées, les enquêtes sommaires ne sont pas encore dégagées de toutes les prescriptions arbitraires de notre vieille procédure. On y retrouve (*ibid.* art. 413), non-seulement la prohibition d'entendre, soit les conjoints des parties, soit les parents et alliés en ligne directe, mais encore la vicieuse pratique des reproches. Une grave controverse s'élève sur l'application de cette pratique en matière sommaire. On se demande si le témoin reproché doit être néanmoins entendu à l'audience, comme il le serait devant un juge-commissaire (*ibid.* art. 284); ou s'il ne faut pas dire, au contraire, que sa déposition ne sera pas entendue, de même qu'elle n'est pas lue en matière ordinaire (*ibid.* art. 291). On invoque, en faveur de la première opinion, les termes de l'article 414, où il est prescrit que le témoin *déclare* s'il est parent, allié, serviteur ou domestique des parties : preuve évidente, dit-on, que sa déposition peut être reçue en pareille circonstance. On fait surtout remarquer que dans les causes sujettes à appel, celles auxquelles s'applique précisément l'article 414, il sera peut-être impossible d'entendre une seconde fois les témoins, si le reproche est définitivement repoussé par le tribunal supérieur, et qu'au moins pour ce cas, il serait convenable de recevoir leur déposition, sauf à en faire tel usage que de droit. Nous concevrions cette opinion, si la déposition du témoin reproché pouvait avoir quelque influence sur la décision du tribunal, qui le fait comparaître devant lui. Mais tout le monde convient que le législateur, qui renvoie ici aux règles sur les reproches et sur la manière de les juger, n'a pas entendu s'écarter de la marche ordinaire. Vouloir dès lors que les juges reçoivent la déposition d'un témoin, et qu'ils fassent ensuite complétement abstraction de l'impression qu'elle aura laissée dans leur esprit, c'est exiger l'impossible. Il est déjà assez fâcheux que le juge-commissaire soit appelé habituellement à prononcer après avoir entendu le témoin reproché, sans

aggraver encore cet abus, en mettant ici le tribunal tout entier dans cette fausse position. L'inconvénient accidentel qui résulterait de l'impossibilité de reproduire en appel certains témoignages, ne paraît pas de nature à entrer en balance avec le vice permanent de l'audition de témoins dont les dépositions ne devraient avoir aucune influence. Ce vice sera, il est vrai, inévitable, quand les reproches ne seront proposés qu'après l'audition; mais alors la partie qui a tardé à les faire valoir, ne peut imputer qu'à elle-même les suites de sa négligence. Cette faculté de ne présenter le reproche qu'après coup, ou même de l'omettre, explique la rédaction de l'article 411, d'après lequel le témoin doit *déclarer* s'il est parent, allié, etc., de l'une des parties. Il n'en sera pas moins entendu, quelle que soit sa qualité, si personne ne s'y oppose; mais il importe toujours que sa qualité soit connue. Enfin, ce qui paraît décisif, c'est que l'audition en matière sommaire correspond exactement à la lecture de la déposition en matière ordinaire, lecture qui est expressément prohibée. La cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois en ce sens, notamment par un arrêt de cassation du 26 juin 1839.

255. En matière commerciale, les enquêtes se font toujours sommairement. Toutefois les matières commerciales admettent plus de simplicité encore que les matières civiles sommaires. En conséquence, les parties peuvent consentir à l'adoption de formes moins compliquées pour l'audition des témoins (Rennes, 30 août 1817). On admet également, la preuve testimoniale n'étant point frappée de suspicion devant la juridiction consulaire, que l'enquête commerciale nulle, même par le fait de la partie ou de l'agréé, peut être recommencée (Orléans, 30 juin 1819).

Les mêmes décisions doivent s'appliquer en justice de paix.

II. *Administration de la preuve testimoniale en matière criminelle.*

256. Nous avons vu (n^os^ 199 et 202) comment s'était introduite dans l'ancien droit l'administration secrète de la preuve testimoniale, tant au civil qu'au criminel, l'usage s'étant peu à peu établi de juger les causes sur les rapports des enquêtes, sans entendre les témoins à l'audience. En matière criminelle, le secret de la procédure avait prévalu de la manière la plus absolue, à partir du XVI^e^ siècle, puisque l'information, outre qu'elle avait lieu hors de la présence du plaignant et de l'accusé, ne devait jamais leur être communiquée (Muyart de Vouglans, *Instit. au droit criminel*, part. V, ch. III). Seulement, le système de l'ancienne jurisprudence, surtout depuis les perfectionnements introduits par l'ordonnance de 1670, consacrait certaines garanties pour l'accusé. Le récolement des témoins, c'est-à-dire la réitération de leur témoignage lors du règlement du procès *à l'extraordinaire*[1], tendait à s'asurer de la persistance de leur conviction. La confrontation des témoins avec l'accusé vis-à-vis du juge instructeur, remplaçait l'audience par une sorte de débat à huis clos. Mais il fallait que cette dernière mesure fût ordonnée, et l'on pouvait s'en abstenir pour des motifs réputés graves, tels que la crainte que pourrait inspirer l'accusé à ceux qui déposeraient contre lui (*ibid.* part. V, ch. XI). « Toutes ces procédures secrètes, » dit Voltaire (*Prix de la justice et de l'humanité*, fragment déjà cité, art. 22, § 5), « ressemblent peut-être trop à la mèche qui brûle imperceptiblement pour mettre le feu à la bombe. Est-ce à la justice à être secrète? Il n'appartient qu'au crime de se cacher. »

L'assemblée constituante fit droit aux réclamations

[1] Le règlement du procès consistait à décider s'il serait jugé *à l'extraordinaire*, c'est-à-dire avec les formes particulières à l'instruction criminelle, ou bien converti en procès civil, c'est-à-dire jugé à l'audience.

des publicistes. La déposition des témoins à l'audience, qui emportait nécessairement la confrontation, fut prescrite par la loi du 29 septembre 1791. Toutefois l'*information* se retrouve encore dans notre droit criminel (C. d'instr. crim. art. 228, 235); mais ce n'est plus autre chose aujourd'hui que l'audition des témoins dans la procédure préparatoire devant le juge d'instruction[1]. Cette audition est demeurée secrète, et elle doit l'être. Il y a également excès, et dans le système qui jette un voile sur toute l'instruction, y compris les débats définitifs, et dans le système diamétralement opposé, usité en Angleterre, qui, en rendant l'accusation publique dès les premiers actes, court risque de donner l'éveil aux codélinquants et aux complices. Mais la rédaction de ces dépositions par écrit n'a pour but que d'éclairer la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation sur la nature des faits à poursuivre. Ces dépositions ne doivent pas figurer (*ibid.* art. 341) au nombre des éléments sur lesquels se forme la conviction du jury, et l'on pense généralement, bien que la loi ne s'explique pas aussi positivement (*ibid.* art. 153 et 190) pour les tribunaux de simple police[2] et pour ceux de police correctionnelle, que l'on ne doit admettre également que des dépositions orales devant ces juridictions. Aussi a-t-on décidé qu'une déclaration mensongère faite devant le juge d'instruction ne saurait constituer le crime de faux témoignage (arr. de cassat. du 14 et du 30 septembre 1822) : doctrine qui se trouve d'ailleurs nette-

[1] Les témoins étaient même entendus, suivant la pratique anglaise, devant le jury d'accusation, sous l'empire de la loi du 29 septembre 1791. Celle du 7 pluviôse an IX, en supprimant cette audition, et en bornant à l'examen des pièces écrites la mission du jury d'accusation, prépara la restitution complète à la magistrature de l'instruction préparatoire, restitution effectuée par le Code d'instruction criminelle. On ne peut se dissimuler que l'institution du jury est peu compatible avec le secret si essentiel lors des premières poursuites.

[2] Dans les cas rares où, contre le vœu de la loi (*ibid.* art. 129), il y aurait eu, en fait, une instruction préparatoire pour de simples contraventions.

ment formulée dans le rapport de l'orateur du corps législatif sur cette matière.

257. Notre but spécial étant ici, non de suivre toute la filière d'une procédure criminelle, mais bien de rechercher les preuves d'après lesquelles doit s'asseoir la conviction définitive, nous ne nous occuperons que de la preuve testimoniale orale et publique, administrée avant qu'on procède au jugement. Cette partie des débats, qui, dans notre droit moderne, n'a plus aucun nom distinctif, peut être envisagée sous quatre points de vue qui correspondent aux quatre premiers [1] points que nous avons signalés, en traitant de l'enquête : 1° la marche générale des débats ; 2° les sanctions de la comparution et de la véracité des témoins ; 3° l'exclusion de certains témoins ; 4° l'appréciation des témoignages. Pour l'examen de ces quatre points, nous nous attacherons surtout à la procédure la plus importante, à celle des cours d'assises ; en nous réservant de faire remarquer les dissemblances que présente quelquefois celle des tribunaux criminels inférieurs.

§ 1. *Marche générale des débats.*

258. La publicité des débats en matière criminelle fut décrétée d'enthousiasme par l'assemblée constituante. Mais la manière dont ces débats devaient être organisés donna lieu à une grave discussion, où les errements d'une pratique judiciaire enracinée depuis plus de trois siècles trouvèrent dans Tronchet (séance du 5 janvier 1791) un habile défenseur. Ce jurisconsulte, préoccupé des avantages que présente l'écriture, soit pour donner une base fixe à l'examen judiciaire, soit pour faciliter les poursuites contre les faux témoins, proposa de faire rédiger par écrit et lire aux témoins

[1] Nous n'avons rien à ajouter, en ce qui touche le cinquième point dont nous avons traité pour l'enquête écrite, l'influence de l'interlocutoire sur le jugement définitif. La question qui peut se présenter ici, surtout en matière de police correctionnelle, doit recevoir la même solution qu'au civil.

les dépositions, à mesure qu'elles seraient faites. Ce système semblait unir les avantages du débat oral à ceux de la procédure écrite. Mais il fut réfuté (séances des 11 et 12 janvier 1791) par Thouret, qui défendit toujours, avec tant de zèle et de sagesse tout à la fois, les innovations de l'assemblée en matière d'organisation judiciaire. Thouret démontra que la lenteur de cette forme d'instruction, tolérable pour un juge-commissaire, habitué à la promptitude par une longue pratique, serait insupportable pour des jurés, qui seraient à chaque instant exposés à perdre le fil de la discussion. Ne pourraient-ils pas aussi, comptant sur les pièces écrites, ne plus suivre les débats avec une aussi religieuse attention? Ne serait-il pas à craindre que ce mode de procéder, en les habituant à substituer des documents techniques aux éléments moraux de conviction, ne fît revivre le système des preuves légales, dont tout le monde voulait l'abolition au criminel? Ces graves considérations firent admettre définitivement la discussion purement orale, telle qu'elle a toujours été pratiquée devant les jurys d'Angleterre ou des États-Unis. Cette audition orale des témoins, sans aucune rédaction d'écritures, se pratique devant toutes les juridictions criminelles.

Toutefois il importe de signaler un usage consacré par la jurisprudence, mais peu conforme, suivant nous, à l'esprit de la loi. Cet usage consiste à subordonner, en matière de police simple ou correctionnelle, à l'autorisation du tribunal d'appel la faculté de faire entendre les témoins qui ont déjà déposé devant les premiers juges. Et cependant, comment se former une conviction éclairée sur de simples notes prises à l'audience par le greffier? Si le législateur avait voulu qu'on pût se dispenser d'entendre les témoins devant la seconde juridiction, n'aurait-il pas prescrit, comme en matière civile, la rédaction d'un procès-verbal détaillé? La cour de cassation (arr. du 4 août 1820, du

24 septembre 1834 et du 30 novembre 1832) s'est fondée sur l'article 175 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu : « Lorsque, sur l'appel, le procureur du roi ou l'une des parties le requerra, les témoins *pourront* être entendus de nouveau, et il *pourra* même en être entendu d'autres. » Ces expressions, dit-on, indiquent une simple faculté pour le tribunal. Mais, pour être conséquent dans ce système d'interprétation, il faut laisser aussi au juge un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter d'emblée les nouveaux témoins que veulent citer les parties; car on dit également de ces derniers qu'ils *pourront* être entendus. Il est vrai que la jurisprudence ne recule point devant cette conséquence. Sans doute, il a été jugé par arrêt de cassation (le 25 novembre 1824) qu'il n'est pas besoin de l'autorisation du tribunal pour faire assigner les témoins devant les juridictions de police; mais les motifs de ce même arrêt paraissent consacrer d'une manière absolue la faculté pour les juges de ne point entendre les témoins; ce qui rendrait illusoire le droit de les faire assigner. Comment mettre ainsi la défense des parties à la discrétion des juges d'appel? C'est là abuser du principe, constant devant toutes les juridictions, qui permet de rejeter tout ce qui tendrait à prolonger les débats sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats (C. d'instr. crim. art. 270). Si, au contraire, ces expressions : les témoins *pourront* être entendus de nouveau et il *pourra* en être entendu d'autres, ont trait à une faculté légale et non à une simple autorisation, il faut décider, en matière de police comme en matière criminelle, qu'à côté du droit d'écarter les dépositions superflues, se trouve le devoir de ne point porter atteinte au libre développement de l'accusation et de la défense, devoir que la cour suprême a spécialement mission de faire respecter (*ibid.* art. 408). Les décisions que nous critiquons, paraissent avoir été surtout dictées par le désir d'éviter les frais. Quelque louable que soit cette tendance, l'in-

térêt d'une bonne administration de la justice nous paraît plus précieux encore que celui de l'économie. Le vice se trouve peut-être dans le principe même de l'appel, dans cette double juridiction pour des affaires souvent d'un faible intérêt, tandis qu'au grand criminel il n'y a qu'un seul degré de juridiction. Mais, le principe une fois admis, il implique contradiction de permettre que le tribunal supérieur puisse s'entourer de moins de lumières que les premiers juges.

259. Devant les cours d'assises, la liste des témoins, tant à charge qu'à décharge, est lue par le greffier (C. d'inst. crim. art. 315), après la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et après l'accomplissement de certaines formalités préalables. Les noms, professions et résidences des témoins ont dû être notifiés, vingt-quatre heures avant l'examen, à l'accusé par le procureur général ou par la partie civile, et au procureur général par l'accusé. Il importe, en effet, de laisser à ceux qui ont intérêt à combattre telle ou telle déposition, un temps suffisant pour pouvoir, en connaissance de cause, la présenter comme suspecte, et quelquefois même empêcher qu'elle ne soit reçue (*ibid.* art. 322). Néanmoins le défaut de notification ou de désignation précise des témoins donne seulement à la partie adverse le droit de s'opposer à l'audition : si les témoins, à l'égard desquels ces formalités n'ont pas été accomplies, ont été entendus sans opposition, la nullité est couverte (rej. 28 novembre 1844); à la différence de ce qui avait lieu sous le Code de brumaire an IV (art. 346 de ce Code). Du reste, quand il y a eu notification régulière et insertion sur la liste[1], on ne peut refuser d'entendre un témoin (C. d'inst. crim. art. 324) parce qu'il n'aurait pas été assigné à l'avance. L'assignation, qui n'avait pour but que de l'avertir, devient sans ob-

[1] Lors même qu'il n'y a pas eu de notification, si l'audition du témoin est jugée utile, il est appelé à déposer sans prestation de serment, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président (*ibid.* art. 269).

jet, dès qu'il se présente volontairement. Cette décision raisonnable doit être appliquée, par identité de motifs, en police correctionnelle (Poitiers, 14 février 1837; Grenoble, 31 décembre 1842). Elle fait peu de doute en simple police, là où les parties elles-mêmes peuvent comparaître sur un simple avertissement (*ibid.* art. 142); mais il n'y a qu'une citation qui puisse obliger les témoins à venir à l'audience.

L'article 321 du Code d'instruction criminelle veut que les citations faites à la requête des accusés soient à leurs frais, ainsi que les salaires des témoins à décharge. Si on s'en était tenu là, la défense devenait presque toujours impossible, vu l'insolvabilité notoire de la plupart des accusés. Heureusement, l'article ajoute que le procureur général peut faire citer à sa requête les témoins qui lui seront indiqués par l'accusé, dans le cas où il jugera que leur déclaration peut être utile pour la découverte de la vérité; et jamais, dans la pratique, le ministère public ne se refuse à appliquer cette disposition.

260. L'assistance des témoins aux formalités qui précèdent les débats proprement dits, notamment à la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, n'est nullement exigée. Il suffit qu'ils répondent à l'appel de leurs noms; il est même à désirer qu'ils n'aient pas pris connaissance de ces documents, afin qu'ils arrivent aux débats l'esprit vierge de toute impression qui pourrait effacer leurs souvenirs personnels. Ils doivent déposer séparément (*ibid.* art. 317). On rend ainsi plus difficiles les collusions frauduleuses[1], et on prévient cette tendance à l'imitation, si contagieuse chez les esprits faibles, qui amènerait trop

[1] On sait que Daniel confondit la calomnie des deux vieillards qui accusaient Suzanne, en demandant à chacun d'eux séparément le nom de l'arbre sous lequel ils disaient l'avoir surprise avec un jeune homme, et en les amenant ainsi à se contredire l'un l'autre (Proph. de Daniel, ch. XIII, vers. 54 et suiv.).

souvent dans les témoignages une désolante uniformité. Aussi le président ordonne-t-il aux témoins (*ibid.* art. 316), après l'appel de leurs noms, de se retirer dans la chambre qui leur est destinée, et d'où ils ne doivent sortir que pour déposer. Il prend, de plus, s'il le faut, des précautions, telles que l'envoi d'un huissier dans la chambre, pour les empêcher de conférer entre eux du délit et de l'accusé. En Angleterre, cette mesure si sage ne s'observe qu'autant qu'elle est réclamée par un juré; ce qui arrive assez rarement. Ajoutons néanmoins que, si ces précautions sont utiles, elles ne sont point prescrites par le Code d'instruction à peine de nullité (rej. 7 janvier et 11 novembre 1847).

261. L'audition doit avoir lieu, en principe, l'accusé présent, puisque la confrontation est essentielle dans notre droit. Mais la crainte de la faiblesse d'un témoin à charge, ou de la collusion d'un témoin à décharge, peut rendre désirable l'absence momentanée de l'accusé pendant certaines dépositions. Il est loisible au président de l'ordonner (*ibid.* art. 327); mais alors on ne peut reprendre les débats qu'après avoir instruit l'accusé de tout ce qui s'est passé en son absence, et le défenseur de l'accusé a le droit de rester à l'audience, et d'adresser, s'il y a lieu, des questions aux témoins (cass. 28 janvier 1830).

262. L'ordre dans lequel doivent se faire les dépositions est déterminé par le procureur général (*ibid.* art. 317). Il n'est pas douteux néanmoins que le président, qui a la haute direction des débats, ne puisse modifier cet ordre, en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Ce magistrat demande aux témoins, après la prestation de serment sur laquelle nous reviendrons dans le paragraphe suivant, leurs nom, prénoms, âge, profession, domicile ou résidence; s'ils connaissaient l'accusé avant le fait mentionné dans l'acte d'accusation, s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile; enfin s'ils ne sont pas attachés au service de

l'un ou de l'autre. Mais ces diverses interpellations, bien qu'utiles et généralement observées, ne sont pas considérées par la jurisprudence comme prescrites à peine de nullité. Leur omission, après tout, ne saurait être un grief sérieux, puisque l'accusé et le procureur général ont toujours la faculté de suppléer à ce qu'aurait d'incomplet l'interrogation du président, en adressant des questions au témoin. Seulement, le procureur général peut interpeller directement le témoin, ce que peuvent également faire les juges et les jurés; tandis que l'accusé ou son conseil, de même que la partie civile, ne peuvent le questionner que par l'organe du président (*ibid.* art. 319). Cette dernière prescription ne s'exécute pas à la lettre. Le président se contente d'ordinaire de dire au témoin, après que la question lui a été posée : *Répondez à la question qui vous est faite.* Le but que s'est proposé le législateur, ce n'est pas d'astreindre ce magistrat à reproduire l'interrogation, comme le font les messagers d'Homère (voy. notamment le commencement du second livre de l'Iliade) pour les ordres qui leur sont transmis : ce qui serait aussi fastidieux que frustratoire. Tout ce qu'on a voulu, c'est le contrôle de ces interpellations par le pouvoir discrétionnaire, et l'expérience n'a que trop prouvé l'utilité de ce contrôle.

Dans les pays où l'accusation est dirigée par l'intérêt privé, et non par l'intérêt public, on laisse toute latitude aux avocats pour interroger les témoins comme ils l'entendent. Cette faculté accordée à des hommes habiles et passionnés devient une arme dangereuse entre leurs mains. A Rome, nous voyons qu'il en était ainsi, d'après ce que nous rapporte Quintilien; et son témoignage est d'autant plus plus précieux que les abus qu'il nous fait connaître, ne sont pas à ses yeux des abus, mais bien des ressources de l'art oratoire, qu'il recommande aux avocats : « Maximus patronis, » dit-il (*Inst. orat.* liv. V, ch. VII) « circa testimonia sudor

« est.... Primum est nosse testem ; nam timidus terreri, « stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus in- « flari, longus protrahi potest ; prudens vero et con- « stans, vel tanquam inimicus et pervicax dimittendus « statim, vel non interrogatione, sed brevi interlocu- « tione patroni refutandus est ; aut aliquo, si contin- « get, urbane dicto refrigerandus ; aut, si quid in vitam « ejus dici poterit, infamia criminum destruendus. » Il faut avouer qu'une pareille manière d'administrer la preuve testimoniale est éminemment propre à empêcher la découverte de la vérité. En Angleterre, où l'on suit la même marche, il paraît qu'elle produit les mêmes effets. « Je dois faire observer, » dit M. Rey dans son curieux travail sur les institutions judiciaires de l'Angleterre (2e édit. t. II, p. 344), « un abus général de la part des avocats anglais. Souvent ils font subir une véritable torture morale aux témoins par des questions captieuses ou inconvenantes, par des plaisanteries déplacées, par des insinuations malignes et souvent insultantes. Ceux qui assistent aux débats des tribunaux anglais sont à chaque instant révoltés de la position cruelle dans laquelle se trouve placé un témoin timide, par la licence des avocats à cet égard. » Il y a bien plus de dignité dans notre manière de procéder. Quant à l'abus que l'on pourrait craindre du pouvoir accordé au président, la jurisprudence y a pourvu, indépendamment des garanties qu'assure, sous ce rapport, le fait seul de la publicité. L'avocat doit se faire donner acte du refus qu'on lui ferait de poser une question importante, et, si la défense avait été réellement entravée, il y aurait lieu à cassation (cass. 18 septembre 1824).

263. On demande à chaque témoin, après sa déposition (*ibid.* art. 319), si c'est bien de l'accusé présent qu'il a entendu parler. C'est ce qu'on appelait autrefois la *confrontation*, et ce qui pourrait avoir eu lieu également devant le juge d'instruction. Mais aujour-

d'hui que le témoin doit toujours être mis en rapport avec l'accusé lors des débats, la confrontation préparatoire est purement facultative. Le président demande ensuite à l'accusé s'il veut répondre à ce qui vient d'être dit. Nos lois ne parlent plus expressément de ce qu'on appelait autrefois l'*affrontation*, c'est-à-dire de la mise en rapport des accusés les uns avec les autres. Cette sorte de mutuel témoignage n'en est pas moins fréquemment usitée, soit dans l'instruction, soit lors des débats.

264. Le témoin qui a déposé doit, s'il n'en est autrement ordonné, rester dans la salle d'audience (*ibid.* art. 320). On peut avoir besoin de lui demander plus tard de nouveaux renseignements. L'accusé ou le procureur général peuvent provoquer, et le président peut ordonner cette audition, soit en présence, soit même, si on le juge nécessaire, en l'absence des témoins qui ont déposé après lui. Mais les mêmes motifs de décence, qui font soumettre au président les interpellations de l'accusé aux témoins, font défendre aux témoins de s'interpeller les uns les autres (*ibid.* art. 325 et 326).

§ 2. Exceptions de la comparution et de la véracité des témoins.

265. Il importe d'abord que les témoins des faits à établir soient connus, puisqu'ils viennent déposer en justice.

266. Quant au premier point, nous avons déjà parlé des *monitoires*, avertissements donnés par les curés à leurs paroissiens, pour les engager à faire connaître à l'autorité ce qu'ils pourraient savoir relativement à un crime dont les auteurs seraient inconnus. Un acte du gouvernement du 10 septembre 1806 a rétabli, dit-on [1],

[1] Cet acte n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*; on en trouve la substance dans le *Traité de la législation criminelle* de Legraverend (ch. VII, sect. II).

l'usage des monitoires. Une ordonnance rendue à la requête du procureur général pourrait autoriser les publications aux prônes, et déterminer les arrondissements où elles auraient lieu. Il est difficile cependant qu'une simple ordonnance, qui ne s'appuie ni sur le concordat, ni sur le texte de nos lois, puisse être obligatoire pour l'évêque diocésain, ainsi que l'acte de 1806 paraît le supposer. Toutefois, si, de concert avec le gouvernement, l'évêque autorisait les publications, on ne pourrait considérer la marche par lui suivie comme ayant rien d'illégal, comme de nature à compromettre, en quoi que ce soit, la validité de l'instruction ultérieure. Mais alors tout se réduit à un accord purement bénévole entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Le monitoire ne peut plus être obligatoire pour l'autorité ecclésiastique, comme il l'était dans l'ancien droit. Il paraît, au surplus, que l'acte de 1806 n'a reçu que deux applications sous l'empire, et qu'en 1814 le chancelier Dambray se refusa à ordonner des mesures de cette nature, en les considérant comme susceptibles d'affaiblir le respect dû aux ministres de la religion [1]. Depuis cette époque, les monitoires sont tombés de nouveau en désuétude, et il est peu probable qu'on songe maintenant à les rétablir. En tous cas, l'acte de 1806, qui n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*, et dont il serait peut-être difficile de retrouver le texte original, ne saurait avoir de force aujourd'hui, et en l'absence de dispositions légales sur ce point, les communications qui pourraient s'établir entre les deux pouvoirs, pour provoquer des révélations sur les crimes les plus graves, auraient un caractère purement officieux.

267. Si on connaît les témoins, il n'a jamais été douteux qu'on ne pût les forcer à venir déposer en matière criminelle. Le Code d'instruction criminelle n'a

[1] Voy. le *Traité de la législation criminelle* de Legraverend, même chapitre, même section.

fait que reproduire l'ordonnance de 1670, en punissant les témoins défaillants d'une amende dont il a fixé le maximum à cent francs, et en autorisant à employer, s'il le faut, la voie de la contrainte, pour les amener à l'audience. La question de savoir si le refus de déposer doit équivaloir au refus de comparaître est ici tranchée par la loi, qui décide expressément l'affirmative (C. d'inst.crim.art. 355 et 80), opinion que nous avons également adoptée en matière civile (n° 217). De plus, si la déposition est tellement importante qu'il ait fallu, en l'absence du témoin, remettre l'affaire à une autre session, une décision dont on ne saurait contester l'équité, met à sa charge tous les frais occasionnés par sa faute (*ibid.* art. 354 et 355). Enfin, au criminel comme au civil, l'allégation de fausses excuses est punie d'un emprisonnement de six jours à deux mois (C. pén. art. 236).

268. Nous avons déjà eu occasion de mentionner les positions où l'on est par état obligé à la discrétion, et les fonctions ou dignités qui dispensent du témoignage oral. Il existe en outre une loi du 18 prairial an II, spéciale pour les matières criminelles ou correctionnelles, qui ordonne de recevoir par écrit les dépositions des militaires assignés hors du lieu de leur résidence actuelle, afin de ne pas entraver le service. Néanmoins, si le jury ou le tribunal déclare le témoignage oral indispensable, il est sursis à la décision de l'affaire, jusqu'à ce que le ministre de la justice ait autorisé les témoins militaires à comparaître en personne.

269. La sanction morale est évidemment la même au criminel qu'au civil. Quant à la sanction religieuse, la loi a établi deux sortes de serments : l'une au petit, l'autre au grand criminel. Devant les tribunaux de police simple et de police correctionnelle, les témoins prêtent à l'audience le serment de *dire toute la vérité, rien que la vérité* (C. d'inst. crim. art. 155). Devant les cours d'assises, la formule légale est plus compli-

quée; chaque témoin s'engage *à parler sans haine et sans crainte, à dire toute la vérité et rien que la vérité* (*ibid.* art. 317). Cette distinction bizarre semblerait indiquer que l'absence de la haine et de la crainte n'est pas positivement exigée devant les juridictions inférieures, comme s'il y avait deux manières de dire la vérité. Vicieux en théorie, ce système n'est pas moins fâcheux dans l'application. Les formules indiquées étant obligatoires à peine de nullité, une jurisprudence plus conforme à la lettre de la loi qu'à la raison pratique, veut que la moindre omission entraîne nullité de la déposition du témoin. Ainsi, parce que le président aura seulement fait jurer au témoin de *dire toute la vérité*, sans ajouter *rien que la vérité*, on suppose que le témoin se sera autorisé de cette omission pour insérer dans sa déposition des faits mensongers. Mais les réserves casuistiques que l'on imagine, sont trop subtiles pour entrer dans la pensée de la plupart des témoins, et les nullités prononcées en pareil cas n'ont presque jamais de motifs sérieux.

270. La sanction pénale de la véracité des témoignages a toujours été plus rigoureuse au criminel qu'au civil. Chez les Juifs incontestablement, la peine du talion (Deutéron. ch. XIX, vers. 21), et probablement, à Rome, celle d'être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquaient qu'au faux témoin en matière pénale (n° 223). Dans le dernier état du droit romain, la pénalité variait suivant les circonstances; la peine de mort était réservée pour les dépositions mensongères qui venaient à l'appui d'une accusation capitale (l. 1, § 1, ff. *ad leg. Corn. de sicar.*). La loi salique et les capitulaires punissaient de la perte de la main le faux témoin qui ne pouvait payer la composition à laquelle il était condamné (*perdat manum aut redimat*). Les établissements de saint Louis (art. 70) n'infligeaient qu'une amende arbitraire. Mais la sévérité des lois romaines fut reproduite, et même dépassée par les or-

donnances qui, à partir du XVI^e^ siècle, portèrent la peine de mort contre tout faux témoignage (n° 223). Néanmoins, au criminel comme au civil, cette sévérité fut tempérée par la jurisprudence : le même tempérament qui avait prévalu à Rome, fit restreindre l'application de la peine de mort au cas où le témoignage aurait été rendu contre l'accusé, et où l'accusation était de nature à entraîner cette peine.

Les lois modernes, ne laissant plus au juge la même latitude pour le choix des peines, ont dû établir divers degrés de répression suivent la gravité du faux témoignage. Cette tâche avait été accomplie d'une manière fort imparfaite par la législation pénale de 1791, suivant laquelle le faux témoignage en matière criminelle était puni de vingt ans de fer dans les cas ordinaires ; de mort, s'il était intervenu condamnation à mort contre l'accusé [1] (Cod. de 1791, part. II, tit. II, sect. II, art. 48). Le Code de 1791 gardait le silence sur le faux témoignage en matière correctionnelle ou de police. On appliquait dès lors à ce faux témoignage (cass. 7 janvier 1808) la peine de six ans de gêne prononcée en matière civile (Cod. de 1791, *ibid.* art. 48). Le Code pénal de 1810 a prévu pour la première fois d'une manière spéciale le faux témoignage en matière de police simple ou correctionnelle, en le punissant d'ailleurs de la réclusion, comme celui qui aurait été commis en matière civile (art. 362, 363). Cette disposition était trop sévère pour les simples contraventions : aujourd'hui l'article 362 du Code pénal, réformé en 1832, se borne, en matière de simple police, à prononcer la dégradation civique et un emprisonnement

[1] La législation révolutionnaire avait été plus loin encore. La procédure expéditive de l'époque rendant éminemment dangereux le faux témoignage, la loi du 5 pluviôse an II le punissait de mort, en matière capitale, bien qu'il y eût eu acquittement, et prononçait la même peine contre les témoins à décharge s'il s'agissait de crimes *contre-révolutionnaires*.

d'un an au moins et de cinq ans au plus. Le faux témoignage en matière criminelle est puni des travaux forcés à temps. Si néanmoins l'accusé a été condamné à une peine plus forte, le témoin qui a déposé contre lui subit la même peine (*ibid.* art. 361). Ainsi, deux conditions sont exigées pour que l'aggravation ait lieu : 1° qu'il y ait eu effectivement condamnation. Ici la tentative d'homicide moral n'est pas punie comme l'homicide même; on s'en tient à la peine ordinaire, s'il y a eu acquittement [1]; 2° que le faux témoignage ait eu lieu contre l'accusé. Il n'y a pas d'aggravation de peine pour la déclaration mensongère qui aurait eu pour but de prévenir, et non d'amener une condamnation aux peines les plus graves. Cette distinction devrait être généralisée. Doit-on confondre celui qui, mû par l'affection ou par un sentiment d'humanité mal entendu, veut faire échapper le coupable à la peine, avec celui qui emploie pour perdre son ennemi l'arme la plus lâche et la plus perfide, celle de la calomnie? Si les nécessités de la répression sociale ne veulent pas que le premier demeure impuni, la conscience publique ne peut le mettre sur la même ligne que le dernier, si profondément méprisable. La distinction que notre Code a généralement repoussée (*ibid.* art. 361 et 362), a été consacrée par l'article 370 du Code sarde, par l'article 1412 du Code prussien et par l'article 169 du Code du Brésil.

271. La conduite du faux témoin devient plus vile encore, quand sa déposition mensongère a été achetée. Autrefois les ordonnances et les arrêts étaient fort sévères à l'égard de la subornation de témoins. On cite

[1] Au cas d'absolution, c'est-à-dire s'il était reconnu que le fait faussement imputé n'était pas prévu par la loi pénale, il n'y aurait pas lieu à incriminer le faux témoignage, qui aurait été légalement inoffensif. C'est ainsi qu'aucune pénalité n'atteint celui qui aurait cherché à amener un empoisonnement, en employant contre sa volonté des substances non vénéneuses (C. pén. art. 301).

un arrêt du parlement de Paris du 7 février 1755, qui condamna le suborneur et le suborné [1] à être rompus vifs : il s'agissait, à la vérité, d'une accusation d'assassinat. Suivant la législation actuelle, il faut distinguer quant au témoin qui a reçu de l'argent, une récompense quelconque, ou des promesses, s'il s'agit de matières de police ou de matières criminelles. Dans la première hypothèse, cette circonstance fait monter la pénalité d'un degré, soit en matière de simple police, où la loi prononce, en ce cas, la réclusion, soit en matière de police correctionnelle, où elle prononce les travaux forcés à temps (*ibid.* art. 364). En matière criminelle, au contraire, la peine ordinaire a été jugée assez rigoureuse pour qu'il ne fût pas nécessaire de l'aggraver. Quant à la subornation de témoins, le Code de 1810 déployait contre cette infraction une sévérité exagérée, qui dépassait la mesure de la répression, déjà fort sérieuse, établie pour le faux témoignage. Sous l'empire de ce Code, la pénalité contre le suborneur était toujours aggravée d'un degré : ainsi, le suborneur était puni de mort, bien que l'accusation n'emportât que les travaux forcés à perpétuité. On fit observer en 1832 qu'il n'était pas exact de déclarer en principe le suborneur plus coupable que le faux témoin ; qu'un père, par exemple, pouvait gagner des témoins afin de sauver son fils. Aussi a-t-on adopté alors une doctrine à la fois plus exacte et plus modérée, en ne traitant le suborneur que comme complice du faux témoin, et en le rendant dès lors passible des mêmes peines (nouv. art. 365), ainsi qu'on le décidait, dans le silence de la loi, sous l'empire de la législation intermédiaire. Mais il ne peut y avoir de complicité qu'autant que le délit principal a été commis ou du moins tenté (C. pén. art. 60). Il faut donc qu'il y ait eu au moins un commencement de déposition pour qu'il puisse y avoir lieu de pour-

[1] Un second témoin également suborné, mais qui avait révélé la subornation, obtint, par faveur spéciale, de n'être que pendu.

suivre le suborneur; c'est ce que la cour de cassation décidait déjà même sous l'empire du Code de 1810, qui punissait plus sévèrement la subornation (cass. 18 février 1813). Remarquons enfin que la subornation improprement dite, qui consisterait seulement à acheter le silence du témoin, n'étant point prévue par la loi pénale, donnerait seulement lieu à des réparations civiles.

272. C'est par le serment que le témoin, comme l'expert, comme le juré, reçoit, en quelque sorte, l'investiture de la fonction qui lui est conférée par la société. Aussi le faux témoin était-il considéré comme parjure dans le dernier état du droit romain (Zén. l. 13, Cod. *de testib.*), et est-ce encore à titre de parjure que le faux témoignage en Angleterre est puni par la loi commune.[1] (Blackstone, liv. IV, ch. x, n° 16). Chez nous, sans doute, le faux serment n'est prévu comme tel par la loi pénale (C. pén. art. 366) qu'autant qu'il a été prêté par la partie elle-même en matière civile. Mais, suivant une doctrine constante, le faux témoignage n'est punissable qu'autant que la déposition a eu lieu sous la foi du serment[2]. Et cependant, dans notre système de législation qui n'admet point de preuves légales, une simple déclaration peut fort bien entraîner une condamnation, même capitale. Dans l'ancien droit, certains auteurs pensaient qu'il convenait d'appliquer dans ce cas une peine plus faible. Il serait à désirer, dans l'intérêt de la justice, que la législation fût modifiée en ce sens.

273. La constatation du faux témoignage peut réagir, soit sur l'instruction, soit sur la condamnation même. Si, d'après les débats, la déposition d'un témoin

[1] La peine du parjure a varié, dans la législation anglaise, depuis la mort jusqu'à la prison et l'amende (Blackstone, *loc. cit.*).

[2] Si le serment avait été prêté, bien qu'il ne dût pas l'être, par un incapable ayant dissimulé sa qualité pour tromper la justice, la peine du faux témoignage demeurerait applicable (rej. 29 juin 1843).

paraît fausse, il est mis sur-le-champ en état d'arrestation, et le renvoi de l'affaire à une autre session peut être provoqué ou ordonné d'office (C. d'inst. crim. art. 330). On se rappelle qu'un des principaux arguments invoqués en faveur de la procédure écrite, c'est la facilité qu'elle donne pour conserver la trace des dépositions arguées de fausseté. Les auteurs du Code d'instruction criminelle (*ibid.* art. 318), d'accord sur ce point avec la législation intermédiaire, ont eu égard à cette observation. Le président, soit spontanément, soit sur la réquisition du procureur de la république ou de l'accusé, fait tenir note par le greffier des additions, changements ou variations, qui peuvent exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations.

Enfin, même après la condamnation, lorsque des mandats d'arrêt sont décernés contre des témoins à charge, il est sursis à l'exécution. Si ces témoins sont condamnés, la cour de cassation, sur le vu des deux arrêts, après s'être bien assurée de l'identité des faits qui ont amené la première condamnation et qui ensuite ont été reconnus faux, annule le premier arrêt, et renvoie devant une nouvelle cour d'assises, pour être procédé contre l'accusé, l'acte d'accusation subsistant (*ibid.* art. 445). Mais la révision n'est pas admise en matière de petit criminel. En conséquence, le jugement rendu par un tribunal de police simple ou correctionnelle subsisterait, malgré la condamnation des personnes sur la déposition desquelles il aurait été rendu ; le condamné n'aurait d'autre ressource que de se pourvoir en grâce, bien qu'ici la grâce pût n'être que justice.

274. Les témoins ont droit à une indemnité au criminel, aussi bien qu'au civil (*Tarif criminel*, tit. 1^er^, chap. III). Mais on s'est quelquefois demandé ce qu'il faudrait faire, si le témoin ne pouvait révéler la vérité sans s'occasionner à lui-même un préjudice considérable, bien au delà des prévisions du tarif. Par exemple,

les renseignements qu'il est appelé à donner sur les faits contestés, sont de nature à divulguer un procédé qu'il a un immense intérêt à ne point faire connaître [1]. Quelques-uns ont pensé qu'alors il devait être dispensé de témoigner. Mais c'est faire prédominer l'intérêt particulier sur l'intérêt général. Seulement, il serait équitable qu'une juste indemnité lui fût accordée, puisqu'il y a là une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois cette charge, que le trésor public devrait supporter, si la révélation était dans le sens de l'accusation, ne pourrait, dans l'hypothèse inverse, être imposée à l'accusé, qui avait droit à l'acquittement, et qui dès lors ne saurait être légalement tenu de payer en quelque sorte sa rançon. Il faudrait bien alors s'en rapporter à sa reconnaissance envers la personne qui aurait dû sacrifier son intérêt à celui de la justice.

§ 3. *Exclusion de certains témoins.*

275. Rares en matière civile, les exclusions de la faculté de témoigner étaient assez multipliées à Rome en matière criminelle [2] (voy. au Digeste, le titre *de testibus*). Il devait en être ainsi dans un pays où on laissait aux particuliers le droit d'intenter les accusations. Les témoignages devenant des armes entre les mains des parties, puisque les dépositions étaient mises en jeu par les passions, au lieu d'être analysées de sang-froid, il importait du moins d'empêcher que ces armes ne fussent trop meurtrières. Dans les pays, au contraire, comme le nôtre, où prévaut le système

[1] Quant au préjudice bien autrement grave que causerait au témoin la nécessité de s'accuser lui-même pour ne point trahir la vérité, voy. plus loin, n° 337.

[2] En Angleterre, les cas où il y a exclusion de témoignage, *incompetency of witnesses*, sont également fort multipliés (Philips, *on the law of evidence*, part. I, ch. II et suiv.). Mais la législation actuelle tend à rendre ces exclusions moins fréquentes. C'est ainsi qu'un acte du parlement du 27 juin 1828 a fait cesser l'incapacité de témoigner pour cause d'infamie, quant aux condamnés pour simples délits (*misdemeanors*).

inquisitorial, dans le sens favorable du mot, là où la poursuite est dirigée par l'autorité publique, et non par les passions privées, on peut sans danger être sobre d'exclusions. Les témoins ne reçoivent plus à l'avance les instructions de l'accusateur ou de l'accusé. Qui oserait aujourd'hui donner à leur égard le conseil que donne Quintilien aux avocats de son temps (*Inst. Orat.* livre V, chap. VII) : *multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi?* Les restrictions qui pouvaient être utiles, lorsque les témoins n'étaient que des instruments entre les mains des parties, ne seraient plus que des entraves dangereuses dans un système où les dépositions sont libres et spontanées.

Aussi notre ancienne jurisprudence, qui admettait le système inquisitorial, a-t-elle été plus large pour l'admission des témoins en matière criminelle qu'en matière civile. « Le danger de laisser impunis les crimes qui troublent l'ordre de la société, » dit Merlin (*Répert.*, v° *Témoin judiciaire*, § I, art. 7), « a paru aux cours souveraines plus grand et plus à craindre que celui d'exposer quelques témoins au parjure. » Ainsi, tandis que l'ordonnance de 1667 défendait, comme nous l'avons vu, d'ouïr les parents ou alliés jusqu'au huitième degré inclusivement, celle de 1670 était complétement muette sur les rapports de parenté ou d'alliance. On pouvait, sans doute, reprocher les témoins dans les informations comme dans les enquêtes; mais on a généralement observé l'ancienne maxime qui nous est citée par Loysel (*Instit. coutum.* titre des *Preuves*, § 17) : *En matière criminelle, les reproches demeurent à l'arbitrage des juges.* C'est seulement au cas de parenté ou d'alliance très-proche que l'on permettait au témoin de ne pas déposer (Merlin, *loc. cit.*). En ligne collatérale, les frères et sœurs étaient seuls exceptés. Encore y avait-il lieu d'entendre les personnes les plus proches, lorsque la force des choses y contraignait le juge, c'est-à-dire lorsqu'elles étaient témoins néces-

saires. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Bordeaux du 26 février 1628 confirma une sentence ordonnant qu'un particulier accusé d'avoir jeté sa femme dans un puits, lorsqu'elle tirait de l'eau, serait appliqué à la question, quoiqu'il ne fût chargé que par deux de ses enfants. On voit que les incapacités absolues étaient rares dans l'ancienne jurisprudence. Néanmoins lorsqu'il y avait contre les témoins quelque cause de suspicion, ils cessaient d'être ces témoins classiques, *omni exceptione majores*, dont la concordance, lorsqu'ils étaient au nombre de deux au moins, entraînait la conviction du juge. Les personnes suspectes ne pouvaient fournir que de simples renseignements, et non un témoignage proprement dit; distinction beaucoup plus sérieuse alors qu'elle ne l'est aujourd'hui.

276. Le Code d'instruction criminelle, fidèle aux errements de cette jurisprudence, ne prononce également aucune exclusion absolue de la faculté de témoigner. Il permet seulement (art. 322) à l'accusé, au procureur général et à la partie civile de s'opposer à l'audition :

1° Du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat;

2° Des fils, filles, petits-fils, petites-filles, ou de tout autre descendant;

3° Des frères et sœurs;

4° Des alliés aux mêmes degrés;

5° Du mari ou de la femme;

6° Des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée par la loi.

Les dénonciateurs qui ne sont pas ainsi récompensés sont admis à déposer, mais le jury est averti [1] de leur qualité de dénonciateurs (*ibid.* art. 323). Du reste,

[1] Cet avertissement toutefois n'est pas prescrit à peine de nullité (rej. 16 avril et 24 décembre 1840).

on trouve difficilement aujourd'hui[1] des exemples de dénonciateurs récompensés pécuniairement. On peut citer la loi du 4 germinal an II, qui remet l'amende et la confiscation à celui qui dénonce la prévarication d'un préposé des douanes. Et encore, comme il ne s'agit que d'un délit dans cette loi, ce ne sera que dans des cas exceptionnels, par exemple, quand une question subsidiaire aura été posée par le président, que l'application de cette disposition pourra être faite par une cour d'assises.

277. Les motifs de reproches formulés par la loi ne sauraient être étendus : d'où la conséquence évidente que les parents et alliés de la partie civile peuvent déposer. Si l'on interroge les témoins sur leurs relations avec la partie civile (*ibid.* art. 317), ce n'est point pour mettre obstacle à l'audition des parents, alliés ou serviteurs, c'est uniquement pour avertir le jury de leur qualité. Mais peut-on faire déposer la partie civile elle-même à titre de témoin, c'est-à-dire avec prestation de serment; car il est hors de doute aujourd'hui (n° 278) que toute personne (C. d'inst. crim. art. 269) peut être entendue, en vertu du pouvoir discrétionnaire, à titre de simple déclaration. La négative, généralement admise dans l'ancien droit, où la partie civile jouait encore dans une certaine mesure le rôle d'accusateur[2], a été d'abord adoptée par la cour de cassation. Suivant un arrêt de rejet du 10 février 1835, il serait contraire aux règles les plus ordinaires du droit, aux principes de la morale et de la saine raison, qu'une partie vînt, sous la foi du serment, porter témoignage dans sa propre cause. Mais cette exclusion absolue serait en opposition avec le principe fondamental du droit moderne, suivant lequel la partie civile, mue par un inté-

[1] Il était écrit sur les assignats que la nation récompensait le dénonciateur. Il n'y a plus rien de pareil aujourd'hui en ce qui touche les faux billets de banque ou la fausse monnaie.

[2] Dans le système des accusations privées, Pomponius disait avec raison (l. 10, ff. *de testib.*) : *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.*

rêt purement pécuniaire, ne joue qu'un rôle accessoire dans les procès criminels : c'est pour cela que l'article 322 ne parle plus que des parents et alliés *de l'accusé*. Aussi la cour a-t-elle définitivement assimilé la partie civile au dénonciateur dont la dénonciation est récompensée, et autorisé en conséquence son audition à titre de témoin, s'il n'y a pas opposition de la part de l'accusé ou du ministère public. (rej. 28 nov. 1844 et 12 novembre 1846.)

278. Le nombre de ces exclusions facultatives est déjà peu considérable, si on le compare à celui des reproches que nous avons énumérés en matière civile. Mais la jurisprudence va plus loin encore; elle autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, l'audition de toute personne, même des parents les plus proches (voy. notamment rej. 29 mai et 26 décembre 1840; 21 septembre 1843; 28 mai 1845 et 22 mai 1846). Cette décision s'appuie sur l'article 269 du Code d'instruction, qui permet au président de faire entendre *toute personne* dont la déposition paraîtra pouvoir répandre un jour utile sur les faits contestés, en ajoutant que les témoins ainsi appelés ne prêteront pas serment, et que leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. La première partie de cet article ne fait aucune distinction, et autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la recherche de la vérité par tous les moyens possibles. La seconde partie, en écartant la prestation de serment, trace une ligne de démarcation sensible entre les dépositions ainsi faites, et les témoignages proprement dits, que repousse l'article 322. On reproche à cette jurisprudence d'introduire entre les témoignages proprement dits et les simples renseignements une distinction subtile, devenue sans objet, aujourd'hui qu'il est permis de condamner d'après toute espèce de documents; mais il n'est pas vrai que les personnes appelées ainsi par le président soient dans la même position que les témoins ordinaires. D'abord,

ni l'esprit ni la lettre de la loi ne les astreignent à déposer. Les dispositions contre les témoins réfractaires ne sauraient atteindre le fils qui refuserait de témoigner contre son père, la femme qui refuserait de témoigner contre son mari. De plus, ce qui réconcilie jusqu'à un certain point la jurisprudence avec la morale, c'est que les simples renseignements, n'étant pas garantis par la foi du serment, ne constituent pas un témoignage proprement dit, et que dès lors les fausses déclarations en pareille circonstance ne sauraient entraîner les peines attachées au faux témoignage (n° 272). Avec ces sages restrictions, il nous semble que l'interprétation donnée dans la pratique à l'article 269 n'a rien que de conforme à notre système d'instruction, qui consiste à rechercher à tout prix la vérité. On ne doit pas exiger la déposition des proches parents, mais il peut être nécessaire de s'adresser à eux pour connaître les faits. Le système contraire mènerait à l'impunité de tout crime commis par un père sur la personne d'un de ses enfants en présence seulement de la mère, d'un frère ou d'une sœur.

Mais la répression des délits n'affecte pas l'utilité sociale au même degré que celle des crimes. Aussi n'a-t-on pas accordé le pouvoir discrétionnaire au juge de simple police, ni même au président du tribunal de police correctionnelle (cass. 4 novembre 1848). Dès lors, les parents du prévenu (*ibid.* art. 156), qui pourraient faire de simples déclarations devant les cours d'assises, sont complétement exclus devant les autres juridictions, lorsque l'une des parties s'oppose à leur audition. Il en est de même, à plus forte raison, de la partie civile, qui joue un rôle bien plus important en matière de police qu'en matière criminelle.

279. On ne peut jamais entendre qu'à titre de simple renseignement le témoignage d'une personne qui a encouru la mort civile ou la dégradation civique, ou bien qu'un jugement de police correctionnelle a privée

spécialement du droit de déposer en justice. Mais le législateur n'a pas reproduit ici la règle qui veut que, devant le juge d'instruction, les enfants au-dessous de quinze ans ne soient entendus que par forme de déclaration et sans prestation de serment (*ibid.* art. 79). Néanmoins la cour de cassation avait jugé, chambres réunies, sur les conclusions conformes de Merlin, le 3 décembre 1812, que l'article 79 était applicable aussi bien aux débats qu'à l'information préalable, et qu'aux termes de cet article, la prestation de serment ne devait pas avoir lieu. Cette doctrine, consacrée plus récemment par un arrêt de cassation du 9 juin 1831, semble aujourd'hui abandonnée par la cour (rej. 25 avril 1834, 8 mars 1838 et 30 juillet 1847), qui laisse au président la faculté d'exiger le serment ou d'en dispenser suivant les circonstances. Nous regrettons sa première jurisprudence, à la fois moins arbitraire et plus conforme à l'esprit du législateur, qui n'a pas voulu assujettir au serment les dépositions, même simplement préparatoires, des impubères. Porterait-on contre eux une accusation de faux témoignage? Il est difficile d'admettre cette conséquence, surtout lorsqu'il dépendrait du président de les mettre ou non sous le coup de cette pénalité. Le parti le plus simple est donc de ne jamais exiger le serment.

§ 4. *Appréciation des témoignages.*

280. Les deux règles si arbitraires de l'exclusion d'un témoin unique, et de la force invincible attachée à deux témoignages conformes et non suspects, étaient admises au criminel comme au civil.

281. La première de ces règles a amené quelquefois de bien singuliers résultats. Ainsi, Bentham nous rapporte (*Preuves judiciaires*, liv. VII, ch. XIV), d'après les mémoires du temps, qu'un statut de Guillaume III, qui exigeait en matière de haute trahison la déposition de deux témoins, fut mis à profit par de grands personna-

ges : ils entretenaient une correspondance avec le roi exilé, mais ils ne couraient aucun danger, parce qu'ils avaient soin de ne se servir que *d'un seul émissaire*. Chez nous, on avait fini par restreindre aux crimes emportant peine capitale le principe de l'exclusion d'un témoin unique. Ce principe, consacré encore aujourd'hui par certaines législations (voir notamment le Code pénal d'Autriche, part. I, art. 404), a en sa faveur l'autorité de Montesquieu[1] (*Esprit des lois*, liv. XII, ch. III) : « Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté. La raison en exige deux, parce qu'un témoin qui affirme, un accusé qui nie, font un partage ; et il faut un tiers pour le vider. » Mais il est facile de répondre à ce raisonnement. Si le témoin qui affirme est un homme digne de toute confiance, et il faut le supposer pour qu'on puisse s'attacher à son témoignage, peut-on mettre en balance avec sa déposition la dénégation intéressée de l'accusé? Montesquieu aurait raison, s'il s'agissait du conflit de deux témoins, l'un à charge, l'autre à décharge ; alors il y aurait en effet un partage à vider. Mais l'accusé ne peut être considéré comme valant à lui seul un témoin à décharge. Ce grand génie éprouvait, sans doute, en s'attachant à ce principe restrictif, le besoin de maintenir certaines garanties contre la rigueur si outrée de la jurisprudence criminelle de son temps, dont les déplorables erreurs ne sont que trop célèbres. Il eût probablement raisonné autrement en présence du jury. Du reste, nous avons déjà remarqué que la maxime *testis unus, testis nullus* n'était pas dans la pratique aussi favorable à l'accusé qu'on serait tenté de le croire. Si la déposition du témoin unique était fortifiée de quelque adminicule, elle pouvait donner lieu à la torture, et l'on obtenait ainsi, par un moyen aussi atroce que factice, le supplé-

[1] Voy. dans le même sens, d'Aguesseau, lettre 108.

ment de preuve nécessaire pour amener la condamnation [1].

En présence de l'article 342 du Code d'instruction, il n'est plus permis de douter que notre droit criminel n'ait écarté toutes ces règles arbitraires, pour s'attacher à l'intime conviction. Seulement, des doutes s'étaient élevés en matière de chasse, à raison de l'article 11 de la loi du 30 avril 1790, qui permettait de suppléer au procès-verbal des gardes champêtres par la déposition *de deux témoins*. Mais la cour de cassation avait décidé avec raison, et notamment par arrêt de cassation du 7 février 1835, qu'il ne fallait voir dans cet article qu'un vestige des anciennes idées, qui n'avait pu survivre à la promulgation postérieure des lois qui ont réorganisé la procédure criminelle. Aujourd'hui il ne peut plus s'élever aucune difficulté, la loi nouvelle sur la chasse autorisant d'une manière générale la preuve *par témoins* (loi du 3 mai 1844, art. 21).

282. Quant à la seconde règle, bien plus exorbitante encore que la première, il ne faut pas croire, ainsi qu'on l'a quelquefois soutenu, qu'elle fût tombée en désuétude dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence. A la veille même de la révolution française, cette doctrine déplorable reçut la sanction la plus éclatante. En 1786, un mémoire de Dupaty (l'auteur des *Lettres sur l'Italie*), connu sous le nom de *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, s'était élevé avec force, à l'occasion d'une procédure scandaleuse, contre les abus de la marche alors suivie au criminel, et notamment contre la maxime que le rapport conforme de deux témoins doit emporter condamnation. Ce mémoire, qui avait eu un grand succès dans le public, excita l'in-

[1] A Rome, on faisait mieux encore. Lorsque le témoin ne paraissait pas offrir des garanties suffisantes, il était mis lui-même à la torture : « Si ea rei conditio sit, » dit Arcadius (l. 21, § 2, ff. *de testib.*), « ubi « arenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tor- « mentis testimonio ejus credendum non est. »

dignation de la magistrature. L'avocat général Séguier en poursuivit la suppression devant le parlement de Paris. On lit dans son réquisitoire (voy. le réquisitoire, ainsi que le mémoire de Dupaty, dans le *Barreau français*, collection de Clair et de Clapier, 1re série, t. III) : « La déposition de deux témoins n'est pas une présomption, c'est une preuve; et si je la rejette, tous les citoyens confiés à ma garde seront exposés à être égorgés impunément. C'est donc le cas de dire *avec la loi des Douze Tables : Salus populi suprema lœx esto*[1]. La déposition de deux témoins conformes, non valablement reprochés, doit passer pour une preuve complète, selon toutes les lois divines et humaines; il est néanmoins dans la nature des choses que deux témoins irréprochables se soient trompés et aient trompé les juges; le magistrat le plus intègre peut être supris; mais il ne perd rien de sa dignité, quand il s'est conformé aux volontés de la loi, règle unique de ses jugements. » Ces étranges doctrines furent consacrées par le parlement comme de véritables articles de foi, et le mémoire de Dupaty subit le même sort que plusieurs écrits irréligieux du dernier siècle. Un arrêt du 11 août 1786 ordonna qu'il fût lacéré et brûlé en la cour du palais, au pied du grand escalier, par l'exécuteur de la haute justice, comme « injurieux aux magistrats, tendant à dénaturer les principes les plus sacrés, destructif de toute confiance dans la législation et dans les magistrats, etc. » On voit que l'assemblée constituante s'attaquait à des abus encore en pleine vigueur, lorsqu'elle proclamait le principe de l'intime conviction, dans son instruction de 1791 sur la procédure criminelle : instruction reproduite presque littéralement en ce point par l'article 342 du Code qui régit actuellement la matière. Aujourd'hui, si certaines législations consacrent encore

[1] L'érudition de l'avocat général est ici au niveau de sa doctrine. Rien ne prouve que cet adage banal ait été formulé dans la loi des Douze Tables.

l'exclusion d'un témoin unique, du moins la maxime aussi grossière que barbare qui attachait une foi absolue au rapport de deux témoins, est universellement abandonnée.

285. Par cela seul que l'appréciation des témoignages n'est plus soumise à des règles techniques, mais est toute morale, il importe que les dépositions se présentent sous la forme la plus vraie, c'est-à-dire qu'elles aient lieu oralement (C. d'inst. crim. art. 317). Ainsi, on ne peut donner lecture aux débats, avant la déposition orale d'un témoin, de sa déposition écrite dans l'instruction (cass. 7 avril 1836). Après la déposition orale, au contraire, on a toujours admis qu'il pouvait être donné lecture de la déposition écrite afin de constater les variations du témoin (Code de brum. an IV, art. 366; C. d'inst. crim. art. 317). Cette exception n'est plus la seule aujourd'hui. Indépendamment des personnes que leurs fonctions ou leurs dignités font dispenser du témoignage oral, la jurisprudence admet à titre de renseignement, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la lecture de la déposition d'un témoin non présent aux débats; pareille lecture était interdite sous l'empire du Code de brumaire an IV, qui, à part le cas où il y aurait lieu de faire ressortir les variations des témoins, défendait d'une manière absolue (art. 365) de lire aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l'auditoire. De ce que le Code d'instruction criminelle n'a point reproduit cette prohibition absolue, on peut conclure qu'il y a lieu d'appliquer, par identité de motifs, au débat contradictoire ce que dit l'article 477 de l'instruction par contumace : « Si, pour quelque cause que ce soit, des témoins ne peuvent être produits aux débats, leurs dépositions seront lues à l'audience ». Il faut bien se contenter de dépositions écrites, lorsqu'il est impossible d'obtenir des dépositions orales, et il était peu raisonnable d'écarter un témoignage, parce que le témoin était décédé après avoir

déposé devant le juge instructeur, ainsi qu'on le faisait sous l'empire du Code de brumaire. Mais la jurisprudence actuelle tombe dans l'excès opposé, lorsqu'elle permet de substituer des dépositions orales aux dépositions écrites, au cas où le témoin n'a pas été cité ou n'a point comparu (rej. 22 mars 1821 ; 25 août et 14 septembre 1826 ; 9 février et 16 juin 1843). Alors de deux choses l'une : ou la déposition est importante, et alors elle doit être réitérée oralement, l'importance des frais qu'occasionnera le renvoi à une autre session, ne pouvant entrer en balance avec l'intérêt de la justice; ou la déposition n'a qu'une valeur secondaire, et l'on doit passer outre. « Les dépositions écrites, » dit en combattant cette jurisprudence M. Faustin Hélie (*Revue de Législation* , t. XVII , p. 368) « n'offrent point les garanties des dépositions orales. Elles ont été recueillies pour servir d'élément à l'accusation et non au jugement ; elles sont rédigées par le juge , souvent par un greffier inintelligent, et non par le témoin lui-même : elles expriment la substance et le sens de la déclaration , mais non ses paroles et son texte ; enfin elles sont reçues dans le cabinet du juge, sans débats, sans contradiction, sans publicité. Comment être assuré que ce sont là les expressions du témoin ? Le procès-verbal peut-il rapporter ces hésitations , ces longues réticences, les suggestions employées pour obtenir sa déclaration ? Peut-il peindre son trouble , son accent , son émotion ? Il ne peut donner qu'une analyse sèche et rapide de la déposition ; si elle est incomplète ou ambiguë, où chercherai-je un complément? Et puis, cette déposition fût-elle nette et précise, qui peut savoir si le témoin l'eût soutenue au milieu des débats, s'il n'eût point hésité en face du ministère public ou de l'accusé, si, troublé par la majesté de l'audience, il eût persévéré dans une déclaration peut-être irréfléchie? Enfin, la fausse déposition faite devant le juge d'instruction n'a pas de sanction, n'est frappée d'aucune peine : ce n'est

que lorsqu'elle est répétée dans les débats qu'elle peut encourir les peines du faux témoignage; elle ne renferme donc pas les mêmes gages de sincérité. »

Quoi qu'il en soit, il est défendu de remettre au jury, lorsqu'il se retire dans sa chambre pour délibérer, les déclarations écrites des témoins (C. d'inst. art. 344). Et cela doit s'entendre, non-seulement des déclarations faites devant le juge d'instruction, qui ne figurent pas dans les éléments du débat définitif; mais même des dépositions des témoins non présents, lues à l'audience en vertu du pouvoir discrétionnaire. Si on remettait ces dépositions au jury, comme ce seraient les seules qu'il eût sous les yeux, elles pourraient avoir une influence trop directe sur sa détermination, et faire prévaloir, contre l'esprit de la loi, les documents écrits sur les témoignages oraux.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DÉFENDEUR. — AVEU EXPRÈS OU TACITE.

284. La déclaration de l'homme sur les faits litigieux, qui émane ordinairement de tiers étrangers aux procès, peut être l'œuvre des parties elles-mêmes. Nous réservons pour la troisième partie de ce livre les cas assez rares où la déclaration du demandeur même fait foi en justice. Nous allons nous occuper ici de la preuve appelée par les anciens auteurs la preuve par excellence [1], *probatio probatissima*, de l'aveu, c'est-à-dire du

[1] C'est jouer sur les mots que de reproduire, au contraire, ainsi que le font Zachariæ et ses annotateurs (§ 749 et not. 22 sur ce §), l'opinion d'anciens auteurs, suivant lesquels l'aveu n'est point une preuve, puisqu'il dispense de toute preuve celui au profit duquel il intervient. D'abord cette force absolue de l'aveu n'existe point en matière criminelle (n° 290) ni même, dans tous les cas, en matière civile (n° 299). Et lors même qu'elle existe, l'aveu est toujours une *preuve* dans le sens large du mot, puisque c'est un moyen d'arriver à la connaissance de la vérité (n° 1). Les traducteurs italiens de notre traité appellent aussi l'aveu *probatio impropria*, en considérant le juge qui le recueille, comme statuant *de præsenti*

témoignage du défendeur même, reconnaissant, contre son propre intérêt, la vérité des faits allégués par l'adversaire.

285. L'aveu peut être exprès; c'est l'aveu proprement dit. Il peut être tacite et résulter de certaines circonstances déterminées. Le refus de prêter ou de référer le serment décisoire est la plus remarquable de ces circonstances.

PREMIÈRE SORTE D'AVEU.

AVEU EXPRÈS, OU AVEU PROPREMENT DIT.

286. Suivant notre usage, nous commencerons par examiner quelle est la force de l'aveu; puis nous nous occuperons de la procédure par laquelle on cherche à l'obtenir.

PREMIÈRE SECTION.

FORCE DE L'AVEU.

287. En toute matière, l'aveu a une haute importance. Mais cette importance est plus grande encore au civil qu'au criminel. Là où il ne s'agit que de questions pécuniaires, l'aveu a en général une force absolue : tant pis pour la personne capable qui reconnaîtrait sciemment une dette fausse; la société ne doit pas de protection aux intérêts privés qui jugent à propos de se sacrifier eux-mêmes. Devant les juridictions criminelles, au contraire, la foi de l'aveu n'est pas aussi complète; il ne suffit pas qu'un accusé consente à être condamné pour que sa condamnation soit légitime, il faut que sa culpabilité soit d'ailleurs vraisemblable.

et non *de præterito*, à raison de la force invincible de l'aveu. Mais cette force invincible peut exister dans d'autres modes de preuve, même dans la preuve testimoniale, si la qualité et l'intelligence des témoins sont au-dessus de tout soupçon. Il serait singulier, après tout, qu'une preuve cessât d'être parfaite parce qu'elle entraîne une conviction plus complète pour le juge.

PREMIÈRE DIVISION.

Force de l'aveu en matière civile.

288. L'aveu dont on peut se prévaloir contre son adversaire est, aux termes de l'article 1354 du Code civil, judiciaire ou extrajudiciaire. C'est à l'aveu judiciaire que la loi s'est attachée spécialement, soit parce qu'il est toujours régulièrement constaté, soit parce que les circonstances dans lesquelles il intervient, ne permettent pas de le considérer comme fait légèrement et sans réflexion. Nous allons examiner les principes établis par le Code civil relativement à cette première espèce d'aveu ; nous verrons ensuite jusqu'à quel point ces principes sont applicables à l'aveu extrajudiciaire.

§ 1er *Aveu judiciaire.*

289. L'aveu judiciaire est défini (art. 1356 *ibid.*), la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. L'aveu peut entraîner une véritable aliénation ; il suppose donc, chez celui dont il émane, la libre disposition des droits qui sont ainsi volontairement abandonnés. De là une première conséquence, c'est qu'il doit être l'œuvre d'une partie capable ; sinon, il pourra être attaqué par les intéressés comme renfermant une donation déguisée, et en ce sens on est fondé à dire : *qui non potest donare, non potest confiteri.* Mais les circonstances peuvent être telles que nul doute ne s'élève sur la sincérité de l'aveu ; alors il sera valable, bien qu'émané d'une personne incapable de donner, si cette personne était capable d'ester en justice. C'est ainsi qu'on pourrait maintenir comme sérieux les aveux faits par un père au profit de son fils naturel reconnu, si tout indiquait que la contestation n'avait rien de fictif. Dans cette question, comme dans toutes celles qui concernent les libéralités déguisées, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire.

Une seconde conséquence du principe qu'avouer équivaut souvent à aliéner, c'est que l'aveu est interdit, comme l'aliénation, à un mandataire qui n'est pas spécialement autorisé à cet effet (*ibid.* art. 1998). Toutefois l'aveu fait sans pouvoir peut quelquefois compromettre le mandant. Sans doute, lorsque mon mandataire sera un simple particulier n'ayant aucun caractère public, la confession qu'il aura faite en mon nom, sans y être autorisé, sera radicalement nulle, comme excédant les bornes de son mandat (*ibid.* art. 1998). Mais quand je suis représenté par un officier public procureur *ad lites*, par un avoué ou par un huissier, ses actes sont considérés comme mes actes propres, et me lient, du moins jusqu'à preuve contraire. Si je veux les faire tomber, je suis obligé de suivre une procédure particulière, celle du désaveu : ce qui serait complétement inutile à l'égard d'un mandataire ordinaire (C. de proc. art. 352 et suiv.). Quant à l'avocat, n'étant pas le représentant immédiat de la partie, il ne la compromet pas directement par les aveux qui lui échappent; aussi est-il constant qu'un avocat ne saurait être passible de désaveu. Néanmoins, si l'avoué ne rétracte pas la confession faite par l'avocat, il est censé se l'approprier, et alors la partie lésée est autorisée à désavouer, non pas l'avocat, mais l'avoué seulement (rej. 8 décembre 1829 et 9 avril 1838).

290. L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (C. civ. art. 1356). Mais cette proposition n'est vraie qu'autant que des intérêts d'un ordre supérieur ne se trouvent pas en litige. C'est ainsi que le Code de procédure (art. 870) décide, en matière de séparation de biens, que l'aveu du mari ne fait pas preuve. Cette décision s'applique, à plus forte raison, à la séparation de corps et aux nullités de mariage. Si, dans les cas où l'intérêt général veut que le juge ne prononce qu'en connaissance de cause, il n'est pas permis de s'en tenir à l'aveu, doit-on hésiter à lui refuser toute force, quand

il tend à établir certains faits dont la loi prohibe la reconnaissance, par exemple, une filiation incestueuse ou adultérine? Nous approuvons donc, contrairement à l'opinion de certains auteurs, un arrêt de rejet du 28 juin 1815, qui a refusé de reconnaître une filiation adultérine, malgré l'aveu émané des parties intéressées, contradictoirement avec leurs adversaires. La question n'est pas de savoir si on a une certitude morale des faits ainsi avoués, puisque la reconnaissance, même par acte authentique, n'est pas admise, mais si ces faits ne sont pas aux yeux de la loi d'une nature telle qu'on doive en repousser la constatation, à moins que la preuve ne résulte de la force des choses (par exemple, celle de la maternité adultérine, en cas de désaveu). Et en effet, comment serait-il permis d'avouer une filiation qu'il est interdit de rechercher ou de reconnaître? Enfin, à bien plus forte raison, l'aveu serait impuissant pour modifier les règles de droit d'où dépend le sort de la contestation. C'est ainsi que la cour de cassation (rej. 8 août 1808) a refusé d'attacher aucun effet à la reconnaissance faite en justice que la législation d'un autre pays régissait la matière.

294. Sur quelques points que porte l'aveu, il est clair que, pour entraîner condamnation, il doit être précis et complet. Autrement, il ne serait tout au plus qu'un commencement de preuve, qu'il faudrait compléter par d'autres voies de démonstration. Les jurisconsultes romains n'ont fait que proclamer une vérité de tous les temps, lorsqu'ils ont dit (Ulp. l. 6, pr. ff. *de confess.*) : *certum confessus pro judicato erit; incertum, non erit.* De plus, pour qu'il y ait aveu, il faut qu'une partie reconnaisse comme vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait allégué par la partie adverse. De simples allégations et soutènements à l'appui d'un système de défense ne sauraient constituer un aveu judiciaire, lors même qu'ils seraient réitérés dans un interrogatoire sur faits et articles. Tout

au plus pourrait-on y voir un commencement de preuve par écrit. Au surplus, les juges du fait ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le caractère de la déclaration d'après les faits et les documents du procès (rej. 3 juin 1829, 25 février 1836 et 5 décembre 1842); ne faut-il pas conclure de là, suivant la doctrine de l'arrêt du 3 juin 1829, que l'aveu doit être fait en quelque sorte contradictoirement, c'est-à-dire être accepté par la partie adverse?

292. Pour soutenir que l'aveu peut être rétracté, tant qu'il n'a pas été accepté par l'adversaire, on dit (Solon, addition à l'*Essai sur les preuves* de Gabriel, § 128) qu'il ne faut pas confondre avec une convention la simple déclaration d'un fait. Une convention exige le concours de deux volontés, et ne peut dès lors produire effet au profit d'une personne non présente (C. civ. art. 1121), qu'autant que cette personne a déclaré vouloir en profiter. Mais la déclaration d'un fait, surtout lorsqu'elle a lieu en justice, doit être présumée vraie, si elle est libre et spontanée, quand même l'adversaire ne s'en serait pas fait donner acte; cette circonstance postérieure semble étrangère à la validité intrinsèque de l'aveu, validité qui devait exister au moment même où il a eu lieu. Bien que ces considérations ne manquent pas de gravité, l'utilité pratique a fait depuis longtemps prévaloir l'opinion contraire. On a trouvé trop de danger à ce qu'il ne fût pas permis de revenir immédiatement sur des paroles proférées à la légère par la partie, souvent même par son représentant, ou sur des expressions d'une requête, échappées à l'inexpérience d'un jeune clerc, quand il n'y avait encore aucun droit acquis pour la partie adverse[1]. Cela

[1] Il est bien entendu que tout ce qui est exigé, c'est un concours de volontés; ainsi, l'acceptation peut précéder l'aveu aussi bien que le suivre, ce qui arrivera fréquemment lorsqu'il y aura comparution personnelle, et que l'une des parties pressera l'autre de s'expliquer sur un point contesté.

était si bien établi dans notre ancienne jurisprudence, que Pothier (*Oblig.* n° 831) définit la confession judiciaire, l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et *dont le juge donne acte*. Un arrêt de la cour de Colmar du 21 avril 1828 a consacré expressément cette décision, peu contestée au palais (voy. aussi rej. 13 mai 1824). Mais, lorsqu'il s'agit de faire valoir l'aveu, non comme décisif contre la partie qui l'a articulé, mais simplement comme interruptif de prescription, on convient que l'acceptation n'est pas nécessaire. Si une déclaration promptement rétractée ne peut servir de base à la condamnation du débiteur, elle peut suffire du moins pour rendre sa libération équivoque, et pour restituer au créancier le droit de prouver sa créance, en le relevant d'une déchéance rigoureuse. Pothier, qui nous enseigne la règle, nous enseigne aussi l'exception (*ibid.* n° 693), qui a passé dans la jurisprudence moderne (arrêts de rejet du 24 mai 1832 et du 22 août 1837).

Ce qu'il y a de certain, c'est que l'aveu, comme toute déclaration faite en justice, peut être rétracté pour violence, dol ou erreur. Mais on nous avertit (C. civ. art. 1356) qu'il faut que l'erreur porte sur le fait, et non sur le droit. L'erreur de droit, en effet, n'est pas de nature à altérer la sincérité de la confession. J'ignorais les conséquences que l'aveu devait entraîner pour moi; j'ai pu agir imprudemment; mais, de ce que la vérité m'est préjudiciable, il ne s'ensuit nullement que je n'aie pas dit la vérité.

293. Enfin, l'aveu (même art. 1356) ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. Cette indivisibilité est de toute justice. Lorsque je m'en rapporte à la déclaration de mon adversaire, je dois la prendre telle qu'elle est, je ne puis la scinder arbitrairement, pour en extraire seulement ce qui m'est favorable. Autrement, je lui prête un langage qu'il n'a ni tenu, ni voulu tenir; car on sait combien il est facile, en isolant certaines

expressions, de leur donner un sens manifestement contraire à l'intention de celui qui les a prononcées. L'aveu peut être accepté ou rejeté, mais il n'est pas permis de le dénaturer. Ainsi, quand je n'aurai aucune autre preuve d'un prêt que la confession de celui à qui je l'aurai fait, et qu'il aura dit s'être engagé à me rendre la somme sans intérêts, je ne serai pas reçu à soutenir, en invoquant, par exemple, des présomptions, si la somme ne dépasse pas cent cinquante francs, que des intérêts ont dû être stipulés. L'aveu est dit *qualifié*, lorsqu'il contient ainsi la reconnaissance d'un fait sous certaines modifications. Il y a un peu plus de doute touchant l'indivisibilité, lorsque l'aveu est *connexe*, c'est-à-dire lorsque la déclaration qui modifie l'aveu, porte sur un fait distinct et postérieur, par exemple, sur un payement que mon débiteur déclarerait avoir effectué, en même temps qu'il reconnaîtrait la dette. Ici on pourrait être tenté de soutenir qu'il n'est pas interdit de séparer deux déclarations qui sont loin de se confondre, puisque l'une est l'aveu d'un premier fait, tandis que l'autre est l'allégation d'un second fait, tout favorable à celui qui s'en prévaut, et se référant à une autre époque. Néanmoins cette espèce a toujours été confondue avec la précédente. Puisque je ne me suis pas procuré d'autres preuves, j'ai eu confiance en la bonne foi de mon adversaire; c'est à cette bonne foi que je dois m'en rapporter pour tout ce qui concerne la dette. C'est ce que le Code civil décide expressément en matière de dépôt : « Lorsque le dépôt, » dit l'article 1924, « étant au-dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution. » Cette décision doit être généralisée. Il y a même raison pour s'en rapporter complétement au débiteur, dans toute circonstance analogue.

Mais il doit en être autrement, quand celui qui a fait l'aveu allègue, pour en détruire l'effet, un fait entièrement nouveau, par exemple, une créance en sa faveur, qui se compenserait avec la dette avouée. Je veux bien suivre la foi de mon débiteur, en ce qui concerne sa dette; mais je n'ai jamais eu l'intention de l'autoriser à se déclarer à son tour mon créancier. Autrement, en pressant les conséquences du principe de l'indivisibilité, on en viendrait au point que, si la créance alléguée par le débiteur dépassait le montant de sa dette, comme il serait impossible de scinder sa déclaration, le prétendu aveu finirait par intervertir les rôles, et par rendre en dernière analyse le créancier débiteur; ce qui est trop évidemment inadmissible. La division était possible à Rome en pareille hypothèse. Voici, en effet, l'espèce que pose Scévola (l. 26, § 2, ff. *depos.*): « Titius Semproniis « salutem : habere me a vobis auri pondo plus minus « decem, et discos duos, saccum signatum : ex quibus « debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis, « item quos Trophimati decem : item ex ratione patris « vestri decem et quod excurrit. Quæro an ex hujusmodi « scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad « solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epis- « tola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam « natam videri, sed probationem depositarum rerum « impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi « cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc « quod scripsit, judicem æstimaturum. » Cette doctrine est bien exposée par Voët, auteur peu versé, sans doute, dans la connaissance historique du droit romain, mais qui développe souvent avec justesse les principes de raison puisés par les modernes dans cette législation. On lit dans son commentaire sur le titre *de confessis*, n° 5 : « Equidem si plura sint capita confessionis sepa- « rata, quorum unum haut dependet ab altero, nihil « vetat quominus divisio confessionis admittatur, et « accipiatur pars altera, altera rejiciatur; sicut unam

« partem sententiæ, quæ confessioni similis, admittere « potest qui succumbit, et ei acquiescere, ab altera vero « appellare. Sin omnia confessione comprehensa inter « se connexa, et unius quasi actus continui factum con- « tineant, non videtur circa eumdem actum admittenda « separatio, et proinde vel tota confessio acceptanda « est, vel tota rejicienda, quum iniquum sit commoda « quidem admittere, repudiare vero onera eidem co- « hærentia. »

La jurisprudence de la cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. Elle a admis l'indivisibilité soit de l'aveu qualifié, dans le cas où il s'agissait de savoir à quel titre des valeurs avaient été remises, la remise n'étant constatée que par l'aveu de celui qui les avait reçues (rej. 25 février 1837; voy. aussi cass. 26 novembre 1849); soit de l'aveu connexe, relativement à l'emploi de sommes que le défendeur reconnaissait avoir reçues, et qu'il disait avoir versées ensuite entre les mains du demandeur, ou relativement à l'établissement d'un compte dont les recettes et les dépenses n'étaient justifiées que par l'aveu du mandataire (rej. 6 novembre 1838 et 8 juin 1842). Au contraire, elle a permis de diviser l'aveu, lorsqu'une créance distincte était alléguée pour opérer compensation de la dette avouée (rej. 14 janvier 1824) et en général lorsqu'il s'agissait de faits non connexes (rej. 23 décembre 1835 et 6 février 1838). Cette distinction une fois admise, il n'est pas douteux qu'on ne puisse isoler les réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles, quand ces réponses ne sont pas connexes; sinon, le but de l'interrogatoire serait complétement manqué, puisqu'il ne me serait pas permis de me prévaloir des déclarations vraies de mon adversaire sur certains points, sans me trouver obligé d'accepter sur d'autres points ses déclarations mensongères (rej. 6 avril 1836).

Ce qu'il y a de certain, c'est que les restrictions de

l'aveu, pas plus que l'aveu même, ne peuvent contrarier les prohibitions de la loi : ainsi, une personne que la loi présume interposée au profit d'un incapable, reconnaît avoir reçu une donation ; vainement ajoutera-t-elle qu'elle l'a reçue pour son compte, et que son aveu doit être considéré comme indivisible, la seconde partie de la déclaration sera rejetée comme illégale, mais la première sera maintenue. De plus, indépendamment des présomptions légales, on a toujours pensé que, lorsqu'il y avait dans la cause des indices de dol, l'indivisibilité de l'aveu pouvait être écartée en connaissance de cause. C'est probablement pour ce motif que l'art. 1961 du Code hollandais s'en rapporte, sur l'indivisibilité de l'aveu, aux lumières du juge. Notre Code sans doute ne va pas aussi loin, nos tribunaux ne peuvent, sans motif apparent, s'écarter de la règle tracée ; mais les cas de fraude sont, ici comme partout ailleurs, exceptés. Si donc l'addition faite à l'aveu est gravement suspecte, et notamment, si les circonstances alléguées pour le modifier sont d'une invraisemblance grossière, le tribunal pourra écarter cette addition, pour s'en tenir purement et simplement à l'aveu, mais en ayant soin de mentionner les indices de dol que présente la cause (Agen, 16 décembre 1823). Enfin, à part cette circonstance, la règle de l'indivisibilité ne reçoit d'application que là où la partie adverse, ne pouvant alléguer d'autre preuve que l'aveu, est obligée d'accepter ou de rejeter en entier la déclaration sur laquelle elle se fonde. Il en est autrement si cette partie a d'autres moyens légaux de prouver son droit : alors l'aveu qualifié, et surtout l'aveu connexe, n'ont plus qu'une importance accessoire : dans le système contraire, il serait par trop facile de paralyser les moyens de la partie adverse, au moyen d'un aveu partiel, dont elle ne pourrait modifier la teneur (rej. 18 et 26 février 1851).

§ 2. *Aveu extrajudiciaire.*

294. L'aveu extrajudiciaire est celui qui n'a pas lieu en face de la justice dans le cours d'un procès. Le législateur ne s'est occupé de cet aveu qu'en ce qui touche la manière de le prouver. Habituellement, s'il ne rentre pas dans la classe des preuves préconstituées, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, c'est-à-dire s'il est purement verbal, il ne peut évidemment se prouver que par témoins, à moins que l'aveu ne soit lui-même avoué en justice. Le Code civil nous rappelle (art. 1355) que, pour une dette au-dessus de cent cinquante francs, il n'est pas plus permis de prouver par témoins l'aveu, qu'il ne le serait de prouver la dette elle-même.

Quelquefois cependant l'aveu extrajudiciaire a un caractère particulier, c'est lorsqu'il n'a pas lieu à proprement parler en justice, mais seulement devant une autorité qui peut en dresser acte, par exemple, devant le juge de paix siégeant en qualité de conciliateur des parties. Cet aveu n'est pas un aveu judiciaire, ainsi que l'a décidé, mal à propos suivant nous, un arrêt de Limoges du 17 juillet 1849, puisque le fonctionnaire devant lequel il est articulé ne siége pas comme juge, et n'aurait pas qualité pour le provoquer par un interrogatoire en forme. La confession ainsi faite n'aura donc pas la même force que si elle était intervenue dans le cours d'un procès. Mais elle pourra évidemment être alléguée, quelle que soit l'importance du litige; car, bien que verbale, elle a eu lieu devant une autorité investie du pouvoir de la constater (C. de proc. art. 54 et 55).

295. L'aveu extrajudiciaire, en le supposant légalement prouvé, n'est pas au fond d'une autre nature que l'aveu judiciaire. S'il est positif et précis, en quelque lieu qu'il ait été fait, il doit être décisif contre la partie qui s'est condamnée par sa propre bouche. Cependant

la loi n'a pas cru devoir répéter pour cet aveu, ce qu'elle dit pour l'aveu judiciaire, qu'il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. C'est qu'elle a craint qu'on n'abusât de cette règle. L'aveu extrajudiciaire, en effet, est rarement bien complet et bien net. Les paroles qui échappent dans une conversation, ne sont pas pesées par celui qui les prononce, comme celles qui sont proférées en justice dans un interrogatoire solennel. Il faudra donc examiner avec soin dans quelles circonstances une partie aura fait cette reconnaissance, dont on cherche à se prévaloir contre elle. Ainsi, on ne devra jamais manquer de s'enquérir si elle a eu lieu ou non en présence du créancier (n° 292). De même on attachera plus de force à l'aveu extrajudiciaire dont nous parlions tout à l'heure, à celui qui aurait été recueilli par le juge de paix siégeant comme conciliateur, qu'à celui qui ne se rattacherait qu'à une conversation particulière; et en général l'aveu constaté par écrit aura plus de poids que l'aveu verbal. Nous pourrons donc dire avec l'article 1965 du Code hollandais : « Il est laissé à la prudence du juge de déterminer l'effet de l'aveu extrajudiciaire. » Nul doute d'ailleurs que l'aveu extrajudiciaire, comme l'aveu judiciaire, n'exige un pouvoir spécial du mandataire qui le fait pour autrui, et ne puisse être révoqué pour erreur de droit. Quant à l'acceptation, elle est nécessaire en ce sens que des paroles proférées légèrement peuvent toujours être immédiatement rétractées, mais il n'est pas besoin que l'on prenne acte expressément de l'aveu, ainsi qu'on le ferait en justice; la partie qui l'a recueilli, est censée l'avoir tacitement accepté.

296. On s'est souvent demandé si l'aveu extrajudiciaire est indivisible. En raison, il est également vrai dans tous les cas que, quand je n'ai en ma faveur que la déclaration de la partie adverse, je dois la prendre ou la rejeter dans son entier. C'est ainsi que l'indivisibilité est consacrée pour l'aveu littéral qui résulte des

registres des marchands (C. civ. art. 1330). Cependant tout ce qu'on peut conclure de là, c'est que la doctrine de l'indivisibilité n'est pas étrangère à l'aveu extrajudiciaire, et que ce serait souvent mal juger que de diviser un aveu de cette nature. Mais y aurait-il lieu de casser un jugement qui opérerait cette division ? Il est difficile de le croire, quand, avant la promulgation du Code civil, il était constant que la cassation n'eût pu avoir lieu, même pour la violation du principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, principe qui n'était alors qu'une règle doctrinale, contestée par certains auteurs (voy. Merlin, *Question de droit*, v° *Confession*, § II, n° 4). Ce qui était vrai pour l'aveu judiciaire même, l'est encore aujourd'hui, dans le silence de la loi, pour l'aveu extrajudiciaire. La division de cet aveu mal à propos opérée peut donner lieu à un appel, mais non à un recours en cassation (rej. 10 décembre 1839).

Mais, si l'on est d'accord pour connaître qu'un aveu purement extrajudiciaire n'est point soumis au principe de l'indivisibilité, en tant que règle légale, on se demande ce qu'il faut décider si un aveu extrajudiciaire a été réitéré dans le cours d'une instance. Pour soutenir, avec la cour d'Orléans[1] (arr. du 7 mars 1818), que l'aveu ainsi réitéré ne se transforme pas en aveu judiciaire et demeure par conséquent divisible, on invoque cette considération, qu'il ne peut dépendre du libre arbitre d'un plaideur de modifier le caractère d'un des documents de la cause, en changeant après coup la nature de l'aveu. Nous reconnaissons volontiers qu'une déclaration purement spontanée ne saurait avoir les effets d'un aveu judiciaire, parce qu'elle aurait été faite précédemment en dehors de l'instance. Mais si la décla-

[1] Il faut remarquer toutefois que la cour d'Orléans constate dans son arrêt des indices de dol et qu'au cas de dol, il y a exception au principe de l'indivisibilité (n° 293). On cite mal à propos, comme ayant jugé dans le même sens, l'arrêt de rejet du 10 décembre 1839, qui ne s'explique point sur la réitération de l'aveu.

ration faite en justice constitue un aveu caractérisé (nos 291 et 292), nous dirons avec Merlin (*loc. cit.* § III, n° 2) : « Comment un aveu fait en justice pourrait-il cesser d'être considéré comme judiciaire et en perdre le privilége, par la seule raison qu'il aurait été précédé d'un aveu extrajudiciaire dont il ne serait que l'écho ? Cela répugne au bon sens naturel. »

DEUXIÈME DIVISION.

Force de l'aveu en matière criminelle.

297. L'aveu, au criminel comme au civil, peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

298. L'aveu extrajudiciaire, lorsqu'il n'est pas réitéré par l'accusé en justice, et qu'il n'est pas constaté par un écrit spécial, ce que nous supposons toujours dans cette partie de notre ouvrage, ne peut être établi que par témoins. La preuve testimoniale tendant à constater cet aveu sera soumise aux mêmes règles que si elle tendait directement à constater le point en litige. Elle sera par conséquent admissible, à moins que l'on ne rentre dans les cas où elle est prohibée devant toute juridiction ; par exemple, si l'on voulait faire entendre des témoins pour établir la reconnaissance d'un prétendu dépôt, dont on alléguerait la violation, on serait non recevable, attendu qu'il fallait se procurer un écrit. Dans tous les cas, le juge doit examiner, comme pour l'aveu extrajudiciaire civil, quand et comment on dit que l'accusé a avoué. Ainsi, on aura bien plus d'égard à une déclaration recueillie par un commissaire de police, quoiqu'il n'ait pas qualité pour procéder à un interrogatoire régulier, qu'à celle qui n'aurait eu lieu qu'en présence de simples particuliers [1]. L'aveu extrajudiciaire n'était considéré jadis que comme un indice ;

[1] En traitant de la preuve littérale, nous examinerons quelle est la foi d'un procès-verbal constatant un aveu, dressé par un officier compétent (n° 503).

mais, d'après la jurisprudence barbare que nous avons signalée, il pouvait, comme la déposition d'un témoin unique, justifier l'emploi de la torture (voy. Muyart de Vouglans, *Inst. au droit crim.* part. VI, chap. IV). Aujourd'hui l'importance de cet aveu doit varier suivant les circonstances. Mais c'est une grave erreur que de le considérer comme nul, ainsi que le fait M. Mittermaier (*Preuve en matière criminelle*, chap. XXXIV). Si c'est quelquefois un acte de légèreté ou de jactance, il y a des circonstances où apparaît évidemment l'*animus confitendi*.

299. Au contraire, la confession que fait l'accusé, lorsque les conséquences de sa déclaration ne peuvent lui échapper, lorsque la peine est en quelque sorte suspendue sur sa tête, semble une preuve supérieure à tous les indices et à tous les témoignages. La conscience publique proclame cette supériorité de l'aveu. Ne voit-on pas tous les jours les jurés s'enquérir avec anxiété si l'homme qu'ils ont condamné a avoué son crime? Et lorsqu'ils reçoivent une réponse affirmative, n'éprouvent-ils pas un soulagement bien sensible? Ne sentent-ils pas s'évanouir le reste de doute qui subsistait encore au fond de leur esprit?

Malheureusement il n'y a rien de certain sur la terre, en dehors de faits d'évidence immédiate. On a vu de tout temps des aveux mensongers. Ulpien (l. 1, § 27, ff. *de quæst.*) nous parle d'un esclave qui se déclara faussement coupable de meurtre, pour ne pas retomber au pouvoir de son maître. Aussi le même jurisconsulte nous apprend-il (*ibid.* § 17, *de quæst.*) qu'une constitution de Septime Sévère défendit de s'attacher à un aveu que rien ne viendrait appuyer « confessiones reo-
« rum pro exploratis facinoribus haberi non oportere,
« si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. »
On assure qu'en Chine, il y a des personnes qui avouent pour autrui des délits légers, afin de subir la punition au lieu et place du véritable coupable, qui les indem-

nise ensuite largement. Au rapport d'anciens criminalistes (Farinacius, *quest.* 81, n° 30), la crainte de la torture, plus forte que celle de la mort, porta quelquefois des innocents à se reconnaître sur-le-champ coupables de crimes capitaux. Ce danger n'est plus à craindre aujourd'hui. Mais une source d'aveux mensongers qui peut se retrouver encore de nos jours, c'est le désir d'aller au-devant de sa perte par désespoir et par dégoût de la vie. Ce fut ainsi qu'un homme se déclara volontairement coupable d'avoir assassiné une veuve d'Issy, dont la disparition donnait lieu aux poursuites les plus actives; deux ans après son exécution, la veuve revint chez elle, et les juges qui avaient prononcé la condamnation furent décrétés d'ajournement par un arrêt du parlement de Paris du 22 novembre 1580. Il y a aussi dans la jurisprudence contemporaine des exemples d'aveux dont la fausseté a été matériellement démentie (Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, n° 330, not. 2). Il faut donc, avant d'accueillir l'aveu, rechercher avec soin : 1° si le fait est bien probable en lui-même; ainsi, dans l'espèce de la veuve d'Issy, il n'y avait pas de corps de délit constaté, et la base de l'accusation n'existait que dans la rumeur publique; 2° si une fausse déclaration n'a pas été amenée par quelque motif extraordinaire, que l'on pourra peut-être saisir en recherchant les antécédents de celui qui s'accuse ainsi lui-même : précaution qu'il importe surtout de ne pas négliger à notre époque, où le suicide se multiplie sous toutes les formes. En ce sens, l'ancien adage *nemo auditur perire volens* est parfaitement raisonnable.

300. Mais on a souvent abusé de cet adage. On a été jusqu'à prétendre que l'aveu, lors même qu'il n'a rien de suspect ni d'invraisemblable, n'est pas une véritable preuve, et qu'il ne saurait suffire pour motiver une condamnation, ou du moins une condamnation capitale. Ainsi, l'ancienne jurisprudence, qui regardait le juge comme lié par la déposition de deux

témoins conformes, ne lui permettait pas de se déclarer convaincu par la confession de l'accusé. Et ces deux décisions, bien qu'opposées dans leur tendance, se conçoivent dans un système qui pesait les témoignages au lieu de les compter. L'accusé était témoin dans sa propre cause, mais il était témoin unique, si d'autres dépositions ne venaient se joindre à la sienne; dès lors son aveu, quelque sincère et quelque précis qu'il fût, ne pouvait suffire. « La règle qui a lieu à l'égard de tous les crimes publics, » dit d'Aguesseau (lettre 199), « c'est que la seule confession du coupable ne suffit pas pour mettre la justice en état de le condamner, suivant cet ancien axiome de la jurisprudence : *non auditur perire volens*. L'aveu de l'accusé est sans doute un grand commencement de preuve; mais il faut nécessairement que, pour achever sa conviction, on y joigne des preuves qui ne dépendent pas de sa seule reconnaisance, sans quoi il ne peut être regardé comme suffisamment convaincu, ni par conséquent justement condamné. » Cette doctrine paraît avoir été puisée dans ce passage de Quintilien (Déclam. 314) : « Ea natura est omnis confessionis, ut « possit videri demens qui de se confitetur. » Mais, indépendamment du peu d'autorité qu'ont en matière judiciaire les déclamations de Quintilien, véritables exercices d'école, il s'agit dans l'espèce d'un homme véritablement fou, qui s'accuse d'avoir tué son père, et il n'y a dès lors aucune conclusion à en tirer quant à la force de l'aveu en général. Au contraire, les textes de droit mettent l'aveu au nombre des preuves les plus convaincantes. C'est ainsi que Constantin (l. 16, Cod. *de pœn.*) donne à l'aveu la même foi qu'à la déposition de témoins concordants. (voy. aussi Valent. l. 8, Cod. *ad leg. Jul. de vi public.*). Quant à la constitution de Septime Sévère (l. 1, § 17, ff. *de quæst.*) que nous avons citée, et qui ne veut pas qu'on s'attache à l'aveu, *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, on doit l'entendre, pour la concilier avec les autres textes,

non d'autres preuves positives, mais simplement d'indices de nature à rendre l'aveu vraisemblable. Ce que cette constitution dit de ce mode de preuve serait vrai, à plus forte raison, de tout autre, et on ne saurait en induire, contrairement au sens commun, l'infériorité de l'aveu.[1] Il n'est pas infaillible, sans doute; mais on ne saurait le rejeter sans tomber dans un système de scepticisme qui serait essentiellement dangereux pour l'intérêt social. Le cri de la conscience explique la confession de l'accusé plus naturellement qu'un dérangement d'esprit, que l'on pourrait établir d'après les circonstances de la cause, mais qui ne doit pas se supposer. Les faux aveux seront toujours infiniment plus rares que les faux témoignages.

Aujourd'hui l'intime conviction, posée en principe par l'article 342 du Code d'instruction criminelle, peut se former et se formera tout aussi bien par suite de l'aveu que par d'autres voies. Mais, supposât-on par impossible l'existence d'une règle restrictive, cette restriction n'aurait pas de sanction au grand criminel, puisque le jury ne motive pas ses décisions. On a soutenu avec un peu plus de fondement, en matière de police, là où les jugements sont motivés, que l'aveu, ne figurant pas au nombre des preuves énumérées par la loi (C. d'inst. art. 153 et 190), ne saurait à lui seul justifier une condamnation. Mais doit-on supposer que le législateur, en indiquant les modes de vérification les plus usités dans les débats, ait entendu que la décision se réglerait uniquement d'après ces modes? Il est vrai qu'un arrêt de la cour de Turin du 28 avril 1810 a annulé une condamnation correctionnelle, parce qu'elle n'était fondée que sur un aveu. Mais il ne faut voir dans cet arrêt qu'une réminiscence de l'ancienne doctrine qui, tendant à réprimer l'abus des moyens déplorables em-

[1] Quant à l'influence des divers systèmes de procédure criminelle sur la force de l'aveu, voy. nos 320 et suiv.

ployés autrefois pour arracher une confession à l'accusé, refusait de voir dans l'aveu isolé une preuve suffisante. Si rien n'oblige les juges à se contenter de l'aveu, lorsque la culpabilité ne leur paraît point d'ailleurs suffisamment établie (rej. 15 décembre 1814), il n'est point permis de repousser l'aveu, en se fondant uniquement sur le vieil adage : *nemo auditur perire volens*, et c'est ce qu'a jugé la cour suprême bien des fois, et même par des arrêts de cassation (rej. 23 septembre 1837; cass. 4 septembre 1847 et 29 juin 1848). « La violation d'une maxime de jurisprudence, » dit l'arrêt de 1837, « ne peut constituer un moyen de cassation qu'autant que cette maxime serait revêtue du caractère législatif, et aucune loi ne défend aux juges correctionnels du premier ou deuxième ressort de faire entrer dans leurs éléments de conviction l'aveu du prévenu, et ne leur impose à cet égard des règles différentes de celles qui existent pour les jurés. » Cette décision peut s'appuyer d'ailleurs sur l'article 190 du Code d'instruction, qui prescrit expressément l'interrogatoire du prévenu en police correctionnelle. Il y aurait un défaut d'harmonie choquant dans une législation qui serait plus difficile pour la preuve des délits que pour celle des crimes ou des contraventions.

304. Une question plus délicate est celle de savoir si, en matière d'adultère, l'aveu du complice de la femme peut motiver suffisamment une condamnation contre lui. En effet, l'article 338 du Code pénal n'admet d'autres preuves contre ce complice que le flagrant délit ou des pièces écrites dont il serait l'auteur. On a invoqué un arrêt de la cour de Paris, du 18 mars 1829, pour soutenir que, par application de cet article, les juges ne sont pas autorisés à condamner le complice sur son aveu. Mais il ne s'agit dans cet arrêt que d'une déclaration devant le juge d'instruction, laquelle n'avait été, suivant la cour, *ni libre, ni spontanée*. Quant au véritable aveu judiciaire, voyons quel a été le but

de la restriction établie par cet article 338. Écoutons l'orateur du corps législatif : « Il importait de fixer la nature des preuves qui pourront être admises pour établir une complicité que la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des conjectures hasardées, ou des rapprochements fortuits. Après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pourront admettre que celles qui résulteraient des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu, c'est dans ces lettres en effet que le séducteur dévoile sa passion, et laisse échapper son secret. » Mais y a-t-il indice frivole, conjecture hasardée, rapprochement fortuit dans une confession bien précise, articulée en justice? En permettant de s'emparer de la correspondance du prévenu, pour s'en faire une arme contre lui, le Code pénal autorise la recherche d'un aveu tacite qui pourrait être équivoque; car on a vu des amitiés exaltées emprunter le langage de la passiou. Comment aurait-il en même temps refusé toute foi à l'aveu exprès, donnant ainsi plus de force aux inductions puisées dans une déclaration extrajudiciaire, qu'à la démonstration directe que fournit la confession judiciaire? Au lieu de prêter au législateur une pareille contradiction, n'est-il pas plus simple de s'attacher à l'intention qu'il a manifestement annoncée, de protéger le prévenu contre la malignité publique? Ne doit-on pas dès lors réserver l'exclusion de l'article 338 aux modes de preuves autres que la déclaration du prévenu lui-même, qui ne peut sérieusement se plaindre d'être condamné arbitrairement, quand il ne l'est que sur son propre aveu[1]? Aussi

[1] Un excès contraire à celui dans lequel tombent ceux qui ne considèrent l'aveu que comme une preuve imparfaite, c'est l'opinion qui l'estime nécessaire, pour qu'une condamnation capitale puisse être prononcée. Spon (*Histoire de Genève*, année 1502) parle d'un fameux voleur, « qui toujours échappa, parce qu'on ne condamnait personne, s'il n'avouait lui-même, et qu'il résistait à toutes les tortures. » Il est peu à craindre que ce système soit remis en honneur de nos jours.

la même cour de Paris, dans un arrêt plus récent (du 13 mars 1847), a-t-elle considéré comme rentrant dans les preuves écrites autorisées par la loi l'interrogatoire, même subi devant le juge d'instruction; et la même doctrine a été consacrée par un arrêt de rejet du 13 décembre 1851. A plus forte raison, n'y a-t-il point de doute en ce qui concerne l'aveu fait à l'audience.

502. L'aveu peut-il être rétracté en matière criminelle? La règle qui interdit cette rétractation en matière civile, à moins qu'il ne soit justifié d'une erreur de fait (C. civ. art. 1356), tient à ce que l'aveu en cette matière constitue pour la partie adverse un droit acquis. Rien de pareil dans la procédure pénale. Le juge d'instruction qui a obtenu un aveu, n'en procède pas moins à la recherche de la vérité, et rien ne l'empêche d'accueillir plus tard la rétractation, si elle lui paraît sincère et en harmonie avec les documents de l'instruction. On doit donc décider avec le Code bavarois (§ 273), que, « s'il paraît hautement probable qu'au moment de l'aveu, l'inculpé n'a pas pu ni voulu dire la vérité, la rétractation doit être admise. » (Voy. M. Mittermaier, *ibid.* ch. XXXVII.)

505. En ce qui touche l'indivisibilité de l'aveu, le motif principal sur lequel elle est fondée en matière civile, n'existe plus ici. On ne peut pas dire qu'il faille s'en rapporter entièrement à la bonne foi de celui contre qui on ne s'est pas procuré d'autres preuves, puisqu'il est clair qu'il n'a pas ordinairement dépendu du ministère public de constater l'infraction par un acte en bonne forme. Nulle obligation dès lors d'accepter dans son entier l'aveu que les interprètes appellent *aveu qualifié*, c'est-à-dire dans lequel l'accusé modifie sa déclaration par l'addition de circonstances qui font disparaître, ou du moins qui atténuent sa culpabilité. Un arrêt de rejet du 23 juin 1837 reconnaît, en conséquence, au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la vraisemblance des circonstances ainsi ajoutées à l'aveu. Mais, pour que

la confession du fait principal soit acquise au ministère public, il faut que ce fait se détache bien des accessoires sur lesquels porte la controverse. Ainsi, celui qui reconnaît avoir commis un meurtre, et qui ajoute qu'il ne l'a commis que dans un cas de nécessité, peut être condamné comme meurtrier, si cette nécessité n'est pas justifiée. Il en serait autrement si la restriction portait sur les circonstances constitutives du délit, ou sur les circonstances aggravantes. Ainsi, on ne pourrait condamner pour viol celui qui avouerait seulement des actes préparatoires, tels que des attouchements déshonnêtes ; pour meurtre, celui qui avouerait seulement avoir blessé, etc. L'aveu ainsi qualifié n'est qu'un aveu partiel, que l'accusation est obligée de compléter, en faisant la preuve des circonstances qui n'y sont pas comprises; car, s'il peut être permis de le diviser, il est toujours impossible d'y rien ajouter (voy. sur ce point les judicieuses observations de M. Mittermaier, *ibid.* ch. XXXVI).

304. Quant à la spontanéité de l'aveu, elle se rattache précisément à la question de forme, à la procédure, que nous allons aborder maintenant.

DEUXIÈME SECTION.

PROVOCATION DE L'AVEU.

305. L'aveu a une si haute importance qu'on ne doit pas attendre qu'il se produise de lui-même, ce qui sera toujours assez rare, mais bien chercher à l'amener, en interrogeant la partie. Rien de plus légitime que cet interrogatoire. Dans le type le plus simple de l'administration de la justice, dans la procédure domestique, n'est-ce pas au moyen de questions adressées aux personnes à qui tel ou tel fait est imputé, qu'on arrive souvent à la découverte de la vérité? En matière civile, deux voies peuvent être employées pour provoquer l'aveu : l'une secrète et embarrassée de

prescriptions plus nuisibles qu'utiles, *l'interrogatoire sur faits et articles*; l'autre publique et dégagée de formes arbitraires, *la comparution des parties*. En matière criminelle, l'interrogatoire n'est pas tantôt secret, tantôt public, au choix du juge. Les deux modes sont employés successivement dans les diverses phases de l'instruction, ainsi que nous avons vu qu'on le faisait pour l'audition des témoins.

PREMIÈRE DIVISION.

Provocation de l'aveu en matière civile.

306. A Athènes, il était d'usage que les plaideurs, au commencement du litige, s'adressassent, soit extrajudiciairement, soit devant un arbitre, des propositions tendant à simplifier le procès et à en accélérer la solution. Elles avaient lieu en présence de témoins, et elles étaient rédigées par écrit, afin que l'auteur de la proposition pût tirer des inductions favorables au soutien de sa cause, soit de la réponse de l'adversaire, soit de son refus de répondre. Chacune des parties pouvait également interpeller l'autre devant le magistrat chargé de la délivrance de l'action (voy. M. Cauvet, *Organisation judiciaire chez les Athéniens*, Revue de législation, t. XV, p. 296 et 297). A Rome, les plaideurs étaient toujours interrogés publiquement en présence l'un de l'autre, soit que l'interrogation eût lieu *in jure*, devant le magistrat, pour éclaircir à l'avance le point litigieux, soit qu'elle eût lieu *in judicio*, devant le juge, qui était spécialement chargé de recueillir la preuve des faits. La provocation de l'aveu n'était pas alors un incident, mais ressortait de la marche même de l'instance. Les parties, se trouvant toutes deux vis-à-vis du juge, étaient appelées naturellement à donner des renseignements sur les circonstances qu'il s'agissait de vérifier. Il en était de même autrefois chez nous. Les procureurs n'étaient que des mandataires volontairement choisis

par les parties, et même, dans l'origine, il fallait obtenir du roi, moyennant six sous parisis, la faculté de plaider par procureur; d'où l'ancienne maxime : *nul, excepté le roi, ne plaide par procureur*, maxime qui n'est plus qu'un non-sens dans notre système judiciaire (voy. nos *Élémens d'organisation judiciaire*, t. I, nos 299 et 519). En 1528, François Ier permit à toute personne de plaider par procureur *sans lettre de grâce*[1]. A mesure que la procédure avait revêtu un caractère plus technique, les actes écrits s'étaient substitués aux éclaircissements oraux; la comparution des parties était devenue exceptionnelle, et lorsque l'ordonnance de 1620, en instituant des procureurs à titre d'office dans la plupart des juridictions, rendit leur ministère obligatoire, elle ne fit que sanctionner ce qui avait lieu dans la pratique[2]. Toutefois nos plus anciennes ordonnances, pour suppléer en quelque sorte à la présence des plaideurs, voulaient que leur foi fût engagée dans le litige. Enchérissant sur le serment *de calumnia* imposé par Justinien (l. 2, Cod. *de jurej. propt. calumn.*) au demandeur et au défendeur, et maintenu par le droit canonique, une ordonnance rendue par Louis XII en 1499 était ainsi conçue (art. 16) : « *Item* ordonnons qu'après que le demandeur aura posé et affirmé par serment aux saints évangiles qu'il croit le contenu en sa demande et écri-

[1] En Angleterre, il a été permis, dès l'époque d'Édouard Ier, de plaider par procureur, sans lettres patentes du roi. Mais le ministère des hommes de loi n'a jamais été obligatoire; il est vrai que la complication de la procédure anglaise ne permet guère de se priver de leur secours.

[2] En Prusse, un édit royal de 1793 avait écarté les avocats et les avoués, pour établir une procédure *inquisitoriale*, où le juge recherchait d'office la vérité, même en matière civile, les parties n'étant assistées que de *commissaires de justice*, sorte de ministère public. Cette marche, bien différente de celle que l'on suivait à Rome, s'en rapprochait en ce point que la comparution personnelle y était de droit. Aujourd'hui les lois de 1833 et de 1846 ont rétabli, en se rapprochant du droit commun allemand, la procédure *réquisitoriale*, où les parties peuvent se faire assister de défenseurs, et diriger elles-mêmes le procès (voy. les articles de M. Bergson sur la nouvelle législation de la Prusse, *Revue de droit français et étranger*, année 1847).

tures être véritable, tant en nos cours de parlement que par devant nos juges royaux, le défendeur sera tenu de répondre par *credit, vel non credit*, pertinemment, par son serment aux évangiles, à chacun article des écritures du demandeur. » Nous voyons même, par un arrêt du parlement de Paris du 10 mai 1535, qui condamna cet abus, qu'on s'était arrogé le droit de consigner le plaideur et de le garder à vue dans sa maison, jusqu'à ce qu'il eût fait ses réponses et ses serments. Cette intervention indirecte, imposée aux parties, n'éclaircissait rien, et n'était qu'une source de frais et de vexations. Aussi, sous François Ier, l'ordonnance de 1539 (art. 27) abrogea-t-elle les réponses *de credit, vel non credit*[1], pour y substituer l'interrogatoire sur faits et articles, purement facultatif. L'ordonnance de 1667 dégagea à son tour l'interrogatoire de deux entraves établies en 1539 : de la nécessité de répondre par oui ou par non, vestige de l'ordonnance de 1499, qui coupait court à tout éclaircissement utile; et de l'amende de vingt livres pour chaque fait mensonger, amende dont l'application donnait lieu à une nouvelle procédure, portant sur la sincérité des réponses. Enfin le Code de procédure, en laissant subsister dans l'interrogatoire des vices graves, déjà signalés lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, a du moins supprimé le serment qui paralysait la faculté de se défendre librement, en mettant l'interrogé dans la nécessité de trahir ses intérêts ou bien de commettre un parjure.

307. L'autre mode de provocation de l'aveu, la comparution des parties, bien plus simple, n'a été adopté que beaucoup plus récemment. Il n'était usité

[1] Ces expressions, ainsi que celle de *pareatis*, qui est encore mentionnée dans l'article 547 du Code de procédure, appartiennent à l'ancien style judiciaire, où l'on employait la langue latine. Ce fut la même ordonnance de 1539 qui prescrivit de rédiger les procédures civiles en *langage maternel français* : changement déjà introduit par Charles VIII en 1490 pour les procédures criminelles.

d'abord que devant les juridictions consulaires. Mais, *Dieu ayant béni la simplicité des juges-consuls*, suivant les expressions de M. Pussort lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, peu à peu la pratique introduisit devant les juges civils la même comparution, appelée quelquefois *comparution personnelle*, par opposition à la comparution fictive, qui a lieu par l'intermédiaire de l'avoué. Le Code de procédure autorise expressément cette comparution, dont nous ne parlerons qu'en second lieu, pour nous conformer à la marche historique de la législation.

I. *Interrogatoire sur faits et articles.*

308. Les parties peuvent, aux termes de l'article 324 du Code de procédure, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents. La loi dit *en toutes matières*, et par conséquent même en celles où l'aveu ne suffit pas, par exemple, dans les questions de séparations de corps; l'interrogatoire offre toujours des renseignements précieux pour éclairer et pour compléter les témoignages. Il est bien entendu que l'interrogatoire est prohibé, lorsqu'il tendrait à une recherche prohibée elle-même par la loi, par exemple à celle d'une filiation incestueuse ou adultérine. Les faits et articles doivent être pertinents : ce qui est de droit, sans doute, en toute matière, mais ce qu'il était bon de rappeler ici, afin d'écarter bien positivement les questions indiscrètes que le demandeur voudrait faire poser; ce qu'exprime surabondamment l'article lorsqu'il ajoute : *concernant seulement la matière dont est question.* Cette prescription est d'ailleurs comprise dans le principe général (n° 52), qui veut que les faits dont on demande à faire la preuve, soient concluants : le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les questions proposées ont une portée sérieuse.

On tenait autrefois que l'interrogatoire ne pouvait

être ordonné à l'occasion de faits qui seraient de nature à exposer celui qui les reconnaîtrait à des peines criminelles, ou même au déshonneur. Mais le serment qui était alors en usage, et qui mettait la partie interrogée dans l'alternative ou de commettre un parjure, ou de s'accuser elle-même, pouvait justifier cette restriction : *non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosa*, porte un arrêt du sénat de Chambéry du 25 juin 1612. Aujourd'hui ce motif n'existe plus. Dégagé de la contrainte morale du serment, le défendeur est parfaitement libre de faire des réponses évasives, quant aux points qui pourraient le compromettre ; mais il ne peut empêcher que les questions ne lui soient posées. Plusieurs cours avaient demandé qu'il fût formellement exprimé que les faits ne seraient *ni calomnieux, ni captieux, ni préjudiciables aux parties, et ne pourraient tendre à découvrir leurs turpitudes*. Mais ces observations, souvenir d'un ordre de choses effacé, n'exercèrent aucune influence sur la décision du conseil d'État, qui n'inscrivit rien de semblable dans la loi. Un arrêt de la cour de Liége du 5 avril 1811 a permis d'interroger une partie sur des faits tendant à l'inculper d'usure.

309. Quant aux personnes qui peuvent être interrogées, il est bien évident qu'on ne peut interroger que les parties. L'interrogatoire dirigé contre des tiers dégénérerait en enquête et devrait être soumis à d'autres formes. Mais peut-on faire interroger une personne qui serait intéressée dans la cause, sans y être directement partie? Cette question, qui s'agite surtout par rapport à la femme mariée, et sur laquelle la jurisprudence est partagée, nous semble ne pouvoir être résolue qu'au moyen d'une distinction. Si l'affaire concerne au fond la femme seule, par exemple, s'il s'agit d'actions mobilières à elle appartenant, dont le mari a l'exercice, on doit évidemment pouvoir l'interroger ; car il serait par trop singulier qu'on ne pût demander des éclaircisse-

ments à la véritable intéressée. Il y a plus de doute si l'affaire concerne la communauté; cette communauté, dit-on, est un être moral, qui a pour chef le mari, lequel a seul qualité pour ester en justice; la femme a bien un intérêt éventuel à la communauté, pour le cas où elle l'accepterait, mais elle est étrangère à tout ce qui regarde l'administration actuelle (Caen, 10 avril 1823; Metz, 16 juin 1827). Rebuffe (*Tract. de Resp.* art. 4) veut qu'on puisse toujours s'adresser à la femme, « quia poterit uxor citius veritatem dicere « quam ejus maritus, qui forte est procurator vel advo- « catus antiquus, qui non solent laqueis capi, sicut « nec annosa vulpes. » Ce motif prouve trop; car il autoriserait à interroger la femme dans toutes les affaires qui concernent son mari : ce qui est inadmissible, là où la femme n'est point virtuellement partie dans la cause, ainsi que l'a jugé la cour d'Orléans, le 10 juillet 1842, en matière de quasi-délit imputé au mari. Mais on ne saurait nier qu'il n'y ait souvent dans la gestion de la communauté des faits auxquels la femme n'est point étrangère, et pour lesquels il peut être fort utile de l'interroger. Or, elle ne saurait être entendue comme témoin, puisqu'elle est intéressée dans la cause : dès lors, ou bien il faut renoncer à obtenir d'elle aucun renseignement, ou bien il faut autoriser son interrogation. Les considérations qui avaient fait admettre la faculté d'interroger la femme commune, ont conservé toute leur force dans le droit actuel (même arr. d'Orléans; Bruxelles, 11 octobre 1808; Poitiers, 13 février 1827). On se demande également si le tuteur peut être interrogé sur des faits relatifs au patrimoine de son pupille. Il peut l'être pour le mobilier, à l'égard duquel il lui est loisible d'intenter toute espèce d'actions, mais non pour les immeubles, à moins qu'il ne s'agisse de simples faits d'administration, car il ne peut aliéner à lui seul les immeubles, ni directement, ni indirectement. Quant au mineur lui-même, comme

il est complétement incapable, ses réponses ne sauraient lui préjudicier, et dès lors tout interrogatoire est superflu, à moins qu'il ne s'agisse de délits ou de quasi-délits (C. civ. art. 1310).

310. Le seul cas d'interrogatoire pour autrui prévu par le Code de procédure, c'est celui où il s'agit d'établissements publics. Ces établissements doivent déléguer un administrateur, auquel ils donnent un pouvoir spécial, dans lequel les réponses sont expliquées et affirmées véritables (C. de proc. art. 336). Mais il est évident qu'un pareil interrogatoire est dérisoire, puisque les réponses sont toutes tracées à l'avance, et l'on arriverait au but d'une manière plus simple, en se bornant à une signification d'écritures. Il est vrai que l'on peut aussi (même art. 336) interroger l'administrateur sur les faits qui lui sont personnels. Et même, avant l'ordonnance de 1667, il paraît que cette faculté dégénérait en abus, les aveux d'un agent imprudent ou corrompu pouvant compromettre l'établissement qui l'avait délégué. Aussi le président Lamoignon fit-il observer que, dans les communautés religieuses, on chargeait ordinairement de la procuration le plus jeune des chanoines ou des religieux, qui n'avait aucune connaissance des affaires. Pour obvier à cet inconvénient, on inséra dans la rédaction de l'ordonnance, à la demande du président, la restriction qui se retrouve au Code de procédure (*ibid.*)*pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison.* Aujourd'hui on tient généralement que, l'interrogatoire proprement dit n'ayant d'effet qu'en ce qui touche personnellement l'administrateur, la corporation ne peut être liée que par les réponses écrites émanées d'elle, et n'est pas dès lors soumise à un véritable interrogatoire.

311. Après avoir vu sur quels points peut porter l'interrogatoire, et quelles personnes peuvent être interrogées, voyons quelle est la marche tracée par la loi en cette matière.

342. On a toujours pensé qu'à la différence de ce qui se pratique pour l'enquête, un débat préalable ne doit pas avoir lieu ici relativement à l'admissibilité des faits. Autrement, il ne serait plus vrai de dire que l'interrogatoire a lieu *sans retard de l'instruction ni du jugement* (*ibid.* art. 324) : les faits une fois signalés à l'avance, il ne serait plus loisible au demandeur de ne laisser à la partie adverse que vingt-quatre heures pour préparer ses réponses (*ibid.* art. 329), et ce délai déjà trop long, ainsi que nous allons le voir, se trouverait indéfiniment prolongé. Aussi se contentait-on autrefois d'une simple ordonnance du président, qui appréciait le caractère des faits et nommait un juge-commissaire. Suivant la loi actuelle (*ibid.* art. 325) l'interrogatoire est ordonné, toujours sur requête, mais par jugement rendu à l'audience. Cette innovation a induit en erreur certaines cours qui ont cru que le législateur avait voulu prescrire un véritable jugement interlocutoire, comme en matière d'enquête. Elles ont, en conséquence, autorisé à plaider sur l'admission de la requête, et à attaquer les décisions rendues à l'audience par la voie de l'opposition ou de l'appel (voy. notamment Toulouse, 5 mai 1829; Angers, 14 février 1835). Mais cette opinion, peu conforme à l'ensemble du Code de procédure, est de plus contredite formellement par l'article 79 du tarif, qui s'exprime ainsi sur la requête pour avoir permission de faire interroger sur faits et articles : « Cette requête ne sera point signifiée ni la partie appelée avant le jugement qui admettra ou rejettera la demande à fin de faire interroger : elle ne sera notifiée qu'avec le jugement et l'ordonnance du juge-commissaire pour faire subir l'interrogatoire. » Le mérite de la requête ne doit donc pas être débattu contradictoirement, et il faut reconnaître avec la jurisprudence la plus récente (Paris, 11 janvier 1836 et 18 décembre 1837; Poitiers, 25 janvier 1848) qu'il s'agit là d'un jugement *sui generis*, que

le législateur lui-même qualifie d'*ordonnance* (C. de proc. art. 329), et qui correspond effectivement à l'ordonnance qu'on obtenait jadis du président, sauf la substitution du tribunal tout entier à ce magistrat. Il ne peut donc y avoir ni débat contradictoire, ni opposition, ni appel. Seulement, la partie qui alléguerait que les faits ne sont pas pertinents, pourrait, à ses risques et périls, refuser de répondre ; on reviendrait devant le tribunal, et l'incident serait jugé avec le fond, sauf à attaquer le tout par les voies de recours légales. En matière sommaire, l'interrogatoire doit être demandé à l'audience, mais toujours sans discussion.

343. Le juge-commissaire fixe les jour et heure de l'interrogatoire. En cas d'empêchement légitime, il se transporte au lieu où la partie est retenue (*ibid.* art. 327 et 328). On signifie au défendeur, vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, la requête à fin de l'obtenir, l'ordonnance du tribunal qui l'autorise, et celle du juge-commissaire qui en règle l'ouverture. La requête comprend nécessairement les faits sur lesquels la partie doit être interrogée : communication vivement critiquée dès 1667 par le président Lamoignon, qui allégua l'usage de Normandie, contraire sur ce point à l'usage général. « D'ordinaire, » dit-il, « ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur conscience que le palais, sur ce qu'ils ont à dire ; ils apportent leurs réponses toutes faites ; de sorte que l'effet de leur interrogatoire n'est que de transcrire des réponses, que la partie a déjà elle-même rédigées par écrit [1]. L'on n'a point vu qu'un homme préparé sur ce qu'il doit répondre ait jamais perdu son procès par sa bouche. C'est bien souvent l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher ! Mais, au con-

[1] Le président suppose que la partie a appris par cœur les réponses qu'elle devait faire. Car déjà sous l'ordonnance (titre x, art. 6), comme sous le Code de procédure (art. 333), il était défendu de lire aucun projet écrit.

traire, lorsqu'une partie vient prêter l'interrogatoire sans avoir eu communication des faits, il est difficile, quand ils sont bien dressés, qu'elle ne tombe dans quelque contradiction, lorsqu'elle veut déguiser la vérité. » La proposition du président n'ayant pas été admise, il réussit du moins à faire insérer dans l'ordonnance une disposition additionnelle, qui se trouve aujourd'hui dans l'article 333 du Code de procédure, et par laquelle le juge est autorisé à interroger d'office sur des faits non communiqués. Il est facile ainsi d'éluder la nécessité d'une communication préalable. Le demandeur n'insère dans la requête que des faits insignifiants, et fournit au juge-commissaire des notes à l'aide desquelles il pose d'office les questions les plus importantes. Mais, il faut en convenir, cette marche manque de franchise [1], et a de plus l'inconvénient de laisser trop de latitude au juge, qui peut fort bien, par scrupule ou autrement, se refuser à interroger ainsi à l'improviste sur les points les plus graves. Mieux vaudrait supprimer cette fâcheuse prescription, au lieu de chercher ainsi à l'atténuer indirectement. Ce qui rend le système du Code de procédure plus vicieux encore, c'est que la faculté de ne communiquer les faits que vingt-quatre heures à l'avance est rendue illusoire par l'article 334, qui permet au défaillant de se présenter ultérieurement, pourvu que ce soit avant le jugement définitif, à charge seulement de payer les frais occasionnés par son défaut. Ainsi, il est toujours facile de se ménager un temps considérable pour préparer ses réponses, et la loi se plaît pour ainsi dire à détruire elle-même le peu de garanties que cette procédure pouvait assurer au demandeur.

314. Un point non moins digne de critique, c'est la manière dont on procède à l'interrogatoire. Il est

[1] Elle répugnait à la nature simple et loyale de Pothier, qui trouvait que cela n'était pas *dans la règle* (*Proc. civ.* part. I, chap. III, art. 5, § 2).

secret, et tous les reproches que l'on adresse à la clandestinité de l'audition des témoins au civil, ne sont pas moins fondés en ce qui touche la partie, que l'absence de publicité ne peut également qu'encourager à mentir avec plus de hardiesse. Bien plus, par inadvertance peut-être plutôt qu'à dessein, on n'a pas reproduit, au titre de l'interrogatoire sur faits et articles, la concession qui avait été faite en matière d'enquête, l'assistance des parties intéressées. L'article 333, en n'admettant pas la présence de celui qui a requis l'interrogatoire, a suivi une jurisprudence vicieuse, constante à Paris, mais repoussée dans d'autres ressorts (Merlin, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, § XII), et que Dumoulin, lors d'un procès où il était personnellement intéressé, avait flétrie par ce mot célèbre : *et in hoc curia pessime judicavit*. Le conseil d'État, lorsqu'il a élaboré les matériaux du Code de procédure, a été trop souvent sous l'influence de ce préjugé vulgaire qui regarde la procédure comme une affaire de pure pratique; il a trop négligé les lumières que pouvaient lui fournir l'ancienne doctrine ou même la simple raison, pour s'abandonner à une routine aveugle. Pourquoi donc la confrontation des parties en cause serait-elle moins utile au civil qu'au criminel ?

315. Les réformes introduites dans cette matière se bornent à deux points : la dispense du serment, que nous avons déjà signalée, et la disposition de l'article 323, suivant laquelle, si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre, les faits *pourront être tenus pour avérés*. D'après l'ordonnance de 1667, les faits étaient nécessairement tenus pour avérés. Le président Lamoignon avait vivement critiqué cette rigueur qui, dans certaines circonstances, dégénérait en injustice. Sur ce second point, comme en ce qui touche le serment, les rédacteurs du titre de l'interrogatoire ont eu égard aux observations de cet illustre magistrat, auquel aucun des vices de l'ancienne pratique ne semble avoir échappé.

S'ils avaient également tenu compte de ses sages réflexions sur d'autres points, ils auraient établi un bien meilleur système.

346. Les vices de la marche consacrée par ce titre ont été énergiquement signalés dans le rapport de M. Bellot sur la loi de procédure de Genève : « Si jamais, dit-il, un législateur se propose le problème du mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité, le Code de procédure français lui en fournira la solution au titre de l'interrogatoire sur faits et articles. Pour éviter à la partie l'ennui de la publicité, l'embarras d'un contradicteur, pour affaiblir les conséquences de ses tergiversations et la honte du mensonge, pour lui fournir les moyens de méditer à tête reposée, de calculer ses réponses, ce Code exige qu'elle soit interrogée en secret, par un seul juge, hors de la présence de son adversaire, et que les faits sur lesquels l'interrogatoire a été requis, lui soient communiqués vingt-quatre heures d'avance. Faut-il s'étonner qu'avec d'aussi absurdes mesures, nos avocats et nos juges n'aient jamais obtenu aucun résultat de pareils interrogatoires?» Il y a de l'exagération dans ces reproches, fondés au fond. Je ne sais si, à Genève, les interrogatoires n'ont jamais été utiles; mais il est certain qu'en France, dans la jurisprudence ancienne et moderne, ils ont amené souvent d'importantes révélations. Ces effets se sont produits, il est vrai, non par la marche adoptée, mais malgré cette marche. Toujours est-il certain que l'interrogatoire mal organisé vaut encore mieux que l'absence de tout interrogatoire.

A Genève, l'interrogatoire non public n'est admis qu'au cas d'empêchement légitime de la partie que l'on doit interroger; mais alors il a lieu en présence de l'adversaire, et sans communication préalable des faits. Il est toutefois loisible au juge de ne pas admettre l'assistance de la partie adverse, s'il craint que cette assistance ne nuise à la manifestation de la vérité. Il serait

presque aussi déraisonnable de toujours exiger sa présence que de l'écarter d'une manière absolue. Avec ces modifications, l'interrogatoire doit être admis comme mode spécial. Dans les cas ordinaires, on doit préférer la comparution personnelle, dont il nous reste à parler.

II. *Comparution des parties.*

317. Moins rigoureuse ici que pour l'administration de la preuve testimoniale, où la publicité est entièrement exclue en matière ordinaire, la loi permet aux juges qui veulent recueillir la vérité de la bouche des parties elles-mêmes, d'ordonner leur comparution à l'audience. Des magistrats éclairés prendront toujours ce parti, toutes les fois qu'il s'agira d'une de ces simples questions de fait, sur lesquelles les explications orales et contradictoires des intéressés jettent plus de jour que toutes les productions de pièces et que tous les plaidoyers. Les cas où la comparution peut être ordonnée, sont les mêmes que ceux où l'interrogatoire peut l'être. Aussi la cour de cassation a-t-elle pensé (rej. 11 janvier 1815) qu'il est toujours loisible au juge, lorsqu'on lui demande un interrogatoire, de prescrire de préférence la comparution. Et la cour de Rennes, dans un arrêt du 15 août 1828, mal à propos critiqué par Carré, a déclaré la comparution admissible, là où la preuve testimoniale ne saurait l'être. L'opinion contraire tendrait à confondre avec l'enquête les éclaircissements personnels donnés par les parties. Et ce serait également confondre la comparution avec l'enquête que d'appeler à l'audience une personne étrangère à la cause (Poitiers, 18 janvier 1834).

318. Aucune forme n'est tracée pour la constatation des dires des comparants. La loi ne prescrivant pas de dresser un procès-verbal spécial, ce procès-verbal ne passerait pas en taxe, et en conséquence on n'en dresse pas dans la pratique[1]. Il faudra donc, dans

[1] La comparution des parties s'est glissée en quelque sorte dans la ré-

la rédaction même du jugement, reproduire les déclarations qui auront été faites devant le tribunal; autrement il arriverait, ce qui est arrivé devant une cour d'appel (Amiens, 14 juillet 1828), qu'on se trouverait dans la nécessité, sur l'appel, d'ordonner de nouveau la comparution, par cela seul que la première audition des parties n'aurait pas laissé de traces.

319. Le défaut de la partie appelée à comparaître peut-il autoriser le juge à tenir pour avérés les faits allégués, comme en matière d'interrogatoire (C. de proc. art. 330)? L'application d'une disposition purement facultative doit être admise en principe (rej. 15 février 1812; Rennes, 15 août 1828). Toutefois le défaut de comparution n'a pas ici le même degré de gravité; la partie ignorant souvent les points sur lesquels on doit l'interroger, l'aveu tacite qui résulte de l'abstention peut n'avoir plus la même précision, et les juges doivent être beaucoup plus circonspects, s'il s'agit de prononcer une condamnation d'après ce seul motif. Dans l'espèce jugée par la cour de Rennes, la question sur laquelle devait porter l'interrogation, était parfaitement déterminée, et il y avait des présomptions graves contre la partie qui avait refusé de venir à l'audience.

DEUXIÈME DIVISION.

Provocation de l'aveu en matière criminelle.

320. Le pouvoir d'interroger les parties, qu'on ne conteste pas au juge en matière civile, lui est, au contraire, positivement refusé par certains systèmes d'instruction criminelle. Dans les pays où l'accusation est abandonnée aux parties lésées, on laisse l'accusateur et l'accusé se débattre comme en champ clos; c'est à eux à prouver respectivement l'affirmative et la né-

daction du Code de procédure, comme elle s'était insinuée jadis dans la pratique. Elle n'a pas attiré l'attention du législateur, qui l'a admise sans songer à bien l'organiser.

gative qu'ils soutiennent; le juge, impassible sur son siége, jusqu'au moment où il prononce la sentence, ne fait personnellement aucun effort, aucune démarche pour amener la découverte de la vérité. Telle était à Rome l'ancienne procédure des *publica judicia*, qu'ils eussent lieu devant les *judices* analogues à nos jurés, ou bien devant l'assemblée du peuple. Il y avait, de part et d'autre, plaidoirie, production de pièces et de témoins; mais l'accusé n'était pas soumis à un interrogatoire par ses juges. Il en était de même à Athènes. Telle est encore la tendance de la procédure anglaise, qui se retrouve, avec peu de modifications, aux États-Unis[1]. On peut bien adresser des questions à l'accusé, lors des premières poursuites qui ont lieu devant les juges de paix, du moins quand il s'agit de *félonie*, c'est-à-dire d'un crime grave, en vertu de deux statuts de Philippe et de Marie; mais jamais, une fois les débats ouverts aux assises, on ne se permet de lui adresser aucune interpellation. Seulement, avant de commencer l'examen, on lui demande s'il veut plaider *guilty or not guilty*, comme coupable ou comme non coupable. L'aveu fait volontairement à cette époque rend inutile tout débat sur le fait, et on procède de suite à l'application de la peine, que la sincérité de l'accusé rend habituellement plus modérée. Mais si, dans le cours de la procédure, il lui échappe un aveu, bien que non provoqué, le président, au lieu de s'empresser de le recueillir, avertit charitablement l'accusé des conséquences de ses paroles, et l'engage en quelque sorte à les rétracter, avant qu'il en soit dressé procès-verbal[2]. Lorsque l'accusé a avoué lors de l'ouverture

[1] La constitution américaine pose en principe (amendements, art. 5) que « dans aucune cause criminelle, l'accusé ne pourra être forcé à rendre témoignage contre lui-même. »

[2] Un prêtre catholique a dû la vie, dans le dernier siècle, à cette règle de la jurisprudence anglaise, qui n'autorise pas l'interrogation. Il fut accusé d'avoir célébré la messe en Angleterre : fait encore puni de mort d'après les lois existantes, bien que l'opinion commençât à se soulever

des débats, on ne s'occupe plus de la preuve du fait, on le regarde comme parfaitement constaté; ce qui n'a pas lieu dans les systèmes d'instruction qui reposent sur un autre principe. C'est ainsi qu'à Athènes et à Rome, lorsqu'il y avait aveu de l'accusé, il n'y avait point de *judicium*; le magistrat appliquait immédiatement la peine : *confessus pro judicato est*, dit Paul (l. I, ff. *de confess.*). Il semble pourtant contradictoire, au premier coup d'œil, d'attacher une telle importance à l'aveu, lorsqu'on ne s'efforce nullement de le provoquer. Mais c'est toujours la conséquence du même système, de l'impassibilité du juge. Dès que l'accusé s'avoue vaincu, l'accusateur n'a plus rien à faire; et le juge n'a pas plus mission de défendre l'accusé, quand il abandonne lui-même sa cause, qu'il n'avait mission d'appuyer l'accusateur. Ce système applique purement et simplement, en matière pénale, ces principes du droit civil, que c'est au demandeur à faire la preuve, et que, lorsque le défendeur avoue, il n'y a plus de débat possible sur le fait.

On procède tout autrement dans le système *inquisitorial*, où l'autorité publique recherche d'office les délits les plus graves, au lieu d'en abandonner la poursuite à la diligence des particuliers. Il ne s'agit plus alors d'un combat singulier entre l'accusation et la défense, qui semble reproduire, au sein même des institutions judiciaires, les anciennes guerres privées. Le pouvoir social ne se contente plus d'intervenir; il dirige la procédure. Cette marche entraîne deux conséquences diamétralement opposées à ce qui se passait

contre elles. Les témoins furent entendus, le fait fut prouvé, et l'accusateur jouissait déjà de son triomphe; mais à sa grande surprise et à la satisfaction générale du public, l'accusé fut absous, attendu qu'on avait bien prouvé qu'il avait dit la messe, mais qu'on n'avait pas prouvé qu'il fût prêtre, ce dont on n'aurait pu s'assurer qu'en l'interrogeant. On voit néanmoins qu'il faut supposer des lois atroces pour qu'un pareil résultat soit désirable. Sous l'empire de lois justes, ce qui fut alors un triomphe pour l'humanité devient un déplorable scandale.

dans le premier système. D'une part, le juge, dont le rôle n'est plus simplement passif, s'efforce de provoquer l'aveu, qui est habituellement la meilleure preuve de la culpabilité. Mais, d'autre part, on ne regarde pas la condamnation comme forcée, par cela seul qu'il y a un aveu. Le but qu'on se propose n'étant pas de statuer sur des prétentions opposées, mais d'arriver à la vérité, on doit examiner, avant de condamner, si les circonstances que l'on peut connaître d'ailleurs, rendent l'aveu vraisemblable.

321. La tendance inquisitoriale commença à se manifester à Athènes lorsqu'il s'établit une magistrature permanente, chargée de statuer sur les crimes les plus graves, le tribunal de l'Aréopage. « Cet auguste tribunal, » dit Eschyle dans son discours contre Timarque, « fonde son opinion, non sur l'éloquence des parties ou sur les dépositions des témoins, mais sur ses investigations personnelles et sur ses notions antérieures. » Et en général, pour les crimes politiques ou religieux, il y avait une instruction préparatoire : il était permis d'interroger les accusés et de les confronter, soit entre eux, soit avec les témoins de la cause. A Rome, le même esprit s'introduisit dans la jurisprudence, quand les magistrats connurent eux-mêmes des accusations renvoyées autrefois devant le peuple ou devant les *judices*. Marcien nous apprend (l. 6, § 1, ff. *de cust. reor.*) que, dès le temps d'Antonin le Pieux, il y avait des officiers spéciaux, appelés *irenarchæ*[1], pour lesquels un édit de cet empereur prescrit « ut, cum apprehenderint « latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus, « et interrogationes cum litteris inclusas atque obsi- « gnatas ad cognitionem magistratus mittant. » Le même texte appelle *quæstio seu inquisitio* la procédure dirigée

[1] C'est-à-dire gardiens de la paix (εἰρήνην ἄρχοντας). On voit que la dénomination de *juge de paix* n'est pas aussi moderne qu'on le croit généralement. Les *irenarchæ* se rapprochent des juges de paix d'Angleterre.

par le magistrat. Nous voyons l'interrogatoire jouer un grand rôle dans les procédures qui précédèrent le martyre des chrétiens, et même dans la passion de Jésus-Christ, telle qu'elle nous est racontée par les évangélistes [1]. L'existence de poursuites d'office, à côté des accusations privées, se trouve clairement démontrée par ces mots adressés par Trajan à Pline le Jeune, dans sa fameuse lettre relative aux chrétiens (*Lettres de Pline*, liv. X, lett. 98) : *conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, puniendi sunt.*

Lorsque le christianisme sortit vainqueur des persécutions, il exerça à son tour une puissante influence sur la législation criminelle, et il ne put que fortifier cette tendance à la provocation de l'aveu, puisque la confession fut élevée par l'Église à la dignité de sacrement. On dut redoubler d'efforts pour obtenir une déclaration sincère, qui était à la fois une preuve grave pour le juge, et l'acquittement d'une obligation de conscience pour l'accusé. Quelquefois même, sous l'influence de cette idée, le Saint-Office, dont les rigueurs ont flétri le nom d'*inquisition*, pardonna à l'aveu accompagné de repentir : indulgence dont on trouve peu d'exemples dans les juridictions laïques. Sans aller aussi loin que les cours ecclésiastiques, les tribunaux de l'Europe continentale attachèrent un grand prix à la condamnation de l'accusé par sa propre bouche. Malheureusement le désir d'obtenir l'aveu, louable en lui-même, fut poussé jusqu'au fanatisme, et la torture, ce déplorable legs fait par l'antiquité à la jurisprudence du moyen âge, ne fut acceptée par celle-ci qu'avec trop d'empressement. A Athènes et à Rome, ce mode d'instruction ne s'appliquait qu'exceptionnellement aux hommes libres, et le droit canonique admettait également des distinctions. La pratique française établit

[1] « Ecce ego, coram vobis interrogans, » dit Pilate (saint Luc, ch. XXIII, vers. 14), « nullam causam inveni in homine isto, in his in quibus eum « accusatis. »

l'égalité de tous les accusés devant la torture. « Suivant le droit civil et canon, » dit Jean Imbert (*Pratique judiciaire*, liv. III, ch. 14), « aucunes personnes par l'excellence de leurs dignités, ne pouvaient être torturées comme les décurions et les prêtres ; mais aujourd'hui tous indistinctement sont sujets à torture. » A la honte de notre civilisation, qui se prétend ancienne, et qui, sous ce rapport, n'est sortie que d'hier des ténèbres de la barbarie, cet effroyable abus n'a été aboli en Europe qu'à la fin du dernier siècle [1]. Ces excès ont amené une réaction contre le système inquisitorial, qui n'a plus été considéré par beaucoup d'esprits que comme un abus de pouvoir, une vexation intolérable. Les doutes soulevés par les publicistes du dernier siècle sur la force légale de l'aveu et sur la légitimité de l'interrogatoire, s'expliquent par la juste horreur qu'inspiraient les procédés employés pour arracher un aveu. En Angleterre, où l'opinion publique repoussa énergiquement la torture, qui y avait été usitée quelque temps sous le règne d'Élisabeth, c'est la même réaction contre les abus des justices continentales qui a établi, et maintenu jusqu'à nos jours, le système qui attribue au pouvoir social un rôle purement passif dans la plupart des accusations.

322. Aujourd'hui que ces atrocités ont disparu, du moins dans tous les pays sur lesquels la civilisation européenne a étendu son empire, les meilleurs publicistes reconnaissent la supériorité du système inquisitorial. La marche dans laquelle le juge s'emploie activement pour la recherche de la vérité, est évidemment bien supérieure à celle où il se contente d'assister à la lutte des passions et des intérêts opposés. Bentham

[1] En France, la *question préparatoire*, qui avait pour but de suppléer à l'insuffisance des preuves, en extorquant du patient un aveu de culpabilité, a été abolie par Louis XVI, le 24 août 1780. La *question préalable*, à laquelle on appliquait les condamnés à mort, afin de leur faire révéler leurs complices, ne l'a été que par un décret de l'assemblée constituante du 9 octobre 1789.

(*Preuves judiciaires*, liv. VII, chap. XI) répond fort heureusement à Beccaria, qui prétend que l'interrogatoire est contraire à l'humanité, en ce qu'il exige d'un homme qu'il soit son propre accusateur : « D'autres vous diront, » dit le publiciste anglais, « que l'interrogatoire personnel n'est pas une manière de procéder généreuse : c'est prendre un homme à son désavantage. Il est dans une situation malheureuse : le juge doit être son ami plutôt que son ennemi, et il est beau de ne pas même se prévaloir de ce qui pourrait lui échapper à son préjudice. On serait tenté de croire que ces notions ont été puisées dans les maximes d'honneur des combats singuliers. Il est contre les règles de presser un adversaire qu'un accident a mis hors d'état de résister ; il est contre les règles de battre un ennemi à terre : il faut lui donner une autre lance, et lui permettre de se relever... Le juge le plus sensible et le plus humain ne doit être ni l'ami ni l'ennemi du prévenu : il n'est que l'ami de la vérité et des lois. Il ne cherche ni un innocent ni un coupable ; il veut trouver ce qui est. » Ces dernières paroles définissent bien la véritable nature du système inquisitorial.

Mais, sans parler de la torture, dont il ne peut plus être question aujourd'hui, il y a, dans l'application de ce système, un excès qu'il importe d'éviter. Tel qu'il est pratiqué dans le droit commun allemand, peu éloigné de notre ancienne jurisprudence, le système inquisitorial suppose l'action exclusive et isolée du juge, sans aucune discussion publique. Il est vrai que la chaleur des débats a quelquefois nui à la manifestation de la vérité, et qu'on a vu l'éloquence des avocats soustraire à l'échafaud de grands coupables. Mais, en voulant supprimer les passions, on supprime du même coup le mouvement et la vie, et pour vouloir atteindre trop directement le but, on s'en écarte, puisqu'on se prive volontairement de certains moyens qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. Un tribunal qui,

comme le faisait souvent l'Aréopage à Athènes, siégerait de nuit, ce qui est l'idéal du système, en se dérobant ainsi à toute impression personnelle, mutilerait l'instruction judiciaire, sous prétexte de l'épurer[1]. Il est inutile d'ajouter une considération, qui ne saurait échapper à personne, l'utilité de la publicité comme garantie contre les vexations et contre les condamnations précipitées.

Notre Code d'instruction criminelle, en maintenant le principe inquisitorial dans ce qu'il a de juste et de salutaire, a su en éviter les excès. Avec l'ancienne jurisprudence et avec le droit commun allemand, il admet une instruction préparatoire, conduite secrètement par le juge. Mais il emprunte au système d'accusation de Rome et de l'Angleterre la publicité des débats définitifs, en y confiant toutefois l'accusation à un ministère public, et en y faisant dominer l'intervention active du magistrat, qui est l'âme du système inquisitorial. Cette heureuse combinaison concilie la protection qui est due à l'intérêt social avec les garanties que réclame la sûreté individuelle. Le juge étant toujours appelé à jouer un rôle actif dans le procès, l'interrogatoire est toujours admis chez nous. De même que l'audition des témoins, il a lieu, d'abord en secret, puis en public. En le suivant dans ses diverses phases, nous ne nous attacherons qu'à la procédure établie en matière de grand criminel, l'interrogatoire n'offrant aucun caractère particulier en matière de police correctionnelle et de simple police.

§ 1. *Interrogatoire lors de l'instruction préparatoire.*

523. D'après le Code d'instruction criminelle, qui a

[1] La salle où siégeaient les *inquisiteurs d'État*, que l'on m'a montrée à Venise dans le palais ducal, est disposée de manière à ce que les juges ne puissent voir l'accusé. C'est la procédure secrète portée au dernier point de perfection. Cette salle n'est plus heureusement aujourd'hui qu'un souvenir historique, ainsi que les *plombs* et les *puits* de Venise.

été fidèle sous ce rapport aux traditions de l'ancienne jurisprudence, c'est le juge d'instruction qui est chargé d'interroger le prévenu. Le procureur de la république, dont les fonctions normales consistent à activer la procédure par ses réquisitions, mais non à la diriger, ne doit procéder à l'interrogatoire que dans des cas exceptionnels (C. d'inst. crim. art. 40). Et dans les cas mêmes où ce fonctionnaire est appelé à faire, soit personnellement, soit par l'organe de ses officiers de police auxiliaires, les premiers actes d'instruction, ces actes doivent toujours être transmis au juge, qui peut les refaire, s'il l'estime convenable (*ibid.* art. 60).

324. L'ordonnance de 1539, article 146, voulait que les prévenus fussent « bien et diligemment interrogés.... pour trouver la vérité des crimes, délits et excès, par la bouche des accusés, si faire se peut. » Le but qu'on se propose étant de découvrir la vérité, cette mesure est exigée autant dans l'intérêt de la justification des innocents que dans celui de la découverte des coupables : « C'est particulièrement dans l'interrogatoire, » disait le président Lamoignon dans les conférences sur l'ordonnance de 1670, « que l'accusé peut employer les moyens naturels de sa défense, et que le juge, par sa prudence et par son autorité, peut découvrir la vérité et pénétrer dans les déguisements d'un criminel. » Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle (tit. XIV, art. 1^er^) que les prévenus pour crimes fussent interrogés dans les vingt-quatre heures. Cette règle, souvent violée autrefois, n'est pas non plus toujours exactement observée aujourd'hui dans l'hypothèse où elle est reproduite chez nous, c'est-à-dire lorsqu'il y a mandat d'amener, mandat que le juge d'instruction doit décerner, soit lorsqu'il s'agit d'un crime, soit lorsque l'inculpé n'est pas domicilié. Dans les cas moins graves, où le juge ne décerne qu'un mandat de comparution, comme il n'a aucun droit de retenir celui qu'il a fait venir devant lui, l'interrogatoire doit se faire immédiatement. (C. d'inst.

crim. art. 93). Du reste, bien que l'interrogatoire ne soit pas expressément prescrit par la loi à peine de nullité, il est considéré comme une forme substantielle de la procédure (*ibid.* art. 103), et une instruction ne peut être close sans que l'inculpé ait été mis, par un mandat, en demeure de s'expliquer sur les faits qui lui sont imputés (cass. 6 novembre 1834, 12 février 1835, 11 novembre 1839 et 16 novembre 1849).

325. Malgré l'importance que nos lois modernes ont attachée à l'interrogatoire préalable, elles ont négligé d'en tracer les formes; et on est obligé de se reporter en ce qui touche cette matière, au titre XIV de l'ordonnance de 1670, en tant que les dispositions de ce titre sont compatibles avec l'organisation actuelle de la justice, et n'ont pas été abrogées pas le décret du 9 octobre 1789, qui a consacré certaines réformes relativement à l'interrogatoire. Jetons un coup d'œil sur celles de ces dispositions qui offrent le plus d'intérêt.

326. Le juge était tenu de vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pouvait en aucun cas être fait par le greffier[1] (ord. de 1670, tit. XIV, art. 2). L'ordonnance prononçait la nullité de l'interrogatoire fait par le greffier, et une amende de cinq cents livres, tant contre le greffier que contre le juge. La première de ces sanctions est la seule qu'il soit permis d'appliquer aujourd'hui.

L'interrogatoire devait avoir lieu en justice, et non dans la maison du juge (*ibid.* art. 14). Il doit en être encore ainsi maintenant. L'article 1040 du Code de procédure veut que tous actes et procès-verbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siége le tribunal. Il y a identité de motif en matière criminelle.

327. Les inculpés devaient être interrogés séparément, sans assistance d'autre personne que du juge et

[1] Déjà l'article 144 de l'ordonnance de 1539 avait prescrit aux juges de procéder en personne aux interrogatoires, récolements et confrontations. Mais, jusqu'à l'ordonnance de 1670, l'information pouvait être déléguée à un greffier, à un notaire ou à un sergent.

du greffier (*ibid.* art. 6). La pratique est constante en ce sens. L'assemblée constituante, en établissant la publicité des débats au criminel, a reconnu bien formellement l'utilité de maintenir le secret de l'instruction préparatoire. L'inculpé, sauf permission extraordinaire du juge d'instruction, n'est autorisé à communiquer avec un conseil qu'après sa translation dans la maison de justice du lieu où se tient la cour d'assises (C. d'inst. crim. art. 294, 302). Le ministère public lui-même ne doit pas assister à l'interrogatoire. Puisque le prévenu n'a pas encore de défenseur, on doit écarter également l'organe de l'accusation. Si donc l'article 94 du Code d'instruction dit que le juge décerne le mandat d'arrêt, après avoir entendu les prévenus et *le procureur du roi ouï*, cela ne doit pas s'entendre dans le sens d'une audition simultanée du ministère public et des prévenus, mais bien dans le sens de la succession de deux actes : d'abord l'interrogatoire, puis les réquisitions du ministère public à fin de mandat d'arrêt.

328. On appliquera de même la disposition de l'ordonnance (même titre, art. 11), qui prescrivait de donner un interprète aux étrangers qui n'entendaient pas la langue française, et celle qui ordonnait de lire et de faire signer à l'inculpé son interrogatoire (*ibid.* art. 13), ainsi que la loi le prescrit expressément pour les témoins (C. d'inst. crim. art. 76). Mais il en est autrement du serment qui était exigé avant l'interrogatoire (ord. *ibid.* art. 7). Cette exigence odieuse avait été puisée à une digne source, à un *directoire des inquisiteurs*, publié en 1360. Critiquée par les esprits les plus éminents, au XVI^e^ siècle par le fameux criminaliste Julius Clarus, l'un des premiers dignitaires du sénat de Milan, sous Philippe II[1]; au XVII^e^ siècle par le président Lamoignon, dont les développements sur cette question, lors de la rédaction de l'ordonnance, ne laissent rien

[1] « Mihi certe hæc practica nunquam placuit, quia est manifesta oc-« casio perjurii. »

à désirer; enfin au XVIII^e^ siècle, par les nombreux publicistes qui battirent en brèche les abus de notre vieille procédure, elle a été enfin abolie par l'article 42 du décret du 9 octobre 1789. Ici notre législation criminelle est parfaitement en harmonie avec la législation civile, laquelle, nous l'avons vu, a supprimé également le serment qui précédait autrefois l'interrogatoire sur faits et articles.

329. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance (*ibid.* art. 15), l'interrogatoire peut être réitéré. Il convient même en général, avant de clore l'instruction, de procéder à un interrogatoire final. On ne peut qu'applaudir à ce que dit à ce sujet une circulaire du procureur général d'Orléans, du 21 mars 1836 : « J'ai remarqué dans les procédures criminelles, que messieurs les juges d'instruction se contentent souvent de faire subir à l'inculpé un seul interrogatoire, qui a lieu immédiatement après l'arrestation, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à l'ouverture même de la procédure. Cet interrogatoire ne saurait suffire; car il n'est pas possible, à ce premier moment, de mettre l'inculpé en demeure de s'expliquer sur l'ensemble des charges, qui le plus souvent ne sont recueillies, au moins d'une manière parfaitement régulière, que par des auditions postérieures de témoins. Il importe donc qu'indépendamment de ce premier interrogatoire et de ceux qui peuvent avoir paru nécessaires dans le cours des procédures, l'inculpé subisse un *interrogatoire final*, lorsque l'information est entièrement terminée. Dans ce dernier interrogatoire, les magistrats peuvent facilement interpeller l'accusé sur la totalité des charges, et le mettre en demeure de se justifier sur chacune d'elles, soit par ses explications, soit par l'indication de nouveaux témoins. Au moyen de cette précaution, les magistrats de la chambre du conseil et de la chambre d'accusation seront certains d'avoir sous les yeux un système complet de défense à côté du système de la poursuite; et ils

pourront ainsi, mais ainsi seulement, statuer en suffisante connaissance de cause. » Lorsqu'il est ainsi procédé à un nouvel interrogatoire, on se demande s'il doit être fait lecture des interrogatoires précédents. Autoriser, en principe, les inculpés à réclamer cette lecture, ce serait leur favoriser les moyens de trahir la vérité, en les mettant en garde contre les contradictions ou variations qui auraient pu leur échapper. C'est seulement, si le juge d'instruction croit à la bonne foi de l'inculpé, qu'il peut lui relire, en tout ou en partie, ses premières dépositions, afin de le mettre à même de s'expliquer sur des contradictions qui ne seraient qu'apparentes.

330. Enfin, outre l'interrogatoire ou les interrogatoires subis devant le juge d'instruction, celui contre lequel a été rendu un arrêt de mise en accusation, doit encore être interrogé secrètement par le président de la cour d'assises ou par un juge délégué, vingt-quatre heures après son arrivée dans la maison de justice du lieu où doivent se tenir les assises (C. d'inst. crim. art. 293). C'est là une formalité substantielle dont l'accomplissement doit être régulièrement constaté à peine de nullité (cass. 30 septembre et 30 décembre 1847, 3 janvier 1850). Néanmoins, l'observation du délai de vingt-quatre heures, ainsi que celle de beaucoup de délais semblables dans nos lois, n'a pour sanction que le zèle et la conscience des magistrats (rej. 16 octobre 1839). Le but principal de cet interrogatoire est d'inviter l'accusé à se choisir un défenseur, et de l'avertir qu'il a cinq jours pour attaquer l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation (*ibid.* art. 294 et 296). Les débats ne pouvant s'ouvrir tant que le sort de cet arrêt demeure en suspens, il y aura nécessairement cinq jours au moins d'intervalle entre l'interrogatoire et l'ouverture des débats. La loi prescrit de dresser un procès-verbal, où l'on constatera l'accomplissement de ces formalités, et les déclarations de l'accusé, s'il y a lieu

(*ibid.* art. 294). Mais il est assez rare que des révélations soient faites ainsi devant le président de la cour d'assises.

§ 2. *Interrogatoire lors des débats.*

354. Il est chez nous de l'essence de l'instruction criminelle que l'accusé soit invité à donner des explications verbales; mais on n'emploie aucun moyen de contrainte pour l'obliger à répondre aux interpellations qui lui sont faites. Le refus de répondre peut être interprété défavorablement pour l'accusé, mais il ne donne lieu à aucune mesure spéciale pour punir son opiniâtreté. Nous ne connaissons pas les *peines de désobéissance*, c'est-à-dire les coups, l'incarcération plus rigoureuse, ou prolongée, que prononcent les lois allemandes contre l'accusé qui refuse de répondre (voy. M. Mittermaier, trad. de M. Alexandre, note à la fin du chap. XXXVII). Dégagé de toute contrainte, l'interrogatoire à l'audience, qui ne prête point aux mêmes abus que l'interrogatoire secret, est aussi favorable à la défense que l'accusation. Récemment, devant la haute cour de Bourges, un accusé ayant soutenu que l'interrogatoire, surtout avant l'audition des témoins, était un abus emprunté à l'inquisition, condamné par la législation anglaise et proscrit par le Code d'instruction, la haute cour a jugé, le 9 mars 1849, que d'après la combinaison des articles de ce Code « le droit appartient au président de demander aux accusés, avant l'audition des témoins, ce qui leur semble nécessaire pour la manifestation de la vérité. » On ne considère point non plus aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1670 (tit. XVIII, art. 8), celui qui refuse de répondre après trois interpellations comme *muet volontaire*, et comme privé en conséquence de la faculté de revenir ultérieurement sur les points à l'égard desquels il n'a pas voulu s'expliquer. Le droit de défense est considéré avec raison comme imprescriptible, tant qu'il n'est pas intervenu de condamnation.

332. L'accusé comparaît devant la cour d'assises libre (C. d'inst. crim., art. 340), en ce sens du moins qu'aucun lien ne doit comprimer ses membres. La contrainte physique, en réagissant sur ses dispositions morales, nuirait à la liberté de la défense. Il faut donc s'en abstenir, quand elle n'est pas nécessaire, et il suffit dès lors habituellement qu'il soit accompagné de gardes pour l'empêcher de s'évader. Mais on a jugé que le président chargé de la police de l'audience a le pouvoir d'employer toutes voies de contrainte que le bon ordre et la sûreté des assistants rendraient indispensables, dût-il faire mettre des menottes à l'accusé (rej. 7 octobre 1830).

333. Avant d'ouvrir les débats, le président demande à l'accusé son nom, ses prénoms, son âge, sa profession, sa demeure, et le lieu de sa naissance (même art. 310). Ce n'est point là l'interrogatoire proprement dit, mais simplement un moyen de constater l'identité. L'interrogatoire sérieux, qui est la partie essentielle des débats, ne peut avoir lieu qu'après l'installation du jury, la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et l'appel des témoins.

334. S'il y a plusieurs accusés, le président détermine ceux qui doivent être soumis les premiers aux débats, en commençant par le principal accusé, s'il y en a un (*ibid.* art. 334). La détermination de cet ordre peut, sans doute, avoir une grande influence sur la direction des débats. Mais apprécier quel est le principal accusé, c'est se livrer à un examen qui est tout entier de fait. Comment la cour de cassation pourrait-elle, sans entrer dans un ordre d'attributions qui lui est tout à fait étranger, annuler les débats à raison de la décision qu'aurait prise le président sur ce point? On a donc reconnu que cette règle, malgré son utilité, doit être entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire, et échappe par sa nature même au contrôle de la cour de cassation (rej. 3 mai 1834 et 4 août 1843).

Le président peut, du reste, lorsqu'il craint que la

présence de certains accusés n'exerce une influence fâcheuse sur les réponses de leurs coaccusés, ordonner que quelques-uns d'entre eux soient interrogés séparément, sauf à avertir ceux que l'on aurait fait provisoirement retirer de ce qui se serait passé en leur absence. Cette mesure n'est indiquée par la loi qu'à l'occasion de la déposition des témoins (*ibid.* art. 327), dont il peut être essentiel d'isoler les accusés (n° 264). Mais il y a absolument même raison, en ce qui touche l'examen séparé de chaque accusé; les coaccusés sont respectivement témoins les uns à l'égard des autres. Après tout, l'*affrontation* des accusés entre eux, aussi bien que leur *confrontation* avec les témoins, n'ont d'importance qu'en tant qu'elles tendent à la manifestation de la vérité; et ne pas admettre des exceptions nécessaires dans l'intérêt même de cette manifestation, ce serait sacrifier le but au moyen.

335. Quant à la manière dont l'interrogatoire doit être dirigé, la loi s'en remet à la sagesse du magistrat qui préside aux débats. Elle prescrit seulement de représenter à l'accusé toutes les pièces relatives au délit et pouvant servir à conviction, et de l'interpeller de déclarer s'il les reconnaît (*ibid.* art. 329). La présence des objets mêmes qui ont servi aux crimes, ou des dépouilles de la victime, peut agir sur sa conscience et amener une révélation. S'il ne sait pas le français, on lui donne un interprète, ainsi qu'on le fait pour les témoins (*ibid.* art. 332). La même assistance est nécessaire au sourd-muet (*ibid.* art. 333). Enfin il est évident que, si les témoins ne doivent lire aucun projet écrit (*ibid.* art. 317), il doit en être de même à plus forte raison de l'accusé, chez qui l'interrogatoire doit éveiller des souvenirs tout personnels. Mais il ne faut pas confondre avec les réponses rédigées à l'avance celles que donne immédiatement par écrit à l'audience le sourd-muet qui sait écrire (*ibid.* art. 333), réponses qui, pour n'être pas verbales, n'en sont pas moins

spontanées. La loi a raison de préférer ces réponses faites par écrit, lorsqu'on peut les obtenir, au langage par gestes, dont l'interprétation peut quelquefois n'être pas parfaitement exacte. Et au cas où un étranger saurait le français, sans pouvoir le parler, nous inclinerions à lui appliquer également la faculté de répondre par écrit. Il importe d'éviter l'emploi des intermédiaires, de mettre l'accusé en rapport immédiat avec ses juges.

556. Disons un mot du caractère général que doit avoir l'interrogatoire, soit secret, soit public. Le juge qui le dirige, doit le conduire avec habileté, afin d'amener insensiblement un aveu que l'accusé n'avait pas l'intention de faire, mais qui résulte forcément des circonstances successivement établies contre lui. Néanmoins cette habileté ne doit pas dégénérer en dol. On doit proscrire ces questions captieuses, équivoques, qui font dire à l'accusé le contraire de ce qu'il voulait dire. Il n'y a plus d'aveu, dès que la déclaration faite en justice n'est plus l'expression libre de la pensée de l'interrogé. Tendre des piéges à un accusé, c'est organiser contre lui une véritable torture morale. Certaines législations, comme la loi pénale de Bavière (art. 267, n° 4), annulent l'aveu obtenu à la suite de questions captieuses. Mais cette nullité est d'une application difficile. Quelle est la limite où s'arrêtent les questions licites, et où commencent les questions captieuses? Le seul remède véritablement efficace contre ce danger se trouve dans la publicité de l'interrogatoire, et dans l'assistance aux débats d'un défenseur. Si on se plaint quelquefois, à tort ou à raison, de la manière dont l'interrogatoire a été conduit par le juge d'instruction, les mêmes plaintes ne peuvent s'élever quant aux débats, où tout se passe à la face du public, où toute latitude est laissée à la défense; et ce n'est que d'après les débats que doit se former la conviction du jury.

557. Nous terminerons en faisant observer que, si la législation moderne n'a pas permis que la déclara-

tion de l'accusé eût pour sanction le serment, on doit encore moins admettre qu'aucune pénalité puisse atteindre celui qui n'a trahi la vérité que pour se soustraire à un grave péril. Aussi un arrêt de cassation du 22 pluviôse an XI a-t-il décidé que les déclarations mensongères faites par une personne dans sa propre cause ne sauraient constituer le crime de faux témoignage. Faut-il aller plus loin encore et autoriser à trahir son serment le témoin qui, sans être actuellement accusé, peut se compromettre s'il révèle la vérité? En faveur de l'affirmative, on fait valoir cette considération que le faux témoignage suppose l'intention de porter préjudice à autrui, tandis que celui qui est véritablement partie dans la cause, ne commet un mensonge que dans l'intérêt de sa défense. Mais la cour de cassation juge constamment (cass. 27 août 1824; rej. 22 avril et 23 décembre 1847) qu'aucune considération personnelle ne peut dispenser le témoin des devoirs sacrés qu'impose le serment. Cette doctrine rigoureuse nous paraît exacte dès qu'une fois il y a eu serment prêté : seulement, il appartient au pouvoir discrétionnaire d'autoriser en connaissance de cause ceux qui se trouvent dans une pareille position, à donner de simples renseignements (voy. n° 272), ou même à s'abstenir (Bordeaux, 6 juin 1851). Dans tous les cas, l'ancienne jurisprudence, au rapport de Jouste (*Justice criminelle*, t. III, p. 434) punissait d'une peine moins grave que la peine ordinaire du faux, le témoin qui déposait faussement dans une cause où il avait intérêt, et aujourd'hui le jury pourra toujours appliquer en pareille hypothèse le bénéfice des circonstances atténuantes.

DEUXIÈME SORTE D'AVEU.

AVEU TACITE. — SERMENT DÉCISOIRE.

338. La conduite d'une partie peut être telle qu'elle implique reconnaissance du fait allégué contre elle,

bien qu'il n'y ait pas aveu formel de sa part. C'est ainsi qu'à Rome, on considérait celui qui avait transigé à prix d'argent avec la partie adverse, comme ayant fait l'aveu du fait à lui imputé : *intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, dit Paul (l. 5, ff. *de his qui not. inf.*). Toutefois cette présomption ne s'appliquait qu'aux actions privées et aux accusations non capitales. Lorsque l'accusation était capitale, la transaction pouvait avoir été dictée par la crainte d'une condamnation injuste : « In capitalibus criminibus, » dit Ulpien (l. 1, ff. *de bon. eor. qui ant. sent*), « a principibus decretum est, « non nocere ei, qui adversarium corrupit : sed in his « demum quæ pœnam mortis continent : nam ignos- « cendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter « qualiter redemptum voluit. » Aujourd'hui, il est évident qu'en matière criminelle l'aveu tacite ne saurait avoir une force qui est refusée à l'aveu formel. Une tentative de corruption vis-à-vis du ministère public ou de la partie civile serait seulement un indice grave contre l'accusé. L'appréciation des circonstances de cette nature est complétement abandonnée au juge en matière criminelle. De même, le silence opiniâtre de l'accusé en présence des accusations les plus graves, peut lui nuire sans doute, mais n'a contre lui aucun effet absolu. Nous l'avons déjà dit, les rigueurs exercées jadis contre le *muet volontaire* n'existent plus dans le droit actuel, et le juge doit suppléer les moyens de défense de celui-là même qui aurait complétement renoncé à se défendre. Cette doctrine est du moins incontestable dans le système inquisitorial, qui a prévalu chez nous quant à l'instruction criminelle. Au civil, au contraire, où la procédure est ordinairement *réquisitoriale*, le juge n'est pas forcé de défendre la partie qui abandonne elle-même sa cause, et la loi peut très-bien voir dans cet abandon un aveu tacite.

339. Quelquefois le législateur laisse au juge la faculté de tenir les faits pour avérés, par cela seul que le

défendeur[1] n'a pas voulu se prêter à la mesure exigée de lui; et nous avons vu, en effet, que le Code de procédure (art. 330) ne va pas plus loin en ce qui touche l'interrogatoire sur faits et articles. Mais dans plusieurs autres hypothèses, le refus de contredire les allégations de l'adversaire est considéré comme une confession, que les juges ne sont pas libres d'admettre ou de rejeter. Nous verrons qu'il en est ainsi dans la vérification d'écritures; l'écrit sur la sincérité duquel le porteur ne veut pas s'expliquer, est tenu pour reconnu (même Cod. art. 194). Le cas le plus remarquable peut-être d'aveu tacite, est celui qui résulte du refus de prêter ou de référer le serment décisoire. Aussi la délation du serment a-t-elle toujours été rapprochée de l'interrogatoire, avec lequel elle a une grande affinité, puisqu'elle tend également, bien que d'une manière plus solennelle, à en appeler à la conscience de l'adversaire.

340. Mais, avant de parler spécialement du serment décisoire, donnons quelques notions préliminaires sur le serment en général.

Le serment est l'attestation de la Divinité à l'appui d'une déclaration de l'homme. Ce témoignage de la croyance des peuples à une justice suprême se retrouve dans tous les pays et dans tous les temps. Pythagore prétendait même que le monde devait son origine à un serment que Dieu lui-même aurait prêté de toute éternité, et dont la création serait l'accomplissement[2]. Malheureusement aussi de tout temps on a abusé du serment, et l'appel à la Divinité est devenu une nouvelle

[1] Il s'agit du défendeur à l'incident, qui pourrait bien être le demandeur primitif. Ainsi, quand je vous poursuis en vertu d'une pièce, et que vous l'arguez de fausseté, je joue dans cette procédure incidente le rôle de défendeur.

[2] On sent bien que cette explication, comme la plupart de celles que donne la philosophie sur le mystérieux problème de l'origine du monde, est plus obscure que le fait même à expliquer.

arme pour la fraude. C'est ce qui explique pourquoi l'Évangile est loin d'être favorable à l'emploi du serment : « Ego autem dico vobis non jurare omnino... « sit autem sermo vester : Est, est : non, non : quod « autem his abundantius est, a malo est » (S. Matth., ch. v, vers. 34 et 37). Mais cette prescription a été bien mal observée. L'influence du christianisme sur la législation romaine ne fit qu'y multiplier les serments ; on sait combien ils sont prodigués dans les constitutions de Justinien, qui oblige les deux parties, ainsi que les avocats, à prêter serment au commencement de chaque procès (Just. l. 2, Cod. *de jurej. propt. calumn.*). Les peuples modernes ont eu aussi beaucoup trop fréquemment recours à cette garantie, qui perd toute son efficacité, lorsqu'elle devient banale et pour ainsi dire de style.

341. Suivant que la déclaration de l'homme porte sur le passé ou sur l'avenir, le serment est *affirmatif* ou *promissoire*. Nous ne devons nous occuper ici que du serment affirmatif. Si le serment promissoire peut rentrer dans notre sujet, c'est lorsqu'il se rattache à l'administration de la preuve. Ainsi, nous avons spécialement signalé (nos 86, 222 et 269) celui que prêtent les experts et les témoins. Ce que nous allons dire quant à la forme du serment affirmatif, est directement applicable à la forme du serment promissoire. Quant au fond, il est évident que le serment promissoire ne tend à rien prouver, mais seulement à contracter un engagement pour l'avenir, engagement qui n'a généralement d'importance dans notre droit qu'en tant qu'il s'agit de l'exercice de certaines fonctions [1].

342. Le serment affirmatif peut être déféré par

[1] A Rome, le serment promissoire, ajouté à des conventions ordinaires, excluait la restitution en entier pour les mineurs de vingt-cinq ans. *Neque perfidiæ, neque perjurii auctorem me tibi futurum sperare debuisti*, répond Alexandre Sévère (l. 1, Cod. *si adv. vend.*), dans une espèce de cette nature. C'était aussi par le serment que les affranchis s'obligeaient

l'une des parties à l'autre, ou bien par le juge à celle des parties qu'il estime la plus digne de foi. Dans le premier cas, on le nomme *décisoire*, parce que la délation du serment suffit à elle seule pour terminer le procès. Dans le second cas, on le nomme *supplétif*, parce que le serment déféré par le juge ne fait que compléter une preuve préexistante. Nous ne traiterons maintenant que du serment décisoire, lequel se rattache à l'aveu, comme émanant le plus souvent [1] de la partie qui a intérêt à nier les faits en litige. Nous rattacherons, au contraire, au troisième mode de preuve orale, à la déclaration du demandeur, le serment supplétif, qui a un caractère à part, puisqu'il est fréquemment déféré au demandeur même, appelé à rendre témoignage dans son propre intérêt.

La délation du serment, à la différence de l'interrogatoire, n'étant usitée qu'au civil, ce sera sur les matières civiles exclusivement que porteront nos développements en cette partie. Nous expliquerons seulement ensuite pourquoi les peuples modernes ont rejeté en matière criminelle le serment décisoire.

PREMIÈRE SECTION.

EMPLOI DU SERMENT DÉCISOIRE AU CIVIL.

343. Le serment décisoire offert et accepté constitue une véritable transaction ; *speciem transactionis continet*, dit Paul (l. 2, ff. *de jurej.*). Mais ce genre de transac-

à rendre certains services à leurs patrons. Au moyen âge, le serment ajouté à la déclaration contenue dans un acte entraînait la juridiction ecclésiastique. Aujourd'hui le serment promissoire n'a aucun effet dans le droit privé. On en trouve cependant une application dans l'article 603 du Code civil, lequel astreint l'usufruitier, lorsqu'on lui abandonne certains meubles pour son usage personnel, s'il ne peut fournir une véritable caution, à se cautionner lui-même par son serment (*caution juratoire*).

[1] Nous disons, *le plus souvent*. Ce sera en effet presque toujours le demandeur, quant à l'objet principal du litige, ou le défendeur, devenu demandeur, quant à ses moyens de défense, qui sommera de jurer l'adversaire intéressé à nier. Toutefois le contraire pourrait avoir lieu. Celui

tion se distingue des transactions ordinaires, en ce qu'il y a obligation pour la partie à qui je propose de m'en rapporter à sa foi, d'accepter mon offre, ou d'avouer la justice de mes prétentions. Nous parlerons successivement de la délation du serment, du mode de prestation du serment, et de l'effet du serment prêté; enfin nous traiterons de l'aveu tacite qu'emporte le refus de le prêter ou de le référer.

§ 1er *Délation du serment.*

344. Le serment, comme l'interrogatoire, ne prête nullement à l'arbitraire et à la fraude, de la part de celui qui y a recours, puisqu'il s'adresse au défendeur lui-même, appelé à décider dans sa propre cause. Aussi le Code civil (art. 1358) veut-il que le serment décisoire puisse être déféré *sur quelque espèce de contestation que ce soit,* c'est-à-dire en matière réelle ou personnelle, et quelle que soit la valeur du litige (*ibid.* art. 1358, 1360). Ajoutons, comme en matière d'interrogatoire sur faits et articles (n° 308), lors même que les faits seraient de nature à nuire à celui qui en ferait l'aveu.

Mais la disposition de l'article 1358 n'est pas absolue; autrement, elle détruirait toute l'économie de notre droit. Ainsi, celui qui a en sa faveur une preuve légale, comme celle qui résulte d'un acte authentique, ne saurait être astreint à jurer que sa prétention est fondée; sauf à l'adversaire à s'inscrire en faux, et à déférer alors le serment dans cette procédure, s'il le juge à propos. De même, la faculté de déférer le serment ne saurait s'étendre aux matières électorales, qui sont régies par des règles toutes particulières. C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy, le 21 juin 1830, dans le système du cens électoral, quant aux contestations sur la proqui ne fait que se défendre pourrait, pour couper court au procès, déférer le serment au demandeur. Mais cela arrivera rarement, car il faudra être bien mal conseillé pour fournir à son adversaire un moyen si facile de triompher.

priété réelle des immeubles attribués à un électeur par l'administration ; et ce qu'il faudrait encore décider aujourd'hui quant à la constatation du domicile électoral, dans un système qui n'exige que des conditions d'âge et de domicile. Dans un autre ordre d'idées, la cour de cassation (rej. 1er mai 1849) n'a point permis à un avoué de déférer le serment à son client sur les frais par lui dus, faute de production du registre que les avoués doivent tenir et représenter en justice (tarif du 16 février 1807, art. 151). Ce qui est encore moins douteux, c'est que, dans les matières où l'aveu ne fait pas preuve, comme dans les questions de séparations entre époux (C. de proc. art. 870), il n'est pas permis davantage de faire dépendre l'issue du procès d'une prestation de serment (Grenoble, 19 juillet 1838). Mais faut-il en dire autant dans les questions d'état proprement dites, en ce qui concerne la filiation? La loi, il est vrai, ne défend pas expressément la transaction dans ces matières, comme elle la défend dans celles qui ont trait à l'état des époux. Mais des intérêts non moins graves se rattachent à la filiation, il importe que la vérité soit mise au jour, et c'est avec raison que la jurisprudence a décidé (cass. 12 juin 1838 et 27 février 1839) qu'on ne peut transiger sur des réclamations de cette nature, qui sont déclarées par la loi non susceptibles de compromis (C. de proc. art. 1004), et même imprescriptibles (C. civ. art. 328). Dès lors le serment décisoire ne peut être déféré sur la paternité, ni même sur la maternité, bien que l'affirmative, sur ce dernier point, ait été admise par la cour de Rennes, le 16 décembre 1836. L'espèce était cependant bien défavorable, puisqu'il s'agissait de déférer le serment à une demoiselle, sur la question de savoir si elle était mère de tel enfant naturel. La forcer ainsi à jurer, sans avoir contre elle aucun commencement de preuve par écrit, c'était violer l'article 341, qui ne permet pas d'attaquer ainsi brusquement l'hon-

neur d'une fille ou d'une veuve. Le pourvoi contre l'arrêt fut admis par la chambre des requêtes ; mais la demanderesse en cassation, fatiguée des lenteurs judiciaires, termina le procès en prêtant le serment exigé d'elle. Toutefois il n'est guère permis de croire, d'après l'esprit de la jurisprudence de la cour de cassation, qu'un arrêt aussi scandaleux eût été impunément déféré à la chambre civile.

Enfin il n'est pas toujours possible de déférer le serment contrairement à une présomption légale. Nous examinerons, en traitant de ces présomptions, la question délicate qui s'élève sur l'admissibilité de l'aveu ou du serment, quand il s'agit de les combattre (C. civ. art. 1352).

345. La loi consacre elle-même une exception importante au principe que le serment peut être déféré sur toute espèce de contestation. Cette délation est, comme l'interrogatoire, un appel à la conscience de la partie à laquelle on s'adresse. Or, cet appel ne peut être sérieux qu'autant qu'il s'agit d'un fait personnel à cette partie (*ibid.* art. 1359). Aussi disait-on à Rome (Paul, Sent. II, tit. 1, § 4) : « Heredi ejus cum quo contractum « est, jusjurandum deferri non potest; quoniam con- « tractum ignorare potest.» Seulement, on peut déférer aux héritiers le serment de *crédibilité*, c'est-à-dire leur demander de jurer qu'ils n'ont pas connaissance de tel ou tel fait de leur auteur. Ainsi, lorsqu'ils invoquent une prescription courte, le créancier peut exiger d'eux une déclaration assermentée, qui porte, non sur l'origine de la dette, fait qui ne leur est pas personnel, mais sur le point de savoir s'ils n'ont aucune connaissance d'une dette contractée par leur auteur (C. civ. art. 2276). Mais on ne pourrait se contenter, pour un fait personnel, de prêter le serment de crédibilité. Ce n'est pas qu'il ne puisse nous arriver d'oublier des faits dans lesquels nous avons été nous-mêmes acteurs ; mais cet oubli est peu probable, lorsqu'il s'agit de cir-

constances importantes, qui ont dû fixer notre attention. Aussi déciderait-on chez nous, ce qu'a décidé la cour de Bruxelles le 22 avril 1819, qu'il y a insuffisance dans le serment d'un brasseur qui affirme qu'il *ignore avoir distillé* contrairement aux règlements.

346. Au surplus, quand le Code civil dit que le serment *peut* être déféré, ce n'est pas aux juges, mais aux parties qu'il entend attribuer une faculté. C'est donc bien mal à propos qu'un arrêt de rejet du 23 avril 1829 (voy. aussi Limoges, 10 mai 1845) a reconnu aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, pour autoriser ou refuser cette délation. On a toujours vu dans le serment décisoire une ressource extrême, qui doit être accordée au demandeur dénué de toute autre preuve, lorsque aucun texte ou aucune règle de droit ne s'y oppose. Il n'y a aucun bon motif pour le priver arbitrairement de cette ressource; c'est lui, après tout, qui est le meilleur juge de ce que son intérêt lui prescrit [1]. Mais c'est avec raison qu'on a refusé d'autoriser le serment dans une espèce où les faits sur lesquels on voulait le déférer n'étaient pas concluants (rej. 6 mai 1834 et 9 novembre 1846). Lorsqu'on parle de *toute*

[1] Certains arrêts (rej. 12 novembre 1835 et 7 novembre 1838) ont cherché à tourner la difficulté, en transformant le serment décisoire en serment supplétoire, dans des espèces où la délation du serment n'avait eu lieu que subsidiairement, et en rentrant ainsi dans l'hypothèse où il appartient au juge de décider si le serment doit être déféré (C. civ. art. 1366, 1367). Mais, si le serment supplétoire exige un commencement de preuve, c'est une supposition tout à fait gratuite que d'exiger absolument le défaut absolu de preuves pour valider la délation du serment décisoire. Lorsqu'on dit ce serment déféré *omnibus probationibus aliis deficiantibus* (Paul, l. 35, *pr.* ff. *de jurej.*), on parle seulement de ce qui arrive le plus fréquemment. Puisqu'aux termes du Code civil (art. 1360) le serment décisoire peut être déféré *en tout état de cause*, il peut l'être subsidiairement à d'autres moyens de preuve, et rien ne nous autorise à nous écarter de la classification établie par le législateur, lorsque, traitant successivement du *serment décisoire* et *du serment déféré d'office*, il range évidemment dans la première catégorie tout serment déféré par l'un des plaideurs à la partie adverse.

espèce de contestation, on entend toute contestation susceptible de mener à un résultat sérieux.

347. La délation du serment ne produit d'effets légaux vis-à-vis de l'adversaire qu'autant qu'elle a lieu en justice. Nul n'est forcé d'accéder à une transaction extrajudiciaire. Et cela est vrai, alors même que les parties se trouvent devant le juge de paix siégeant en bureau de conciliation. Il est vrai que le Code de procédure (art. 55) veut que, si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le reçoive ou fasse mention du refus de le prêter. Mais il n'y a rien là qui suppose nécessairement l'obligation de jurer sur la réquisition de l'adversaire. Si le serment est prêté volontairement, le juge de paix en donne acte, comme tout officier public donnerait acte d'un serment prêté devant lui, par suite d'un accord qui tient lieu de loi aux parties (C. civ. art. 1134). Quant au refus de prêter serment, on prescrit bien d'en faire mention, mais on ne dit pas que ce refus doive être décisif contre la partie qui n'a pas voulu jurer. La mention sera seulement transmise au tribunal saisi de l'affaire, qui pourra tirer de la conduite de cette partie des inductions plus ou moins défavorables contre elle (rej. 17 juillet 1810). Mais, ainsi que nous le verrons, la force de simples présomptions est bien loin d'être la même que celle de l'aveu judiciaire.

348. Pour pouvoir déférer le serment, il faut être capable de transiger sur le litige. Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner jusqu'à quel point il peut être déféré par un tuteur, par un créancier solidaire, par un mandataire en général. Ce sont là de pures questions de capacité, dont l'examen n'a aucun trait à la théorie des preuves, puisqu'il gît tout entier dans le fond du droit. Les principes généraux sur les transactions supposent également que la délation n'est pas le résultat du dol, de la violence ou de l'erreur. Autrement, il serait permis de revenir, non sur le serment

prêté, qui est en lui même inattaquable, mais sur la convention par suite de laquelle il a été prêté. C'est ce qui est clairement établi par Pothier (*Oblig.* n° 919), et ce qui ne fait guère de doute, du moins en ce qui concerne les causes ordinaires de nullité des conventions. La question acquiert une tout autre gravité, quand on veut revenir sur l'accord qu'on a proposé à la partie adverse, en se fondant sur des causes toutes spéciales aux transactions, par exemple, en invoquant un titre nouvellement découvert, qui constate l'absence de tout droit chez la partie qui a juré (C. civ. art. 2057). Si on s'attache à l'idée que déférer le serment c'est transiger, on sera porté à décider que la découverte du titre inconnu doit faire tomber la transaction, comme se trouvant dépourvue de cause. Mais on peut répondre que, quelque exacte que soit en théorie l'assimilation du serment décisoire et de la transaction, ce n'est là qu'un point de doctrine qui ne se trouve nullement formulé dans la loi. Et comme, après tout, il y a quelque chose de plus grave à revenir sur la convention intervenue entre les parties, lorsqu'il s'agit d'établir un parjure, il semble difficile de transporter dans une autre matière la disposition favorable, mais exorbitante, de l'article 2057 du Code civil. Il en serait autrement, s'il s'agissait d'une pièce décisive retenue par le fait de l'adversaire; il y aurait alors un dol qui rentrerait dans les causes ordinaires de nullité, et ce n'est en effet que dans cette dernière hypothèse que Pothier (*ibid.* n^os^ 916 et 919) permet de revenir sur la délation du serment, à raison d'un titre recouvré.

349. On ne peut déférer le serment, comme on adresse l'interrogatoire, à un être moral, tel qu'un établissement public. L'être moral en lui-même ne saurait être considéré comme ayant une conscience. Quant à l'agent, il ne peut pas plus par un serment que par un aveu (C. de proc. art. 336) compromettre les intérêts qui lui sont confiés. Il n'est pas interdit, à la vérité

(*ibid.* même art.), de lui déférer le serment sur des faits personnels ; mais le refus qu'il ferait de le prêter lui nuirait à lui-même, s'il se trouvait personnellement en cause, sans jamais pouvoir nuire au corps qu'il représente.

§ 2. *Prestation du serment.*

350. Le serment déféré peut être immédiatement accepté et prêté, sans qu'il s'élève aucune difficulté. L'intervention du juge n'est alors nécessaire que pour donner acte du serment, et pour en tirer les conséquences légales dans le jugement qui termine l'instance. Si, au contraire, le droit de déférer le serment est contesté au demandeur, il faut que le tribunal prononce, par une décision interlocutoire, sur l'admissibilité de ce mode de preuve. C'est en vue de cette hypothèse (du moins en ce qui touche le serment décisoire) que l'article 120 du Code de procédure veut qu'un jugement ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu. Régulièrement, il faudrait ensuite un second jugement sur le fond de la contestation. Mais souvent, dans la pratique, pour ne pas multiplier les frais, on rend un seul jugement, dans lequel on prononce à l'avance la condamnation de la partie qui ne prêterait pas le serment à elle déféré ; car, s'il est prêté, il faudra bien toujours en donner acte. En tout cas, puisque la prestation du serment est un fait personnel à la partie interpellée, le jugement qui l'autorise, doit, comme celui qui ordonne un interrogatoire et pour les mêmes motifs, être signifié tant à avoué qu'à partie (C. de proc. art. 147).

351. La partie prête serment en personne à l'audience, s'il n'y a empêchement légitime : cas auquel le serment aurait lieu à son domicile, en présence d'un juge délégué. L'article 173 de la loi de procédure de Genève a introduit en cette matière une notable amélioration. Le président en audience publique expose net-

tement à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré ; il lui rappelle les peines contre le parjure ; et la prestation du serment est renvoyée à une audience subséquente, si les circonstances n'exigent pas qu'elle ait lieu immédiatement. Ce mode appelle la partie à la réflexion, et ne la place point brusquement entre sa conscience et la crainte de rétracter des assertions précédentes. Il n'y aurait qu'avantage à introduire ce renvoi dans notre pratique, qui admet tant de lenteurs bien moins motivées.

352. La forme du serment, tel qu'il est usité dans la jurisprudence moderne, est extrêmement simple. Elle consiste à jurer que telle ou telle assertion est fondée, en levant la main : formalité rappelée spécialement par la loi en ce qui touche le serment des jurés (C. d'inst. crim. art. 342), mais qui doit être généralisée[1]. Autrefois le serment était plus compliqué ; il comprenait deux parties : l'une, l'invocation, par laquelle on prenait Dieu à témoin ; l'autre, l'imprécation, par laquelle on le priait de venger le parjure, si on n'avait pas dit la vérité. Beaucoup d'anciens auteurs regardaient l'imprécation comme étant de l'essence du serment, et la loi de procédure de Genève (art. 472), s'attachant à cette idée, veut que le président ajoute, après que la partie a juré : *que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse, si vous êtes parjure!* Mais l'utilité d'une pareille addition nous paraît douteuse. L'invocation de la Divinité contient bien virtuellement l'appel de la vengeance divine sur la tête du parjure ; autrement, cette invocation serait vide de sens. Or, on conçoit bien que des esprits corrompus, mais faibles, reculent quelquefois

[1] Le cérémonial du serment a varié suivant les temps et suivant les lieux. Mais l'usage de lever la main droite, généralement en vigueur aujourd'hui, remonte à la plus haute antiquité. On le retrouve dans la plus ancienne formule de serment qui nous ait été transmise : « Levo « manum meam, » dit Abraham (Genèse, ch. IV, vers. 22), « ad Dominum « Deum excelsum, possessorem cæli et terræ. »

devant un mensonge, lorsqu'il s'agit de le confirmer par serment[1], mais la distinction casuistique entre l'invocation simple et l'invocation accompagnée d'imprécation, nous semble trop subtile pour faire impression sur beaucoup de consciences. Cet appel solennel à la vengeance de la Divinité ne diminuerait pas les parjures, mais ne ferait que les rendre plus scandaleux, en les faisant ressortir davantage.

L'appel à la conscience du plaideur ne sera que plus efficace, si on s'attache aux formes du culte qu'il professe. *Divus Pius*, dit Ulpien (l. 5, § 1, ff. *de jurej.*), *jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit*. Aussi a-t-on reconnu, et ce point est aujourd'hui hors de doute, que le serment prêté volontairement suivant des formes plus solennelles et plus compliquées peut parfaitement remplacer le serment ordinaire. Mais, quand un plaideur demande à prêter serment en la forme commune, peut-on l'astreindre à recourir aux solennités religieuses de son culte? La question s'est élevée dans la pratique en ce qui concerne les juifs. Dans l'ancienne jurisprudence, et notamment en vertu des lettres patentes du 10 juillet 1784, les juifs d'Alsace étaient astreints à prêter serment suivant un rit spécial établi par le talmud : ce qui pouvait alors être considéré pour eux comme un avantage, puisque la formule ordinaire obligeait à se découvrir et à lever la main devant l'image du Christ. De 1791 à 1805 les juifs furent soumis au droit commun quant à leurs affirmations devant les tribunaux. De 1806 à 1818, en vertu de décrets impériaux, motivés par de graves accusations d'usure, les israélites d'Alsace furent soumis à un régime exceptionnel.

[1] On peut consulter sur ce point la curieuse dissertation de M. Berriat Saint-Prix sur le serment judiciaire (*Rev. de législ.* t. VIII, p. 268 et 269). On y trouvera des exemples frappants de l'importance attachée au serment par des gens du peuple, qui se permettaient sans scrupule de fausses déclarations non assermentées.

Aussi une lettre du ministre de la justice avait-elle ordonné de nouveau la prestation du serment *more judaïco*. Pour soutenir que cette prestation doit être imposée aux juifs, même depuis qu'ils ont été soumis au droit commun, on a fait observer que des esprits accoutumés à un appareil imposant pouvaient attacher peu d'importance à une affirmation conçue dans des formes extrêmement simples[1]. Mais une décision rendue par les grands rabbins en 1844 répond à cette objection, en déclarant le juif lié par la formule ordinaire : *je le jure*; et d'ailleurs le rit solennel emprunté au talmud et usité chez les juifs d'Alsace n'est point applicable aux juifs du rit portugais, qui ne reconnaissent point l'autorité du talmud. Il eût donc fallu distinguer entre les juifs du rit allemand et les juifs du rit portugais! Aussi les cours du midi ont-elles toujours repoussé la prestation de serment *more judaïco*. Enfin la cour de cassation (rej. 10 et 12 juillet 1828; cass. 3 mars 1846) a décidé *in terminis* qu'on ne doit astreindre personne à jurer suivant un mode dont il n'est fait aucune mention dans nos lois. En écartant toutes les formes spéciales, qui supposaient la croyance à tel ou tel culte, comme le serment prêté sur la Bible, le législateur a manifesté l'intention d'établir une règle commune à tous les hommes qui croient à la Divinité, de quelque manière qu'ils l'adorent. Supposer que cette règle ne convient pas en ce qui touche tel ou tel plaideur, ce n'est plus appliquer la loi, c'est la refaire. Toutefois les sectaires, tels que les *quakers*, qui regardent le serment comme illicite, seront admis, comme ils le sont aujourd'hui généralement en Europe, à affirmer en leur âme et conscience (rej. 28 mars 1810). Cette solution n'est pas

[1] Cette considération n'est peut-être pas sans force pour les juifs algériens, moins éclairés que les juifs français : aussi la cour d'Alger a-t-elle maintenu à leur égard les formes usitées dans le pays avant la conquête (arr. du 18 juin 1845); et le gouvernement a suivi la même marche, quant au serment des juges et des membres des consistoires (arrêté du 2 septembre 1835; ord. du 9 novembre 1845).

en opposition avec la précédente. Car autre chose est d'interdire à une personne l'usage de la formule légale, lorsqu'elle en requiert l'application ; autre chose est d'y suppléer par des équivalents, lorsqu'il faudrait violenter les consciences pour en exiger l'emploi.

Tout ce que nous venons de dire de la forme du serment s'applique également au serment supplétoire, à celui que prêtent les témoins, les jurés, etc.

§ 3. *Effet de la prestation.*

353. Le serment, une fois prêté, en supposant valable la transaction à laquelle il se rattache, termine irrévocablement la contestation. L'effet du serment, comme celui de l'aveu, à l'égard des tiers, par exemple, dans les rapports du débiteur et de la caution, des cocréanciers, des codébiteurs solidaires entre eux (C. civ. art. 1365), rentre dans la théorie plus générale de l'effet des jugements à l'égard des tiers. Nous poserons les principes les plus importants sur ce point, quand nous serons arrivé au siége de la matière, à la présomption qu'entraîne l'autorité de la chose jugée.

354. Le serment est indivisible comme l'aveu, ainsi que l'a décidé un arrêt de cassation du 18 janvier 1813. Il faudra donc appliquer à la déclaration assermentée ce que nous avons dit de l'aveu ordinaire. Seulement, la question d'indivisibilité s'élèvera plus rarement en ce qui touche le serment, qui est habituellement déféré sur un fait unique.

355. On considère quelquefois, dans la pratique, comme ayant prêté serment celui qui a été prévenu par la mort ou par quelque accident, lorsqu'il était sur le point de le prêter (Douai, 26 mai 1814; Aix, 13 août 1829). Cette décision n'est pas rigoureusement exacte. La loi dit bien que la partie qui a déféré le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à jurer (C. civ. art. 1364); mais il ne s'ensuit pas que le serment soit par cela seul censé

prêté. Est-il bien certain que la partie, qui, dans le premier moment, ne reculait pas devant le parjure, n'eût pas été arrêtée par sa conscience au moment décisif? Il faut donc reconnaître (Caen, 20 janvier 1846) que la condition n'est point accomplie; tout ce que l'on doit admettre, c'est que, si la prestation de serment n'a été retardée que par les manœuvres de l'adversaire, on le supposera intervenu (*ibid.* art. 1178).

356. Il a été reconnu de tout temps qu'on n'est point recevable, en principe, à prouver la fausseté du serment prêté : *non illud quæritur an pecunia debeatur, sed an juraverit* (Instit. § 11, *de action.*). Cependant Justinien, tranchant une question controversée, voulut, du moins en matière de legs et de fidéicommis, que, si le parjure était démontré, il ne profitât pas à celui qui s'en était rendu coupable (l. ult. Cod. *de reb. cred. et jurej.*). Aucune exception de cette nature ne se trouve reproduite par le Code civil, qui refuse d'une manière générale (art. 1363) la faculté d'attaquer le serment. Mais certains auteurs, tout en convenant que le débat ne peut plus être renouvelé devant la même juridiction, pensent qu'il n'est pas interdit de se porter partie civile au criminel, si le parjure est poursuivi par le ministère public. Cette opinion ne paraît pas fondée; car, lors de la discussion du Code pénal, il fut question précisément du danger de cette intervention de la partie, au mépris de la foi de la transaction, et on argumenta de ce danger pour demander la suppression de la disposition qui punit le parjure de la dégradation civique[1] (C. pén. art. 366). Mais on répondit que l'on n'avait

[1] La peine du parjure a beaucoup varié. A Rome, il a été tantôt impuni, tantôt puni du bannissement, du fouet, ou du moins de l'infamie. Suivant les Capitulaires, la peine consistait dans la perte de la main droite; dans notre ancienne jurisprudence, elle était arbitraire; c'était le plus souvent une amende. La législation intermédiaire l'avait laissé impuni. Enfin, la peine infamante dont il a été frappé en 1810, peut, dans ce cas comme dans les autres, depuis 1832, être accompagnée d'un emprisonnement (C. pén. nouv. art. 35).

nullement entendu déroger aux règles du Code civil : « Cette disposition, » dit l'exposé des motifs au corps législatif, « ne saurait détruire ou changer l'article 1363 du Code Napoléon, qui porte que, lorsque le serment déféré ou référé aura été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté..... Tel n'est pas et ne saurait être le but et le sens de la disposition qui vous est proposée; elle n'ouvre aucune nouvelle action au condamné; le Code Napoléon a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile; c'est le ministère public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, poursuivre le parjure. » En présence d'une déclaration aussi formelle, il est difficile de ne pas reconnaître que l'article 1363 du Code civil domine toutes les juridictions, et qu'on n'a voulu laisser aucun moyen direct ou indirect de revenir sur le serment offert à l'adversaire.

557. On se demande toutefois si le ministère public, seul recevable, d'après l'intention du législateur, à poursuivre le parjure devant la cour d'assises, pourra prouver la fausseté du serment, en établissant par tous les moyens possibles que l'allégation appuyée par ce serment était mensongère, lors même qu'il s'agirait d'une valeur de plus de cent cinquante francs. Pour soutenir la négative, on se fonde sur ce principe, aujourd'hui constant en jurisprudence, et qui nous a paru parfaitement exact, que les règles sur la preuve, telles qu'elles sont posées par le Code civil, sont applicables à toutes les juridictions. Dès lors, a-t-on dit, une créance d'une valeur supérieure au taux légal, qui n'est prouvée que par témoins, n'est pas légalement prouvée. Le ministère public ne saurait établir le parjure à l'aide de preuves réputées insuffisantes. Ces considérations seraient décisives, si l'action du ministère public devait ici, comme en toute autre matière, avoir de l'influence sur les intérêts civils. Et c'était dans cette pensée que la commission du corps législatif de-

mandait la suppression de l'article 366 du Code pénal, comme offrant à la partie civile un moyen indirect d'éluder les lois sur la preuve testimoniale. Mais on a répondu à cette objection, ainsi qu'à celle tirée de l'article 1363 du Code civil, en faisant remarquer que l'action était attribuée exclusivement au ministère public. « On ne saurait non plus, » dit l'exposé des motifs, « abuser de cette disposition, pour éluder l'article 1341 du Code Napoléon, qui prohibe toute preuve par témoins de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, pour faire recevoir à l'appui d'une accusation criminelle une preuve irrecevable devant les tribunaux civils, et faire ainsi revivre, sous une autre forme, une action justement éteinte ou prescrite.... C'est le ministère public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, poursuivre le parjure : celui qui aura fait un faux serment, pour s'affranchir d'une dette contractée, mais dont la preuve n'aurait pas été présentée *ou admise* devant les tribunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit de son imposture; elle sera dévoilée au grand jour de la justice criminelle. » Il semble résulter bien clairement de ces paroles qu'on n'a vu d'inconvénient à laisser toute latitude à la preuve du parjure, qu'en tant qu'il s'agirait de la partie civile; mais qu'une fois la partie civile mise hors de cause, il n'y a plus de motifs suffisants pour astreindre le ministère public à tel mode de justification; car l'exposé prévoit même le cas où la preuve n'aurait pas été *admise* devant les tribunaux civils, ce qui fait allusion aux prohibitions légales; et l'on veut que même alors le parjure ne demeure pas impuni. Cette doctrine se conçoit, du reste, dans la position tout exceptionnelle où l'on se trouve placé ici. En effet, l'un des principaux motifs des restrictions apportées à l'emploi de la preuve testimoniale, le danger de la corruption des témoins, disparaît complétement dans une affaire où l'action publique est seule en jeu. Reste l'in-

certitude de la preuve testimoniale; mais cette incertitude existe également dans les circonstances où la nécessité oblige à admettre cette preuve. N'y a-t-il pas d'ailleurs pour le ministère public impossibilité morale de se procurer un commencement de preuve par écrit, dans un procès où il n'y a pas de partie civile? La cour de cassation s'était d'abord prononcée contre l'admission de la preuve testimoniale; puis elle est revenue sur sa première jurisprudence par un arrêt de rejet du 21 août 1834; en dernier lieu, elle a décidé, par plusieurs arrêts de cassation, à partir du 16 août 1844, que lorsqu'il s'agit d'une stipulation contractuelle dont l'objet excède la valeur de cent cinquante francs, le ministère public ne peut poursuivre le parjure, s'il n'a au moins un commencement de preuve par écrit de cette stipulation. La cour s'est fondée sur cette doctrine « qu'à l'égard des faits civils, la loi qui détermine le genre de preuve qui peut être admis étend son empire sur la procédure criminelle comme sur la procédure civile; qu'elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait régi par la loi civile, se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait criminel ne peut être établie que par celle du fait civil, et doit en être la conséquence. » Cette doctrine est celle que nous avons toujours professée en théorie générale, et c'est une grave erreur que de soutenir avec la cour de Limoges (dans les considérants de l'arrêt contre lequel le pourvoi a été rejeté en 1834) « que la loi a tracé pour la formation des preuves en matière civile et en matière criminelle des règles distinctes qu'il importe de ne pas confondre. » Mais, en adhérant avec la conviction la plus entière au système général de la cour de cassation, nous croyons qu'elle va trop loin, en refusant de s'en écarter dans une hypothèse tout exceptionnelle, où les motifs de suspicion ne sont plus invoquables, puisque les intérêts civils ne sau-

raient, directement ou indirectement, bénéficier de la décision rendue par les juges criminels.

§ 4. *Refus de prêter ou de référer le serment.*

358. Celui à qui le serment est déféré a le choix, ou de le prêter, ou de le référer à l'autre partie, qui ne peut se plaindre de se trouver dans la position où elle voulait mettre son adversaire. Mais, de même qu'on ne peut déférer le serment sur un fait qui n'est pas personnel à la partie qui le défère, il n'est pas permis à cette partie de le référer, quand le fait dont il s'agit lui est purement personnel (C. civ. art. 1362). Ainsi, le successible poursuivi par un créancier pour détournement d'effets de la succession, et à qui celui-ci déférerait le serment, ne serait pas reçu à le référer. Cette exception à la faculté générale de référer le serment, n'est pas la seule. Lorsque la partie interpellée de jurer est un incapable, tel qu'un mineur, qui peut faire sa condition meilleure, mais non l'empirer, cet incapable peut bien prêter lui-même le serment, qui tend à le libérer; mais il ne lui est pas permis de le référer, ce qui compromettrait singulièrement ses intérêts.

Quant au serment extrajudiciaire, nous avons vu que la délation de ce serment n'a rien d'obligatoire; il est évident qu'il doit en être de même du serment référé extrajudiciairement. Si ce serment est prêté, il en résultera une transaction, mais on ne pourra être condamné pour avoir refusé de le prêter.

359. Quand le serment est déféré en justice et à une personne capable, si elle refuse de le prêter ou de le référer, il y a de sa part aveu tacite; elle doit succomber dans sa demande ou dans sa défense (C. civ. art. 1361). *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* (Paul., l. 38, ff. *de jurej.*) Il est bien entendu cependant que cet aveu tacite n'est admissible que là où l'aveu exprès peut l'être. Ainsi, l'incapable ne pourra pas plus se

nuire en gardant le silence qu'en déférant ou en référant le serment. De même, le silence d'un coobligé ne pourra compromettre les autres obligés qu'autant qu'il aurait mandat exprès ou tacite de les représenter. Il faut se référer ici aux principes que nous établirons plus tard sur l'autorité de la chose jugée.

DEUXIÈME SECTION.

REJET DU SERMENT DÉCISOIRE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

560. Si le serment décisoire suppose une transaction, ce serment n'est dès lors admissible, ainsi que nous l'avons reconnu, que dans les matières sur lesquelles il est permis aux parties de transiger. On ne peut donc en concevoir l'emploi au criminel que sous l'empire des législations qui laissent l'accusation entre les mains des particuliers. Dans l'antiquité, où ce système était en pleine vigueur, le serment paraît, en effet, avoir été souvent employé pour décider du résultat d'un procès criminel. A Athènes, les plaidoiries de Démosthènes offrent plus d'un exemple de cette pratique, qui paraît si singulière dans nos mœurs [1]. A Rome, Quintilien, qui s'occupe presque exclusivement dans ses *Institutes oratoires* des affaires criminelles, présente la délation du serment (liv. V, chap. VI) comme une mesure dangereuse et réprouvée par les vieux praticiens; mais, par cela même qu'il avertit d'en user avec une extrême sobriété, il est facile de voir qu'il la considère comme parfaitement admissible.

Chez les modernes, l'emploi du serment décisoire au criminel paraît avoir été promptement abandonné. D'abord, partout où le système inquisitorial a prévalu, la faculté de transiger sur les accusations, faculté sur

[1] C'est ainsi que l'orateur athénien déclare, dans un de ses plaidoyers (*in Aphob.* III, § 16), qu'il avait offert de s'en rapporter au serment que l'accusé prêterait sur la tête de sa fille; mais que celui-ci n'a voulu ni prêter ni référer le serment.

laquelle repose la délation de ce serment, a été abolie. Et même dans les pays qui, comme l'Angleterre, ont conservé le système des accusations privées, on n'admet guère dans la pratique cette conséquence extrême, devant laquelle l'antiquité n'avait pas reculé. On n'y voit plus, comme à Athènes et à Rome, l'accusateur et l'accusé se provoquer respectivement au serment. Le bon sens du jury se refuse à faire dépendre d'un mode de preuve aussi dangereux le sort d'une accusation capitale. On peut donc considérer le serment décisoire comme ayant complétement disparu chez les peuples modernes en matière criminelle.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR.

564. Autant il est naturel de s'en rapporter au témoignage de tiers désintéressés dans le litige, ou à l'aveu du défendeur lui-même, autant il paraît étrange de s'en rapporter à l'affirmation du demandeur, ainsi appelé à se donner gain de cause par son propre témoignage. Lorsque certaines législations barbares, sous l'influence d'un sentiment exagéré de la moralité humaine, ont permis de s'en rapporter en toute matière à la déclaration du demandeur, cette faculté a donné naissance à d'énormes abus. C'est ainsi que, chez les Lombards, dans l'origine, il suffisait à celui qui présentait la charte d'un héritage, s'il s'élevait quelque contestation, de jurer sur les Évangiles la vérité de cette charte, et sans aucun jugement préalable, il se rendait maître de l'héritage. Ainsi, les parjures étaient sûrs d'acquérir (voy. loi des Lombards, liv. II, tit. 55, chap. XXXIV). La réaction qui eut lieu dans l'opinion contre ces scandales [1], paraît même avoir puissamment contribué à propager l'usage du combat judiciaire.

[1] « Ab Italiæ proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mu-
« tata lege, facinus indignum destrueret. » (Loi des Lomb. *ibid.*)

362. Aujourd'hui la déclaration du demandeur, sans avoir une autorité aussi exorbitante, est encore assez fréquemment invoquée, du moins en droit civil, et nous verrons que ce mode de preuve, souvent attaqué à juste titre, est, dans certaines hypothèses, justifiable, quelquefois même nécessaire.

Une distinction importante domine la matière. Tantôt c'est la loi qui désigne exclusivement l'une des parties, habituellement le demandeur, pour trancher le débat par sa déclaration; tantôt on laisse au juge la faculté de s'en rapporter à la déclaration de l'une ou de l'autre des parties, à son choix, et c'est alors qu'intervient le serment supplétif, dont nous nous occuperons en dernier lieu.

PREMIERE SECTION.

CAS OU LA LOI ATTACHE UNE FOI EXCLUSIVE A LA DÉCLARATION DE L'UNE DES PARTIES.

363. Deux sortes de motifs ont pu déterminer la loi à s'en rapporter uniquement, pour certaines questions, à la déclaration de l'une des parties, et même ordinairement du demandeur[1]. Quelquefois c'est la qualité de la personne qui la fait juger digne de confiance; d'autres fois la position toute particulière du demandeur fait que lui seul est à même de donner des renseignements sur le fait en litige.

364. La qualité de la personne a déterminé le législateur à s'en rapporter exclusivement à l'une des parties, lorsqu'il veut que le locateur en soit cru sur son serment, au cas de contestation sur le prix d'un bail verbal dont l'exécution est commencée (n° 136), au cas où il n'existe point de quittance (C. civ. art. 1716). Cette disposition est tempérée par la faculté accordée

[1] Il est bien entendu que nous appelons ici *demandeur* celui à qui incombe la preuve du fait à l'appui duquel sa propre déclaration est invoquée, quand même sa prétention viendrait se présenter incidemment dans une procédure où il serait défendeur.

au locataire de demander l'estimation par experts, sauf à supporter les frais de l'expertise, si l'estimation excède le prix par lui déclaré (même art.). Elle n'a point été l'objet de critiques sérieuses comme contraire à l'égalité démocratique, car il arrive fréquemment dans le bail à loyer que la position sociale du locataire est plus élevée que celle du locateur.

365. Il n'en est pas de même de l'article 1781 du Code civil, aux termes duquel, en ce qui touche le louage des domestiques et ouvriers, le *maître* en est cru sur son *affirmation* pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés pour l'année courante lorsque le domestique ne produit point d'écrit. Cet article, empreint d'un esprit peu démocratique, semble une réminiscence du vieil adage coutumier : *en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté.* L'expression même de *maître* a quelque sorte de malsonnant pour des oreilles républicaines. Aussi l'abrogation de cet article a-t-elle été vivement sollicitée depuis la révolution de 1848. La proposition de modifier le Code civil en cette matière a été prise en considération par le pouvoir législatif, mais on n'a pu s'entendre sur le meilleur système à adopter pour remplacer l'article 1781. Dans la dernière discussion sur ce point, à la séance du 9 mai 1851 (*Monit.* du 10 mai), on a reconnu qu'il était impossible de revenir au droit commun, sans autoriser, dans les cas très-fréquents où la valeur du litige n'excède pas cent cinquante francs, une foule de petites enquêtes ; ce qui est contraire, soit à l'esprit de notre législation, soit même à l'égalité bien entendue, puisque le maître ne pourrait faire entendre pour témoins d'autres domestiques (C. de proc. art. 283), tandis que les domestiques pourraient se prêter respectivement témoignage. Fallait-il dès lors introduire pour les domestiques et pour les ouvriers des campagnes le *livret*, au moins facultatif? Cette institution, qui, pour les ouvriers proprement dits, donne

déjà lieu à de graves difficultés, eût eu peu de succès surtout dans les campagnes, où souvent aucune des parties ne sait écrire. Une idée beaucoup plus simple, admise à l'unanimité par le comité de législation de l'assemblée constituante en 1848, consistait à permettre au juge de déférer le serment à celle des parties qu'il estimerait le plus digne de foi, ainsi que cela se pratique en matière de contestations commerciales. Le motif qui a fait repousser cette idée en 1851, et maintenir le *statu quo*, c'est la crainte que, suivant l'esprit des localités, le serment ne soit systématiquement déféré, tantôt à l'ouvrier, tantôt au maître. Cette supposition nous paraît injurieuse pour la magistrature; et nous pensons qu'il eût mieux valu lui laisser un pouvoir discrétionnaire, dont il n'est pas à croire qu'elle eût abusé au profit des domestiques.

Quoi qu'il en soit, pour en revenir à la loi existante, il est à remarquer qu'elle suppose le maître tantôt défendeur, tantôt demandeur. Il est défendeur[1], lorsqu'il s'agit de la quotité des gages qu'on réclame contre lui; il est demandeur, au contraire, en vertu de la règle *reus excipiendo fit actor*, lorsque, la quotité des gages une fois prouvée, il allègue à son tour un payement total ou partiel. Dans l'une et l'autre hypothèse, son *affirmation* fait foi. Mais que faut-il entendre par cette affirmation? Quelques-uns pensent qu'il suffit de la simple déclaration du maître, la loi n'ayant pas exigé le serment, comme elle l'a fait expressément, lorsqu'il s'agit du louage des choses (*ibid.* art. 1716). Mais le mot *affirmation* se prend souvent dans le sens de déclaration assermentée; et c'est ainsi notamment que s'entend l'affirmation qui vient sanctionner la vérification des

[1] Il est rare que la loi s'en rapporte à la déclaration du défendeur, assez protégé par sa position, qui lui assure gain de cause, par cela seul qu'il y a doute. Mais ici on a voulu, pour tarir la source des procès, empêcher que le domestique ne pût invoquer la preuve testimoniale, même pour les valeurs qui n'excéderaient pas cent cinquante francs.

créances, en matière de faillite (C. de comm. art. 497). Et en laissant de côté la difficulté grammaticale, pour aborder la question au fond, y a-t-il quelque motif raisonnable pour refuser au domestique toutes les garanties désirables de la sincérité d'une déclaration qu'il est obligé d'accepter? Si la loi oblige le bailleur d'un héritage à prêter serment, bien que le preneur ait la faculté d'administrer la preuve contraire au moyen d'une expertise (même art. 1716), le domestique, auquel cette ressource a été réfusée, vis-à-vis duquel l'affirmation du maître est péremptoire, doit, à plus forte raison, être autorisé à faire un appel solennel à la conscience de son adversaire.

Au surplus, la foi accordée ainsi au maître repose sur des relations purement personnelles. Si donc il vient à mourir, on pourra peut-être s'en rapporter à la déclaration de la veuve et des enfants habitant avec lui; mais il sera certainement impossible d'attribuer la même prérogative aux héritiers étrangers, vis-à-vis desquels le domestique restera dans les termes du droit commun, qui autorise la preuve testimoniale de la créance, si elle ne dépasse pas cent cinquante francs, et qui oblige le défendeur à justifier des payements par lui allégués. Ce qui est moins douteux, c'est que l'article 1781 du Code civil doit être strictement borné à ce qui concerne les gages : seul point pour lequel le domestique est censé avoir suivi la foi du maître. Pour tout le reste, et par exemple, s'il réclamait des effets personnels, on ne saurait lui refuser le droit de faire la preuve d'après les règles ordinaires.

366. On peut encore citer comme motivée par la qualité de la personne la disposition du Code de procédure (art. 133), qui autorise l'avoué de la partie gagnante à réclamer la distraction des dépens à son profit, en affirmant qu'il a fait la plus grande partie des avances. La position de l'officier ministériel ne permet pas de supposer qu'il veuille compromettre son

caractère et son avenir par une déclaration mensongère. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'un débat au fond entre l'avoué et son client, mais d'une mesure provisoire d'exécution. Ici la pratique constante de nos tribunaux n'exige pas le serment, et cette pratique offre peu de danger après tout, puisque l'avoué peut être astreint à représenter le registre qu'il doit tenir conformément à l'article 54 du tarif (n° 344) : registre qui justifie de l'exactitude de ses assertions (Limoges, 27 août 1823).

567. Enfin il est des cas où la nécessité même oblige à s'en rapporter aux allégations du demandeur : c'est lorsqu'il est impossible de constater autrement la valeur réclamée. Alors intervient le serment appelé par les auteurs *serment en plaids* (C. civ. art. 1369). C'est du moins la seule application que reçoive ce serment dans notre droit. A Rome, on le déférait également au demandeur, lorsqu'il y avait dol de la part de l'adversaire. Chez nous, on se contente d'allouer en ce cas des dommages-intérêts plus considérables, mais qui sont toujours basés sur le préjudice éprouvé. « Le *juramentum affectionis*, » dit Pothier (*Oblig.* n° 930), « n'a pas lieu dans nos usages ; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis*. » Il y a lieu à ce dernier serment, toutes les fois qu'une perte étant d'ailleurs établie, on ne peut en constater l'importance que par la déclaration de la partie même qui l'a soufferte, s'il n'est pas possible d'invoquer, en fait, la preuve testimoniale, même par commune renommée. Cette partie doit alors affirmer en conscience, non le prix d'affection qu'elle attachait à l'objet perdu, mais sa valeur réelle. Ainsi, un voyageur perd ses effets dans une auberge, où il y avait pour lui impossibilité morale d'en constater la valeur ; on a reconnu de tout temps qu'il faut bien, en pareille occurrence, s'en rapporter à sa déclaration, en tenant compte de la qualité des personnes et des circonstances de la cause. Alors le juge, ainsi qu'il le faisait presque toujours à Rome, déter-

mine (C. civ. art. 1369) la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Bien plus, le serment prêté ne lie pas le juge, qui peut encore, en dernière analyse, si l'évaluation lui paraît exagérée, restreindre la condamnation à un taux inférieur. C'est ce qu'admettait Ulpien, *ex magna causa et postea repertis probationibus* (l. 4, § 3, ff. *de in lit. jurej.*). Telle est également la doctrine de Beaumanoir (ch. XXXIX, § 79): «Li nombres du damace porrait bien « estre si grans et si outrageux; si comme se commune « renommée me tesmoignoit que je n'eusse pas vaillant « cent livres en toutes cozes, et je voloie jurer mon « damace à cinq cents livres, ou à mille: je n'en seroie « pas creus, ainçois seroit li damaces avenables par « loial enqueste, selonc ce qu'il apartienroit à mon « estat.» C'est enfin ce qu'enseigne Pothier (*Oblig.* n° 932), et il est peu probable que les rédacteurs du Code civil aient entendu s'écarter de cette doctrine.

DEUXIÈME SECTION.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR OU DU DÉFENDEUR, AU CHOIX DU JUGE. SERMENT SUPPLÉTIF.

368. *Solent judices in dubiis causis*, dit Gaïus (l. 31, ff. *de jurej.*), *exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit.* Cette pratique n'a rien de contraire aux règles ordinaires, lorsque le serment est déféré par le juge au défendeur, puisque son adversaire pourrait toujours lui imposer la même obligation, en lui déférant le serment décisoire. Mais, lorque c'est au demandeur que ce serment est déféré, il tend à détruire la maxime aussi salutaire que raisonnable, qui oblige le demandeur à faire la preuve. On suppose alors au serment une efficacité qui n'est que trop démentie par l'expérience. Aussi ce genre de preuve si équivoque était-il d'abord tombé en discrédit dans notre

ancienne jurisprudence : « Serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus en parlement de Paris, comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose. » Mais on ne sut pas maintenir cette sage pratique, et au dernier siècle l'emploi du serment supplétif était redevenu extrêmement fréquent. On connaît la déclaration que fait Pothier à ce sujet dans son traité des obligations (n° 925) : « Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession (il parle ici comme juge, et non comme professeur), j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu[1]. »

Si cet expédient peut présenter quelque utilité, c'est seulement dans des cas tout particuliers, où la bonne réputation d'une partie peut suppléer à ce qu'ont d'incomplet les preuves qu'elle invoque. Mais la somme des inconvénients dépasse de beaucoup celle des avantages. Notre législation a cependant admis le serment supplétif en matière civile ; elle l'a du moins rejeté en matière criminelle, là où il s'est maintenu chez d'autres nations, ainsi que nous le verrons en terminant.

PREMIÈRE DIVISION.

Emploi du serment supplétif en matière civile.

369. Dans quels cas le juge a-t-il la faculté de déférer ce serment? Le Code civil (art. 1367), qui repro-

[1] Portalis s'est exprimé en ces termes, au conseil des Anciens, à propos du serment imposé aux prêtres par les lois révolutionnaires : « Il eût été digne de notre siècle de reconnaître que le serment est une bien faible épreuve pour des hommes polis et raffinés; qu'il n'est nécessaire que chez des peuples grossiers à qui la fausseté ou le mensonge coûte moins que le parjure, mais que dans nos mœurs cette auguste cérémonie n'est plus qu'une forme outrageante pour le ciel, inutile pour la société et offensante pour ceux qu'on oblige à s'y soumettre. »

duit la doctrine de nos anciens auteurs, ne s'explique pas très-nettement sur ce point. « Le juge, y est-il dit, ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger, ou rejeter purement et simplement la demande. »

Il résulte bien de là, sans contredit, que le serment ne peut être déféré d'office dans les deux cas extrêmes où la preuve est complète, et où elle manque totalement. Mais quelle est la position intermédiaire où il sera loisible au juge de le déférer? C'était un point abandonné à sa prudence, chez les Romains, et les anciens interprètes ne définissent que très-vaguement ce qu'ils appellent des preuves *semi-pleines*[1]. Mais, dans notre législation qui exclut la preuve testimoniale des conventions dont l'objet dépasse cent cinquante francs, il est assez naturel de soumettre à la même restriction le serment supplétif, bien plus dangereux encore que le témoignage des tiers. Aussi la doctrine et la jurisprudence entendent-elles l'article 1367 en ce sens qu'il est permis au juge de déférer le serment dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. En sens inverse, là où il n'existe point de restriction à l'emploi de la preuve testimoniale, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour déférer le serment supplétif (rej. 22 janvier 1828 et 9 novembre 1831). Mais il faut reconnaître avec Pothier (*Oblig.* n° 926), que dans les causes qui concernent l'état des personnes, lors même que la preuve testimoniale est admissible, comme dans les questions de mariage, le serment supplétif doit être repoussé. Si la probité apparente d'un plaideur peut

[1] « Hoc intelligendum, » dit Dumoulin (sur le titre Ier du Code), « de « conjecturis, præsumptionibus, judiciis gravibus, bonis, efficacibus, non « autem de frivolis et stultis. »

permettre au juge de s'en rapporter à sa délicatesse dans une affaire purement pécuniaire, il ne saurait en être de même là où il s'agit des intérêts les plus sacrés de la société. Quant à la question de savoir si, au contraire, ce serment est admissible, sans que la preuve testimoniale le soit également, à l'appui du registre qu'un marchand invoque contre un particulier non marchand (C. civ. art. 1329), elle se rattache trop intimement à la foi des registres pour qu'il convienne de la traiter ici par anticipation.

370. C'est habituellement au juge seul qu'il appartient de choisir la partie à laquelle il veut déférer le serment. Son choix sera le plus souvent déterminé par les antécédents plus ou moins favorables des plaideurs et par les circonstances de la cause. Mais, toutes choses égales, ce sera au défendeur qu'il devra s'adresser, l'affirmation du demandeur dans sa propre cause n'étant pas recevable, lorsque rien ne vient faire pencher la balance en sa faveur. Il y a un cas où la loi elle-même fait le choix : c'est celui où un commerçant, aux registres duquel l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter (C. de comm. art. 17); c'est alors à celui qui a demandé cette représentation que doit être déféré le serment. Le refus de représenter ses livres est, en effet, une présomption grave contre l'adversaire. Dans des cas semblables, où il s'élève un fort préjugé contre l'une des parties, à raison de sa conduite dans le litige, si, par exemple, elle a nié un fait qui se trouve ensuite clairement établi, les juges se conformeront à l'esprit de la loi, en déférant toujours le serment à l'autre partie.

374. On s'est demandé si le serment peut être déféré d'office sur un fait qui n'est point personnel à la partie: dans le silence de la loi, il nous semble impossible d'autoriser les juges à mettre un plaideur en demeure d'affirmer sous serment un fait qui lui serait complétement étranger. On invoque mal à propos, en ce sens,

l'autorité de la cour de cassation : dans l'espèce où elle a autorisé la délation de serment supplétif (rej. 8 décembre 1832), il s'agissait d'un prêt fait à la mère de la partie ; ce n'était donc là après tout qu'un serment de crédibilité, et nous avons vu qu'un pareil serment peut être déféré, même par la partie adverse (n° 345), bien que le serment décisoire suppose toujours un fait personnel.

372. La prestation du serment supplétif ne tranche pas d'une manière péremptoire la contestation, comme celle du serment décisoire. Il ne s'agit plus ici d'une transaction, mais d'un mode de preuve ordinaire, auquel l'adversaire n'a nullement adhéré (Gaïus, l. 31, ff. *de jurej.*). Il est donc permis de combattre en cause d'appel les allégations de la partie adverse, bien qu'appuyées par un serment de cette nature ; et le juge d'appel peut même, ainsi que l'enseignait Pothier (*Oblig.* n° 928), déférer le serment à celui des plaideurs auquel le premier juge n'avait pas voulu s'adresser. Par le même motif, le Code, conformément à l'ancienne doctrine, ne reproduit pas, quant au serment déféré d'office, la disposition qui défend de prouver la fausseté du serment que l'on aurait déféré ou référé soi-même (C. civ. art. 1363). Rien ne s'oppose à ce que je puisse me porter partie civile et réclamer des dommages-intérêts, lorsque la juridiction criminelle est appelée à apprécier la sincérité d'un serment auquel je n'ai jamais entendu me soumettre (rej. 20 janvier 1843).

373. Le refus de prêter le serment supplétif fera presque toujours perdre son procès à la partie interpellée de jurer. Mais c'est là seulement ce qui arrivera le plus souvent en fait. En principe, le refus de jurer n'est plus considéré ici comme un aveu tacite. On applique le principe dont nous avons développé plus haut (n^os^ 206 et suiv.) le véritable sens, que le juge n'est pas lié par une décision interlocutoire. Si, par exemple, une pièce décisive a été recouvrée, depuis que le ser-

ment a été ordonné, on a jugé avec raison (Limoges, 23 mars 1825; Toulouse, 3 juillet 1827) que le tribunal peut revenir sur la délation de serment. En pareil cas, le refus de prêter serment ne nuirait pas à la partie dont les droits se trouvent aussi clairement démontrés.

374. Un point sur lequel la loi est positive, c'est l'impossibilité de référer le serment déféré d'office (C. civ. art. 1368). On sent que la confiance accordée par le juge à l'un des plaideurs est toute personnelle.

DEUXIÈME DIVISION.

Rejet du serment supplétif en matière criminelle.

375. On peut concevoir, en matière criminelle, trois systèmes quant au serment supplétif. La loi peut permettre de le déférer à l'accusateur, afin de corroborer son allégation; elle peut en faire, au contraire, un moyen de défense pour l'accusé, et on l'appelle alors *serment purgatoire;* enfin elle peut proscrire tout serment de l'une ou de l'autre des parties dans les procès criminels. Chacun de ces systèmes correspond à une période différente dans l'état de la civilisation et de la législation pénale.

376. Le premier système appartient à l'enfance de la justice criminelle. Qu'on s'en rapporte à la déclaration du demandeur, en ce qui touche ses intérêts pécuniaires, cela peut être tolérable, du moins, comme nous l'avons vu, dans certaines circonstances. Mais qu'on dispose de la vie ou de l'honneur d'un accusé, parce que le serment de l'accusateur sera venu corroborer une preuve incomplète, c'est là une pratique déplorable, et qu'il n'est pas même nécessaire d'admettre dans les pays où l'accusation est abandonnée aux particuliers. Quand des intérêts aussi sacrés sont en jeu, il importe de s'en tenir strictement à la règle : *actore non probante, reus absolvitur*. Chez les peuples primitifs, qui ont conservé une grande foi en la parole de

l'homme, et dans un état de civilisation où il est difficile d'administrer des preuves régulières, nous trouvons cet emploi du serment. Les lois galloises (*Legg. Wall. Ed. Wotton*, liv. III, ch. III, § 31) autorisent à établir l'accusation de vol manifeste par le serment de l'accusateur et de trois autres personnes, prêté à la porte du cimetière, à la porte de l'église, et enfin sur l'autel. Elles s'en rapportent également au serment de la jeune fille en matière d'attentat aux mœurs, ce qui rappelle notre ancienne maxime : *creditur virgini juranti se ex Titio prægnantem*. On ne retrouve aujourd'hui un pareil système que dans les contrées d'Orient, où la justice criminelle s'administre avec la plus incroyable légèreté. C'est là que le législateur, suppléant à la qualité des preuves par leur nombre, autorisé à établir l'assassinat au moyen de *cinquante serments* prêtés par les parents de la victime (voy. les *Études sur la loi musulmane* de M. Vincent, pag. 65 et suiv.). On ne retrouve point, sans doute, un pareil abus du serment à Athènes et à Rome. On y voit cependant encore l'accusateur offrir spontanément son serment, qui, sans avoir une force péremptoire, entre dans les éléments de la conviction du juge[1]. Mais, quel que soit le système d'instruction criminelle adopté chez les nations de l'Europe moderne, le serment supplétif de l'accusateur est universellement rejeté, aussi bien que le serment décisoire au criminel.

377. Il n'en est pas de même du serment purgatoire, dont l'usage subsiste encore chez certains peuples civilisés. La faculté de déférer le serment à l'accusé est, en effet, bien plus favorable, puisqu'elle tend à le libérer, au lieu d'aggraver sa position, du moins si l'on reconnaît, ainsi que cela est constant dans l'état actuel de la science, que le refus de jurer ne saurait être considéré comme un aveu tacite. Le serment purgatoire avait acquis une extrême importance au moyen âge.

[1] Voy. le serment solennel de l'accusateur dans le plaidoyer de Démosthène contre Conon, § 14.

Dans les mœurs germaniques, l'accusé amenait avec lui un certain nombre de parents ou d'amis, qui juraient avec lui (*conjuratores*[1]). Primitivement l'institution des conjurateurs n'était autre chose qu'une transformation des guerres privées : les membres de la même famille et de la même tribu, appelés ainsi en justice, ne rendaient point un témoignage proprement dit, mais ils soutenaient la cause de l'accusé par leur serment, comme ils l'auraient soutenue les armes à la main. Plus tard, l'Église s'empara de cette institution, qui fut nommée *purgatio canonica*, et la transforma en un mode de preuve régulier. L'application en fut restreinte au cas où les preuves de l'accusation étaient incertaines et légères. On trouve des exemples de l'emploi de ces *conjuratores* en Allemagne jusqu'en 1548; en Suède, une ordonnance de Christine (§ 4) le consacrait encore en 1653. Et le serment purgatoire déféré à l'accusé seul a survécu, dans le droit commun allemand, à l'abolition du serment collectif. Mais il n'est plus usité aujourd'hui qu'en matière non capitale, au cas de graves soupçons contre des personnes dont les antécédents sont d'ailleurs honorables. Ce serment se rattache à l'*absolutio ab instantia*; il permet d'obtenir un acquittement complet, au lieu de rester perpétuellement sous le coup de l'accusation. C'est un correctif apporté à un système vicieux. On trouve également dans les anciennes lois anglaises l'admission de l'offre d'affirmer de la part du défendeur, lorsqu'il ne s'agissait que d'une amende. « La loi, » dit Blackstone (liv. III, ch. XXII, § 6), « dans la simplicité des anciens temps, ne présumait pas qu'un homme voulût se rendre parjure pour tous les biens de ce monde. »

378. Mais dans une civilisation plus avancée et plus corrompue, il n'est plus permis au législateur d'avoir

[1] Ce fut ainsi que trois évêques et trois cents seigneurs affirmèrent solennellement la légitimité de Clotaire II, pour disculper sa mère, la fameuse Frédégonde.

une pareille foi en la moralité humaine. Le serment purgatoire doit disparaître, comme a disparu depuis longtemps chez les peuples modernes le serment déféré à l'accusateur. En Angleterre, dès le temps de Blackstone (*loc. cit.*), on a imaginé de substituer aux actions dans lesquelles le défendeur était admis à affirmer, des actions nouvelles, dans lesquelles cette affirmation n'est pas recevable. Notre jurisprudence française a depuis longtemps repoussé tout serment supplétif au criminel. Il est à croire qu'en Allemagne le serment purgatoire [1], dont l'application devient de plus en plus rare chaque jour, n'est plus destiné à une longue existence (M. Mittermaïer, ch. LVI et suiv.).

[1] Ce serment a été aboli en Toscane par l'article 6 de la loi de 1785.

LIVRE DEUXIÈME.

PREUVES PRÉCONSTITUÉES

(Généralement écrites.)

379. Nous avons reconnu qu'il devient nécessaire, dans un état de civilisation avancée, d'établir à l'avance certaines preuves, faciles à conserver, que l'on puisse retrouver ultérieurement, lorsque le besoin viendra à s'en faire sentir. Sur quelle base reposeraient la foi des contrats et la stabilité des propriétés, si, pour constater les droits les plus importants, on n'avait d'autre ressource que les souvenirs des tiers ou les déclarations des parties intéressées? Nous avons déjà vu, en nous occupant de la preuve par témoins, que, plus les rapports sociaux se sont compliqués, plus on a reconnu l'utilité de preuves qui échappent à ces chances de corruption, d'erreur ou de mortalité, qui rendent si dangereux l'emploi de la preuve testimoniale. L'utilité des preuves préconstituées n'est contestée par personne. Un seul point peut donner lieu à controverse. L'usage de ces preuves doit-il rester facultatif, ou bien peut-il être imposé aux parties? Depuis trois siècles, c'est à ce dernier système que s'est attachée la législation française, mue surtout par le désir de prévenir les procès (n° 113). Aujourd'hui que ce système est entré dans nos mœurs [1], il est difficile qu'il puisse donner lieu à des surprises, si ce n'est dans des cas exceptionnels. Mais peut-on mettre en balance le danger de fraudes accidentelles, avec l'avantage général d'empêcher une

[1] Dans la récente discussion sur l'abrogation de l'article 1784 du Code civil (n° 352), quelques objections ont été faites contre le système de nos lois sur la preuve testimoniale; mais elles ne paraissent pas avoir fait impression sur la grande majorité des esprits (*Moniteur* du 10 mai 1854).

foule de contestations, ou du moins de donner au juge une base fixe de décision, toutes les fois que la chose est possible?

580. La preuve préconstituée se confond d'ordinaire avec la preuve littérale. Cela tient à ce que, de temps immémorial, on a employé l'écriture pour perpétuer le souvenir des événements juridiques, comme de tous les autres faits dont on désire conserver la trace dans un intérêt public ou privé. Mais il peut y avoir preuve préconstituée sans écriture, pourvu que l'on use de signes auxquels on attache une idée bien nette; car la signification que l'on donne aux caractères écrits, n'est, après tout, que l'effet d'une convention, et rien n'empêche dans la nature des choses que nous n'adoptions d'autres signes pour exprimer nos idées. Sans parler des hiéroglyphes, qui paraissent avoir été l'enfance de l'écriture, on sait que les Péruviens employaient, pour constater les faits les plus importants, des *quipos*, cordons de différentes couleurs, qu'ils nouaient de différentes manières. Chaque couleur, chaque nœud avait une valeur particulière. C'était là évidemment une preuve préconstituée. Les *tailles*, qui sont encore consacrées par le Code civil, sont un procédé tout à fait analogue; au fond, l'écriture n'étant que l'expression de nos idées par certains signes, on peut faire rentrer ces procédés dans l'expression générale d'écriture. Mais, à part cette concession faite à d'anciens usages, nos lois exigent l'emploi de l'écriture proprement dite, toutes les fois qu'on veut s'assurer une preuve à l'avance, et en ce sens il est vrai généralement chez nous, comme chez tous les peuples civilisés, que la preuve préconstituée se confond avec la preuve littérale. Il est bien entendu, au reste, que tout écrit ne constitue pas une preuve littérale dans le sens légal de ce mot. Pour avoir cette autorité, il faut qu'il réunisse certains caractères, en l'absence desquels il dégénère en une simple note, qui peut tout au plus devenir une présomption contre

celui qui en est l'auteur, mais qui n'a jamais contre lui la force d'une preuve légale. C'est ainsi que des lettres missives, si on les suppose produites en justice avec le consentement du tiers à qui elles sont adressées, constituent un élément de conviction que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour repousser, suivant les circonstances. Aussi la cour de cassation a-t-elle également rejeté le pourvoi contre des arrêts qui avaient refusé de prendre en considération de pareilles lettres (rej. 4 avril 1821 et 12 juin 1823), et contre un arrêt qui les avait fait entrer parmi les documents de la cause (rej. 31 mai 1842).

584. Il n'y a malheureusement pas, dans notre langue, d'expression spéciale pour désigner les écrits revêtus de certaines formes, qui servent à constater telle ou telle convention, tel ou tel fait. Le mot latin *instrumentum*, qui rendait fort heureusement cette idée, ne se retrouve chez nous que dans le verbe *instrumenter*, relatif aux fonctions des notaires, et dans l'adjectif *instrumentaire*, appliqué aux témoins qui l'assistent. Il est vrai que Boileau (sat. x) emploie *instrument* dans le sens du mot latin *instrumentum*;

> Et déjà le notaire a, d'un style énergique,
> Griffonné de ton joug l'*instrument* authentique.

Mais le mot a trop vieilli aujourd'hui dans cette acception, pour qu'il soit possible d'en faire usage. On est donc obligé d'employer avec la loi des expressions qui sont également usitées dans un autre sens. Ainsi, le mot *acte* désigne à la fois ce qui s'est passé, *quod actum est*, et l'écrit rédigé pour constater ce qui s'est passé. Le même mot *titre*[1] désigne à la fois la cause en vertu de laquelle je possède un bien, une vente, une donation par exemple, et l'écrit destiné à constater

[1] L'expression de *titre* s'applique plus spécialement aux actes authentiques. C'est ainsi que le Code civil intitule les deux premiers paragraphes de la section de la preuve littérale : *du titre authentique*, et *de l'acte sous seing privé*.

l'existence de cette cause. De là, de fréquentes équivoques. Car en droit, comme en métaphysique, bien des controverses ne roulent que sur des disputes de mots. Ces équivoques n'ont pas lieu seulement dans les écoles, où elles ne sauraient avoir de bien graves conséquences, elles se sont reproduites dans la pratique judiciaire et jusque dans la rédaction des lois.

Un notaire avait dressé l'*acte* qui constatait, en faveur d'une personne interposée, la cession d'une créance, dont il était lui-même le véritable cessionnaire. On provoqua contre lui l'application de l'article 175 du Code pénal, lequel prononce des peines assez graves contre l'officier public qui s'intéresse dans les *actes*, entreprises, adjudications, dont il aurait, au temps de l'*acte*, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance. Eh bien ! les poursuites du ministère public, ainsi que l'a décidé, après une longue procédure, la cour de cassation le 18 avril 1817, ne reposaient évidemment que sur une équivoque. L'*acte* dont le notaire avait l'administration, la surveillance, c'était l'acte écrit, l'*instrumentum*; l'*acte* dans lequel il avait pris intérêt, c'était *id quod actum erat*, la cession, dont il n'avait nullement la surveillance, puisque le cédant était lui-même présent pour veiller à ses intérêts. Il y avait, dans l'espèce, deux opérations bien distinctes, quoique simultanées : l'une, la cession elle-même faite au profit du notaire, parfaitement licite, dès que le droit n'était pas litigieux[1]; l'autre, la rédaction de l'acte constatant la cession, rédaction que le notaire intéressé dans la cession n'avait pu faire lui-même sans commettre une nullité (loi du 25 ventôse

[1] Eût-il été litigieux, ce qui ne paraît pas avoir été allégué dans l'espèce, il y aurait eu nullité de la cession, si le droit était de la compétence du tribunal dans le ressort duquel le notaire exerçait ses fonctions (C. civ. art. 1597); mais les poursuites n'auraient pas été pour cela mieux fondées, puisque le Code pénal ne frappe d'aucune peine la cession illicite de créances litigieuses.

an XI, art. 8 et 68). Mais cette nullité de l'acte qui devait faire preuve de la cession, ne pouvait la rendre illicite après coup, ni surtout placer l'officier public sous le coup de dispositions pénales, destinées à atteindre des prévarications bien autrement graves qu'une simple contravention disciplinaire. On voit que les poursuites portaient complétement à faux.

Nous trouvons dans la loi elle-même cette confusion déplorable entre le fait et la preuve du fait. « Les servitudes continues et apparentes, » dit l'article 690 du Code civil, « s'acquièrent par *titre* ou par la possession de trente ans. » Si, par titre, il fallait entendre dans cet article le mode d'acquisition de la servitude au fond, la prescription serait un titre tout aussi bien qu'une donation ou une vente, puisque c'est également une manière d'acquérir. En opposant le titre à la prescription, le Code civil a eu en vue l'acte écrit, qui sert habituellement à constater l'aliénation volontaire de la servitude, par opposition à la possession trentenaire, base de la prescription, qui se prouve par témoins. Mais alors la rédaction est aussi vicieuse qu'inexacte : vicieuse, puisque ce n'est point par le titre, *instrumentum*, que l'on acquiert, mais par le mode de constitution, que prouve ce titre ; inexacte, en ce que les actes écrits ne sont pas le seul moyen d'établir l'existence de la servitude, laquelle peut être constatée par l'aveu, par le serment, et par la preuve testimoniale même, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs. Tout cela vient d'une confusion fréquente dans la pratique, mais qu'on ne devrait pas retrouver dans la loi, entre le mode de constitution, qui sert de *titre*, au fond, à la servitude, et le *titre* écrit, destiné à perpétuer la mémoire de cette constitution [1]. Il en est de même du

[1] C'est en tombant dans la même confusion que certains auteurs exigent un acte pour établir le *juste titre*, à l'appui de la prescription de dix ou vingt ans, comme si l'on devait entendre par *juste titre* autre chose qu'une juste cause de possession, sauf à prouver par les voies ordinaires l'existence de cette cause.

mot *acte*, qui, dans l'article 778 du même Code, signifie successivement l'*instrumentum*, et *id quod actum est*. Les sages observations de l'école de Condillac, dont nous répudions d'ailleurs les tendances sensualistes, sur l'utilité d'une langue bien faite dans les sciences, reçoivent ici parfaitement leur application. Malheureusement il ne nous est pas donné de réformer la langue du droit. Nous emploierons donc avec la loi les mots usités, en nous tenant seulement en garde contre les équivoques de la nature de celles que nous venons de signaler.

582. Les preuves préconstituées ne sont que l'expression du témoignage de l'homme, revêtue de certaines formes. Nous avons vu que le témoignage peut émaner de tiers étrangers au litige, du défendeur, ou du demandeur même. La circonstance que le témoignage intervient ici au moment de l'opération légale qu'il atteste, au lieu d'être provoqué après coup, n'empêche pas qu'il n'émane toujours de l'une de ces trois sources. La division de ce livre sera donc la même que celle du livre précédent. Nous trouverons dans l'acte authentique le témoignage préconstitué de tiers désintéressés; dans l'acte sous seing privé, auquel nous rattacherons les tailles, le témoignage préconstitué du défendeur; enfin celui du demandeur même, dans les registres des marchands. La force de ces trois modes de preuves suit une progression décroissante. Le témoignage de tiers, consigné dans un acte authentique, bien loin d'être suspect comme le témoignage oral proprement dit, est la preuve légale par excellence, à raison de la confiance que provoque le caractère de l'officier public de qui il émane. Vient ensuite l'aveu consigné dans l'acte sous seing privé, qui, entouré de moins de garanties, se place à un degré inférieur. Enfin les déclarations que font les marchands en leur faveur, dans leurs registres, n'ont nécessairement qu'une foi relative et restreinte.

383. Nous nous occuperons en dernier lieu des copies et des actes récognitifs, c'est-à-dire de la preuve littérale au second degré. Quant aux *actes confirmatifs*, c'est bien mal à propos que le législateur, entraîné par une ressemblance trompeuse entre ces actes et les actes récognitifs, a traité également des premiers sous la rubrique de la preuve. A la vérité, ces deux sortes d'actes ont cela de commun qu'ils tendent à donner force à un droit antérieur, et c'est en ce sens que les interprètes appellent l'acte récognitif lui-même *confirmatio*. Mais la confirmation qui se trouve dans l'acte récognitif, tend seulement à conserver la preuve d'un droit dont la validité n'est pas contestée; tandis que la confirmation proprement dite, celle dont il est question dans les articles 1338 [1], 1339 et 1340 du Code civil, tend à valider au fond une opération entachée de nullité. La place naturelle de cet article eût donc été dans la section VII du chapitre précédent, section qui traite de l'action en nullité ou en rescision, et non dans celle de la preuve littérale. C'est encore le double sens du mot *acte* qui a trompé ici le législateur. L'acte confirmatif dont parle le Code, c'est la confirmation au fond, *id quod actum est;* tandis qu'il ne devrait être question que de l'acte écrit, *instrumentum*, destiné à prouver le droit. Pothier n'est pas tombé dans cette confusion. Les actes récognitifs sont les seuls qu'il rattache à la preuve littérale. Nous suivrons son exemple, et nous nous abstiendrons d'empiéter sur la théorie des nullités et des rescisions, qui est tout à fait étrangère à la matière des preuves.

[1] On peut dire toutefois que le premier alinéa de l'article 1338, qui exige diverses mentions pour la validité de l'acte confirmatif, rentre dans la matière des preuves, en tant que ces mentions sont nécessaires pour prouver un consentement sérieux. Mais c'est là la partie la moins importante du sujet. Les questions délicates, par exemple, l'effet de la confirmation à l'égard des tiers, sont toutes de fond, et dès lors complétement en dehors de notre matière.

PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE.

TÉMOIGNAGE DE TIERS. — ACTE AUTHENTIQUE.

384. La preuve préconstituée qui doit inspirer le plus de confiance, c'est celle qui est l'œuvre d'officiers publics, chargés spécialement de recevoir les déclarations des parties. Les actes rédigés par ces officiers sont nommés *authentiques*, à raison de la présomption de sincérité qui s'y attache. Le mot authentique, qui, dans son sens le plus large, désigne tout écrit public ou privé dont la véritable origine est bien constatée, comme lorsqu'on se demande si tel livre attribué à tel auteur est bien authentique, reçoit dans notre pratique judiciaire un sens plus restreint. Suivant l'article 1317 du Code civil, « l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. »

385. L'immense utilité de cette preuve a porté les rédacteurs du Code, préoccupés de la pratique bien plutôt que d'une saine théorie, à la placer en première ligne parmi les preuves consacrées par la loi. Et cependant elle est loin de présenter la démonstration directe des faits qu'il s'agit d'établir. La foi qui s'y attache repose sur une double supposition : 1° que le papier produit en justice est bien l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente ; 2° que le témoignage rendu par cet officier dans l'exercice de ses fonctions est bien sincère. La première supposition se fonde sur la difficulté d'imiter les actes authentiques, entourés de si nombreuses formalités ; et sur la plus grande sévérité du Code pénal (art. 147 et 150), qui punit des travaux forcés à temps le faux en écriture publique, et de la réclusion seulement le faux en écriture privée.

La seconde supposition repose sur les garanties que présentent le caractère et la position de l'officier public, et sur la pénalité rigoureuse, les travaux forcés à perpétuité (*ibid.* art. 145 et 146), qui l'atteint au cas de prévarication. Cette dernière supposition rentre dans les règles ordinaires sur la foi au témoignage. Mais la première n'est qu'une présomption de fait, une probabilité, que les besoins de la pratique ont transformée en présomption légale. Cette foi qui s'attache, non pas seulement à l'acte authentique, mais à l'apparence même de cet acte, est le caractère le plus saillant qui le distingue de l'acte sous seing privé, lequel n'a de force qu'autant qu'il est reconnu ou dûment vérifié.

386. L'authenticité se retrouve dans tous les actes qui émanent de l'autorité publique, dans les lois, dans les actes administratifs. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'authenticité judiciaire, en matière civile et en matière criminelle.

Nous allons examiner quelles sont les formes et quelle est l'autorité des actes authentiques, d'abord au civil, puis au criminel. Nous traiterons ensuite de la procédure au moyen de laquelle on fait tomber la foi qui s'attache à l'authenticité, c'est-à-dire de l'inscription de faux.

PREMIÈRE SECTION.

ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CIVILE.

387. Les actes authentiques par excellence, ceux auxquels se réfèrent surtout les dispositions du Code civil, ce sont les actes notariés, dont nous nous occuperons en premier lieu. Les développements que nous donnerons sur ces actes, nous dispenseront d'entrer dans des détails peu intéressants sur les actes authentiques reçus par d'autres officiers publics, actes qui sont régis au fond par les mêmes principes. Mais nous examinerons à part les questions délicates que soulève la foi des actes de l'état civil.

PREMIÈRE DIVISION.

Actes notariés.

388. L'institution d'officiers spéciaux ayant caractère pour donner l'authenticité aux actes qui constatent les conventions des parties, est tellement enracinée dans nos mœurs judiciaires, qu'elle nous semble devoir exister chez tous les peuples civilisés. « Periret omnis « judiciorum vis, » dit Chassanée (*Catal. gloriæ mundi*, liv. IV, consid. 19), « nisi essent notarii, qui acta « conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contrac- « tibus et commerciis. » Et cependant le notariat, tel qu'il est constitué chez nous, n'existait pas à Rome, et aujourd'hui encore nous ne le retrouvons pas en Angleterre et en Autriche[1].

389. Il y avait bien à Rome des tabellions qui, établis au *forum*, rédigeaient, sur la demande des parties, des écrits constatant leurs conventions, Mais ces écrits, même dans le dernier état du droit, lorsque l'écriture avait acquis une grande importance, n'avaient point l'autorité qui s'attache à nos actes notariés. Il fallait que le tabellion vînt lui-même reconnaître l'écriture, et en affirmer avec serment la sincérité; s'il était mort, on appelait les témoins qui avaient assisté à l'acte, et on procédait à une vérification d'écriture (voy. nov. 44, et nov. 73, ch. 7). On voit que les actes des tabellions, *scripturæ forenses*, n'offraient aux parties qu'une garantie extrêmement imparfaite. Ce n'était, après tout, que la preuve testimoniale appliquée à la confection de l'acte, dont le tabellion et les témoins venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait. Quant aux *notarii*, ce n'étaient pas des officiers ayant mission de recevoir les conventions des parties, c'étaient de simples scribes, ordinairement des esclaves publics, qui écrivaient en

[1] En Prusse, les actes reçus par les notaires ou par d'autres officiers n'ont pas la même force que nos actes notariés; ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire (M. Fœlix, *Droit international privé*, 2e éd. n° 228).

abréviation (*notis*, d'où est venu leur nom) des actes de toute nature. Il y en avait d'attachés aux tabellions, comme aux magistrats. Ils rédigeaient le brouillon, que le tabellion mettait ensuite au net, *in mundum* (voy. Just, l. 17, Cod. *de fid. instrum*). C'est de ces *notarii* que parle Paul dans la loi 40, pr. ff. *de test. mil.* « Lucius Titius miles testamentum scribendum notis « dictavit, et antequam litteris præscriberetur, vita de- « functus est. » Cet emploi n'avait pas plus d'importance que n'en a aujourd'hui celui de sténograp

Dans le dernier état de la législation romaine, on imagina un moyen de suppléer à l'authenticité, que les tabellions n'avaient pas mission de conférer. Ce fut l'*insinuation*, qui consistait à déposer, entre les mains du *magister census* à Rome et à Constantinople, des magistrats municipaux dans les provinces, les *instrumenta* dont on voulait mettre la sincérité à l'abri de toute contestation. Ce dépôt que faisaient de l'écrit original les parties intéressées, dispensait de toute vérification ultérieure. Il ne fallait alors ni tabellion, ni témoins; l'intervention de l'autorité publique assurait à elle seule la foi de l'acte qui lui était confié. *Superfluum est*, dit Zénon (l. 31, Cod. *de donat.*), *privatum testimonium, quum publica monumenta sufficiant*. L'utilité de ces *scripturæ publicæ*[1] se fit si bien sentir dans les derniers temps que Justinien ordonna la création d'archives dans toutes les villes où il n'en existait pas encore (nov. 15, ch. v, § 2).

390. Au moyen âge, on distinguait aussi, dans le même sens qu'au Bas-Empire (voy. Mabillon, *de re diplom.* liv. III, ch. iv), les *notitiæ privatæ* et les *notitiæ*

[1] Justinien (l. 20, Cod. *de fid. instr.*) appelle aussi *publice confecta* les actes des tabellions. Mais il prend alors le mot *publice* dans un sens matériel, pour désigner les rédactions faites au *forum*. Ce mot, dans son sens technique, veut dire au nom de l'autorité publique. C'est ainsi que certains jurisconsultes avaient le droit de répondre *publice* (§ 8, Inst. *de jur. nat. gent. et civ.*), c'est-à-dire officiellement. Les actes insinués sont les seuls qui soient *publics* en ce dernier sens.

publicæ. Les écritures privées étaient celles qui étaient dressées en présence de témoins, ou même du tabellion, qui chez nous, dans l'origine, n'était, comme à Rome, qu'un témoin jouissant d'un peu plus de crédit. On trouve peu d'actes rédigés devant un tabellion avant le XI^e^ siècle. Les écritures publiques étaient, soit des actes privés insinués aux archives, comme dans le Bas-Empire, soit des actes rédigés en présence du juge ou de l'évêque.

Ce fut de cette dernière institution que tira son origine le caractère tout particulier qu'a revêtu le notariat dans les temps modernes. Au moyen âge, lorsque les transactions sociales n'étaient pas compliquées, les mêmes *notarii*, qui minutaient les actes des fonctionnaires laïques ou ecclésiastiques, prirent l'habitude de rédiger également les conventions des parties : ce qui n'était d'abord que l'exercice même de leur office, puisque le dignitaire, auquel ils étaient attachés, recevait des actes de juridiction gracieuse, mais ce qu'ils firent ensuite, même hors de la présence de ce fonctionnaire[1]. « Nous avons pris l'habitude, » dit Loyseau (*Offices*, liv. II, ch. V, § 50 et suiv.), « d'expédier nos contrats hors la présence du juge; mais quoi qu'il en soit, c'est toujours le juge qui parle en iceux, et y est intitulé, ainsi qu'aux sentences, et en plusieurs provinces le style des contrats porte : *que les parties sont comparues devant le notaire comme en droit ou en jugement*, et encore en quelques lieux il porte : *qu'elles sont jugées et condamnées de leur consentement, à entretenir tout ce qui est contenu au contrat* : qui est aussi la cause pourquoi les contrats en France ont exécution parée, ainsi que les sentences..... Aussi j'ai remarqué soigneusement qu'en toutes les anciennes ordonnances jusqu'à celles de Louis XII, les greffiers sont appelés

[1] Aujourd'hui encore, en Espagne, les *escrivanos* sont à la fois notaires des parties et greffiers des tribunaux; en Russie, c'est un greffier qui rédige les actes relatifs aux immeubles (M. Fœlix, *loc. cit.*).

communément *notaires*, aussi bien que les tabellions. » L'autorité quasi-judiciaire des actes authentiques (voy. aussi sur ce point Pothier, *Traité de la procédure civile*, part. IV, ch. II, sect. II, art. 1), s'explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n'était, dans l'origine, qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la juridiction gracieuse. On retrouve, même sous Louis XIV, des traces bien marquées de cette origine. Ainsi, un édit de mars 1673 créa des charges de *conseillers de sa majesté, greffiers des conventions*, charges qui, par un second édit du mois d'août de la même année, furent réunies à celles des notaires du Châtelet.

Tandis que les scribes des tribunaux se transformaient peu à peu en notaires, les anciens tabellions subsistaient toujours. Mais le notariat proprement dit se rattachait à la justice royale, depuis que Philippe le Long avait déclaré, par une ordonnance de 1319, que les sceaux et écritures (*scribatus*) étaient de son propre domaine. Le tabellionage, au contraire, était devenu une institution municipale. C'est ce qui apparaît bien clairement dans les *raisons et articles* envoyés en 1470 par les échevins de la commune de Saint-Dizier à ceux de la ville d'Ypres (voy. ce curieux document dans le second volume des *Olim* de M. Beugnot, p. 718). Ces échevins se plaignent (art. 290) qu'on ne les laisse pas *jouir et user paisiblement du tabellionnaige*, beaucoup de bourgeois prenant l'habitude de *faire passer leurs lettres par devant deux notaires royaux*. Ainsi, le tabellionage était l'institution locale, et le notariat l'institution centrale, qui finit par absorber l'autre.

Il arriva, du reste, que le tabellionage se dédoubla lui-même, si on peut s'exprimer ainsi, et donna lieu à la création d'officiers, qui prirent également le titre de *notaires*. Lorsque les affaires se multiplièrent, chaque tabellion un peu accrédité eut besoin d'employer des clercs, qui rédigeaient la première note ou minute des

actes, que leur patron mettait ensuite au net, et dont il délivrait des expéditions. « Finalement, » dit Loyseau (même ch. v, § 64 et suiv.), « et comme il arrive en toutes conditions, que ceux qui font la besogne s'accroissent et s'augmentent toujours, même supplantent enfin leurs maîtres qui sont négligents, ces clercs, qui avaient vécu sous leurs maîtres comme domestiques, voyant que leurs charges méritaient bien d'être continuées, après qu'ils étaient mariés et séparés de demeure d'avec leurs maîtres, se faisaient par eux commettre et substituer, tant en présence qu'absence. » Ces clercs des tabellions obtinrent donc le droit de rédiger seuls la minute, avec le titre de notaires, le privilége de grossoyer l'acte étant réservé aux tabellions. Un édit de François Ier de 1542, qui établit des notaires là où il n'y avait que des tabellions, et réciproquement, sanctionna cet état de choses, en défendant respectivement aux notaires d'empiéter sur la grosse, et aux tabellions d'empiéter sur la minute. Toutefois les notaires du Châtelet de Paris (décl. du 6 juillet 1543), qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume, continuèrent à exercer dans toute sa plénitude la juridiction volontaire, qui leur avait été déléguée de temps immémorial.

L'intérêt d'une bonne discipline et d'une sage répartition des pouvoirs fit cesser sous Henri II la confusion qui s'était perpétuée jusqu'alors entre les fonctions de greffier et celles de notaire. Un édit du 4 octobre 1554, renouvelant des règlements antérieurs mal exécutés, défendit aux juges, lieutenants et greffiers, de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire[1]. Au contraire, il ne pouvait y avoir qu'avantage et économie à réunir les fonctions de notaire et celles de tabellion : réunion qui fut en effet opérée par Henri IV en 1597. Le notariat, nom qui prévalut, excepté dans certaines localités

[1] Il a été jugé, en conséquence, qu'un acte de transaction, reçu en 1633 par deux *majeurs* ou maires, n'avait point le caractère authentique (rej. 27 janvier 1825).

rurales, devint alors, comme la plupart des autres charges publiques, un office vénal et héréditaire.

391. La loi du 16 octobre 1791 supprima la vénalité et l'hérédité, et ordonna que les places de notaires fussent données au concours. Il est douteux que ce mode de nomination, si précieux à tant d'autres égards, fût convenable pour des emplois de cette nature. Mais la loi du 25 ventôse an XI, qui nous régit aujourd'hui, est tombée dans l'excès contraire, en n'exigeant plus que des conditions d'aptitude toutes pratiques, c'est-à-dire un certain nombre d'années de stage chez un notaire (art. 37 et 38), sans requérir la justification d'aucunes connaissances théoriques. Cette latitude dans le choix des candidats, qui pouvait se concevoir en l'an XI, lorsque les écoles de droit n'étaient pas encore réorganisées, est devenue une anomalie, aujourd'hui que l'étude de la science du droit est si florissante et si répandue. La justification d'un diplôme serait d'autant plus utile, que la loi du 28 avril 1816 (art. 91) a rétabli indirectement la vénalité pour les offices de notaires, comme pour plusieurs autres : ce qui, en l'absence de toute condition sérieuse de capacité, transforme en une pure spéculation l'acquisition de ces offices. Les vices de la loi ont produit les résultats auxquels on devait s'attendre, et les désordres du notariat ne rendent que trop urgente une réforme. Une ordonnance du 4 janvier 1843 a fait un pas dans cette voie, en fortifiant l'action disciplinaire, et en interdisant aux notaires les spéculations qui ont donné lieu à tant de scandales. Mais, lors de la crise de 1848, de nouveaux désastres sont venus affliger le notariat : pour que la réforme soit complète et efficace, il faut une loi qui augmente les garanties sous le rapport de la capacité.

392. Si l'institution du notariat, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'est pas bien ancienne, elle n'est pas non plus universelle en Europe. En Autriche, les attributions des notaires sont limitées aux protêts

des lettres de change; tous les autres actes de la vie civile sont reçus par des juges ou par des fonctionnaires attachés aux tribunaux (M. Fœlix, *loc. cit.*). En Angleterre, les notaires ne donnent l'authenticité aux actes qu'en tant qu'il s'agit de les employer à l'étranger. A l'intérieur, tous les actes, par quelque officier qu'ils aient été dressés, doivent être vérifiés en justice par témoins ou par comparaison d'écritures. L'attestation du notaire n'a pas plus de force que n'en avait celle du tabellion dans les premiers temps. Ce sont toujours des actes sous seing privé. Mais on prend habituellement pour rédiger ces actes, soumis en Angleterre à des formes très-compliquées, des hommes de loi proprement dits, les *attorneys*, qui sont en même temps procureurs : cumul de fonctions qui n'est pas sans danger pour les parties, puisqu'on donne la mission de prévenir les procès aux mêmes officiers qui sont chargés de les diriger. L'absence d'actes authentiques notariés fait d'ailleurs recourir à des moyens analogues à ceux qu'on employait à Rome et au moyen âge. « La sûreté de la possession que l'on tient d'un acte public, » dit Blackstone (liv. II, ch. XXI), « ne dépend pas seulement de l'acte même, ni du consentement des parties contractantes, mais encore de la sanction d'une cour de justice, dans les registres de laquelle l'acte est consigné. » Des actes de cette nature sont reçus par le parlement, et enregistrés sous le nom d'*actes privés*, par opposition à ceux qui ont un caractère politique. L'organisation judiciaire de l'Angleterre présente, sous ce rapport, la plus grande analogie avec celle qui existait au Bas-Empire.

395. Certains pays, au contraire, ont enchéri sur la législation française, et attaché plus de prix encore à l'authenticité. Ainsi, tandis que, chez nous, la rédaction notariée est, en général, purement facultative, en Prusse (voy. Code prussien, part. I, tit. x, art. 6) et dans le canton de Vaud (Code du canton de Vaud,

art. 1443), il faut un acte authentique pour la transmission de la propriété immobilière. La législation qui a été le plus avant dans cette voie est le Code sarde de 1838 (art. 1412), qui exige la rédaction par acte public pour toutes les conventions de quelque importance, y compris les baux au-dessus de neuf ans. Peut-être cette exigence n'a-t-elle aucun inconvénient eu égard aux habitudes de la population sarde. Mais, chez nous, les parties s'adressent volontairement au notaire dans toutes les occasions graves, et les actes sous seing privé n'interviennent généralement que pour affaires d'un intérêt modique, et entre personnes capables d'exprimer leur volonté sans avoir recours au style, souvent encore aujourd'hui trop prolixe, du notariat. Il n'y a donc pas lieu à innover en ce sens, pas plus que dans celui de la loi anglaise.

394. Nous allons présenter une analyse succincte des principales formes auxquelles sont soumis les actes notariés; puis nous nous demanderons quelle est la foi de ces actes, et en général, des actes authentiques.

PREMIER POINT.

Forme des actes notariés.

395. Notre intention n'est pas de parcourir ici en détail les nombreuses formalités prescrites aux notaires par la loi du 25 ventôse an XI. Nous laisserons de côté les prescriptions réglementaires, dont l'inobservation donne lieu à des peines disciplinaires contre le contrevenant, pour nous attacher aux dispositions substantielles.

Les solennités qui doivent se trouver dans l'acte notarié, pour qu'il puisse produire tous les effets dont il est susceptible, sont de deux sortes : les unes sont intrinsèques, nécessaires pour la foi de l'acte, *solemnia probantia*; les autres sont extrinsèques, nécessaires seulement pour l'exécution, *solemnia completoria*. On sent combien il importe de distinguer ces deux natures

de solennités; autre chose est, en effet, l'absence de foi d'un acte, autre chose est l'absence de force exécutoire [1]. Or, les *solennités requises* (C. civ. art. 1317), pour que l'acte, reçu par un notaire ou par tout autre officier, fasse foi en justice, sont seulement celles de la première espèce; car il y a des actes qui ne sont pas destinés à être exécutés, et qui n'en sont pas moins authentiques, bien que revêtus seulement des formes intrinsèques, les certificats de vie, par exemple.

C'est faute d'avoir fait cette distinction fondamentale que certains auteurs ont dénié l'authenticité au procès-verbal de conciliation dressé par le juge de paix. L'article 54 du Code de procédure dit bien, il est vrai, que les conventions des parties insérées au procès-verbal ont *force d'obligation privée*; mais, si on recherche le but que s'est proposé le législateur en ajoutant cette restriction, on reconnaît aisément qu'il n'a pas voulu refuser au procès-verbal du juge de paix la foi qui s'attache aux déclarations dûment reçues par un fonctionnaire public, mais seulement empêcher qu'il ne fût rendu exécutoire : ce qui eût porté atteinte aux prérogatives des notaires [2]. Aussi admet-on généralement aujourd'hui que ce procès-verbal constitue une véritable preuve authentique, mais que seulement il n'est pas susceptible d'exécution forcée; ce qu'on a voulu dire, en employant ces expressions vagues et inexactes : *force d'obligation privée.*

396. Nous allons examiner d'abord quelles sont les conditions en l'absence desquelles un acte notarié est nul, du moins comme acte notarié; puis nous nous demanderons ce qui arrive, quand l'acte est annulé à

[1] Dans la plupart des législations allemandes, les actes reçus par les notaires, ou même par les tribunaux, tout en faisant foi, n'emportent point exécution parée : il y a seulement lieu alors à une *procédure d'exécution*, qui est plus expéditive (M. Fœlix, n° 474).

[2] Si nous reproduisons ce motif, c'est sans entendre aucunement l'approuver. Loin de nous la pensée que les lois doivent être faites pour les officiers publics, et non les officiers publics pour les lois.

défaut de quelqu'une de ces conditions; enfin nous parlerons des formalités purement extrinsèques.

§ 1er. *Conditions essentielles à la validité intrinsèque des actes notariés.*

397. En tête de toutes les conditions exigées pour la validité de l'acte, se trouve la capacité légale de l'officier qui le rédige. « L'acte authentique, » dit l'article 1317 du Code civil, « est celui qui a été reçu par officiers publics, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé. » Il faut donc, pour avoir qualité, afin de constater les conventions des parties : 1° être notaire; 2° instrumenter dans les limites du ressort déterminé par la loi.

398. La qualité de notaire peut manquer au rédacteur de l'acte dans diverses hypothèses.

Écartons tout d'abord le cas le plus grave, mais le plus difficile à supposer dans la pratique, celui où un homme complétement étranger au notariat en aurait usurpé les fonctions. Alors l'erreur des parties, qui auraient pris pour notaire, sur sa simple déclaration, celui qui n'avait pas même le caractère officiel apparent, serait tellement grossière, qu'elle ne mériterait aucune indulgence.

399. Mais ce qui peut arriver plus facilement, c'est que l'autorité trompée accorde à une personne incapable, privée, par exemple, de la qualité de Français, une nomination en bonne forme. C'est ainsi qu'à Rome, un esclave avait réussi à se faire nommer préteur, ce qui donna lieu à cette décision d'Ulpien, si souvent citée (l. 3, ff. *de off. præt.*) : « Barbarius Philippus, « quum servus fugitivus esset, Romæ prætoram petiit, « et prætor designatus est : sed nihil ei servitutem « obstitisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. « Atquin verum est, prætura eum functum, et tamen « videamus si servus, quamdiu latuit, dignitate præ- « toria functus sit, quid dicemus? quæ edixit, quæ

« decrevit, nullius fore momenti? An fore, propter uti-
« litatem eorum qui apud eum egerunt, vel lege, vel
« quo alio jure? Et verum puto, nihil eorum reprobari.
« Hoc enim humanius est, quum etiam potuit populus
« romanus servo decernere hanc potestatem; sed et si
« scisset servum esse, liberum effecisset : quod jus
« multo magis in imperatore observandum est. »

Faut-il admettre cette décision, généralement reçue dans notre ancienne jurisprudence, ou dire, au contraire, que nous sommes dans le cas de l'*incapacité* prévue par l'article 1318, et que l'acte peut tout au plus valoir comme acte sous seing privé? On ne peut nier que la même nécessité pratique, qui a dicté à Rome la loi *Barbarius Philippus*; n'existe encore aujourd'hui. Ceux qui traitent avec un officier public, ne peuvent faire une enquête sur son âge, sur ses antécédents, etc.; ils doivent s'en rapporter à l'autorité, qui lui a donné l'investiture de ses fonctions. A ne s'attacher qu'au Code civil, quelque doute pourrait s'élever, l'article 1318, qui n'accorde qu'un effet restreint à l'acte, parlant de l'*incapacité* en général. Mais, si nous nous reportons à la loi du 25 ventôse an XI, qui est le siége de la matière, et à laquelle il est peu vraisemblable qu'on ait voulu déroger, nous y voyons que l'article 68, qui énumère expressément les dispositions dont l'inobservation emporte nullité, ne vise, ni l'article 35, relatif aux conditions de capacité exigées, ni l'article 7, relatif à l'incompatibilité des fonctions de notaire avec certaines autres fonctions. C'est à l'administration qu'il convient de s'adresser alors, afin d'obtenir le retrait de la commission (l. de vent. art. 45 et 46) délivrée au mépris de la loi; mais, tant que cette commission n'est pas retirée, foi est due au titre apparent. C'est ainsi que tous les publicistes enseignent que les actes et jugements, passés sous l'empire de l'autorité la plus illégitime, doivent être maintenus; et nous croyons, toujours en vertu de la même théorie, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de se refuser à

l'exécution d'une loi [1], sous prétexte de son inconstitutionnalité (cass. 11 mai 1833) : autrement, le pouvoir judiciaire absorberait tous les autres [2].

400. L'incapacité à laquelle fait allusion l'article 1318, la seule de nature à vicier l'acte, c'est celle dont les parties ont pu être informées, celle qui résulte, non d'un vice latent, mais d'une déclaration officielle de l'autorité. En effet, l'article 52 de la loi sur le notariat, auquel cette fois se réfère expressément l'article 68, relatif aux nullités, est ainsi conçu : « Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement,

[1] Nous supposons une loi votée en la forme régulière par les pouvoirs compétents. La question est bien plus délicate, lorsqu'il y a eu usurpation du pouvoir législatif, et que l'acte irrégulier a été inséré au *Bulletin des lois* sans réclamation, ainsi que cela est arrivé pour un assez grand nombre de décrets impériaux. Même dans cette hypothèse, la cour de cassation n'a pu admettre que l'acte inconstitutionnel fût nul *ipso facto*, et n'en a repoussé l'autorité, là où il s'agissait d'appliquer la peine de mort, qu'en se fondant sur l'incompatibilité du décret du 1er mai 1812 avec les principes consacrés par la charte (cass. 21 mai 1847).

[2] On admet cependant aux États-Unis que le pouvoir judiciaire peut refuser d'appliquer une loi qu'il estime inconstitutionnelle. M. de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, t. I, ch. VI) explique cette attribution si importante de la magistrature américaine, par cette considération que, la révision des constitutions étant admise en Amérique, s'il y a conflit entre la constitution et la loi, il est toujours possible de reviser la constitution. Mais nous ne voyons pas qu'en France, sous les diverses constitutions qui ont autorisé la révision du pacte fondamental (const. de 1791, de 1793, de l'an III, de 1848 et de 1852), on ait permis aux tribunaux de statuer sur la constitutionnalité des lois. Il faut donc expliquer la législation américaine par un motif plus grave, le besoin de tempérer à l'aide de cette intervention de la magistrature l'omnipotence de la démocratie, de même qu'autrefois, chez nous, le refus d'enregistrement des ordonnances de la part des parlements était un moyen irrégulier, mais souvent efficace, de tempérer l'omnipotence de la royauté. Au surplus, la constitution actuelle, à l'imitation de celle de l'an VIII, confie au sénat la mission de s'opposer à la promulgation des lois *qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la constitution* (const. de 1852, art. 26). Mais il n'y a plus de corps spécial chargé, comme autrefois le tribunat, de provoquer l'exercice de ce droit; les particuliers seuls peuvent le faire par voie de pétition (*ibid.* art. 45).

cesser l'exercice de son état. » Il est à remarquer que cet article, bien d'accord avec la théorie que nous venons d'exposer, admet que, jusqu'à la notification de la décision prise par l'autorité supérieure, l'exercice des fonctions continue, et dès lors tout ce qui est fait antérieurement à cette notification demeure valable. C'est ce qui a été décidé (rej. 25 novembre 1813) pour une signification faite par un huissier dont l'interdiction avait été prononcée, sans être encore notifiée. Mais, une fois que cette notification a eu lieu, l'officier perd tout caractère; il y a faute, surtout dans un pays où les décisions de l'autorité sont rendues publiques par la voie de la presse, à ignorer la destitution ou la suspension dûment notifiée.

401. La seconde condition exigée de l'officier, pour que l'authenticité soit conférée à l'acte, c'est qu'il instrumente dans les limites de son ressort. Cette règle n'avait pas autrefois l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui. Indépendamment de la prérogative dont jouissaient certains notaires, notamment ceux des Châtelets de Paris, Orléans et Montpellier, qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume; la règle que chaque notaire devait exercer dans son ressort, n'était pas considérée comme prescrite à peine de nullité[1], et n'avait pour sanction qu'une amende dans le dernier état de la jurisprudence (voy. loi du 16 octobre 1791, tit. I, sect. I, art. 5; rej. 5 avril 1836). Les lois modernes sont revenues rigoureuses au principe qui veut qu'un fonctionnaire, hors du territoire qui lui est assigné, ne soit plus qu'un simple particulier, et dès lors la nullité des actes reçus hors de ce territoire a dû être prononcée (loi de vent., art. 6 et 68). C'est pour cela qu'on exige la mention du lieu où l'acte est passé (*ibid.* art. 12), mention qui serait utile, mais non substan-

[1] Il en était autrement au XVI^e^ siècle; on tenait alors strictement, suivant ce que nous rapporte Boiceau (*Preuve par témoins*, liv. II, ch. IV), à ce que le notaire n'instrumentât point hors de son ressort.

tielle, dans les actes sous seing privé, que l'on peut faire partout. En exigeant cette mention, la loi force le notaire qui instrumenterait hors de son ressort, ou bien à faire un acte évidemment nul, s'il s'abstient d'y insérer l'énonciation mensongère, ou bien, dans le cas contraire, à faire un faux, en dissimulant la nullité, et à s'exposer ainsi aux peines les plus graves [1].

402. Dans le ressort même qui est affecté aux notaires, ils ne peuvent exercer leur ministère à l'égard de toute personne. Il leur est défendu (*ibid.* art. 8) de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties : de plus, ils ne peuvent recevoir des actes où ils seraient intéressés eux-mêmes. C'est ce qu'a voulu exprimer la fin de l'article 8, qui ajoute : *ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur;* expressions qui grammaticalement pourraient se rapporter aux parents des notaires, aussi bien qu'aux notaires eux-mêmes, mais qui, en raison, ne peuvent s'appliquer qu'à ces derniers, puisque autrement elles ne contiendraient qu'une redondance inutile. Rien de plus juste d'ailleurs que d'interdire au notaire la faculté de rendre témoignage dans son propre intérêt. Toutefois nous avons vu (n° 368) que c'était bien mal à propos, et par suite d'une véritable confusion de langage, qu'on avait voulu appliquer l'article 175 du Code pénal à un notaire qui avait pris un intérêt à la créance constatée par un *acte* qu'il avait reçu lui-même. Il y a

[1] C'est ce que la cour de cassation a décidé plusieurs fois, notamment le 16 novembre 1832. MM. Chauveau et Hélie (*Théorie du Code pénal*, t. II, ch. 22, § 2) veulent, pour qu'il y ait faux dans l'espèce, conformément à un arrêt de la même cour du 4 mars 1825, qu'il y ait eu intention de nuire à l'intérêt des parties. Cette doctrine nous semble trop relâchée. Il faut répondre, avec l'arrêt de 1832, « que cette fausse énonciation, ayant pour but de tromper et d'éluder la prévoyance et la volonté du législateur, et d'ailleurs étant préjudiciable à autrui (puisque l'acte est nul), emporte par cela seul l'intention et la moralité criminelle du crime de faux. »

là une nullité et une infraction disciplinaire, mais nullement un délit caractérisé, délit qui ne saurait exister que si le notaire avait eu la surveillance de la créance même, à laquelle il avait pris intérêt, et non de l'acte destiné à la constater.

403. L'officier supposé capable et compétent, il faut encore que l'acte soit reçu *avec les solennités requises* (C. civ. art. 1317). Ces solennités se rattachent, soit à la qualité des personnes qui le reçoivent, soit aux règles à suivre dans la rédaction.

404. « Les actes, » dit l'article 9 de la loi de ventôse, « seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. » Cette disposition, dont le principe remonte à une ordonnance du 1er décembre 1437, est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics. L'accord de deux notaires pour falsifier les conventions des parties est infiniment moins probable que la malversation d'un seul. La présence des témoins que l'on a appelés *instrumentaires* à raison de leur concours à l'acte (*instrumentum*) se justifie par le même motif.

Mais il est souvent difficile, dans la pratique, d'obtenir l'assistance de deux notaires; aussi la prescription de l'ordonnance de 1437 était-elle tombée en désuétude dans l'ancien droit, excepté pour certains actes d'une haute importance, tels que les testaments. L'article 14 des statuts et règlements de la communauté des notaires au Châtelet de Paris, homologués par un arrêt du parlement du 13 mai 1681, portait que les notaires seraient obligés de signer l'un pour l'autre les actes et contrats non contraires aux ordonnances et bonnes mœurs, dont ils seraient requis, sans le pouvoir refuser; et cette jurisprudence avait été convertie en loi par des édits de 1691 et de 1706. Depuis la promulgation de la loi de ventôse, les mêmes habitudes

se sont conservées dans la pratique quant au notaire en second, et nos mœurs répugnant souvent à l'admission de témoins dans le secret de nos affaires, l'usage s'est également introduit de faire signer l'acte après coup par les témoins instrumentaires. C'était là, nous persistons à le croire, une violation manifeste de la loi : violation longtemps tolérée par la jurisprudence, qui se fondait sur un singulier motif, la prétendue abrogation par désuétude de la disposition de la loi de ventôse, mais enfin condamnée par un arrêt de cassation du 25 janvier 1841. Cet arrêt, suivi d'une autre décision conforme (16 novembre 1841), mit le législateur dans la nécessité de sauvegarder les intérêts compromis par ce changement de jurisprudence, et de statuer pour l'avenir; tel a été l'objet de la loi du 21 juin 1843.

Quant au premier point, il est vrai que certains esprits ont contesté au législateur le pouvoir de rendre de véritables lois interprétatives, de nature à régir le passé[1]. Mais cette théorie, contraire d'ailleurs à celle des auteurs les plus exacts, ne pouvait prévaloir contre le désir bien légitime d'assurer la paix des contrats et la stabilité des familles, en défendant « d'annuler les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes. » C'est ce qu'a fait l'article 1^er^ de la loi nouvelle, contre lequel il ne saurait s'élever d'objections sérieuses.

Pour l'avenir, le législateur, bien qu'il prétende ne

[1] Il n'y aurait empiétement sur le pouvoir judiciaire qu'autant que le pouvoir législatif interviendrait dans des causes particulières pour interpréter la loi (voy. notamment le décret du 19 pluviôse an II, par lequel la Convention annula, sur la demande des parties, un jugement du tribunal de cassation en matière de compétence). Quant à la faculté d'interpréter la loi d'une manière générale, même pour le passé, elle ne saurait appartenir qu'au pouvoir législatif : or, les besoins sociaux exigent quelquefois, ainsi que cela est arrivé en 1843 pour les actes notariés, qu'il soit fait usage de cette faculté.

faire qu'expliquer la loi de ventôse (loi de 1843, art. 3), l'a réellement modifiée, puisqu'il a donné raison à la pratique, en dispensant généralement les parties de l'assistance du second notaire et des témoins (*ibid.* art. 1 et 3). Soit lors de la discussion de la loi de 1843, soit depuis cette époque, on a accusé le pouvoir législatif d'avoir manqué d'énergie, et de n'avoir pas même su être conséquent dans un système vicieux. Ces reproches ne nous paraissent pas fondés. D'abord, il n'y avait pas de motifs suffisants pour se roidir contre les difficultés pratiques qu'offrait la présence réelle du second notaire et des témoins, puisqu'il était avéré que les désordres du notariat ne tenaient nullement au défaut de cette présence réelle. Mais, dit-on, il serait alors plus simple et plus logique de faire rédiger les actes par le notaire seul. Cette idée a été repoussée en connaissance de cause par le législateur. « On a considéré d'une part, » dit M. Philippe Dupin, dans son rapport à la chambre des députés (*Moniteur* du 9 mars 1843), « que la formalité de la signature après coup du second notaire ou des témoins était sans inconvénient pour les parties et d'un accomplissement facile pour les notaires. D'un auire côté, et bien que ce ne soit pas une garantie puissante, cet usage a cependant quelques avantages. Ainsi le notaire en second, sans pénétrer indirectement dans le secret des actes, vérifie si les formes extérieures sont observées, si le protocole est régulier, si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement paraphés, si l'acte ne contient pas des blancs ou des interlignes dont on puisse abuser. L'obligation d'imiter la signature du notaire ou des témoins rendrait le faux plus difficile, si quelque main était tentée d'en commettre, ou mettrait plus vite sur la trace du crime. Enfin c'est un obstacle aux retranchements | ou aux intercalations de renvois qu'on voudrait faire par la suite au détriment des parties et du fisc. On n'a pas voulu enlever sans motifs ces

garanties, quelque faibles qu'elles puissent paraître. »

Toutefois, la loi de 1843 maintient (art. 4) les règles spéciales du Code civil sur la forme des testaments. De plus, elle exige (art. 2) la présence du notaire en second ou des deux témoins pour les actes notariés les plus importants, ceux qui contiennent donation entre-vifs, donation entre époux pendant le mariage [1], révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes. Cette présence doit être mentionnée à peine de nullité (même art. 2). Mais, même pour ces actes ainsi placés dans une catégorie spéciale, la loi nouvelle n'exige point qu'il y ait assistance, soit aux pourparlers préliminaires, soit à la rédaction de la minute. « La présence du notaire en second ou des deux témoins, » dit l'article 2, « n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature des parties. » On voit que l'esprit de la loi est toujours de garantir, autant que faire se peut, le secret des conventions, qui est essentiellement dans nos mœurs.

405. Une disposition qui a toujours été rigoureusement observée, c'est celle de l'article 8 de la loi de ventôse, renouvelée d'un arrêt de règlement de 1550, qui interdit aux notaires parents ou alliés, à l'infini, en ligne directe, et jusqu'au troisième degré, en ligne collatérale, de concourir au même acte; mais aucune décision moderne ne reproduit la défense, faite aux notaires par le parlement de Paris, le 10 février 1615, de se réunir au nombre de plus de deux pour la passation de leurs actes, de crainte que le secret des parties ne fût compromis. Cet abus, du reste, si tant est qu'il y eût abus,

[1] On avait proposé d'appliquer la même règle aux donations faites par contrat de mariage et aux contrats de mariage en général. Mais il a été reconnu qu'il y avait une garantie suffisante dans l'assistance des deux familles à ces stipulations solennelles, aux détails desquelles nous ne jugeons point toujours convenable d'immiscer des tiers.

est peu à craindre, les officiers publics n'étant guère disposés à venir assister bénévolement à des opérations d'où ils ne pourraient retirer aucun émolument.

406. Quant aux conditions de capacité que doivent réunir les témoins, l'article 9 exige d'abord qu'ils soient *citoyens français*. Pour soutenir que ces mots, ainsi que l'a jugé un arrêt de rejet du 10 juin 1824, ne doivent pas être pris à la lettre, on invoque, soit la nature des fonctions de témoin, qui n'a rien de politique, soit le vocabulaire en usage sous la première république française, qui tendait à généraliser le sens du mot *citoyen*[1] (on sait que les femmes mêmes étaient appelées *citoyennes*). Mais il n'y a rien d'extraordinaire à considérer comme une sorte de mission publique le ministère de celui qui est appelé à contrôler la gestion d'un officier public, avec la faculté d'appeler sur sa tête la peine de faux, en cas de prévarication. Adoptée par un arrêt de Rouen du 13 mai 1839, cette doctrine est d'ailleurs en harmonie avec celle que nous avons admise en matière d'expertise (n° 83). Quant au sens même du mot *citoyen*, il ne faut pas transporter les dénominations et les idées qui avaient cours sous la Convention, à l'époque du consulat, sous lequel les idées républicaines étaient singulièrement effacées. N'est-ce pas d'ailleurs l'article 7 du Code civil, promulgué le 27 ventôse an XI, c'est-à-dire presque en même temps que la loi sur le notariat, qui a déclaré l'exercice des droits civils indépendant de la qualité de citoyen? Aussi est-ce en connaissance de cause que l'article 980 du même Code n'a exigé des témoins aux testaments que la qualité de *républicoles*, remplacée dans les rédactions postérieures par celles de *sujets de l'empereur*, puis *du roi*. Le projet de Code (titre des donations et testaments, art. 73) exigeait *l'exercice des droits politiques*; ce qui fut supprimé

[1] Consulter, sur l'historique de l'expression de *citoyen*, M. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, liv. I, ch. I, sect. IV.

par le conseil d'État. Le rapport de M. Jaubert au tribunat sur le titre des donations fait bien ressortir le droit commun et l'exception en cette matière : « Quelques observations sur les témoins testamentaires, » dit l'orateur : « il suffit qu'ils jouissent des droits civils, tandis que, pour les actes publics ordinaires, où à la vérité il n'en faut que deux, il est indispensable qu'ils jouissent des droits politiques. » Si notre ancienne législation n'exigeait dans tous les cas que la qualité de *regnicole*, c'est qu'il n'y avait guère lieu alors à s'occuper des droits politiques, les états généraux n'étant pas même convoqués une fois par siècle.

Nous considérons du reste comme citoyen français tout majeur de vingt et un ans, qui n'est pas dans un cas d'incapacité. Telle était notre opinion sous l'empire de la charte de 1830, et il y a encore moins de doute à cet égard, aujourd'hui que la condition exigée par la constitution de l'an VIII (art. 2), d'une inscription pendant un an sur les registres civiques, à partir de la majorité, a été abolie par la constitution de 1848, qui a conféré le droit électoral à tous les Français âgés de vingt et un ans et jouissant de leurs droits civils et politiques : principe consacré de nouveau par le décret du 2 février 1852, qui régit aujourd'hui la matière (art. 12). Dès lors sont tombées toutes les restrictions antérieures quant à l'exercice des droits de citoyen, notamment celles qui résultaient des articles 4 et 5 de la constitution de l'an VIII[1]. La qualité de citoyen français appartient donc aujourd'hui à tous ceux qui n'ont pas perdu d'une manière générale la capacité politique par suite, soit d'une condamnation à une peine emportant mort civile ou dégradation civique, soit d'une interdiction judiciaire. Quant aux conditions spéciales d'aptitude pour l'électorat et pour l'éligibilité, réglées aujourd'hui

[1] Il faut remarquer surtout celle qui frappait les serviteurs à gages, lesquels ont recouvré depuis 1848 la plénitude des droits politiques.

par les titres II et III du décret du 2 février 1852, elles ne sauraient être requises pour les fonctions publiques, et spécialement pour le simple ministère des témoins instrumentaires. C'est ainsi qu'aux termes de la constitution de 1848 (art. 27), la loi électorale devait déterminer les causes qui peuvent priver un *citoyen français* du droit d'élire et d'être élu. On peut donc demeurer citoyen français en cessant d'être électeur[1]. Il n'y a donc point à se préoccuper en ce qui touche les témoins instrumentaires, des restrictions spéciales, plus ou moins graves, établies par les lois électorales (décret du 2 février, tit. II et III).

407. Ce que nous avons dit de la capacité putative du notaire, doit s'appliquer également à la capacité putative des témoins. Ainsi, quand ils auront encouru une condamnation ignorée de tous ceux avec qui ils se trouvaient en relation, l'erreur des parties, étant invincible, ne devra pas entraîner la nullité de l'acte. La cour de cassation (rej. 28 juillet 1834 et 24 juillet 1839) s'est prononcée en ce sens. Mais la cour d'Aix a été trop loin, quand elle a décidé, le 30 juillet 1838, que l'erreur commune suffisait pour valider l'acte qu'avait signé comme témoin un cordonnier patenté, mineur de vingt et un ans, qui passait dans le pays pour majeur. Il est facile de se faire représenter un extrait des registres de l'état civil, et c'était un singulier moyen de vérification pour un notaire, que de s'en rapporter à la rumeur publique, sur l'existence d'une qualité qu'il pouvait si aisément constater. Ce serait seulement dans le cas de production d'un faux acte de naissance, qu'il serait possible d'effacer favorablement la nullité.

[1] Il n'y a point de doute pour l'éligibilité, puisqu'elle n'existe qu'à vingt-cinq ans et que l'on est citoyen à vingt et un ans (décret du 2 février 1852, art. 12 et 26). Remarquons de plus que le droit de faire partie de la garde nationale, considéré par le Code pénal (art. 34, 50) comme une sorte de droit civique, ne peut plus actuellement être exercé qu'à vingt-cinq ans, aux termes du décret du 11 janvier 1852.

408. La seconde condition de capacité, requise des témoins, sur laquelle il ne peut y avoir d'équivoque, parce qu'elle est toute de fait, c'est celle qui consiste à savoir signer. L'ordonnance de Blois de 1579 (art. 166) voulait que dans les villes et gros bourgs il y eût un des témoins qui sût signer, mais seulement dans le cas où les parties ne signeraient point elles-mêmes. L'usage de l'écriture étant bien plus répandu de nos jours, la loi de ventôse a voulu que, dans tous les cas, les deux témoins fussent capables de signer : mais une tolérance, analogue à celle de l'ordonnance de Blois, existe quant aux testaments authentiques, pour lesquels un plus grand nombre de témoins est exigé. L'article 974 du Code civil se contente alors de la signature de la moitié des témoins, dans les *campagnes*. Aujourd'hui, comme jadis, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, d'après l'importance de la localité, si elle doit, ou non, être considérée comme campagne (rej. 10 juin 1817 et 10 mars 1829).

409. En troisième lieu, ils doivent être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Des personnes du pays sont plus à même de reconnaître la sincérité des déclarations faites par les parties. Il est aussi plus facile de les retrouver ensuite, quand on a besoin d'invoquer leur témoignage.

410. Le même degré de parenté ou d'alliance qui ne doit pas exister entre le notaire et les parties, ne doit pas exister non plus entre les témoins et le notaire, ni entre les témoins et l'une des parties contractantes (loi de vent. art. 8). Mais il n'y avait aucun motif sérieux pour interdire à deux parents de porter témoignage ensemble, « nihil nocet ex una domo plures testes alieno « negotio adhiberi. » (Voy. Institut, § 8, *de test. ordin.*)

411. Nous avons achevé ce qui concerne les personnes dont le ministère donne l'authenticité à l'acte notarié. Parlons maintenant des formalités matérielles requises pour la validité intrinsèque de cet acte.

412. On doit y énoncer (loi de vent. art. 12) le lieu, l'année et le jour où il est passé; ce qu'on appelle la date, du mot *datum*, usité dans le style latin de la chancellerie du saint-siége, pour indiquer que la pièce avait été émise à telle époque. On ne parle pas du mois, que cependant il n'est pas possible d'omettre au fond, peut-être pour empêcher qu'on n'annule un acte daté par relation à une fête dont il serait facile de vérifier la date, par exemple, *de la veille de la Toussaint*. L'ordonnance de Blois, de 1579, voulait (art. 167) qu'on indiquât si l'acte avait été passé avant ou après midi. Cette mention, qui n'est plus exigée, avait alors une haute importance, puisqu'il était essentiel de constater exactement la date des actes notariés, qui emportaient hypothèque à partir de cette date. Elle peut être utile aujourd'hui pour établir la préférence entre deux acheteurs qui auraient acheté le même immeuble, le même jour, de la même personne.

La même ordonnance exigeait (même art.) la mention de la maison où l'acte était passé, de ce que Dumoulin appelle le *locus loci*. La loi de ventôse parle simplement du lieu; ce qui s'entend d'ordinaire de la commune où le notaire instrumente. On a voulu seulement bien constater, ainsi que nous l'avons remarqué, qu'il agissait dans les limites de son ressort. Aussi la cour de Riom a-t-elle décidé, le 18 mai 1841, conformément à plusieurs arrêts antérieurs de diverses cours, que la mention du *locus loci* n'est pas indispensable: mais elle peut être utile, pour le cas où l'acte serait attaqué par la voie de l'inscription de faux.

413. La mention des noms et demeure des témoins instrumentaires est également requise (*ibid.*); il faut qu'on puisse les retrouver au besoin. D'ailleurs, c'est la meilleure garantie que le notaire n'emploiera que des témoins domiciliés, puisque autrement il serait dans l'alternative de faire un acte nul, ou de commettre un faux.

En ce qui touche le notaire, sa signature le faisant

suffisamment reconnaître, l'insertion de ses noms et lieu de résidence dans le corps de l'acte n'est pas substantielle. Quant aux parties, elles doivent être désignées clairement; sinon l'écrit serait, en fait, insuffisant comme preuve. Mais la mention de leur demeure n'a pas d'importance, puisque la compétence de l'officier n'est pas personnelle, mais territoriale. Enfin la règle qui enjoint au notaire (*ibid.* art. 11), s'il ne connaît point les parties, de se faire attester leurs noms, état et demeure, par deux citoyens ayant les qualités requises pour être témoins instrumentaires, a trait à la responsabilité de l'officier, quant à l'identité des parties, mais nullement à la validité de l'acte en lui-même.

414. Jusqu'à l'ordonnance de 1560 (art. 84), la signature des parties n'était pas exigée, lors même qu'elles savaient signer. La connaissance de l'écriture étant peu répandue au moyen âge [1], le cas où les parties savaient signer était rare, et dès lors on ne s'en était pas occupé. La décision de Charles IX fut provoquée par le nombre de faux qu'avait occasionnés, dans le XVI^e^ siècle, cette trop grande latitude laissée aux notaires. C'est de la législation de cette époque, où, sous l'inspiration du chancelier L'Hospital, s'opérèrent tant d'importantes réformes, que nous est venue l'obligation (loi de vent. art. 14) de faire signer les parties, si elles savent le faire, et de mentionner leurs signatures, ou, si elles ne peuvent signer, de mentionner cette impossibilité. Nous avons déjà fait observer combien la nécessité de la mention est salutaire, en aggravant la responsabilité de l'officier qui contreviendrait à la loi. De plus, en matière de testaments, la signature est si importante, qu'on exige, lorsqu'elle manque, mention expresse, non-seulement de la déclaration que

[1] On voit par des lettres patentes de mai 1358 qu'à cette époque, plusieurs membres du conseil même du roi ne sachant pas signer, il suffisait de la suscription de trois personnes présentes, les autres se contentant d'apposer leurs sceaux aux actes du conseil.

le testateur ne peut signer, mais encore de la cause qui l'empêche de le faire (C. civ. art. 973).

La règle que les parties doivent signer n'est pas, du reste, applicable à tous les actes authentiques. Quand le législateur autorise purement et simplement un officier à faire un acte de son ministère, il est présumé avoir reçu pouvoir de ses clients, tant que le contraire ne soit prouvé. Telle est la pratique constante, en ce qui concerne les avoués et les huissiers. La signature des parties n'est exigée à leur égard qu'exceptionnellement, par exemple, pour l'exploit d'opposition à un mariage (C. civ. art. 66), et pour l'inscription au greffe du désaveu d'un officier ministériel (C. de proc. art. 353).

Quant aux témoins, il faut toujours qu'ils signent, sauf l'exception que nous avons signalée pour les testaments (n°408), et que mention soit faite de leur signature, ou bien, si on se trouve dans le cas de l'exception, de l'impossibilité où ils sont de signer (loi de vent. art. 14).

Enfin la signature du notaire lui-même est évidemment essentielle. Elle seule engage sa responsabilité, et donne à l'écrit le caractère de l'authenticité, qui s'attache à la notoriété de cette signature. Un arrêt de rejet du 12 novembre 1807 a décidé, en conséquence, qu'un acte auquel manque cette formalité essentielle, n'est pas même passible du droit d'enregistrement. La nécessité de la signature du notaire ne s'est également établie que dans les temps modernes. Ces officiers n'étant dans l'origine que les rédacteurs des actes (nos 389 et 390), les parties y apposaient leurs sceaux, et il n'y avait aucune attestation de la présence du rédacteur, qui n'avait point de caractère officiel [1]. Mais les roturiers, qui n'avaient point de sceaux, devaient faire passer leurs actes devant un officier public (Beaumanoir, ch. XXXV, § 22); et il devint dès lors fort utile de donner

[1] « Infinita pene vidi antiqua instrumenta, » dit Boiceau (*Preuve par témoins*, préface, § 3), « quæ nullo tabellionis signo, sed sola cujusdam « antiqui sigilli appensione munita erant. »

le caractère d'officier public au rédacteur de l'acte. Les notaires eurent donc un sceau, qui dut être apposé aux actes, aux termes d'une ordonnance de juillet 1304. Enfin la signature du notaire s'introduisit peu à peu dans la pratique, mais elle ne devint obligatoire qu'à partir de l'ordonnance de 1535; la règle ne fut même généralement observée qu'après avoir été reproduite par l'ordonnance de 1560. Jusqu'alors, le sceau, ainsi que l'a jugé la cour de Toulouse, le 10 mai 1838, était chez nous, comme jadis à Rome, la seule garantie de la sincérité de l'acte. Aujourd'hui chaque notaire doit encore avoir un sceau particulier (loi de vent. art. 27); mais nous verrons (n° 426) que l'apposition de ce sceau n'est pas même nécessaire comme formalité extrinsèque.

La lettre de l'article 14 de la loi de l'an XI prescrivait aussi la mention de la signature du notaire : mais le conseil d'État (avis du 20 juin 1810) a reconnu que cette mention est tout à fait surabondante. Si la signature du notaire est véritable, la mention de cette signature est parfaitement inutile; si elle n'est pas véritable, il y a faux caractérisé par cela même, et le second faux, que contiendrait la mention mensongère, n'ajouterait rien à la pénalité encourue par le fait seul de la fausse signature.

415. Pour que les actes reçus par le notaire aient le caractère de stabilité qui les distingue spécialement des actes sous seing privé, il faut que le notaire en demeure dépositaire. De là l'obligation de garder minute, et de ne délivrer aux parties que des expéditions. Cette règle salutaire ne s'introduisit que lentement dans l'ancienne jurisprudence, et seulement pour certains actes d'une plus haute importance. Sous la loi de ventôse (art. 20), c'est l'obligation de garder minute qui est devenue la règle; il n'y a d'exception (même art.) que pour « les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples, qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. »

Mais par *actes simples*, il faut entendre ici ceux qui n'ont qu'un intérêt faible et passager, et non pas, comme on l'a prétendu, ceux qui émanent d'une seule volonté, tels que les testaments. Cette interprétation, aussi dangereuse qu'erronée, a été proscrite avec raison par un avis du conseil d'État du 7 avril 1821.

416. Une dernière nullité, qui n'est que partielle, frappe les mots surchargés, interlignés ou ajoutés (*ibid.* art. 16). Cette nullité peut réagir sur l'acte tout entier, si les mots vicieux sont essentiels, par exemple, s'il s'agit de la date. Mais le droit moderne n'a plus prononcé dans tous les cas, comme l'avait fait un règlement beaucoup trop rigoureux de 1683, la nullité de l'acte, à raison des ratures qui s'y trouveraient. Il ne déclare pas non plus que les ratures faites sans une approbation en forme seront considérées comme non avenues, ainsi qu'on le décide pour les additions non approuvées (*ibid.* art. 15 et 16). Le législateur ne se prononce pas sur le sort des mots rayés. Il n'est pas douteux cependant en principe que les ratures, si elles ont été faites volontairement lors de la rédaction de l'acte, ne soient valables, bien que non approuvées, sauf l'amende encourue par le notaire. Il n'est pas douteux non plus que les ratures faites postérieurement ne doivent être considérées comme non avenues. Mais, dans le doute, que devra-t-on présumer? Que le notaire s'est conformé aux prescriptions de la loi, et que dès lors il n'y a de ratures faites du consentement des parties que celles qui ont été approuvées. Autrement, il suffirait de la malveillance d'un tiers, qui se trouverait accidentellement détenteur de la minute, pour détruire la preuve des droits les plus importants. Il faudra donc en général, et sauf l'appréciation des circonstances, maintenir les mots rayés sans approbation, tant qu'on n'établira pas que la radiation a eu lieu lors de la confection même de l'acte.

417. En dehors des prescriptions de la loi de ven-

tôse, il paraît constant que la disposition de l'ordonnance de 1539 (art. 10 et 11), qui veut que tous les actes soient rédigés *en langage maternel français*, est encore en pleine vigueur. Beaucoup de décisions du gouvernement français, tant ancien que moderne, ont maintenu impérieusement cette règle, qui est en parfaite harmonie avec notre tendance à la centralisation et à la régularité administrative. La loi du 2 thermidor an II (art. 3) est venue y donner une nouvelle sanction, en prononçant la peine de six mois d'emprisonnement et la destitution contre tout fonctionnaire ou officier public, qui rédigerait ou recevrait des actes quelconques en une autre langue que la française.

Un arrêté du gouvernement du 24 prairial an XI, en reproduisant cette règle pour les pays réunis, a prescrit aux officiers publics de mettre à mi-marge de l'original français, la traduction en idiome du pays, lorsqu'ils en sont requis par les parties [1] : prescription encore applicable aujourd'hui, soit pour les étrangers, soit pour les parties de la France où le français n'est pas la langue populaire. Mais cette prescription, qui concilie les nécessités de la pratique avec les exigences légales, suppose que le notaire entend la langue de son client, qui ne sait pas le français. S'il en est autrement, il faut prendre un interprète, et alors, suivant certains auteurs, l'interprète doit réunir les conditions de capacité exigées des témoins instrumentaires. Mais c'est là, suivant nous, faire la loi. Sans doute il conviendra de prendre, si on le peut, l'interprète parmi les témoins instrumentaires eux-mêmes. Au cas contraire, le tiers appelé rend un service qui n'a aucun

[1] Un arrêt de rejet du 1er mars 1830 a même admis qu'on pouvait accorder l'*exequatur* à une sentence arbitrale écrite en langue étrangère, pourvu qu'on y joignît une traduction faite par un interprète juré. On peut dire, à l'appui de cette décision, que la sentence arbitrale ne reçoit de caractère officiel que par l'ordonnance d'*exequatur*, laquelle n'est délivrée que sur le vu de la traduction.

caractère officiel, et on ne saurait, sans arbitraire, lui imposer aucune condition de capacité. Souvent des étrangers seront ceux qui rempliront le mieux cet office; comment dès lors exiger la qualité de citoyen français? Il nous semble que l'interprète joue ici purement et simplement le rôle d'un *sapiteur* dans une expertise (voy. n° 83).

Quant aux témoins instrumentaires, la cour de cassation a jugé (arr. de rej. du 14 juillet 1818), conformément à de nombreux arrêts de cours d'appel, que c'est au juge à examiner en fait si, bien qu'ignorant la langue dont se servent les parties, ils ont été suffisamment instruits par le notaire de ce qui se passait en leur présence. Et cependant il est difficile que le ministère de pareils témoins soit sérieux, puisqu'ils reçoivent tous leurs renseignements du fonctionnaire même qu'ils ont mission de surveiller. D'un autre côté, exiger, d'une manière absolue, que les témoins connaissent la langue dont se servent les parties, ce serait souvent demander l'impossible. Il faut avouer que la législation laisse quelque chose à désirer sur ce point. Peut-être conviendrait-il de distinguer suivant les localités, et d'exiger, par exemple, que les témoins entendent l'allemand en Alsace, si le testateur ne sait que l'allemand; tandis que, pour les autres parties de la France, où, à part quelques grandes villes, la connaissance de l'allemand est assez rare, on devrait être moins rigoureux.

§ 2. *Effet de l'absence des conditions essentielles à la validité des actes notariés.*

418. L'absence de quelqu'une des conditions nécessaires pour qu'il y ait authenticité, suffit pour enlever tout effet à l'acte, quand la convention, à raison de sa nature spéciale, comme une donation ou un contrat de mariage, devait être revêtue des formes authentiques, à peine de nullité. Mais, lorsque l'authenticité, comme cela arrive d'ordinaire, n'était requise que pour la

preuve, l'effet de la nullité n'est plus nécessairement absolu. Il faut voir alors si la volonté des parties a été de subordonner leur consentement à l'existence d'un acte notarié, ou bien si elles ont entendu traiter à tout événement. Dans le premier cas, il n'y a rien de fait. Dans le second, au contraire, non-seulement la convention existe et peut être prouvée par tous les moyens légaux, indépendamment de l'acte; mais l'acte lui-même peut encore être invoqué, si on y retrouve l'élément essentiel pour qu'il puisse valoir au moins comme acte sous seing privé, la signature des parties. « L'acte qui n'est pas authentique, » dit l'article 1318 du Code civil, qui ne fait que reproduire l'article 68 de la loi de ventôse, « par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. » Nous avons expliqué plus haut (n° 386) qu'il ne faut pas entendre ici par *incapacité* celle qui tiendrait à un vice que les parties n'auraient pu soupçonner, et qu'en ce cas l'acte doit conserver toute sa force.

Cette doctrine raisonnable, qui ne veut pas que l'absence de certaines formes puisse détruire la convention, lorsque ces formes n'ont été considérées par les parties que comme une précaution complémentaire, est fort ancienne en jurisprudence. Les jurisconsultes romains avaient déjà résolu par l'affirmative (l. 8, pr. ff. *de acceptil.*) la question de savoir *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*, mais toujours en supposant qu'il y avait concours de volontés pour remettre la dette à tout événement. On faisait déjà au XVI^e^ siècle l'application de cette doctrine aux actes notariés entachés de quelque nullité; ainsi que nous le rapporte Boiceau (*Preuve par témoins*, liv. II, ch. IV). « Numquid « ex tali scripto, » dit-il, « tanquam ex chirographo privato, creditor, uti poterit in debitorem, hoc modo : « Peto à Titio, ut signum suum agnoscat, tali instrumento apposito, quo fassus est, se mihi debere

« centum, eique hoc nomine subscripsit, ut agnitione « facta solvere compellatur. Puto quod hæc actio inepta « non esset, non quidem virtute et authoritate notario- « rum, sed virtute solius subscriptionis factæ per debi- « torem, quam denegare viro probo indignum erit. » Et cette théorie avait été ainsi formulée par Dumoulin (*ad leg.* 1, § 2, ff. *de verb. oblig.* n° 34) : *si actus non valet ut agitur, valeat ut valere potest, concurrente voluntate.*

419. Pour que l'acte puisse avoir ainsi subsidiairement la valeur d'un écrit privé, il faut qu'il soit signé des parties, et même, d'après l'article 68 de la loi de ventôse, *de toutes les parties contractantes*. Cela ne veut pas dire que l'acte qui constate un contrat unilatéral, tel qu'un prêt, doive avoir été signé du créancier, aussi bien que du débiteur. Il s'agit, comme le dit Boiceau, de la *subscriptio facta per debitorem*. Si la loi sur le notariat parle de toutes les parties, c'est qu'elle a en vue les contrats synallagmatiques, pour la preuve desquels il importe que chacune des parties ait signé, les deux engagements étant cause l'un de l'autre. Il y a plus de doute dans le cas où, plusieurs personnes devant s'engager solidairement par un même acte, l'une d'entre elles seulement a signé. Des auteurs graves pensent que le créancier peut s'emparer de cette signature isolée, en soutenant que l'accession des codébiteurs solidaires n'était exigée que dans son intérêt à lui, intérêt auquel il lui est loisible de renoncer. Mais la position du codébiteur, qui se trouve seul engagé, et privé du recours sur lequel il pouvait compter vis-à-vis des codébiteurs qui ont disparu, n'est-elle pas singulièrement aggravée ? Il faut donc décider, avec un arrêt de rejet du 26 juillet 1832, que, sauf la preuve contraire résultant des circonstances, et notamment de celle que les codébiteurs, dont les signatures manquent, ne seraient que des cautions, le défaut de signature de la part de l'un des codébiteurs dénature entièrement la convention, et par conséquent rend l'acte nul.

420. Mais, pour que l'acte, auquel manque l'authenticité, puisse valoir comme écrit privé, faudra-t-il qu'on y retrouve les conditions spéciales auxquelles nous verrons que la loi subordonne, dans certains cas, la validité de ces sortes d'écrits, c'est-à-dire suivant la nature du contrat, la rédaction en double original, ou bien le bon ou approuvé de la main du débiteur? (C. civ. art. 1325, 1326). Exiger toujours l'observation de ces conditions, ce serait retirer d'une main ce que l'on accorde de l'autre; car il est évident que les parties qui se sont adressées à un notaire afin de constater leurs conventions, n'ont pas pu s'assujettir à des formes qui ne sont pas requises dans les actes publics. Il était inutile, par exemple, de jamais faire double un acte de cette nature, puisqu'on ne pouvait craindre que l'original fût supprimé par l'un des contractants, la minute demeurant toujours entre les mains du notaire[1]. Il ne faudra donc pas, en général, s'attacher à des conditions que la nature de l'acte ne comportait pas, et qui offrent d'ailleurs peu d'utilité, quand on a pour garantie la présence d'un officier public, bien qu'ayant irrégulièrement instrumenté. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 8 mai 1827. Mais cette décision favorable n'est admissible qu'autant que l'acte est au moins revêtu des apparences de l'authenticité. Or, l'incapacité de l'officier peut être telle qu'il y ait faute grossière

[1] Tel est le motif qui a été donné par Tronchet au conseil d'État: « Lorsque l'acte est retenu dans un dépôt public, il n'y a plus de raison pour exiger qu'il soit double. » Dès lors, dans le cas tout exceptionnel où un acte renfermant des conventions synallagmatiques aurait été délivré en brevet, nous n'hésitons pas à décider que l'acte ne saurait valoir même comme écriture privée. Ce n'est point là distinguer là où la loi ne distingue pas; car le texte de l'article 1318 ne fait aucune allusion à la théorie des doubles, et pour écarter la nécesssité du double, il faut nous reporter à la volonté du législateur. Or, le législateur supposait ce qui est constamment pratiqué, c'est-à-dire la conservation de la minute. Il en serait autrement de la formalité du bon ou approuvé. Cette formalité, ayant uniquement pour but d'éviter les surprises, devient sans objet, par cela seul que l'acte a eu lieu en présence d'un officier public.

de la part des parties à l'ignorer, si elles chargent, par exemple, un homme étranger au notariat, tel qu'un huissier, de faire un acte notarié. Sans doute, l'acte reçu par cet huissier peut valoir comme écrit privé, en ce sens que je serai autorisé à m'en prévaloir, si celui qui a traité avec moi a entendu s'obliger indépendamment de la forme notariée. Mais, comme l'officier auquel on s'est adressé ne présente pas les garanties qui pouvaient dispenser de l'observation des règles sur les écritures privées, il faudra en revenir à ces règles, et exiger que l'écrit soit fait double, lorsque la loi l'exige, de même qu'il y aura lieu de vérifier la signature des contractants. On devrait en dire autant (Paris, 17 décembre 1829), dans le cas où manquerait la signature du notaire. Il n'y a plus rien qui ressemble à l'authenticité, en l'absence de cette formalité essentielle, qui seule constate la présence de l'officier, et engage sa responsabilité.

421. On peut donc distinguer quatre hypothèses bien distinctes :

1° L'acte est reçu par un officier capable et compétent, et revêtu de toutes les formes intrinsèques voulues par la loi ; alors il fait pleine foi.

2° Il est signé des parties ; mais il est reçu par un notaire destitué ou incompétent, ou bien il y manque une formalité importante, mais non constitutive de l'authenticité, telle que l'insertion des noms des témoins ; et alors il a besoin d'être vérifié, mais, comme il a l'apparence de l'authenticité, il est dispensé desrègles spéciales aux écrits privés, notamment de la théorie des doubles.

3° L'acte est signé des parties, mais il est reçu par un officier radicalement incompétent, ou bien il y manque la signature du notaire ; et alors, n'ayant pas même l'apparence de l'authenticité, il ne peut valoir que comme écrit purement privé, soumis à toutes les règles applicables à cette nature d'écrits.

4° L'acte vicieux n'est pas même signé des parties ;

et alors il ne peut valoir évidemment, ni comme acte public, ni comme acte privé, sauf à établir, s'il est possible, par d'autres voies, l'existence de la convention.

§ 3. *Formes extrinsèques des actes notariés.*

422. Les formalités dont il nous reste à parler, ont beaucoup moins d'importance, puisqu'elles n'ont pas trait à la foi de l'acte en lui-même, mais seulement à sa force extérieure. Les formalités intrinsèques suffisent, en effet, pour la validité de la minute, qui est l'original auquel on doit recourir en cas de contestation. C'est seulement lorsqu'on veut exécuter qu'il devient nécessaire de se faire délivrer une expédition revêtue de certaines formes additionnelles, la minute restant entre les mains du notaire. Cette règle est commune d'ailleurs aux jugements, qui ne s'exécutent pas sur la minute, mais sur une expédition délivrée par le greffier. Le texte du Code de procédure (art. 811) ne fait exception à cette règle que pour les ordonnances de référé, dont le juge peut autoriser, au cas d'absolue nécessité, l'exécution sur la minute. Un arrêt de rejet du 10 janvier 1814 autorise les juridictions ordinaires à procéder de même, lorsqu'il y a urgence bien constatée; et il faut avouer que se refuser à accélérer ainsi l'action de la justice, quand la nécessité l'exige, ce serait sacrifier le fond à la forme. Mais cette décision ne doit pas s'étendre aux actes notariés, dont l'exécution est difficilement de nature à exiger célérité. On n'exécute ces actes que sur la *grosse*, ainsi nommée par opposition à la *minute*, parce qu'on l'écrit en plus gros caractères[1].

423. Une formalité essentielle à toute expédition, qu'elle soit ou non destinée à être exécutée, c'est la signature du notaire, sans laquelle rien ne constaterait que l'écrit émane du dépositaire légal de la minute.

[1] Les notaires étaient tenus primitivement de grossoyer eux-mêmes leurs actes, ce ne fut que par des lettres patentes du 1er septembre 1541 qu'ils furent autorisés à employer le ministère de leurs clercs.

424. Voyons quelles sont les formes spécialement exigées pour les expéditions exécutoires.

425. L'*exécution parée*, expressions qui viennent, suivant Loyseau, de celles employées par le Digeste (l. 40, pr. ff. *de minorib.*) : *parta ex causa judicati persecutio*, dont on a fait par corruption *persecutio* ou *executio parata*, n'était attachée dans l'origine qu'aux jugements. Les notaires étant primitivement, ainsi que nous l'avons vu, des délégués de l'autorité judiciaire, on imagina de se faire condamner à l'avance par eux, en avouant la dette : ce qui donnait à l'acte volontaire l'autorité d'une sentence. L'ordonnance de 1539 (art. 65), supprimant ces circuits frustratoires, disposa que les lettres obligatoires passées sous le scel royal seraient exécutoires sur tous les biens meubles et immeubles des obligés (voy. Loyseau, *de la garantie des rentes*, ch. XII). Toutefois, lors même que les actes notariés cessèrent d'avoir un caractère judiciaire, on laissa subsister l'intitulé primitif, qui devint commun aux jugements et à ces actes. Au surplus, l'ordonnance de 1539 n'était pas exécutée dans toute la France. Il y avait des ressorts où les actes notariés n'étaient exécutoires qu'en vertu de lettres de chancellerie ou de commissions du juge délivrées au greffe. C'est seulement la loi du 6 octobre 1791 (tit. II, sect. II, art. 13 et 15), qui a rendu exécutoires dans toute l'étendue du territoire national les actes revêtus du même intitulé que les jugements et les lois.

426. D'après l'ordonnance de 1539, le sceau, qui, dans l'origine, était la plus importante des formalités intrinsèques, puisqu'il remplaçait comme nous l'avons vu (n° 414), la signature du notaire, était devenu une formalité seulement extrinsèque, mais nécessaire pour l'exécution. Dans la suite, on ne considéra plus la nécessité du sceau que comme une exigence purement fiscale, et tout se borna à l'acquittement de certains droits. « Il n'est plus d'usage aujourd'hui, » dit Pothier (*Traité de la procédure civile*, part. IV, ch. II, sect. II,

art. 1er, § 4), « d'apposer aucun sceau aux jugements ou actes par-devant notaires; il suffit, pour pouvoir exécuter en vertu de ces actes, que le droit de sceau ait été acquitté, et qu'il en soit fait mention sur l'expédition de l'acte, en vertu duquel on saisit. » Les droits de sceau ont été abolis par la loi du 19 décembre 1790. Le sceau dont parle la loi de ventôse (art. 27), n'est plus maintenant qu'un signe de reconnaissance, utile, à la vérité, pour rendre le faux plus difficile, mais dont l'absence ne saurait mettre obstacle à l'exécution d'un acte non suspect. C'est ainsi que la cour de Lyon a validé, le 7 mai 1825, un emprisonnement effectué sur le vu de l'expédition d'un jugement qui n'était pas revêtue du sceau du tribunal. Ce n'est que pour les actes du gouvernement que le sceau est encore la marque essentielle de l'autorité publique : aussi la contrefaçon du sceau de l'État est-elle punie des travaux forcés à perpétuité (C. pén. art. 139).

427. Au contraire, l'intitulé portant le nom du souverain, qui commence l'acte, et le mandement aux officiers de justice, qui le termine, sont exigés, à peine de nullité de l'exécution, par le Code de procédure civile. « Nul jugement, ni acte, » dit l'article 545 de ce Code, « ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice. » La loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. II, art. 14) avait établi une formule exécutoire, tout à fait analogue à celle qui est en vigueur aujourd'hui. Mais cette formule n'avait pas survécu à l'abolition de la royauté, prononcée par la loi du 22 septembre 1792, et dans l'intervalle qui s'est écoulé entre cette loi et celle du 25 ventôse an XI, qui a prescrit de nouveau l'emploi de la formule exécutoire (art. 25), il a pu être procédé valablement à l'exécution (cass. 25 mai 1807 et 8 août 1808) en l'absence de l'intitulé et du mandement. Aujourd'hui c'est cette formule qui est, pour

ainsi dire, le cachet de l'autorité publique, et elle est rigoureusement exigée, du moins en ce qui touche la force extrinsèque de l'acte.

Les termes de la formule exécutoire ont été nécessairement modifiés, chaque fois qu'il y a eu un changement dans la forme du gouvernement. Mais fallait-il rectifier après coup les expéditions délivrées sous un autre régime, pour y établir un intitulé en harmonie avec le régime nouveau? Une ordonnance du 30 août 1845, contraire à un avis du conseil d'État du 2 frimaire an XIII, prescrivit la rectification des grosses délivrées au nom d'autorités considérées alors comme usurpatrices, et n'en permit l'exécution qu'autant que l'intitulé en serait rétabli au nom du souverain actuel. Lors de la révolution de juillet, bien qu'une ordonnance du 16 août 1830 eût établi une nouvelle formule exécutoire, une circulaire du garde des sceaux du 20 décembre 1830 revint à la première pratique, beaucoup plus raisonnable, qui respectait le caractère des faits accomplis, en laissant subsister la formule exécutoire dont les grosses antérieurement délivrées se trouvaient revêtues. Mais le gouvernement issu de la révolution de 1848 ne se montra pas moins exclusif que celui de la restauration. Un arrêté du gouvernement provisoire, en date du 13 mars 1848, après avoir établi une formule nouvelle, prescrivit (art. 2 et 3) aux porteurs des grosses et expéditions délivrées avant l'ère républicaine, de les présenter, avant de les faire mettre à exécution, aux greffiers et notaires, qui ont dû ajouter, sans frais, la formule nouvelle à celle dont l'acte était précédemment revêtu [1].

428. Comme il y avait autrefois autant de souve-

[1] L'article 7 de la constitution de 1852, en déclarant que la justice se rend au nom du président de la république, annonçait, pour l'epoque de la mise en vigueur de cette constitution (art. 58), un nouveau changement dans la formule exécutoire; ce changement vient d'être effectué par un décret du 13 mars 1852, qui reproduit, quant à la question transitoire, les dispositions de l'arrêté du 13 mars 1848.

rainetés judiciaires distinctes qu'il y avait de parlements, lorsqu'on voulait exécuter un acte au delà du ressort où il avait été rendu, il fallait obtenir un *pareatis* du grand sceau de la chancellerie royale, ou du moins un *pareatis* spécial de la chancellerie du parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter. Si cette exécution devait être bornée à une certaine localité, on se contentait du *visa* du juge du lieu, mis au bas d'une requête. L'assemblée constituante, en établissant l'unité judiciaire comme l'unité administrative, dut supprimer ces derniers vestiges de souveraineté locale, et déclara, par la loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. II, art. 13 et 15), que les actes des notaires seraient exécutoires dans tout le royaume, sans aucun visa ni scel; ce qu'a répété formellement l'article 547 du Code de procédure.

Toutefois, d'après cette même loi de 1791 (*ibid.* art. 18), et d'après l'article 28 de la loi actuelle sur le notariat, la légalisation[1], c'est-à-dire l'attestation par le président du tribunal de l'arrondissement où est délivrée l'expédition, que la signature du notaire est bien véritable, est nécessaire, toutes les fois qu'on veut employer l'acte au delà de certaines limites. Ces limites sont le ressort de la cour d'appel pour les notaires établis au chef-lieu de cette cour, et l'étendue du département pour tous les autres notaires. La légalisation ne doit pas se confondre avec le *pareatis*, puisqu'elle existait déjà autrefois, indépendamment de cette formalité, qui ne pouvait en tenir lieu. En effet, la légalisation était donnée comme elle l'est aujourd'hui, par le juge du lieu où avait été passé l'acte, tandis que le *pareatis* était délivré par le pouvoir central ou par le magistrat du lieu de l'exécution. Le *pareatis* n'était exigé que pour les grosses; la

[1] Formalité très-ancienne, puisqu'on trouve dans le Trésor des chartes une copie des statuts des tailleurs de Montpellier, à la date de 1323, signée par deux notaires royaux, dont les signatures sont légalisées par un juge royal et par un official (juge ecclésiastique).

légalisation, qui a trait à la sincérité de l'acte, était et est encore requise pour tout brevet ou expédition, même non exécutoire, que l'on veut employer au delà des limites déterminées par la loi. Enfin, quant à ces limites, la légalisation n'est exigée (loi de vent. art. 28), même en ce qui touche les notaires d'arrondissement et de canton, qu'autant qu'il s'agit d'employer l'acte au delà, non pas de l'arrondissement ou du canton, mais du département : preuve évidente qu'il s'agit, dans cette institution, du plus ou moins de notoriété de la signature du notaire, et nullement de la force exécutoire. Aussi l'absence de légalisation ne peut-elle mettre obstacle à l'exécution qu'autant que la partie défenderesse élève des doutes sur la signature, et exige une grosse légalisée. Mais, une fois la saisie, par exemple, opérée sans réclamation, on ne peut l'annuler à raison de ce vice de forme. Un arrêt de rejet du 10 juillet 1817 n'a considéré avec raison l'obstacle résultant de ce vice, que comme purement prohibitif.

Quant aux actes reçus par des officiers étrangers, bien que dûment légalisés suivant les formes du pays, et revêtus de la signature de l'agent diplomatique français, l'exécution ne peut en avoir lieu en France sans un jugement qui l'autorise (C. de proc. art. 547). On applique alors de nation à nation ce qu'on appliquait autrefois de province à province.

429. Enfin il est une dernière formalité tout extrinsèque, qui n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle avait autrefois. Le contrôle, qui correspondait à notre enregistrement, établi pour les actes notariés dès 1581, avait alors pour objet d'en assurer la date. Aussi était-il incontestable qu'on ne pouvait exécuter sur une expédition non contrôlée. La loi du 19 décembre 1790, en créant l'enregistrement, en avait fait aussi une condition de validité intrinsèque, à défaut de laquelle (art. 9) « l'acte passé par-devant notaires ne pouvait valoir que comme acte sous signatures privées. » Mais cette règle

était peu en harmonie avec la foi dont jouissent les notaires, foi qui ne peut être raisonnablement subordonnée à l'accomplissement postérieur d'une formalité fiscale. Aussi la loi du 22 frimaire an VII n'a-t-elle pas reproduit cette rigueur. Il résulte de la combinaison des articles 33 et 34 de cette loi que l'absence d'enregistrement d'un acte notarié ne peut entraîner que la condamnation à une amende, tandis qu'il en est autrement pour les exploits d'huissiers.

DEUXIÈME POINT.

Foi des actes notariés, et des actes authentiques en général.

430. En supposant l'acte revêtu de toutes les formalités intrinsèques substantielles, voyons quelle est la foi qui y est attachée. Les principes que nous allons essayer d'établir, ne s'appliqueront pas seulement aux actes notariés, mais à tout acte authentique, du moins en matière civile; car nous verrons qu'en matière criminelle, la même foi n'est pas attribuée aux déclarations de tous les officiers publics.

431. Nous laissons de côté maintenant ce qui concerne les formalités extrinsèques. Nous n'avons donc pas à nous occuper ici des cas où l'exécution de l'acte peut être arrêtée pour des causes qui n'en attaqueraient pas l'autorité au fond; à rechercher, par exemple, si la faculté d'accorder des délais à un débiteur malheureux (C. civ. art. 1244) peut s'exercer, lors même que le créancier est porteur d'un titre exécutoire. Ce sont là des difficultés qui touchent à l'exercice du droit, et nullement à sa preuve. Si nous devons parler plus tard, quand nous en viendrons à l'inscription de faux, de la suspension de l'exécution (*ibid.* art. 1319), c'est qu'alors la contestation porte sur la foi de l'acte, et non pas simplement sur le plus ou moins de rigueur qui doit présider à l'exécution d'un acte supposé valable.

432. Nos développements sur la foi de l'acte authentique se rattacheront à deux questions bien distinctes :

1° Quelle est, en général, la foi d'un acte de cette nature? 2° Quelle foi peuvent mériter les actes secrets destinés à modifier un acte ostensible ordinairement authentique, c'est-à-dire les contre-lettres?

§ 1er. *Ce que prouvent les actes authentiques.*

433. Nous devons rappeler ici d'abord une distinction fondamentale entre les actes authentiques et les actes sous seing privé : distinction que nous avons signalée en abordant la matière (n° 372). Les actes privés ont besoin d'être vérifiés en justice. Au contraire, l'apparence de l'acte authentique suffit pour faire présumer l'authenticité, à moins qu'on ne prenne la voie de l'inscription de faux. Cette observation préalable une fois faite, nous supposerons maintenant que l'acte authentique est réellement l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente.

434. Le fonctionnaire qui reçoit un acte auquel il a caractère pour donner l'authenticité, est un témoin revêtu d'un caractère officiel, à l'effet de constater ce qui se passe en sa présence. Sa mission a une haute importance, mais elle est toute spéciale, car il ne peut attester que les faits qu'il a vus et entendus dans l'exercice de ses fonctions. Dumoulin, auquel il faut souvent remonter, pour saisir dans son origine[1] la doctrine qui a passé ensuite avec plus ou moins d'altération dans les écrits de Pothier et dans le Code civil, s'exprime en ces termes, dans son commentaire sur la coutume de Paris (tit. I, § 8, n° 9) : « Quod ego intelligo et « limito esse verum, ad limites et substantiam facti, « tempore instrumenti gesti, et in ejus tenore contenti « et affirmati; secus quoad facta vel circumstantias, « quæ tunc nec fiunt, nec disponuntur, sed tantum re-

[1] Nous ne voulons pas dire que ce soit Dumoulin personnellement qui ait créé toute la théorie relative à la foi des actes; mais il a le premier rassemblé et fondu les notions qui se trouvaient éparses et confuses dans les écrits des anciens auteurs.

« citantur. » Cette doctrine, sur laquelle nous reviendrons en parlant des actes de l'état civil, à l'égard desquels surtout son application soulève de graves difficultés, a été consacrée, en ce qui touche les actes notariés, par de nombreuses décisions de la jurisprudence. Ainsi, il est reconnu qu'on n'a pas besoin de s'inscrire en faux pour soutenir, contrairement à l'assertion du notaire, qu'un testateur n'était pas sain d'esprit (cass. 22 novembre 1810). Il faut, au contraire, s'inscrire en faux, si l'on veut établir, contre la teneur d'un testament authentique, que le testateur se trouvait dans un état tel qu'il n'a pu dicter lui-même son testament (rej. 19 juillet 1817). L'authenticité ne s'attache qu'à la constatation des faits dont l'officier a été personnellement témoin dans l'exercice de ses fonctions, *quorum notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus*, suivant les expressions si souvent citées de Dumoulin[1] (*ibid.* § 64).

Observons, au surplus, que, dans les cas mêmes où la déclaration de l'officier ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, il n'est pas toujours permis de prouver par témoins le contraire de ce qui est énoncé dans l'acte. Cette preuve sera, sans doute, admissible lorsqu'il s'agira d'un point complétement en dehors du ministère du rédacteur de l'acte, tel que l'état moral du testateur. Mais lorsqu'il s'agit de circonstances dont l'officier, s'il n'en a pas été personnellement témoin, a dû s'assurer pour la régularité de l'acte, on retombe sous l'empire de la règle qui défend de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes (art. 1341). C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 3 juillet 1838, en ce qui concerne le domicile des témoins instrumentaires. Enfin la preuve

[1] Il a soin d'ajouter qu'il en serait de même du témoignage des autres sens, du tact, du goût et de l'odorat. C'est ainsi que les dégustations opérées par les *courtiers-gourmets-piqueurs de vins* (décret du 25 décembre 1813) ont un caractère authentique.

contraire est admise sans aucune espèce de restriction (rej. 2 mars 1837 et 12 mars 1839), lorsque l'acte, bien qu'irréprochable en ce qui concerne l'officier qui l'a rédigé, est attaqué pour cause de fraude; alors il n'y a lieu ni à exiger l'inscription de faux, puisque l'officier ne fait que constater la réalité, et non la sincérité des déclarations faites devant lui, ni à repousser la preuve par témoins, puisque la fraude est en dehors de la règle posée par l'article 1341 (n° 106).

455. Mais vis-à-vis de qui l'acte authentique fait-il foi? Si nous nous en rapportions au texte de l'article 1319 du Code civil, il semble que la foi en serait bornée aux parties contractantes, et à leurs héritiers ou ayant cause. Ici, il est vrai, le mot *ayant cause* comprend, de l'aveu de tous, les ayant cause, même à titre singulier, tels qu'un acheteur, lequel serait incontestablement lié par toute opération translative de propriété, émanée de son auteur, qui serait authentiquement constatée. Mais faut-il s'en tenir là, et admettre que la foi de l'authenticité n'existe pas vis-à-vis des tiers qui ne sont pas ayant cause des contractants; que notamment l'acquéreur, invoquant la prescription de dix ou vingt ans, ne pourra pas, pour établir la date de la vente, opposer un acte authentique à l'ancien propriétaire, qui pourtant n'est nullement l'ayant cause des parties contractantes? Une pareille proposition serait insoutenable. L'un des plus grands avantages du caractère public dont sont revêtus certains officiers, c'est que leur témoignage a autorité vis-à-vis de tous, et non pas seulement vis-à-vis des parties contractantes ou de leurs ayant cause. On ne peut donc s'en tenir aux termes de l'article 1319.

Maintenant est-il plus exact de dire avec Pothier (*Oblig.* n° 739), ce qu'on répète tous les jours d'après lui, que l'acte prouve seulement contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue? Mais l'acte ne prouve pas autre chose

contre les parties elles-mêmes. Ce qu'il y a de plus pour les parties que pour les tiers, c'est qu'elles sont obligées. Elles ne le sont toutefois qu'en vertu de la convention, dont l'écrit est la preuve. Et c'est de cette convention qu'il est vrai de dire qu'elle ne peut pas nuire aux tiers. C'est ce qu'a voulu exprimer l'article 1319, qui confond la preuve avec le fond du droit, et qui répète assez inutilement ce que l'article 1165 avait dit beaucoup plus à propos, en parlant de l'effet des conventions, qu'elles n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers, et ne leur profitent point en général. Il est donc inexact de soutenir, soit que l'acte authentique ne prouve rien vis-à-vis des tiers, soit même qu'il prouve moins vis-à-vis d'eux que vis-à-vis des contractants. Il prouve à l'égard de tous ce que le notaire a mission de constater, et rien de plus. « Acta vel quæcumque scripta publica « probant seipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt « inter quoscumque. » Telles sont les expressions de Dumoulin (*loc. cit.* § 8), que Pothier a traduites fort inexactement, lorsqu'il a dit que l'acte prouvait *rem ipsam* à l'égard des tiers; car c'est à l'égard de tous que Dumoulin attribue cette force à l'acte, en tant qu'il s'agit de la preuve, *quoad veritatem seu probationem rei gestæ*. Si maintenant, continue ce puissant logicien (*ibid.* § 10), on examine au fond les effets de l'acte, c'est-à-dire de la convention, *quoad jus et effectum actus gesti*, alors il est évident qu'il ne peut nuire, ni profiter qu'aux parties contractantes, *quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios*. Mais il montre très-bien que ce n'est pas là une question de preuve. « Et « ita exponenda sunt dicta doctorum, ubicumque per- « functorie et crasse (ut plerumque solent) loquendo, « dicunt instrumentum publicum inter extraneos non « probare, quia ibi verbum probare per catachresin, « sive improprie, pro jus efficere, sive præjudicare « accipitur; cæterum vere et proprie loquendo, publi-

« cum instrumentum erga omnes est æque publicum et « probans. » Il est bien à regretter que ce langage grossier, si justement critiqué dès le XVI^e^ siècle, se retrouve encore dans le Code civil, où il donne lieu à de fâcheuses confusions ; la jurisprudence du reste admet, et ne pouvait pas ne pas admettre que l'acte authentique fait foi à l'égard de tous (voy. Bordeaux, 25 août 1810).

456. Une règle qui est commune aux actes publics et aux actes privés, parce qu'elle se rattache uniquement à l'intention des parties, c'est celle qui distingue, quant à la foi des simples énonciations, si elles ont ou non un rapport direct à la disposition (C. civ. art. 1320), c'est-à-dire à l'objet que les contractants avaient en vue[1]. Si ce rapport existe, la foi de l'énonciation est la même que celle de la disposition principale. « Si quelqu'un, » dit Pothier (*Oblig.* n° 737), « par un acte, passe reconnaissance d'une rente en ces termes : « reconnaît qu'une telle maison par lui possédée est « chargée envers Robert, présent, de tant de rente par « chacun an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à « ce jour, et en conséquence s'oblige de la lui conti- « nuer, » ces termes, *dont les arrérages ont été payés*, quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, et qu'il ne soit pas exprimé que Robert reconnaît les avoir reçus, font néanmoins foi du payement contre Robert, partie à l'acte, parce qu'ils ont un trait au dispositif de l'acte, et qu'il devait être question dans l'acte de ce qui était effectivement dû des arrérages de cette rente. » Si, au contraire, ce rapport n'existe pas; si, par exemple, dans l'acte qui constate la vente d'un héritage, le vendeur a énoncé qu'il provenait de telle succession, cette énonciation n'a plus la même force que celle qui concernait les arrérages dans l'espèce précédente, parce que l'attention de l'acheteur ne s'est pas portée sur

[1] C'est aux juges du fait qu'il appartient d'apprécier si ce rapport direct existe ou non dans l'espèce (rej. 4 mars 1834).

une circonstance qui n'avait qu'un trait indirect à la convention principale. On ne pourrait donc pas plus tard, en réclamant cet immeuble comme faisant partie de la succession indiquée, se prévaloir contre l'acheteur de ce qu'il a souscrit l'acte où se trouvait cette énonciation incidente (Pothier, *ibid.* n° 738). Cette doctrine remonte encore à Dumoulin : « Actus plene « probat, » dit-il (*loc. cit.* § 10), « nedum in tenore et « dispositivis instrumenti, sed etiam in enuntiativis,.... « in quantum tamen respicit vires et effectum actus « principaliter gesti, secus si de enuntiativis et præ- « sumptionibus instrumenti, seorsum a principali actu « disputaretur : tunc enim tale instrumentum non facit « plenam fidem, sed solum præsumptionem. » Le Code civil (même art. 1320), dit dans le même sens : « Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve. » Elles ne suffisent donc pas à elles seules; mais elles peuvent servir d'adminicule, afin de permettre la justification du fait énoncé, à l'aide de la preuve testimoniale. Cette mention se trouve, effectivement, dans un acte auquel a concouru la partie contre qui on l'invoque, et elle rend ordinairement vraisemblable le fait allégué (*ibid.* art. 1347), l'homme étant naturellement porté à dire la vérité, surtout si rien ne prouve qu'il ait eu intérêt à la déguiser. Du reste, la question du plus ou du moins de foi de l'énonciation contenue dans un acte authentique n'est pas de nature à augmenter la responsabilité de l'officier public. L'écrit par lui dressé prouve jusqu'à inscription de faux que telle énonciation a eu lieu; c'est au juge à reconnaître, d'après les circonstances, si elle a ou non trait à la disposition principale, et même, en la supposant incidente, si elle pourra servir de commencement de preuve : car la mention pourrait être si peu précise et si vague, qu'on dût lui refuser même cette force subsidiaire.

437. A l'égard des tiers, nous l'avons reconnu tout

à l'heure, l'acte authentique prouve d'une manière invincible que telles déclarations ont eu lieu devant tel officier; mais ces déclarations ne peuvent lier que les parties de qui elles émanent. C'est dans le même sens que l'article 1320 borne aux parties la foi des énonciations, eussent-elles un rapport direct au dispositif de l'acte. Il est prouvé à l'égard des tiers que ces énonciations ont eu lieu; mais elles ne peuvent nuire aux tiers à qui elles sont parfaitement étrangères. Cette conséquence des principes que nous avons établis est tellement évidente, qu'elle mériterait à peine d'être rappelée, si l'ancienne jurispridence ne s'en était écartée, en adoptant la maxime *in antiquis enunciativa probant*, maxime qui, suivant Toullier (t. VIII, n^os^ 64 et suiv.), serait encore en vigueur sous le Code civil.

Dumoulin, qui ne fait que reproduire en ce point une doctrine déjà invétérée dans la pratique de son temps, enseigne que les énonciations, même incidentes, font foi dans les actes anciens, et au préjudice même des tiers. « In antiquis, dit-il (*loc. cit.* n° 76), « verba enuntiativa plene probant, etiam contra alios, « et in præjudicium tertii,.... etiam si essent inciden- « ter et propter aliud prolata, ut enunciatio confi- « nium. » Pothier (*Oblig.* n° 740) admet pleinement cette doctrine, dans le cas du moins où les énonciations, s'il s'agit d'un droit réel, sont soutenues par une longue possession [1]. Ainsi, du temps de Pothier, l'énonciation d'un droit de vue dans un acte ancien, bien que cet acte fût tout à fait étranger au propriétaire du fonds prétendu asservi, pouvait établir l'existence de ce droit, s'il y avait longue possession; même sous

[1] Le laps de temps exigé pour cette ancienneté, pour cette longue possession, n'était pas une des moindres difficultés de la matière. Il y avait une extrême divergence dans les opinions des auteurs sur ce point, depuis celle qui se contentait de dix ans, jusqu'à celle qui exigeait un siècle (voy. Dumoulin, *ibid.* n^os^ 81 et suiv.). Le Code civil, là où il s'attache à l'ancienneté (art. 1335, 2°, et 1337), s'est fixé à la limite de trente ans.

l'empire de coutumes qui, comme celle de Paris, considéraient le droit de vue comme imprescriptible. Comment concevoir cette doctrine de la part d'un esprit aussi juste que celui de Pothier, et chez un logicien aussi serré que Dumoulin, qui a soin de nous dire lui-même (*ibid.* n° 76) : « Non potest antiquitas de novo indu« cere in totum probationem, quæ nulla est, sed eam « demum, quæ aliqua est, coadjuvare? » C'est que les énonciations émanées de tiers n'étaient pas, dans l'ancienne jurisprudence, aussi dénuées d'effet qu'elles le sont aujourd'hui. Nous avons vu (n° 107) qu'elles pouvaient servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'on se contentait jadis d'un adminicule quelconque pour autoriser la preuve testimoniale. Or, la présomption fondée sur la longue possession était admise, comme elle l'est encore, là où la preuve par témoins était admissible. Mais aujourd'hui l'opinion des auteurs qui voulaient que le commencement de preuve par écrit émanât de la partie adverse, a été convertie en loi (C. civ. art. 1347). Les énonciations, quelles qu'elles soient, sont dès lors complétement nulles à l'égard des tiers. Dumoulin et Pothier décideraient donc aujourd'hui que pareille mention, dénuée de tout effet vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas souscrit, ne saurait acquérir par le temps la force qui lui manque. *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem quæ nulla est.*

Il faut donc reconnaître dans le droit actuel que les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, étant déclarées par la loi imprescriptibles (C. civ. art. 691), on ne saurait en établir l'existence par la possession même trentenaire, combinée avec une déclaration contenue dans un ancien titre, si cette déclaration est étrangère au propriétaire du fonds prétendu servant. Toullier n'est pas non plus allé jusque-là, bien qu'il croie encore en vigueur la maxime *in antiquis enunciativa probant*. Mais il l'applique aux énonciations sur l'âge, sur

la parenté, qui se trouvent dans des actes anciens passés entre des tiers. S'il voulait seulement dire par là que, lorsque les juges peuvent se déterminer par des présomptions, ces mentions doivent avoir de la force, et qu'elles peuvent en fait en avoir d'autant plus qu'elles se trouvent dans des actes plus anciens, qui prêtent moins à la fraude, son assertion n'aurait rien que de plausible. Mais, quand il va jusqu'à dire (t. VIII, n° 166) que telle énonciation, qui serait considérée comme non avenue dans un acte récent, pourra servir à prouver l'état des personnes, si elle est renfermée dans un acte ancien; ce qui mènerait à reconnaître que la filiation, même, naturelle, pourrait résulter d'indices puisés dans un acte de cette nature; il transporte dans notre législation des idées qui ne sont plus en harmonie avec le droit moderne. Si, comme nous le verrons en parlant de la preuve littérale au second degré, le Code civil (art. 1335, 2°, et art. 1337) a quelquefois donné plus de force à des écrits anciens, le soin qu'il a pris de spécialiser les cas où il s'attache ainsi à l'ancienneté, montre bien qu'il n'entend pas établir d'une manière générale que les actes acquièrent une nouvelle force probante en vieillissant. Si cela était vrai d'ailleurs, il faudrait, comme jadis, décider de même en toute matière, tandis que Toullier établit une distinction tout à fait déraisonnable entre ce qui touche les droits réels et ce qui est relatif à l'état des personnes. C'est faire justice soi-même d'une doctrine, que de reculer ainsi devant les conséquences qui en découlent forcément.

438. Un autre vieil adage, qui se rattache intimement au premier, c'est celui qui veut que les actes anciens soient présumés revêtus de toutes les solennités requises : « in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta » (Dumoulin, *ibid.* n^os^ 75-79). Cet adage ne s'entendait pas, du reste, en ce sens que l'ancienneté pût faire considérer comme non avenues les nullités qui

apparaîtraient évidemment dans les actes, mais en ce sens seulement que, dans le doute, elle devait faire supposer l'observation de toutes les formes requises. Nos vieux interprètes ont prétendu, suivant leur usage, que cette idée était empruntée au droit romain; mais elle était aussi étrangère à la législation romaine qu'elle l'est à la législation actuelle. Ce qui est seulement dit dans plusieurs textes, et notamment au § 17, *de inutilibus stipulationibus*, aux Institutes de Justinien, c'est que, lorsque mention est faite dans un écrit que tel acte solennel, une stipulation, par exemple, est intervenu, on doit présumer que tout s'est passé dans les règles : « si scriptum instrumento fuerit promisisse aliquem, « perinde habetur atque si interrogatione præcedente « responsum sit. » Mais cela serait vrai, quand même l'écrit serait tout récent; il n'est nullement question dans ce texte, ni dans ceux qui renferment des décisions semblables, du plus ou moins d'ancienneté de l'écrit allégué. Cela revient à dire qu'on ne suppose pas la violation de la loi, tant qu'elle n'est pas démontrée. Il en est absolument de même aujourd'hui. Dans tous les cas où la loi n'exige pas la mention de certaines formalités, on présume toujours qu'elles sont intervenues, sans examiner quelle est la date de l'acte. Mais, si la mention de l'accomplissement de certaines formalités est exigée à peine de nullité, il n'est nullement permis de considérer comme équivalant à cette mention le fait seul que l'acte aurait vieilli. Cet acte n'en restera pas moins radicalement nul. On voit que la maxime *in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, serait beaucoup trop rigoureuse, s'il s'agissait de formalités dont la mention n'est pas exigée, et dont il faut supposer l'observation, quelle que soit la date de l'acte; et qu'elle serait beaucoup trop relâchée, au contraire, là où certaines mentions sont prescrites à peine de nullité. Ici Toullier (t. VIII, n° 163) commet une grave erreur, lorsqu'il dit que cette maxime, qu'il semble approuver en principe,

ne peut plus guère recevoir d'application, maintenant que l'action en nullité se prescrit par dix ans (C. civ. art. 1304). La restriction à dix ans de l'action en nullité ne concerne que les vices du consentement au fond : l'erreur, la violence, le dol, l'incapacité, et n'a nullement trait à l'absence des formes prescrites pour la validité d'un acte. Toutes les fois que des formes de cette nature n'auront pas été mentionnées, comme elles devaient l'être, l'acte sera radicalement nul, quelle qu'en soit l'ancienneté. Jamais on ne sera reçu à en réclamer l'exécution. Seulement, si en fait il a été exécuté, il ne sera pas permis de revenir sur l'exécution après trente ans ; non qu'elle ait couvert le vice de forme, mais parce que l'action en répétition de l'indû est elle-même prescriptible, comme elle le serait au cas où il n'y aurait pas eu même l'apparence d'un acte. Il ne faut donc pas se rejeter sur la prescription de dix ans, tout à fait étrangère au sujet qui nous occupe ; il faut attaquer de front la maxime *in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, et reconnaître qu'il ne peut plus en être question dans notre droit, où elle n'a pas même laissé de traces, comme la maxime précédente.

§ 2. *Quelle est la foi des contre-lettres* [1].

439. Non-seulement les actes dûment rédigés ont force probante à l'égard de tous, lorsque ces actes sont l'expression sincère de la volonté des parties ; le législateur va plus loin : il veut qu'à certains égards les dispositions ostensibles de ces actes, bien que secrètement révoquées, conservent toute leur validité. Il fait ainsi prévaloir, dans un intérêt d'ordre et de sécurité sociale, l'apparence sur la réalité.

440. Le mot *contre-lettre*, dans son acception primi-

[1] On peut consulter le traité *des contre-lettres* par M. Plasman (2e édition, 1839), résumé consciencieux des documents sur cette matière, mais où l'auteur procède trop souvent par questions détachées, sans fondre et coordonner suffisamment sa doctrine.

tive, conforme à l'étymologie, désignait tout acte qui en modifie un premier, soit que les clauses modifiées n'aient jamais été sérieuses dans l'intention des parties, soit qu'elles y renoncent après coup. C'est ainsi que Domat (liv. III, tit. VI, sect. II, § 14) qualifie de contre-lettre la convention par laquelle un acheteur déclare faire remise après coup à son vendeur de l'obligation de garantie. C'est pour cela que l'ancienne jurisprudence ne se prononça jamais d'une manière générale à l'égard des contre-lettres, parce que cette dénomination comprenait alors des conventions qui n'avaient rien de suspect. Aujourd'hui on entend généralement par contre-lettre un acte destiné à demeurer secret, qui annule ou modifie les clauses d'un acte ostensible. L'acte sur lequel les parties reviennent au moyen de la contre-lettre, est le plus souvent un acte authentique; c'est pour cela qu'on a rattaché cette matière à celle de l'authenticité. Mais il pourrait s'agir aussi d'un acte privé ayant acquis date certaine, et susceptible dès lors de produire effet vis-à-vis d'autres que les signataires (loi du 22 frimaire an VII, art. 40). Il n'y a pas lieu non plus à examiner, comme autrefois, si la contre-lettre elle-même est un acte authentique ou privé, afin d'attribuer effet à celle qui serait rédigée dans la première forme. Un acte notarié est tout aussi secret qu'un acte privé, et puisque l'on voulait protéger les tiers, toute distinction devait être rejetée. Peu importe d'ailleurs que la contre-lettre soit souscrite, ainsi que cela arrive d'ordinaire, en même temps que l'acte ostensible, ou seulement après un certain intervalle. C'est aux juges à apprécier, d'après les circonstances, si, dans l'intention des parties, les deux actes (c'est-à-dire ici les deux conventions) étaient destinés à se confondre, ou s'il y a eu un changement fait après coup de bonne foi.

441. « Les contre-lettres, » dit l'article 1321 du Code civil, « ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties

contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

Sans doute, aux yeux d'une morale rigide, les simulations doivent être complétement réprouvées. Pline le Jeune nous dit (liv. V, lett. 1), en parlant d'un arrangement de cette nature qu'on lui avait proposé : *Rescindebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto.* Et il n'est que trop vrai que souvent les contre-lettres sont destinées à couvrir des fraudes, et surtout des fraudes aux droits du fisc. Cependant il peut y avoir des circonstances où l'emploi de pareils moyens n'a rien de blâmable. Un père peut vouloir avantager l'un de ses enfants, sans dépasser la quotité disponible, mais en dissimulant sa libéralité, pour éviter les querelles que ferait naître la connaissance de cet avantage de la part des intéressés. Dans cette circonstance, comme dans toute autre semblable, une contre-lettre est licite entre les parties : doctrine en parfaite harmonie avec celle qui maintient les libéralités déguisées jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et que l'on admet généralement aujourd'hui sous l'empire du Code civil (art. 911), quelque contestable qu'elle soit en législation. Mais cette validité est bornée aux signataires de la contre-lettre ; ils ne doivent point par leur fait induire en erreur les tiers.

442. Or, que faut-il entendre par *tiers?* Cette expression a-t-elle ici la même signification que nous lui avons donnée, lorsque nous disions, dans le paragraphe précédent, que les conventions constatées par un acte, même authentique, lient les contractants, mais ne lient pas les tiers? Nous entendions alors par tiers ceux qui sont *penitus extranei*, comme le voisin sur le fonds duquel je déclarerais avoir une servitude. Mais les successeurs, même à titre particulier, tels que les tiers acquéreurs, sont incontestablement liés par les conventions de leur auteur, pourvu qu'elles soient légalement constatées. Ils ne sont donc pas des tiers, mais des ayant-cause, dans le sens de l'article 1319 du Code

civil : ce qui est authentiquement prouvé vis-à-vis du vendeur, l'est également vis-à-vis de l'acheteur. Tel n'est plus le sens du mot tiers en matière de contre-lettres. Il ne s'agit plus alors des personnes complétement étrangères aux contractants, personnes à qui ni l'acte apparent, ni la contre-lettre ne pourraient nuire, par cette raison bien simple qu'il ne nous est pas permis de disposer des droits d'autrui. Il est question évidemment cette fois des ayant-cause des parties contractantes, lesquels ont dû compter sur l'existence de l'acte modifié secrètement par la contre-lettre. Ainsi, les tiers acquéreurs, qui seraient obligés de respecter l'acte authentique souscrit par leur vendeur antérieurement à celui sur lequel ils s'appuient, peuvent, au contraire, faire déclarer non avenue à leur égard la reconnaissance occulte qu'il aurait souscrite à son propre vendeur, pour constater que la vente n'était que fictive. Et c'est précisément parce qu'ils sont les ayant-cause de la personne qui aurait ainsi annulé par une contre-lettre son propre titre d'acquisition, qu'ils ont intérêt à critiquer cette contre-lettre, dont n'auraient nullement à se préoccuper des tiers *penitus extranei*. Ce droit appartient incontestablement à tous les ayant-cause à titre particulier, aux créanciers hypothécaires, comme aux tiers acquéreurs (rej. 25 avril 1826). Il n'est pas moins certain qu'on doit le refuser aux successeurs à titre universel, qui, continuant la personne du défunt, ne peuvent décliner aucune des obligations par lui consenties. Il en est de même du mandant à l'égard de son mandataire (Bordeaux, 25 juillet 1826). Ayant complétement suivi sa foi, il s'est, pour ainsi dire, identifié avec lui, et doit en conséquence exécuter tous les actes, publics ou secrets, qu'il a souscrits avant la révocation du mandat.

443. Il y a plus de doute quant aux créanciers chirographaires de l'une des parties. Sont-ils liés par la contre-lettre de leur auteur, quand ils viennent exer-

cer ses droits? Le vendeur pourra-t-il opposer, par exemple, aux créanciers de l'acheteur, qui réclament l'immeuble au nom de leur débiteur, un acte secret portant augmentation du prix ostensible? En faveur de l'affirmative, on invoque le principe général que les créanciers n'ont pas plus de droits que leur débiteur, dont ils sont censés suivre la foi. C'est effectivement ce qu'on décide, lorsqu'on se demande à l'égard de qui sont exigées certaines formes de publicité pour la transmission de propriété, la transcription pour les immeubles, dans le système de la loi du 11 brumaire an VII, la tradition pour les meubles, sous le Code civil. On n'entend alors par tiers que ceux qui peuvent se prévaloir d'un titre spécial, et non pas les créanciers, qui n'ont qu'un droit vague sur le patrimoine de leur débiteur. Mais la négative s'appuie sur l'esprit de la loi en matière de contre-lettres. L'acte ostensible était de nature à induire en erreur les créanciers chirographaires, aussi bien que les ayant-cause à titre particulier. Or, le vendeur a participé à la réticence dont il veut aujourd'hui se prévaloir. C'est son propre fait qui a donné naissance aux droits qu'il prétend aujourd'hui détruire. Si les créanciers sont représentés par leur débiteur, ce n'est pas lorsqu'il s'agit précisément de conventions qui, tendant à leur soustraire une partie du patrimoine de ce débiteur, sont suspectes de fraude à leur égard. Il n'est pas exact d'ailleurs de comparer les principes sur les contre-lettres avec ceux qui régissent la transmission de la propriété vis-à-vis des créanciers. Si le tiers détenteur même dans le système de la publicité des droits réels, l'emporte sur les créanciers chirographaires, c'est qu'il n'a pas à se reprocher d'avoir usé de simulation à leur égard; tandis que, dans l'espèce, on peut reprocher au vendeur de leur avoir volontairement laissé croire que leur auteur n'était redevable que d'un prix inférieur au prix réel. Telle est, en effet, la doctrine d'un arrêt de cassa-

tion du 23 février 1835, qui pose en principe, qu'en matière de contre-lettres, les tiers sont ceux qui n'ont pas souscrit ces actes; en assimilant, du reste, évidemment aux souscripteurs ceux qui sont tenus de leurs obligations, comme les héritiers et le mandant (voy. dans le même sens Paris, 29 avril 1837).

444. Ce fait de dissimulation personnelle, invoqué ici contre celui qui veut se prévaloir de la contre-lettre, peut servir de réponse à l'objection qu'on présente quelquefois contre cette doctrine, lorsque l'on fait observer qu'elle est en contradiction avec l'absence de publicité qui existe chez nous pour les actes les plus importants. Il n'y a point de connexité intime entre l'article 1321 et la loi du 11 brumaire an VII, puisque la défaveur des contre-lettres a commencé dans l'ancienne jurisprudence, alors qu'on se préoccupait peu de la publicité pour la transmission de la propriété. D'ailleurs la vente d'un même immeuble à deux acheteurs successifs est une fraude grossière, heureusement peu fréquente dans la pratique; tandis que les contre-lettres ont toujours été assez usitées pour masquer des conventions que les parties avaient intérêt à dissimuler, et ont dû par cela même éveiller la sollicitude du législateur. Il a donc bien fait de proscrire à l'égard des tiers, indépendamment du système qu'il adopterait ultérieurement sur la transmission de la propriété, des réserves dont l'expérience avait fait sentir les graves abus.

445. Il ne faut pas croire cependant que les contre-lettres soient, à l'égard des ayant-cause dont nous venons de constater les droits, des actes complétement étrangers, comme le sont les conventions des parties à l'égard des tiers *penitus extranei*, auxquels elles ne peuvent ni nuire, ni profiter (C. civ. art. 1165). En principe, les contre-lettres, ayant effet vis-à-vis des parties contractantes, peuvent en avoir vis-à-vis de leurs ayant-cause. S'ils peuvent les faire réputer non avenues

en ce qui touche leur intérêt, il n'y a pas lieu à rétorquer contre eux cette faculté, qui n'est introduite qu'en leur faveur. Ce n'est que *contre les tiers* (*ibid.* art. 1321) que les contre-lettres n'ont point d'effet. Si, au lieu de les combattre, ils les invoquent ; si ce sont, par exemple, les créanciers du vendeur qui exigent de l'acheteur un supplément de prix porté dans un acte secret, celui-ci ne peut refuser le payement, pas plus qu'il ne le pourrait vis-à-vis du vendeur lui-même, ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de Paris du 2 germinal an XIII.

446. Dans les diverses solutions que nous avons adoptées jusqu'ici, nous avons supposé qu'une contre-lettre, portant augmentation du prix stipulé dans une vente, produit effet entre les parties contractantes. Cette proposition ne serait pourtant vraie qu'avec distinction, s'il fallait s'attacher à l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Toute contre-lettre faite sous signature privée, qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte sous signature privée précédemment enregistré, est déclarée nulle et de nul effet. » Les contre-lettres ayant habituellement lieu dans la pratique pour frauder les droits du fisc, le législateur de l'an VII avait voulu les réprimer, en refusant toute action au vendeur ou au bailleur (car le texte parle de *prix* en général), afin d'obtenir les prestations supplémentaires dont on serait secrètement convenu. Cette nullité n'existait toutefois qu'à deux conditions : 1° que la contre-lettre fût *sous signature privée ;* les contre-lettres notariées n'offrent aucun danger pour le fisc, puisqu'elles doivent être enregistrées dans un bref délai, tandis qu'on n'enregistre les autres contre-lettres que lorsqu'on a besoin de les produire en justice ; 2° que le prix eût été stipulé d'abord par un acte sous signature privée *précédemment enregistré,* et par conséquent destiné à servir de base pour la perception des droits ; si les droits n'avaient pas été perçus d'abord sur un pied inférieur

au prix réel, les intérêts du fisc n'étaient nullement compromis.

Merlin enseigne (*Questions de droit*, v° *Contre-lettres*, § 3), et la cour de cassation avait d'abord jugé que cet article 40, appartenant à une législation spéciale, n'était pas abrogé par l'article 1321 du Code civil. D'ailleurs, ajoute-t-on, les expressions mêmes de l'article : les contre-lettres ne *peuvent* avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, n'impliquent pas leur validité dans tous les cas, mais seulement la possibilité de cette validité. Il est vrai que ces expressions, si on ne savait pas dans quelle intention elles ont été insérées dans la loi, ne seraient point par elles-mêmes assez précises pour emporter dérogation au texte d'une loi spéciale. Mais ce qui en explique bien le sens, c'est la discussion qui eut lieu au conseil d'État, et à la suite de laquelle fut rédigé l'article 1321, qui n'existait pas dans le projet. M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demanda, dans la séance du 2 brumaire an XII, qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres : mais il fut le seul de son avis. « Les contre-lettres, » dit Berlier, « ont souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au trésor public ; mais c'est par des amendes, et non par la peine de nullité, que cette espèce de fraude doit être atteinte et punie : dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties, pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées. » Le consul Cambacérès rappela alors, en le critiquant, l'article 40 de la loi de frimaire. Et Tronchet dit : « Il faut distinguer : une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers ; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte. » La rédaction qui fut faite ensuite par la section de législation, n'a été évidemment que la reproduction de cette doctrine de Tronchet. Et c'est bien mal à propos qu'on accuse notre interprétation de faire empiéter le

Code civil sur le domaine des lois spéciales. C'était, au contraire, dans l'espèce, la loi fiscale qui avait empiété sur le droit commun, en appelant la mauvaise foi à l'appui de ses combinaisons. Ce qui survit de l'article 40, c'est une dernière partie qui frappe d'une amende triple du droit qui aurait eu lieu sur les valeurs dissimulées, les parties qui ont ainsi augmenté par une contre-lettre le prix stipulé. Que l'on aggrave encore cette amende, si cela est nécessaire, mais que l'on ne touche pas aux conventions des parties. Un arrêt de rejet du 10 janvier 1819 s'est prononcé en ce sens. Plusieurs cours, notamment celle de Dijon, le 9 juillet 1828, et celle d'Aix, le 21 février 1832, ont adhéré à cette doctrine. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'arrêt de la cour de Dijon a donné lieu à un recours en cassation, mais sur un autre chef seulement, le moyen tiré du maintien prétendu de l'article 40 de la loi de frimaire n'ayant pas été considéré comme soutenable.

447. S'il s'agissait, en sens inverse, d'une diminution de prix, portée dans une contre-lettre, il n'y aurait pas de difficulté; le fisc aurait, aussi bien que tout autre intéressé, le droit de la faire considérer comme non avenue.

448. Il est un cas où le Code civil lui-même (art. 1396) prononce la nullité des contre-lettres entre les parties contractantes. C'est lorsqu'il s'agit de changements ou de contre-lettres qui auraient lieu après la rédaction du contrat de mariage, sans authenticité, ou bien sans le consentement de tous ceux qui étaient parties à ce contrat. C'est qu'alors le mot *contre-lettre* reprend le sens général qu'il avait dans l'ancienne jurisprudence, et désigne simplement un acte postérieur à un premier acte, qui le modifie d'une manière quelconque. Et en effet, lors même qu'il s'agirait d'un changement fait après coup aux conventions matrimoniales, sans qu'il y eût eu aucune intention de dégui-

sement chez les parties, ce qui ne rentrerait nullement dans l'hypothèse de l'article 1321 du Code civil, il faudrait encore décider qu'il y a nullité à l'égard des parties elles-mêmes, si les conditions voulues par la loi n'ont pas été observées. Ce n'est pas la dissimulation seulement, mais le changement non revêtu de certaines formes, que l'on a voulu proscrire en cette matière. Il est donc inexact de présenter, comme on le faisait dans la rédaction proposée par le tribunat sur l'article 1321, les règles sur les contre-lettres dans les contrats de mariage, comme faisant exception au principe général de cet article. L'article 1396 est une disposition spéciale, qui restreint la capacité des parties; et il est évident que l'article 1321, en prononçant à leur égard la validité des contre-lettres, les a supposées capables. L'article 1321 proscrit les contre-lettres comme déguisement à l'égard des tiers seulement; l'article 1396 interdit, même à l'égard des parties, en l'absence de certaines conditions, les changements au contrat, changements dont les contre-lettres proprement dites ne sont qu'une espèce. Au contraire, le mot contre-lettre reprend sa signification propre dans la disposition suivante (art. 1397), qui déclare sans effet à l'égard des tiers les changements et contre-lettres, même réguliers vis-à-vis des parties contractantes, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage.

449. Enfin il ne faut pas confondre avec les contre-lettres les réserves faites expressément dans l'acte au profit d'un tiers, telles que la *déclaration de command*, par laquelle l'acheteur se réserve d'élire, dans un certain délai, une personne qui reprendra l'affaire pour son propre compte. Il n'y a point là de modification secrète d'un acte ostensible, puisque l'acte lui-même annonce la réserve. La déclaration de command produit donc effet à l'égard de tout le monde, sauf la nécessité, si on veut éviter le double droit de mutation, de la notifier dans les vingt-quatre heures à la régie de l'en-

registrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1^er^, 24°).

450. C'est à ce même délai de vingt-quatre heures qu'il faut s'attacher lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre tendant à faire considérer la mutation comme non avenue. Les parties ne peuvent éviter le payement du double droit proportionnel, qu'autant qu'elles se sont désistées de leurs conventions par acte authentique, passé dans les vingt-quatre heures à partir de l'acte résilié (*ibid.* 40°). Ce délai expiré, on pourrait, en matière civile, examiner s'il y a eu contre-lettre ou rétrocession; mais en matière fiscale, la rétrocession est présumée. Autrement, toutes les fois qu'un acheteur viendrait à revendre à son vendeur l'immeuble qu'il lui aurait acheté, on éluderait facilement les droits de mutation, en présentant l'acte nouveau comme une contre-lettre. Il resterait, sans doute, la faculté d'établir la fraude; mais, en matière de perception de droits, il importe de partir de règles fixes et immuables. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation, le 7 août 1807 et le 25 octobre 1808 (voy. dans une espèce analogue l'arrêt de cassation rendu, sections réunies, le 29 décembre 1821).

DEUXIÈME DIVISION.

Des actes de l'état civil, et spécialement de la foi qui s'attache à ces actes.

451. Notre intention n'est pas de nous livrer ici à l'étude minutieuse des formes qui sont tracées par la loi pour la rédaction des actes de l'état civil[1]. Cette étude

[1] On peut consulter, sur l'historique de cette matière, déjà indiqué plus haut (n° 446), les *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, par Berriat Saint-Prix (1842). Il résulte de ce travail, que les registres les plus anciens, constatant les naissances, mariages et décès, sont ceux de la paroisse de Saint-Jean en Grève, à Paris, qui datent de 1545. Le mémoire de M. Loir, déjà cité. *sur l'état religieux et civil des catholiques en France avant* 1792 (*Revue du droit français et étranger*, t. VI, p. 704 et suiv.), contient des documents encore plus complets.

offrirait peu d'intérêt, quant au but que nous nous proposons dans cet ouvrage, puisqu'aucune de ces formes n'est prescrite à peine de nullité, et qu'on peut dès lors toujours se prévaloir des mentions que renferme l'acte, sauf à le rectifier, s'il y a lieu. Les droits des parties intéressées, étrangères la plupart du temps à la rédaction de ces précieux documents, ne sauraient dépendre de la négligence ou de l'ignorance d'officiers qui, surtout dans les campagnes, présentent bien moins de garanties que les notaires : c'est ce qui résulte de la discussion au conseil d'État (séance du 6 fructidor an IX); et ce qu'ont expressément jugé la cour de cassation (rej. 13 fructidor an X), la cour de Bruxelles[1] (le 4 juillet 1811), et celle d'Angers (le 25 mai 1822). Ce principe fondamental de la matière n'est guère contesté en thèse générale; mais nous aurons occasion de remarquer que certaines théories tendent à le méconnaître dans l'application.

C'est pour ce motif que, généralisant ce que nous avons déjà eu occasion de dire pour la preuve du mariage (n° 156), nous pensons qu'on ne doit pas rejeter, comme dénués de toute foi, les actes écrits sur feuilles volantes : ce qu'a jugé la cour de Metz, le 19 août 1824, relativement à une reconnaissance d'enfant naturel. Il faut remarquer d'ailleurs le peu de gravité de la peine prononcée pour cette contravention par l'article 192 du Code pénal, qui ne prononce qu'un emprisonnement d'un mois à trois mois, et une amende de seize à deux cents francs. Les expressions de l'exposé des motifs sur cet article viennent encore à l'appui de notre opinion. « Dans ce cas, » dit M. Berlier, « les officiers compromettent l'état civil des personnes; ils se rendent coupables au moins de négligence, et le

[1] Dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, il s'agissait d'un acte de naissance, où il n'était fait mention, ni de l'âge du père et de la mère, ni de celui des témoins, ni de la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, ni même du lieu de la naissance.

besoin de régulariser une partie aussi importante justifiera aisément les peines de police correctionnelle qui leur sont infligées. » Comment le législateur eût-il cru nécessaire de justifier, dans l'espèce, l'application de peines correctionnelles, si l'inscription sur une feuille volante suffisait pour ôter à l'acte toute force probante; ce qui est bien autre chose que l'irrégularité dont parle M. Berlier?

Nous pensons aussi avec Merlin (*Répert.* v° *État civil*, § 5) qu'il n'y aurait pas nullité, au cas où l'officier civil recevrait l'acte de naissance, de mariage, ou de décès de ses parents les plus proches, ou même celui qui constaterait l'accouchement de sa femme, bien qu'il convienne de s'abstenir en pareille hypothèse. La seule limite que la nature même des choses apporte à sa compétence, sous ce rapport, c'est qu'il ne pourrait évidemment exercer ses fonctions, relativement à son propre mariage; il y aurait impossibilité matérielle et morale à ce qu'il figurât dans le même acte comme interrogateur et comme interrogé tout à la fois.

452. Nous laisserons donc de côté les formes, pour nous occuper uniquement de la foi qui s'attache aux actes de l'état civil. Et d'abord nous nous demanderons, en général, quelle confiance peut mériter l'officier civil dans l'exercice de son ministère.

Il est évident que cet officier, comme le notaire, atteste seulement ce dont il a été témoin; c'est-à-dire que telle déclaration a eu lieu, que tels faits se sont passés devant lui. Mais, quant à la réalité des faits qui lui sont seulement déclarés, *quæ non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur*, comme le dit Dumoulin, il ne peut la garantir. Dès lors aucune poursuite en faux, du moins contre l'officier civil, ne peut se fonder sur l'inexactitude des assertions consignées dans l'acte, pourvu que ces assertions elles-mêmes aient été fidèlement reproduites. Il semble dès lors, ainsi que l'a jugé un arrêt de rejet du 12 juin 1823, que ce qui est prouvé

jusqu'à inscription de faux, c'est que telles personnes ont déclaré l'existence de tels ou tels faits au fonctionnaire rédacteur, mais nullement que ces déclarations soient conformes à la vérité; ce dernier point ne serait établi que jusqu'à preuve contraire.

455. Suivant cet arrêt de 1823, « la fausseté de la déclaration des témoins n'est qu'un mensonge, qui n'altère point la substance de l'acte. » Mais une doctrine admise par beaucoup d'auteurs, et qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence, voit, au contraire, dans les fausses déclarations de cette nature un faux caractérisé. L'origine de cette extension si large de l'idée de faux remonte au droit romain, auquel on sait que nos anciens criminalistes faisaient de fréquents emprunts. Ce n'est pas que la loi *Cornelia de falsis* eût considéré comme faux la simple énonciation mensongère, sans aucune contrefaçon d'écriture. « Quid sit falsum quæ-« ritur, » dit Paul (l. 23, ff. *de leg. Corn. de fals.*). « Et « videtur id esse, si quis alienum chirographum imi-« tetur, aut libellum, vel rationes intercidat, vel de-« scribat: non qui alias in computatione, vel ratione « mentiuntur. » Mais plus tard, on vit par extension une sorte de faux, *quasi falsum*, dans le faux témoignage (Modest. l. 27, *ibid.*), dans le simple exposé de faits faux, contenu dans un mémoire (Modest. l. 29, *ibid.*), enfin jusque dans le fait de vendre à faux poids ou à fausse mesure (*ibid.* l. 32, § 1, *ibid.*).

Ce fut en s'attachant à ces errements que notre ancienne jurisprudence (voy. Muyart de Vouglans, *Traité des crimes*, tit. VI) confondit sous la dénomination de faux tout fait frauduleux, tendant à altérer la vérité, afin de tromper autrui: « actus dolosus animo corrum-« pendæ veritatis ad decipiendum alterum adhibitus. » Alors le faux témoignage n'était qu'une branche du faux. Cette extension s'est maintenue incontestablement, par cela seul qu'elle n'était pas abolie, jusqu'à la promulgation du Code pénal de 1810; car le Code

pénal de 1791 (IIe part. tit. II, sect. II, art. 44 et suiv.) punissait le faux sans le définir, et prononçait seulement des peines spéciales contre la vente à faux poids ou à fausse mesure. Quant au Code du 3 brumaire an IV, il s'occupa de la procédure sur le faux, sans s'expliquer davantage quant à la définition de ce crime. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la jurisprudence antérieure au Code pénal de 1810 ait considéré comme constituant un faux les énonciations mensongères destinées à être insérées dans un acte public, par exemple, les fausses déclarations sur la filiation dans un acte de naissance (voir les arrêts cités dans le *Répert.* de Merlin, aux mots *Faux* et *Maternité*).

454. Mais le Code pénal de 1810 a pris soin de définir le faux, qui a cessé dès lors d'avoir le caractère vague et indéterminé qu'il avait conservé sous les législations précédentes. Ce Code consacre une section entière au faux (liv. III, tit. I, chap. III, sect. I), qui comprend encore, dans l'acception la plus large du mot[1], les crimes relatifs à la fausse monnaie, à la contrefaçon des sceaux de l'État, des billets de banque, etc. Mais le faux proprement dit n'est plus que le faux *en écritures*. Nulle allusion au faux par paroles, dont s'occupaient nos anciens criminalistes (voy. Muyart de Vouglans, *loc. cit.*). Le faux témoignage et la calomnie, considérés jadis comme de véritables faux, sont renvoyés à une autre partie du Code pénal (art. 361 et suiv.). Toutefois, en ce qui touche les fonctionnaires publics, le faux *matériel* et le faux *intellectuel* ont été spécialement prévus, et punis également des travaux forcés à perpétuité. L'article 145 parle du premier, qui

[1] Cette assimilation n'est pas purement théorique. Aux termes des articles 164 et 165 du Code pénal, le faussaire, *lato sensu*, est frappé d'une amende qui peut être portée au quart du bénéfice illicite qu'il s'est procuré; et, avant le décret du 12 avril 1848, s'il était condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, il devait toujours subir l'exposition publique.

consiste dans les fausses signatures, dans l'altération des écritures, etc. L'article 146 parle du second, qui suppose qu'un officier public, en rédigeant des actes de son ministère, en a frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances. Puis vient l'article 147, qui est le siége de la difficulté, puisqu'il est relatif aux faux commis par de simples particuliers.

« Seront punis des travaux forcés à temps, » dit cet article, « toutes autres personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque. » Voilà quelle est la proposition principale de l'article. Or, par faux en écriture, on a toujours entendu le faux commis, soit par le rédacteur qui dénature l'écrit lors de sa confection, ou qui l'altère après coup, soit par le faussaire proprement dit, qui fabrique un écrit tout à fait supposé. Quant aux déclarations mensongères, elles n'ont jamais constitué un faux en écriture, mais un faux commis par paroles, faux qui n'est plus prévu comme tel par le Code pénal de 1810. Si donc l'article 147 s'en était tenu à cette proposition générale, qui punit le faux en écriture publique, aucun doute sérieux ne pourrait s'élever sur le sens de la loi. Malheureusement il entre ensuite dans les développements suivants, sur la manière dont le faux peut avoir été commis : « Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures ; — soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans ces actes ; — soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits, que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater. » On s'est emparé de ces dernières expressions pour soutenir que les fausses déclarations, notamment dans les actes de l'état civil, constituent encore aujourd'hui un faux caractérisé. Mais est-il vraisemblable que le législateur, voulant définir le faux en écriture commis par des particuliers, ait été donner pour exemple des cas où le

prétendu faussaire n'a fait qu'une déclaration verbale ? Tout ce développement n'est-il pas dominé par la proposition principale, qui ne parle que d'écriture ? Si le dernier alinéa de l'article 147, en parlant d'une *altération de déclarations*, semble faire allusion à un mensonge oral, il est facile de répondre que l'alinéa précédent parle aussi de la *fabrication d'obligations*, mais que la suite, où il est question d'*insertion après coup dans les actes*, fait bien voir que par *obligations* le législateur entend ici, dans le style de la pratique, l'écriture qui prouve les obligations. La même confusion a bien pu avoir été commise à propos des déclarations, et l'*altération de ces déclarations* paraît signifier tout simplement l'altération de l'acte qui en est la preuve. On voit que cette équivoque fâcheuse, sur un point aussi essentiel, tient encore à l'abus du langage, emprunté par le Code pénal aux praticiens, qui tend à confondre la preuve du fait avec le fait lui-même. Mais le sens général de l'article 147 résulte bien de l'exposé de motifs, qui, après avoir distingué, quant aux officiers publics, le faux matériel et le faux intellectuel, ajoute que la peine n'est que temporaire à l'égard du simple particulier *contrefacteur d'écritures authentiques*. Il s'agit donc d'une contrefaçon, d'un faux matériel, et non pas d'un simple mensonge.

455. L'examen de l'économie générale du Code pénal vient encore confirmer l'opinion qui résulte d'une analyse exacte de l'article 147. En effet, le genre de fausse déclaration qui offre le plus de danger pour la société, la *supposition de part*, n'est punie que de la réclusion par l'article 345, tandis que la peine des travaux forcés à temps est prononcée contre le faux. Comment concevoir, s'il y avait réellement faux dans la supposition de part, que l'on eût prononcé une peine plus faible contre celui des faux de cette nature qui offrait le plus de gravité ? C'est faire injure au législateur que de lui prêter une pareille contradiction. On ne trouve rien de pareil dans la jurisprudence romaine,

laquelle, après avoir fait rentrer la supposition de part dans la qualification de faux prise *lato sensu* (n° 453 ; voy. Dig. et Cod. *passim*, *ad leg. Corn. de fals.*), ne se contentait point, pour la supposition de part, de la peine ordinaire du faux, c'est-à-dire de la déportation (Marc, l. 1, § 13, ff. *h. t.*), mais prononçait la peine capitale : « Obstetricem quæ partum alienum attulit, ut « supponi possit, summo supplicio affici placuit, » dit Paul (sect. II, tit. XXIV, § 9). De même le Code pénal de 1791 (liv. II, tit. II, sect. I, art. 32) punissait de douze ans de fers celui qui avait détruit la preuve de l'état civil d'une personne, tandis qu'il ne punissait le faux (*ibid.* sect. II, art. 44) que de huit ans de fers. Et l'on veut que celui de 1810 ait établi la classification des crimes dans un sens diamétralement opposé ! La réclusion est, du reste, la peine du faux témoignage en matière civile (C. pén. art. 363). La supposition de part est donc assimilée au faux témoignage, et non pas au faux. Dès lors, les autres déclarations mensongères, moins graves d'ordinaire par leurs conséquences que la supposition de part, ne peuvent pas non plus constituer un faux.

456. Mais cette opinion n'a pas prévalu dans la pratique, qui s'est attachée à une interprétation littérale des expressions de l'article 147 : *altération de déclarations que les actes avaient pour objet de recevoir et de constater*. L'arrêt de rejet du 12 juin 1823, qui ne regardait comme prouvés jusqu'à inscription de faux que les faits attestés par l'officier public *de visu et auditu*, n'a malheureusement pas fait jurisprudence. De nombreuses décisions ont maintenu presque entièrement, sous l'empire du Code pénal de 1810, l'extension donnée par nos anciens criminalistes à la notion de faux. C'est ainsi que la cour de cassation, après avoir jugé le contraire avant la promulgation du Code de 1810 (cass. 27 juillet 1809), considère aujourd'hui comme faussaire (cass. 2 septembre 1831 et 7 mars

1835) celui qui fait une fausse déclaration en matière de recrutement, bien qu'il n'ait rien écrit ni rien signé, par cela seul que la déclaration devait être *reçue et constatée dans un acte*. La cour de Grenoble (arr. du 19 février 1831) a fait l'application de cette doctrine, en considérant comme faussaire le donateur qui, pour opérer une prétendue révocation par survenance d'enfants, avait faussement déclaré l'accouchement de sa femme à l'officier civil. Mais cette application accuse toute la bizarrerie du système; car la supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée, est littéralement prévue et punie seulement de la réclusion par l'article 345 du Code pénal.

457. Toutefois, même en adoptant l'interprétation qui s'attache à la lettre de l'article 147, il n'est pas exact de dire que toute déclaration mensongère constitue un faux. Il ne faut donc pas attacher trop d'importance à un arrêt de rejet du 17 juillet 1835, qui, pour caractériser les éléments du faux prévu et puni par la loi, reproduit la définition de l'ancienne jurisprudence (n° 453), en le traduisant en ces termes : *l'altération de la vérité, dans une intention criminelle qui a porté ou pu porter préjudice à autrui*. Il convient de distinguer, et cette distinction du reste était déjà faite, même avant la promulgation du Code de 1810, si l'acte *avait ou non pour objet de constater* ce qui a été déclaré contrairement à la vérité. C'est ainsi que la cour de cassation avait déjà jugé, le 30 juillet 1809, qu'il n'y a pas faux dans l'assertion contenue en l'acte de naissance que les enfants étaient légitimes, l'acte de naissance n'étant pas destiné à constater la légitimité. A plus forte raison, sous l'empire du Code pénal actuel, a-t-elle rendu une décision semblable (cass. 30 avril 1841), relativement à une femme qui avait pris la qualité d'épouse dans un acte qui n'était pas destiné à faire preuve du mariage (voy. aussi cass. 24 mai 1845). Une seconde limitation, qui ne permet plus de donner à la notion de

faux toute l'extension qu'elle recevait jadis, c'est que le faux doit avoir lieu *en écriture*, en ce sens du moins que la déclaration mensongère doit avoir été constatée dans un acte : c'est ce qu'a jugé la cour de cassation (rej. 17 décembre 1831) au cas où, un frère étant porté comme soldat au lieu de son frère, cette substitution n'avait donné lieu à aucune rectification dans les actes, parce que tous deux portaient le même prénom.

458. Si la jurisprudence est trop rigoureuse, en considérant comme faux les fausses déclarations, on peut reprocher à notre opinion de laisser, au contraire, impunis, si ce n'est dans le cas de supposition de part, des mensonges qui sont de nature à entraîner les plus fâcheuses conséquences pour la société. Afin d'échapper à ce résultat, nous avions pensé d'abord (1re édition, n° 444) qu'on pouvait appliquer la peine du faux témoignage en matière civile, la réclusion, à toute personne qui, en attestant certains faits, non-seulement dans les débats judiciaires, mais devant un fonctionnaire quelconque, altère sciemment la vérité. C'est ce qu'avait également jugé la cour de cassation, en appliquant la peine de la réclusion dans des espèces où il n'y avait point eu de poursuites en faux : au cas de fausse déclaration, soit de décès, devant un juge de paix, afin de faciliter un second mariage (rej. 6 novembre 1806), soit des circonstances du naufrage d'un navire, devant le juge auquel le capitaine faisait son rapport sur ce naufrage[1] (cass. 17 septembre 1836). Mais nous ne persistons point dans cette doctrine, que la cour suprême a repoussée par un arrêt de rejet du 7 décembre 1838, portant « qu'on ne peut considérer comme témoins en matière civile que les individus appelés judiciairement par la partie pour déclarer et

[1] En ce dernier cas, on eût pu, suivant la jurisprudence de la cour, voir un faux dans la déclaration mensongère, puisqu'elle devait être constatée devant le juge ayant spécialement qualité pour recevoir le rapport : ce qui n'avait pas lieu dans l'espèce de l'arrêt de 1806.

attester les faits, sous la foi du serment. » Bien que fondée sur les plus graves motifs en législation, cette extension du faux témoignage répugne aux principes constants sur l'interprétation des lois pénales, et à la pensée des rédacteurs du Code de 1810, qui nous est révélée par ces paroles de l'orateur du corps législatif : « Le faux témoignage ne peut avoir lieu que de la part de ceux qui sont interpellés en justice, ou en vertu de ses ordonnances. » Au surplus, même suivant la première jurisprudence de la cour de cassation, la loi pénale ne pouvait atteindre les fausses déclarations de la nature la plus dangereuse, celles qui se rattachent aux actes de l'état civil, sans avoir la gravité du faux. En effet, ces déclarations n'ont point lieu sous la foi du serment, et il est constant, dans toutes les opinions, qu'il n'y a point de faux témoignage là où il n'y a pas eu de serment prêté (n° 272). Il faut donc reconnaître une lacune fâcheuse dans la loi, qui ne punit les déclarations mensongères, faites extrajudiciairement, qu'au cas de supposition de part; mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de combler cette lacune.

459. Une observation commune à toutes les pièces produites en justice, mais que l'on fait surtout à propos des actes de l'état civil, à cause de la faculté qui appartient à toute personne de s'en faire délivrer des extraits (compar. C. civ. art. 45, et loi du 25 ventôse an XI, art. 23); c'est que l'identité du porteur de l'extrait et du véritable ayant droit doit être préalablement établie. Cette preuve, étant celle d'un simple fait, ne peut se faire que par témoins. Quelques-uns, s'imaginant que la preuve testimoniale n'était pas admissible *de plano*, ont voulu considérer l'extrait produit comme un commencement de preuve par écrit (Bordeaux, 18 février 1846). Mais c'est là une pétition de principe évidente; car il s'agit de démontrer qu'il existe un lien entre la personne et l'acte qu'elle invoque. Or, tant que ce lien n'est pas établi, la pièce, pouvant concer-

ner tout autre que celui qui en est le porteur, est absolument sans effet sous le rapport de la preuve (voy. en ce sens un autre arrêt, parfaitement motivé de la cour de Bordeaux, en date du 19 février 1846, et un arrêt de cassation du 28 mai 1810).

460. Entrons maintenant dans l'explication des règles spéciales sur la foi des principaux actes de l'état civil. Pour nous conformer à l'ordre que nous avons déjà suivi en traitant de la preuve testimoniale de l'état, nous allons examiner quelle application reçoit la preuve littérale, d'abord aux simples faits de l'ordre de la nature, à la naissance et au décès; puis à ceux qui constituent des relations sociales, au mariage et à la filiation.

§ 1er. *Naissance et décès.*

461. Suivant la doctrine que nous venons d'exposer sur le faux, l'acte de naissance prouve, jusqu'à inscription de faux, que tel enfant a été présenté à l'officier civil, que telles déclarations ont été faites sur l'époque de sa naissance, qu'on lui a donné tels noms, enfin qu'il est de tel sexe; car l'officier a mission de vérifier cette dernière circonstance, bien qu'il s'en abstienne le plus souvent dans la pratique. Quant aux déclarations elles-mêmes, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire, et seulement du jour et de l'heure de la naissance, lorsqu'il ne s'agit pas d'un enfant légitime. La mention de la filiation ne se retrouvant donc pas dans tous les actes de naissance, ce qu'il y a d'essentiel à ces actes, c'est l'indication du nom, du sexe et de l'âge. L'ordonnance de 1539 (art. 5) ne parlait même que *du temps et de l'heure de la nativité*. Ce n'est que celle de 1667 qui a prescrit des énonciations plus détaillées (voy. n° 146). Et encore la tenue des registres était-elle si peu régulière que, même depuis 1661, on faisait souvent prévaloir les registres domestiques sur ceux de la paroisse pour établir la date de la naissance (Rodier, sur le tit. xx, art. 9, de l'ord.).

462. L'obligation de faire les déclarations de naissance est imposée à des personnes déterminées par la loi, qui doivent généralement avoir assisté à l'accouchement (C. civ. art. 56); mais comment s'assurer que le déclarant a réellement assisté à l'accouchement, ainsi qu'il l'affirme? L'officier civil n'est pas dans la même position que le notaire, qui doit connaître les parties intéressées dans les actes qu'il reçoit, ou du moins se faire attester leur identité. La loi ne le charge nullement, ce qui d'ailleurs serait impraticable dans les communes populeuses, de vérifier la qualité des déclarants. Leur affirmation sur leur qualité même doit donc, comme leurs autres assertions, être crue jusqu'à preuve contraire. Ainsi, il est impossible d'empêcher que le premier venu ne puisse venir au bureau de l'état civil rendre cet important témoignage. C'est là un motif de plus pour ne pas croire, jusqu'à inscription de faux, à la vérité de faits ainsi déclarés. C'est bien assez qu'il faille l'admettre jusqu'à preuve contraire.

463. Le Code civil fixe à trois jours, à compter de l'accouchement, le délai dans lequel doivent être faites les déclarations de naissance. Le motif de cette prescription est facile à saisir. Il est vrai que l'acte de naissance ne fait pas foi de l'âge jusqu'à inscription de faux, mais, l'enfant devant être présenté dans un bref délai, l'officier peut s'assurer par lui-même qu'il est né récemment. Il n'est pas possible dès lors, du moins à quelques jours près, de ne pas considérer comme exact l'âge indiqué. La preuve contraire serait admissible, sans doute, en principe; néanmoins au delà de certaines limites, elle supposerait chez cet officier une erreur si grossière, qu'on réussira difficilement dans la pratique à soutenir que l'enfant est véritablement plus âgé que ne le porte le titre. Il est donc essentiel de ne pas laisser passer le délai de trois jours. Toutefois cette obligation légale n'avait pas de sanction pénale lors de la promulgation du Code civil; on avait craint d'éloigner

de la mère les secours que sa position réclamait, en menaçant éventuellement d'une peine ceux qui auraient assisté à un accouchement sans le faire promptement connaître à l'autorité. Mais les dissimulations qui eurent lieu sous l'empire, afin de soustraire aux rigueurs de la conscription ceux dont on cachait la naissance, obligèrent les rédacteurs du Code pénal de 1810 (art. 346) à prononcer de nouveau pour cette omission des peines correctionnelles, ainsi que l'avait déjà fait la loi du 19 décembre 1792 (sect. I, art. 1^er^).

Il y avait toutefois intérêt, même avant 1810, à ce que l'inscription de l'enfant ne fût pas retardée. On avait senti que la même présomptiou de vérité, qui s'attache aux déclarations de faits tout récents, ne saurait être invoquée, lorsqu'on a laissé s'écouler un long intervalle avant de les faire connaître. Et si on pouvait tout aussi bien se présenter après les trois jours que pendant le délai, où s'arrêter ensuite? Aussi un avis du conseil d'État du 12 brumaire an XI a-t-il décidé fort sagement que l'inscription, une fois le délai expiré, ne doit plus être opérée qu'en vertu d'un jugement. Quelques auteurs ont conclu de là que, si l'inscription avait eu lieu en fait, sans autorisation judiciaire, après les trois jours, l'enfant ne devait être censé né qu'au jour de l'inscription : fiction intolérable, qui tendrait à considérer une personne âgée de vingt ans, comme venant de naître, si on ne l'inscrivait sur le registre que vingt ans après sa naissance. Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est qu'on a pris à la lettre une décision rendue par la cour de Paris, le 9 août 1813. Il s'agissait, dans l'espèce, du mois qui est donné au mari pour désavouer, à partir de la naissance de l'enfant (C. civ. art. 316). Or, l'enfant qui était désavoué, n'avait été inscrit que cinq ans après sa naissance. La cour a décidé qu'une naissance déclarée aussi tardivement devait être présumée occulte, et n'avait pu dès lors faire courir le délai de l'action en

désaveu. Mais tout ce qui résulte de là, c'est qu'une déclaration tardive ne peut faire foi de la date de la naissance vis-à-vis des tiers intéressés. Quant à l'âge de l'enfant, considéré en lui-même, il n'est pas possible de le fixer arbitrairement à l'époque de l'inscription ; sauf à admettre plus facilement, dans ce cas, la preuve de la fausseté d'une déclaration toujours suspecte lorsqu'elle a été ainsi différée [1].

464. Pareille question ne peut s'élever pour le décès, à l'égard duquel le Code n'a pas prescrit de délai, ainsi que l'avait fait la loi du 20 septembre 1792 (tit. v, art. 1er). Ce n'est pas qu'on ne puisse avoir souvent intérêt à cacher un décès, aussi bien qu'à dissimuler une naissance ; mais le législateur arrive au même but par un autre moyen. L'inhumation ne peut avoir lieu sans l'autorisation de l'officier de l'état civil (C. civ. art. 77), et des peines correctionnelles (C. pén. art. 358) sont la sanction de cette prescription, qui amène indirectement la constatation des décès.

465. Quant aux personnes qui ont qualité pour faire la déclaration, il est évident qu'on est également obligé quant au décès de s'en rapporter à la foi de ceux qui affirment être parents du défunt ou l'avoir reçu chez eux. Toutefois, pour bien s'assurer de la réalité du décès, et, s'il est possible, de l'identité de la personne décédée, l'officier civil doit, aux termes de la loi (C. civ. art. 77), se transporter lui-même auprès du cadavre. Mais cette obligation pénible est tombée en désuétude dans la pratique ; on ne saurait raisonnablement imposer une aussi triste tâche à des fonctionnaires dont l'emploi est gratuit. Le soin de constater le décès est délégué, dans l'usage, à un officier de santé, qu'il aurait fallu, après tout, appeler pour procéder à la vérification, souvent si délicate, du fait de la mort.

[1] Dans l'espèce, la cour a réservé la preuve par témoins de la date de la naissance, conformément aux usages de la Hollande, où les faits s'étaient passés.

466. La seule question grave que l'on puisse agiter, quant à la force probante des actes de décès, consiste à savoir si c'est bien à dessein que le législateur n'a pas signalé, parmi les mentions que doivent contenir ces actes, la date même du décès (*ibid.* art. 79). Le silence gardé sur un point de cette importance a semblé à beaucoup d'auteurs trop significatif pour ne pas faire présumer qu'on avait voulu laisser toute latitude au juge, qui aurait plus tard mission d'établir cette date à l'aide des documents les plus exacts. Ils font remarquer combien il est utile de ne pas enchaîner son indépendance, là où une différence de jour, et même d'heure, peut exercer une influence décisive sur les droits des intéressés[1]. Mais il faut avouer que des actes destinés à constater le décès, qui n'en contiendraient pas la date, offriraient une étrange anomalie. Plus la date de l'événement est importante, plus il convient de la constater à une époque rapprochée du moment où il a eu lieu. Telle était la pensée des anciennes ordonnances, qui désignaient l'acte de décès précisément par l'indication de cette mention substantielle. L'ordonnance de 1667 (tit. xx, art. 7) était conçue en ces termes : « Les preuves de l'âge, du mariage, et du *temps du décès*, seront reçues par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice. » Écarter la date, c'eût été innover d'une manière tout à fait radicale, en supprimant précisément ce qui était jadis substantiel. Rien n'indique une pareille intention. Nous voyons Tronchet, au contraire, indiquer au conseil d'État (séance du 6 fructidor an IX) la date comme une des parties les plus essentielles de l'acte de décès et de l'acte de naissance. L'article 79, qui contient l'omission dont on se prévaut, fut voté sans discussion. On ne peut donc tirer

[1] Un seul moment de survie change l'ordre des successions, en en différant l'ouverture, tandis qu'un enfant né quelques heures plus tôt ou plus tard, n'en est pas moins habile à succéder, puisqu'il succède avant de naître, par cela seul qu'il est conçu (C. civ. art. 725).

qu'un argument extrêmement faible de sa rédaction comparée à celle de l'article 57, qui prescrit de mentionner la date de la naissance. Peut-être y a-t-il, nous en convenons, quelque danger à donner force probante à la mention du décès, dans l'opinion de ceux qui veulent que la déclaration de décès fasse foi du fait même jusqu'à inscription de faux. Mais pour nous, qui ne considérons les faits déclarés devant l'officier, mais non vérifiés par lui, que comme établis jusqu'à preuve contraire, ce danger n'existe pas. Du reste, les formulaires délivrés aux officiers de l'état civil prescrivent cette mention, et elle a toujours eu lieu dans la pratique, bien que la loi de 1792 gardât le même silence que le Code sur la date du décès.

467. Enfin il peut y avoir à constater tout à la fois une naissance et un décès, lorsqu'un enfant vient à mourir avant que sa naissance ait été enregistrée. Mais l'enfant présenté sans vie à l'officier de l'état civil était-il venu au monde vivant? C'est là une question fort importante, à raison des droits qui peuvent avoir été acquis et transmis par cet enfant, s'il a réellement vécu. Un décret du 4 juillet 1806 a statué sur cette hypothèse. L'officier doit exprimer, non que l'enfant est décédé, mais qu'il lui a été présenté sans vie. Il reçoit seulement, quant à la naissance, la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère, et inscrit l'acte à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

§ 2. *Mariage.*

468. Nous avons déjà reconnu (n° 154) que l'écriture n'est pas de l'essence du mariage, qu'elle n'est requise que pour la preuve. Nous avons surtout invoqué l'article 46 du Code civil, qui admet la preuve testimoniale, *s'il n'a pas existé de registres,* et l'article 75 du même Code, qui veut que l'officier civil, après avoir

reçu de chaque partie la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, *prononce qu'elles sont unies par le mariage*[1], et en *dresse acte* sur-le-champ. Pothier est formel sur ce point. » Ce sont ces actes, » dit-il, (*Traité du contrat de mariage*, n° 388) « qui font la preuve des mariages, et qui établissent les parentés qui en naissent. Néanmoins, s'il était constaté que les registres ont été perdus ou qu'il n'en a pas été tenu, la preuve en ce cas pourrait s'en faire, tant par témoins que par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés. La raison est que, le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait cet acte devient impossible, il est juste d'avoir recours à des preuves d'une autre nature. »

L'intérêt de la question ne se présente pas seulement dans le cas, heureusement assez rare aujourd'hui, où il n'aurait pas été tenu de registres. L'une des parties pourrait venir à mourir après que les consentements auraient été échangés, mais avant la signature de l'acte. Il peut surtout arriver, et c'est dans cette hypothèse que la question a été agitée, qu'après avoir consenti verbalement, l'un des contractants refuse de signer. La cour de Montpellier a jugé avec raison, le 4 février 1840, que le contrat est légalement formé par le consentement respectif et par le prononcé de l'union, et que le refus de signature ne saurait dès lors produire aucun effet. La cour de Riom, au contraire, s'était tellement attachée au système opposé, qui regarde la signature comme essentielle à la célébration, qu'elle avait validé un mariage où le consentement n'avait pas été échangé en présence de l'officier, mais où il y avait eu simplement signature des parties. Mais cet arrêt, qui tendait à dé-

[1] Cette formule est imitée de celle qui est prescrite en droit canonique par le concile de Trente : *Ego vos in matrimonium conjungo*.

truire la publicité, en concentrant, pour ainsi dire, la solennité du mariage dans une rédaction d'écritures, à laquelle les assistants sont étrangers, a été cassé le 22 avril 1833.

469. Nous avons aussi rattaché (n° 155) à la preuve testimoniale du mariage, afin de ne pas interrompre la suite de nos développements, la question de savoir si on doit refuser toute foi à la feuille volante sur laquelle serait inscrit un acte de mariage. Nous n'avons rien à ajouter aux arguments par lesquels nous avons essayé d'établir, contre l'opinion commune, que les mots *acte de célébration inscrit sur le registre* (C. civ. art. 194) ne doivent pas être pris dans un sens restrictif. Nous ferons seulement remarquer que l'opinion qui admet ce sens restrictif, n'est pas parfaitement conséquente. Car, s'il est constant que l'on peut, en l'absence de tout acte, prouver la célébration du mariage à l'aide des souvenirs des témoins, ne serait-il pas singulier qu'on ne dût tenir aucun compte d'un acte revêtu de toutes les formalités requises, par cela seul qu'il n'aurait pas été inscrit sur un registre? Au moins faudrait-il admettre que le vice de l'inscription sur une feuille volante est couvert par la possession d'état, puisque l'article 196 du Code civil, qui parle du concours du titre et de la possession, n'a pas reproduit la nécessité de l'insertion sur le registre, et que l'esprit de la loi est de ne pas permettre d'élever des difficultés de pure forme, lorsqu'il y a eu exécution volontaire du mariage.

§ 3. *Filiation.*

470. C'est relativement à la filiation que s'élèvent les questions les plus délicates sur la foi des actes de l'état civil. Pour la preuve littérale, comme pour la preuve testimoniale de cette filiation, il importe de distinguer si elle est légitime ou naturelle. Dans le premier cas, les déclarations, même émanées de tiers étrangers aux parents, suffisent, pourvu qu'elles soient

reçues par l'officier civil dans la forme ordinaire, pour établir un état dont la constatation est favorable. Dans le second cas, la preuve littérale d'une filiation dont la vérification est toujours scandaleuse et souvent difficile, ne peut émaner que des parents eux-mêmes; l'inscription sur les registres n'est plus que facultative, au lieu d'être le mode ordinaire de constatation.

471. Avant d'examiner ce qui concerne chacune de ces filiations, rappelons, pour n'avoir plus à revenir sur ce point, ce que nous avons dit en général (n° 446) sur les actes de l'état civil : qu'ils ne peuvent être probants qu'autant que le porteur de l'extrait [1] justifie de son identité avec la personne dénommée dans l'acte. Or, cette difficulté s'élève surtout en matière de filiation. Ceux qui contractent mariage sont généralement d'un âge assez avancé pour qu'il soit aisé de constater leur identité; des précautions spéciales sont prises en cas de décès, ainsi que nous l'avons vu; tandis qu'il est extrêmement difficile de reconnaître un enfant, après un long espace de temps. L'identité dans ce cas peut être, nous l'avons dit, prouvée par témoins. Et un arrêt de la cour de Paris du 13 floréal an XIII a jugé avec raison qu'on doit être reçu *de plano* à administrer cette preuve, puisqu'il ne s'agit que d'un simple fait. Suivant d'autres arrêts, au contraire (rej. 27 janvier 1818; Bordeaux, 25 août 1825), il faut que l'enfant qui se présente ait en sa faveur, soit un commencement de preuve par écrit, soit du moins des présomptions ou indices graves (C. civ. art. 325). On retrouve dans cette doctrine la confusion que nous avons souvent signalée entre la preuve testimoniale directe, celle du fait que telle femme est accouchée de tel enfant, et la preuve testimoniale indirecte, celle de la possession d'état. Les restrictions de l'article 325 sont tout à fait inapplicables à

[1] Nous verrons, quand nous traiterons de la preuve de preuve, que la foi de l'extrait se confond avec celle de l'acte original (C. civ. art. 45).

cette dernière nature de preuve (voy. n° 159). Or, prouver son identité avec la personne désignée dans l'acte, établir qu'on porte tel nom, qu'on a toujours passé pour être de telle famille, qu'est-ce autre chose que prouver sommairement les principaux éléments de la possession d'état (*nomen*, *fama*)? Seulement, on sera moins rigoureux pour cette vérification préalable, qui tend seulement à faire reconnaître que tel titre est applicable au réclamant, qu'on ne le serait, s'il s'agissait de se fonder uniquement sur la possession d'état pour établir la filiation. Mais, au fond, les justifications sont de la même nature, dans l'une et l'autre hypothèse[1].

472. Il est évident que cette nécessité de prouver l'identité du porteur de l'acte avec l'enfant qui y est désigné, est commune à la filiation légitime et à la filiation naturelle. La difficulté s'élèvera, à la vérité, plus rarement dans ce dernier cas, la reconnaissance étant souvent faite par un acte notarié, dont il n'est délivré expédition qu'aux parties intéressées : mais lorsqu'elle s'élèvera, l'admissibilité *de plano* de la preuve

[1] Telle est la doctrine professée par d'Aguesseau, dans son vingt-deuxième plaidoyer : « Il peut être certain, dit-il, qu'il y a eu une Marie-Claude Chamois, baptisée sous ce nom dans l'église de Saint-Gervais, fille d'Honoré Chamois et de Jacqueline Girard, sans qu'il soit assuré que celle qui paraît aujourd'hui sous ce nom, soit la même que celle qui l'a reçu autrefois, et la malice d'un imposteur pourrait être assez grande pour prendre l'extrait baptistaire aussi bien que le nom d'une personne absente.... Nous sommes néanmoins obligés de reconnaître que, quoique cette preuve ne soit pas précisément par elle-même absolument décisive, elle forme toujours une présomption violente en faveur de celui qui la produit, et tant que l'on ne pourra point représenter celui qui aurait droit de se servir de cet extrait baptistaire, tant qu'on ne peut montrer un extrait mortuaire, en un mot, tant qu'on ne peut justifier ni sa vie ni sa mort, bien loin de pouvoir accuser d'imposture celui qui se sert d'un pareil acte, il semble au contraire qu'il doit être écouté favorablement jusqu'à ce qu'on l'ait convaincu de fausseté et de supposition, en représentant celui dont il emprunte le nom. » D'Aguesseau conclut à l'admission de la preuve testimoniale de l'identité, qui a été autorisée dans l'espèce. L'hypothèse où il serait justifié du décès de la personne dénommée dans l'acte s'est présentée dans la jurisprudence moderne, et il a été jugé (rej. 5 avril 1820) qu'alors l'acte de naissance doit tomber en présence de l'acte de décès qui en détruit l'effet.

par témoins aura beaucoup plus d'importance. En effet, pour la filiation légitime, lors même qu'on se placerait sous l'empire de l'article 325 du Code civil, la difficulté serait plus théorique que pratique, les tribunaux ayant, après tout, un pouvoir discrétionnaire pour reconnaître en fait l'existence d'*indices graves*, et pour autoriser l'enquête en conséquence (voy. rej. 27 janvier 1818). Mais l'enfant naturel se trouverait dans la plus fausse position, si, porteur d'un acte de reconnaissance en bonne forme, il n'était pas admis, sans un commencement de preuve par écrit[1], à prouver son identité avec la personne dénommée dans cet acte, sous prétexte que ce commencement de preuve lui est nécessaire pour rechercher même la maternité (*ibid.* art. 345). Cette restriction ne s'applique qu'à la *recherche*, et on n'a jamais qualifié de recherche l'action par laquelle on tend simplement à se faire appliquer une reconnaissance préexistante. La question s'est présentée dans la pratique en ce qui concerne la reconnaissance de la paternité. On s'est demandé d'abord si l'identité de l'enfant naturel vis-à-vis de l'auteur de la reconnaissance[2] peut être établie au moyen de la preuve testimoniale. Cette première question a été résolue affirmativement par la cour de Bordeaux (le 18 février 1848), attendu que « si la paternité est un mystère qui n'est pas susceptible d'une démonstration positive, l'identité résulte de circonstances de fait qui tombent sous les sens, qui naturellement peuvent être prouvées par témoins. » La cour a, au contraire, résolu négativement la question de savoir si un commencement de preuve par écrit

[1] Nous avons réfuté (n° 459) l'opinion de ceux qui voient un commencement de preuve par écrit dans l'acte même dont on conteste l'application au réclamant, opinion repoussée par la cour de Bordeaux, le 19 février 1846, dans l'hypothèse même de la recherche de la maternité naturelle.

[2] En ce qui concerne l'identité de l'auteur de la reconnaissance, la rechercher, c'est virtuellement rechercher une paternité douteuse, ainsi que l'a jugé un arrêt de cassation du 18 juin 1851.

est nécessaire, « attendu que, si l'article 341 du Code civil dispose que l'enfant qui réclame sa mère, ne peut être admis à prouver son identité, que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit, cette disposition, restreinte au cas où il s'agit de la recherche de la maternité, est spéciale, et ne peut s'étendre à la question d'identité d'un enfant dont la filiation naturelle a été reconnue par son père. »

4° Filiation légitime.

473. On l'a dit avec raison, la preuve de la filiation n'emporte pas à elle seule celle de la légitimité. Deux éléments, en effet, constituent la légitimité : le mariage et la filiation. Pour être admis à justifier du second élément, à l'aide des moyens institués par la loi dans ce but, il faut commencer par établir l'existence du premier. « La filiation des enfants légitimes, » dit l'article 319 du Code civil, « se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil. » Le législateur veut dire par là que les actes rédigés sur la déclaration de tiers, actes qui ne prouvent essentiellement que le nom, le sexe et l'âge de l'enfant, prouvent de plus la filiation, lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. Il faut donc que l'enfant, qui veut constater son état au moyen de ces actes, commence par établir sa légitimité hypothétique, c'est-à-dire par démontrer qu'il existait entre ses prétendus parents un mariage, qui subsistait encore le trois-centième jour avant celui de sa naissance[1]. Si le fait de ce mariage n'était pas constant, non-seulement la légitimité ne pourrait être prouvée par l'acte, mais la filiation même ne pourrait l'être, en admettant, ce que nous supposons toujours, que l'acte ne contient pas une reconnaissance formelle

[1] Nous n'ajoutons pas que le mariage doit avoir commencé au plus tard le cent quatre-vingtième jour qui précède la naissance ; car, aux termes de l'article 314 du Code civil, l'enfant né dans les cent soixante et dix-neuf premiers jours du mariage est présumé légitime, ou plutôt légitimé, tant qu'il n'est pas désavoué par le mari.

émanée du père et de la mère (Paris, 9 mars 1851).

474. Le mariage une fois établi, l'acte de naissance devient la preuve de la filiation. Les personnes chargées par la loi de déclarer la naissance sont crues quant à la désignation des parents de l'enfant, du moins jusqu'à preuve contraire, dans notre opinion. Mais cet acte prouve-t-il la maternité seulement, sauf à en induire la paternité au moyen de la présomption légale qui donne le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage? Ou bien prouve-t-il à la fois la maternité et la paternité légitimes? Voilà la question essentielle, qu'il faut aborder préalablement, et dont la solution nous conduira facilement à celle des difficultés de détail que présente la matière.

475. Pour soutenir que l'acte de naissance prouve à la fois la paternité et la maternité, on fait remarquer qu'il doit énoncer les noms des père et mère (*ibid.* art. 57), ce qui suppose que les déclarants, qui connaissent habituellement les époux, attestent non-seulement le fait de la maternité, mais celui même de la paternité, en ce sens que, d'après la conduite de la mère, la paternité du mari ne pourrait être contestée. La mention des deux époux comme père et mère de l'enfant, est donc, dit-on, constitutive de la légitimité, en tant qu'on peut l'induire de l'acte. Si le mari est omis, le silence sur un point aussi essentiel semble bien indiquer que l'enfant n'a pas été considéré comme légitime. Or, les enfants légitimes sont les seuls dont la filiation se prouve par les actes de l'état civil (*ibid.* art. 319). Dès lors une déclaration qui ne mentionne pas le mari, se contredit, se détruit elle-même; et si elle n'établit pas sans doute l'existence d'une filiation adultérine, qu'il serait impossible de constater légalement, elle n'établit pas non plus celle d'une filiation légitime, puisque l'écrit n'a pas été rédigé suivant le vœu de la loi, et que cette circonstance suffit pour rendre la légitimité au moins douteuse. Il n'est pas permis

de scinder la foi du titre, qui doit établir tout à la fois la paternité et la maternité. Si donc le titre paraît supposer une paternité autre que celle du mari, ou bien on y ajoûtera foi, et alors on arrivera à reconnaître l'existence d'une filiation adultérine, ce qui eût été possible dans l'ancienne jurisprudence; ou bien on refusera d'y ajouter foi, le Code civil n'admettant pas la preuve de pareils faits, et alors on devra le rejeter en totalité, puisque ce n'est plus l'acte de naissance d'un enfant légitime.

Ce système de l'indivisibilité du titre n'est pas nouveau. Il a été souvent reproduit et réfuté, dans les nombreuses discussions sur les questions d'état qui ont eu lieu devant nos anciens parlements. Dès 1664, l'avocat général Talon y avait déjà répondu, que, « comme la preuve de la filiation avait été estimée par les jurisconsultes une chose presque impossible, ils avaient tous résolu qu'il suffisait à un enfant, pour se dire fils légitime, de prouver qu'il était né pendant le mariage. » Et de nombreux arrêts du parlement de Paris (Merlin, *Répert.* v° *Légitimité*, sect. II, § II) avaient sanctionné cette doctrine. Effectivement, ce qui est susceptible d'être vérifié par le témoignage des hommes, c'est l'accouchement. On ne peut arriver à la paternité que par une induction tirée de ce que la conception a eu lieu pendant le mariage, et doit être dès lors attribuée au mari, tant qu'il n'y ait désaveu. Comment pourrait-il en être autrement? Comment l'acte de naissance pourrait-il prouver directement la paternité? Quelles lumières ont les témoins de l'accouchement sur le fait de la conception? Si à Rome, où le système des preuves était si large, la déclaration de la mère elle-même ne faisait pas foi contre son enfant (*Scæv.* l. 29, § 1, ff. *de probat.*), serait-il raisonnable chez nous d'accorder plus de confiance, sur la question de paternité, au médecin, à la sage-femme, ou au simple particulier, qui se sera trouvé assister à la naissance? Tout au plus

ces personnes peuvent-elles, avoir connaissance d'un commerce adultérin. Mais vouloir conclure d'une manière absolue de l'adultère à la non paternité du mari, c'est une prétention aussi contraire à la logique qu'à l'esprit et au texte de la loi. Toutes les fois donc que les déclarants indiquent explicitement ou implicitement un autre père que le mari, ils attestent ce qu'ils n'ont pas mission d'attester, ce qu'il leur est même impossible de savoir avec certitude. Un titre est indivisible, quand il contient deux énonciations légales qui doivent se combiner. Il cesse de l'être, quand l'une des énonciations est prohibée par la loi, et doit en conséquence être réputée non avenue.

Il est vrai qu'on invoque l'article 57, qui prescrit la mention du père. Mais le même article veut qu'on mentionne les prénoms, noms, profession et domicile des témoins : énonciation qui n'est rien moins que substantielle. D'ailleurs cet article prouverait trop; car il ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle, à l'égard de laquelle il n'est nullement permis de déclarer le père. De plus, refuser toute foi à l'acte, à défaut de l'indication du père, qu'il est si facile de suppléer, lorsque la maternité est bien établie, c'est créer, contre l'intention formelle du législateur, des nullités dans les actes de l'état civil, c'est faire dépendre le sort des enfants d'une inexactitude de rédaction. L'opinion qui rejette la prétendue indivisibilité du titre, avait déjà prévalu dans l'ancien droit; alors cependant la loi ne prohibait pas, comme aujourd'hui, la constatation d'une filiation adultérine, et nous avons vu (n° 162) que Marie Aurore avait obtenu du parlement de Paris un arrêt qui la déclarait fille adultérine du maréchal de Saxe. C'est ce qui explique les décisions, peu nombreuses du reste, qui se sont attachées aux énonciations destructives de la légitimité, contenues dans l'acte de naissance. Il était tout simple qu'il fût permis de s'y attacher, puisqu'elles pouvaient faire

foi, suivant les circonstances. Néanmoins l'immense majorité des arrêts s'en est tenue à la présomption de légitimité jusqu'à désaveu. Aujourd'hui nous n'avons plus la raison de douter qui existait alors, puisque les énonciations indiquant une paternité adultérine sont repoussées par la législation actuelle. A une époque même où la subversion des principes constitutifs de la famille avait singulièrement affaibli l'honneur de la légitimité, le 19 floréal an II, la Convention nationale approuva le refus fait par un officier de l'état civil de recevoir la déclaration d'une femme qui attribuait à son enfant un autre père que le mari. Depuis est intervenu le Code civil qui a expressément prohibé, sauf le cas de désaveu, toute reconnaissance et toute recherche d'une filiation adultérine. Les déclarants n'ont donc pas à déposer sur la paternité, puisqu'ils ne sont nullement autorisés à déclarer un autre père que le mari, qui seul a qualité pour combattre la présomption légale. La désignation du père légitime de l'enfant n'est dès lors qu'une affaire de forme. Si l'omission a été involontaire, il serait par trop injuste qu'elle pût nuire à l'enfant; si, au contraire, elle se rattache à l'indication, plus ou moins explicite, d'une paternité adultérine, les déclarants ont excédé leurs pouvoirs, puisque, de simples narrateurs du fait de l'accouchement, ils se sont transformés en vérificateurs quant à la question de paternité, sur laquelle ils n'avaient aucune donnée positive.

476. Appliquons maintenant cette solution aux diverses irrégularités que peut présenter l'acte de naissance, sous le point de vue qui nous occupe.

477. Le cas le moins grave est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme, désignée par son nom de femme mariée, sans que le nom du mari lui-même ait été ajouté. Il est difficile en ce cas, même dans l'opinion contraire à la nôtre, de considérer l'acte comme nul. Bien qu'on ne se trouve pas littéralement

dans les termes de l'article 57, il faut reconnaître que le mari a été virtuellement désigné comme père, par cela seul que rien n'indique un autre père que lui, et que c'est précisément par le nom qu'elle tient du mari qu'on a désigné la mère. Nous ne pensons donc pas que cette première espèce puisse donner lieu à des doutes sérieux dans la pratique.

478. En second lieu, l'enfant peut avoir été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père inconnu. Les déclarants émettent ici des doutes sur la légitimité. Mais, lors même qu'ils auraient qualité pour émettre des doutes, on devrait toujours décider, puisqu'il n'y a que doute, que la présomption de la loi doit l'emporter. Aussi un arrêt de rejet du 19 mai 1840 a-t-il considéré en pareille circonstance l'acte comme prouvant suffisamment la légitimité, bien que la mère elle-même fût désignée d'une manière inexacte dans le titre : mais son identité n'était pas douteuse.

479. Le troisième cas est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père déterminé, autre que le mari. Ici le mariage se trouve encore attesté par l'acte de naissance même; mais on ajoute la mention positive d'une paternité adultérine. Cette mention ne pourrait avoir de force pour détruire la légitimité qu'autant que le titre serait considéré comme indivisible. Mais nous croyons avoir démontré qu'il est impossible de considérer comme un seul et unique témoignage cette déclaration complexe, que l'enfant est né de telle femme, et qu'il a tel père autre que le mari. Autant il est raisonnable d'attribuer aux témoins de l'accouchement qualité pour attester le premier point, autant il serait dangereux et arbitraire de les en croire sur le second. L'opinion qui veut rejeter l'acte dans son entier, tendrait à réduire dans l'espèce le réclamant (s'il n'a pas de possession d'état) à prouver par témoins le fait de l'accouchement, pourvu toutefois qu'il eût en sa faveur un commencement de

preuve par écrit ou des indices graves. Mais l'article 323 du Code civil ne réduit à cette dernière ressource que *l'enfant inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus*. Alors seulement on peut dire qu'il y a *défaut de titre* aux yeux de la loi. Or, celui qui est inscrit sous le nom de sa mère, n'est placé dans aucune de ces deux hypothèses; il peut donc se prévaloir de la preuve littérale de la maternité, pour arriver, à l'aide de la présomption légale, à démontrer la paternité légitime. La jurisprudence la plus récente est en ce sens. Nous citerons notamment un arrêt de la cour de Paris du 6 janvier 1834, et un arrêt de celle de Montpellier du 20 mars 1838. Les considérants dont la cour de Paris a appuyé sa décision, consacrent formellement les idées que nous avons émises; ce qui est d'autant plus remarquable que cette même cour paraissait autrefois s'attacher à l'ancienne maxime de l'indivisibilité du titre. L'arrêt commence par viser la date de la naissance et celle du mariage. Puis il ajoute : « Considérant que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; considérant que cette présomption légale, qui ne cesse d'avoir son effet que dans le cas de désaveu admis en justice, ne peut être détruite par la déclaration faite dans l'acte de naissance par un étranger, que le père de l'enfant n'est point le mari de la mère; qu'une pareille énonciation, contraire au texte de la loi, qui veut que les actes de l'état civil n'énoncent que ce qui doit être déclaré par les comparants, contraire aux mœurs, puisqu'elle attesterait l'inconduite de la mère, l'est également aux intérêts de l'enfant, auquel elle imprime un caracière d'adultérinité; considérant qu'on ne peut admettre comme vraie la déclaration contenue en l'acte dont il s'agit, sans porter atteinte à la loi, qui d'un côté prohibe la reconnaissance des enfants adultérins, et qui de l'autre interdit la recherche de la paternité, soit en faveur de l'enfant, soit contre lui. »

480. Enfin le cas le plus grave est celui où l'enfant est inscrit sous le nom de fille de sa mère. Et au point où la discussion est parvenue, peu importe qu'on ait ou non indiqué un père adultérin, puisque, suivant nous et suivant les arrêts les plus récents, cette indication doit être réputée non avenue. Mais la raison de douter se tire de ce que la filiation se présente comme une filiation naturelle, à l'égard de laquelle la désignation de la mère, faite sans son aveu, n'a aucune force. Il ne faut donc pas s'attacher, dit-on, à une désignation qui régulièrement n'aurait pas dû intervenir. La crainte d'une révélation indiscrète ne peut-elle pas amener l'infanticide, au cas d'une filiation adultérine, tout aussi bien que s'il s'agissait d'une filiation simplement naturelle? Il est facile de répondre à ces objections. Le scandale, dont on se préoccupe, ne tient pas à la déclaration de la maternité, mais à l'indication des circonstances qui font considérer cette maternité comme adultérine. Que ceux qui font la déclaration se conforment à la loi, et il n'y aura aucun danger à craindre. De deux choses l'une : ou ils savent que la mère est mariée, ou ils l'ignorent. Dans le premier cas, ils doivent désigner l'enfant sous le nom que porte sa mère comme femme mariée; car ils n'ont pas qualité pour faire planer sur sa tête le soupçon d'adultérinité. Si, au contraire, ils ignorent le mariage, ils doivent, ainsi que nous le verrons bientôt en traitant de la filiation naturelle, s'abstenir de faire connaître la mère. Dès lors la crainte de l'infanticide n'est pas fondée, puisque la mention de la mère sera honorable pour elle, ou bien sera tout à fait omise. On invoque cependant en sens contraire les décisions rendues dans la célèbre affaire *Virginie* (Paris, 15 juillet 1808; rej. 22 janvier 1811), où la réclamante a échoué, bien qu'invoquant un acte de naissance où elle était inscrite sous le nom de fille de sa prétendue mère et sous celui d'un père adulté-

rin[1]. Toutefois le premier considérant de l'arrêt de rejet se fonde sur ce que l'identité de la mère dénommée dans l'acte, avec la femme dont Virginie se prétendait fille, n'était pas établie. En l'absence de preuve de l'identité, point souverainement jugé par la cour de Paris, puisqu'il n'impliquait qu'une question de fait, la question du plus ou moins de force probante de l'acte n'avait plus d'intérêt. Quoi qu'il en soit, on peut opposer avec avantage à certains considérants de la cour de Paris et de la cour de cassation dans l'arrêt Virginie : d'abord, dans l'ancienne jurisprudence, l'arrêt la Plissonnière, rendu en 1712 par le parlement de Paris dans une espèce identique; et dans la jurisprudence moderne, les arrêts de 1834 et de 1838 (n° 479), qui consacrent formellement la doctrine, qu'on ne doit rechercher dans l'acte de naissance qu'une seule chose, la preuve que l'enfant a été conçu pendant le mariage. De plus, l'arrêt de rejet du 19 mai 1840 (n° 478) a statué sur une espèce bien voisine de celle qui nous occupe. L'enfant n'était pas inscrit, il est vrai, sous le nom de fille de sa mère, mais il l'était sous un prénom : ce qui n'a pas empêché la cour de le déclarer légitime, l'identité de la femme mariée et de la femme dénommée en l'acte étant bien établie. Nous admettrons seulement avec la cour de Paris (arrêts du 4 décembre 1820 et du 5 juillet 1843) que le fait même d'une inscription aussi irrégulière (voy. n° 167) peut être considéré comme constituant recel de la naissance, et autoriser (C. civ. art. 313) l'action en désaveu fondée sur l'impossibilité morale[2].

[1] Il est à remarquer que l'acte de naissance était du 16 pluviôse an II, et que ce ne fut que le 19 floréal suivant que la Convention déclara qu'on ne pouvait reconnaître une paternité adultérine, comme on le faisait souvent jadis : l'espèce a donc un caractère transitoire, qui en atténue singulierement l'importance.

[2] Il y avait recel bien plus caractérisé encore dans une espèce récemment jugée (rej. 4 février 1851). Un enfant que toutes les circonstances de la cause faisaient présumer adultérin, avait été inscrit sous le nom d'une femme qui n'était pas sa mère, et qui probablement même n'existait pas. On soutenait que le mari n'était pas recevable à faire rétablir sur les re-

Mais il y a loin de cette plus grande facilité de désaveu à la destruction complète de la présomption de légitimité.

481. Le système que nous combattons n'est, après tout, qu'une réaction déguisée contre les principes restrictifs du Code civil, quant à la faculté de désaveu pour le mari. Pour étendre les cas d'exception à la règle qui veut que le mari soit présumé le père de l'enfant conçu pendant le mariage, on attribue aux témoins de l'accouchement la faculté de détruire la preuve de l'état légitime, par cela seul qu'ils font plus ou moins clairement allusion à l'existence d'une paternité adultérine. Du moins, dans l'ancien droit, lorsqu'on s'attachait à la déclaration d'une paternité de cette nature, ainsi que le parlement de Paris le fit, conformément aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, le 31 mai 1745, on pouvait, sans violer aucune loi, décider qu'il y avait *impossibilité morale* de paternité, et constater authentiquement, d'après le dire des déclarants, la paternité adultérine. Aujourd'hui une décision semblable serait une double violation du Code civil, qui n'admet pas que la simple impossibilité morale puisse faire tomber la paternité, et qui permet encore moins d'attribuer à l'enfant un père autre que le mari de sa mère. Aussi en est-on réduit à prétendre que l'acte ne prouve pas même la maternité : ce qu'on n'a jamais soutenu autrefois, et ce qui est contraire à toute vraisemblance ; car quel rapport y a-t-il entre les conjectures plus ou moins exactes que font les déclarants sur le fait de la paternité, et la réalité de l'accouchement,

gistres la maternité véritable, afin de contester ensuite la légitimité de l'enfant. Si ce système, admis par le tribunal de la Seine, avait prévalu, l'enfant adultérin eût choisi ensuite le moment le plus opportun pour faire rectifier son acte de naissance et s'introduire dans la famille légitime. Mais la cour de Paris et la cour de cassation ont reconnu au mari un intérêt né et actuel à prévenir cette fraude. Elles ont ainsi implicitement reconnu à tout intéressé le droit de rechercher la maternité (n° 170).

qu'ils ont vu de leurs propres yeux? Enfin, jadis l'enfant pouvait obtenir au moins des aliments des parents adultérins qui lui étaient attribués; tandis qu'on le prive aujourd'hui de toute ressource, en déclarant qu'il n'est ni l'enfant légitime, ni l'enfant adultérin de la femme, que le bon sens, que l'évidence des faits proclament sa mère.

2° Filiation naturelle.

482. Parlons d'abord des actes qui constatent la filiation naturelle simple; puis nous dirons quelques mots de celle qui est incestueuse ou adultérine.

483. La déclaration des personnes qui, sans être fondées de pouvoir du père ou de la mère, disent avoir assisté à l'accouchement, n'a pas pour but de prouver la filiation naturelle, comme elle prouve la filiation légitime aux termes de l'article 319 du Code civil. Mais l'indication du père ou de la mère peut avoir lieu en fait, et alors on se demande si elle a quelque force.

484. On est d'accord en ce qui touche le père. Bien que les énonciations, prétendues substantielles, de l'article 57 comprennent le nom du père, sans distinguer s'il s'agit ou non d'un enfant légitime, on ne doit jamais indiquer le père naturel, lorsqu'il ne se déclare pas. En effet, le premier projet de loi sur les actes de l'état civil, présenté en l'an x, contenait un article ainsi conçu : « S'il est déclaré que l'enfant est né hors mariage, et si la mère en désigne le père, le nom du père ne sera inséré dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle qu'il a été désigné par la mère. » Mais cette disposition fut vivement combattue par le tribunat, comme tendant indirectement à faire revivre la recherche de la paternité, et le projet fut retiré. L'article fut retranché l'année suivante, lors de la rédaction définitive, et il fut dit expressément, dans les discours qui précédèrent le vote de la loi, que la mention du père dans l'article 57 n'a trait qu'à la filiation légitime. Il

ne peut y avoir de doute que dans le cas d'enlèvement, où la recherche de la paternité est admise. Mais qui garantira à l'officier civil que le fait de l'enlèvement est réel, que la personne qu'on lui désigne est bien le ravisseur de la mère, enfin que l'époque de la conception se rapporte à celle de l'enlèvement? Il vaut mieux ne rien préjuger sur ces questions délicates, en s'abstenant de toute énonciation de cette nature, jusqu'à ce que les tribunaux aient prononcé. Ainsi, dans toutes les hypothèses, la mention du père n'a aucune force probante à son égard.

485. Les opinions sont partagées en ce qui concerne la mère. Puisque la recherche de la maternité est admise, il semble que la révélation du nom de la mère n'a rien de contraire à l'esprit de la loi. Et si la mention du père a été proscrite par le législateur, aucune difficulté n'a été soulevée quant à celle de la mère, à l'égard de laquelle il n'y a pas la même incertitude. Il est d'usage, effectivement, dans la rédaction des actes de naissance, du moins à Paris, de désigner la mère, sans s'être assuré au préalable de son consentement. Il y a également des règlements de police qui ont prescrit aux propriétaires de maisons d'accouchement d'inscrire sur des registres les noms des femmes qu'ils reçoivent chez eux. De pareilles mesures ne peuvent se justifier que si l'on considère l'acte de naissance comme faisant preuve de l'accouchement pour la filiation naturelle aussi bien que pour la filiation légitime, ainsi que l'a jugé la cour de Paris le 7 juillet 1838 [1]. La jurisprudence des cours d'appel a été plus loin encore; elle a été amenée, par voie de conséquence, à appliquer les peines portées par l'article 346 du Code pénal (n° 463), au cas où il y a eu déclaration de la naissance de l'enfant sans indication

[1] Mais il ne saurait évidemment faire preuve de l'identité (n° 459), ainsi que le reconnaît le même arrêt.

du nom de la mère (Dijon, 14 août 1840; Paris, 20 avril 1843) : mais cette conséquence faisait assez ressortir tout ce qu'il y a d'exorbitant dans une pareille doctrine. La cour de cassation a jugé, au contraire, que la révélation de la maternité n'est obligatoire pour personne; que spécialement à l'égard de médecins et sages-femmes, elle constitue une violation du secret que leur impose leur profession (C. pén. art. 378), et que tout règlement tendant à provoquer cette révélation est frappé d'illégalité (rej. 16 septembre 1843, 1er juin 1844 et 18 juin 1846). Au fond, l'indication de la mère, faite sur la simple foi des déclarants, présente de graves dangers. Si la déclaration est fausse, c'est une injure adressée gratuitement à une femme honnête; si elle est vraie, en supposant que la mère ne soit pas fondée à se plaindre, n'est-il pas à craindre que l'avortement ou l'infanticide ne préviennent une révélation accablante? Au surplus, l'article 336 du Code civil, qui exige l'aveu de la mère pour que la reconnaissance du père ait effet à son égard, démontre clairement que la mère n'est point liée par une reconnaissance à laquelle elle n'a point participé; et, quoi qu'en dise Toullier (t. II, n° 486), il est difficile d'attribuer aux personnes présentes à l'accouchement une faculté qui n'appartient pas au père. Ce serait transporter dans la matière de la filiation naturelle ce qui n'a été établi qu'à raison de la faveur de la filiation légitime (cass. 28 mai 1810; Pau, 29 juillet 1844).

L'indication de la mère pourra-t-elle valoir au moins comme un commencement de preuve par écrit, ainsi qu'on l'a jugé subsidiairement (voy. notamment Paris, 19 mars 1850)? Nous avons déjà préjugé cette question, lorsque nous avons fait remarquer (n° 172) que l'extension donnée par la loi (C. civ. art. 324) à la notion du commencement de preuve par écrit, en matière de filiation légitime, n'est nullement reproduite (*ibid.* art. 341) quant à la recherche de la maternité

naturelle. La raison de différence est sensible, puisqu'il s'agit, dans le premier cas, d'un fait honorable, dont on peut emprunter la preuve à des déclarations émanées de tiers, et, dans le second, d'un fait déshonorant, qu'il n'est pas permis d'imputer à une femme, tant qu'un aveu émané d'elle ne rend pas l'imputation vraisemblable (voy. les arrêts précités de la cour de cassation et de la cour de Pau). L'utilité de la mention de la mère se borne dès lors à fournir un simple renseignement, qui peut mettre l'enfant sur la trace de son origine. Encore cette utilité est-elle bien faible, puisqu'il lui faudra toujours, pour être admis à rechercher sa mère, un commencement de preuve émané d'elle, commencement de preuve qui suppose d'ordinaire qu'il a déjà avec elle quelques relations. Nous pensons donc que la maternité, comme la paternité naturelle, ne doit pas être constatée sans l'aveu de la partie intéressée, et qu'en l'absence de cet aveu, il faut se borner à indiquer ce qui est substantiel à l'acte de naissance : l'âge, le sexe et les noms de l'enfant.

486. Le mode de preuve préconstituée consacré pour la reconnaissance volontaire de la paternité ou de la maternité naturelle, consiste, soit dans l'inscription de cette reconnaissance sur les registres de l'état civil, soit dans la rédaction d'un acte authentique, destiné à la constater (C. civ. art. 34 et 334). Cette dernière forme a été établie afin de permettre les déclarations secrètes, qui assurent le sort de l'enfant sans compromettre la réputation de ceux qui les souscrivent. Si on n'a pas été plus loin, si on n'a pas admis comme titre valable un acte sous seing privé, c'est qu'on a pensé que la reconnaissance pourrait ne pas émaner d'une volonté suffisamment libre, si la présence d'un officier public ne venait pas attester que la déclaration a été faite sérieusement, et non sous l'empire d'un entraînement passager[1].

[1] Les frais, d'ailleurs, sont trop peu considérables pour qu'on puisse

487. On ne peut considérer comme acte authentique que l'acte émané d'un officier qui, ayant qualité pour recevoir les déclarations des parties, offre les garanties dont la loi a voulu entourer la reconnaissance. Les notaires sont incontestablement dans cette catégorie. On a reconnu, lors de la discussion, qu'il en était de même des juges de paix, assistés de leurs greffiers, et cette décision, consacrée par la jurisprudence, est en harmonie avec le droit attribué à ces fonctionnaires de recevoir d'autres actes relatifs à l'état des personnes, tels que celui d'adoption (C. civ. art. 353). Et même, d'après le sens que nous avons donné (n° 395) à l'article 54 du Code de procédure, qui n'a voulu évidemment refuser au procès-verbal de conciliation que la force exécutoire, et non l'authenticité intrinsèque, une reconnaissance pourrait être valablement constatée par ce procès-verbal (Pau, 5 prairial an XIII). Il faut supposer que les parties se sont volontairement présentées au bureau de paix, puisque les causes non susceptibles de transaction sont dispensées du préliminaire (C. de proc. art. 48). Des doutes assez graves se sont pourtant élevés dans cette hypothèse, l'aveu de paternité intervenu à la suite de poursuites, même illégales, paraissant manquer de spontanéité; la cour d'Angers a, en conséquence, déclaré nulle en de pareilles circonstances une transaction portant reconnaissance de la paternité (arr. du 17 juillet 1828). Mais on peut répondre que, la recherche de la paternité n'étant plus admise, il n'est pas à craindre dans le droit actuel que la reconnaissance soit extorquée par la menace d'un procès. C'est en ce sens que la cour de cassation a déclaré valable une reconnais-

supposer qu'ils fassent reculer les parents naturels devant l'accomplissement d'un devoir : la régie de l'enregistrement ne perçoit sur les actes de reconnaissance qu'un droit fixe de cinq francs (loi du 28 avril 1816, art. 45), et ils sont enregistrés gratuitement (loi du 15 mai 1818, art. 77) quand les parents sont dans un état d'indigence notoire.

sance précédée de poursuites judiciaires (rej. 6 janvier 1808). Au surplus, il est difficile qu'il intervienne un arrêt de cassation en cette matière, les tribunaux ayant un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la spontanéité de l'aveu ; car on peut craindre un procès, même mal fondé, lorsqu'il est d'une nature aussi scandaleuse. Ce qui est évident, du reste, c'est qu'on ne devrait attribuer aucune force à la déclaration faite devant un fonctionnaire administratif (Pau, 18 juillet 1810), ni à plus forte raison, à celle qu'aurait reçue un ministre du culte (Paris, 22 avril 1833).

488. L'acte authentique ne doit pas nécessairement être spécial. Il n'est pas douteux qu'un testament ou un contrat de mariage ne puisse contenir accessoirement la reconnaissance d'un enfant naturel. Si le testament n'est pas authentique, mais seulement mystique, c'est-à-dire remis avec certaines formes, en présence de six témoins, entre les mains d'un notaire, qui en constate le dépôt par un acte de suscription (C. civ. art. 976), on pense généralement que, ces garanties équivalant à celles qu'offre le testament authentique, la reconnaissance est encore valable. Mais cette opinion n'est pas exacte, si l'acte contient seulement mention, en la forme ordinaire, que le testament a été déposé avec les solennités requises. Car rien n'indique au notaire et aux témoins cette reconnaissance, dont l'insertion dans le testament mystique peut fort bien n'avoir pas été l'œuvre d'une volonté libre. Il nous semble donc nécessaire, pour satisfaire au vœu de la loi, que l'acte de suscription contienne la mention expresse que tel enfant naturel a été reconnu par le testateur. A plus forte raison refuserons-nous tout effet sous ce rapport à un testament purement olographe. La cour de cassation avait jugé le contraire sous l'empire de la coutume de Paris, qui réputait (art. 289) *solennel* ce testament. Mais, sous l'empire du Code civil, qui ne dit rien de semblable, elle a décidé, par un arrêt de rejet du 7 mai

1833, qu'un acte de cette nature ne peut être considéré comme authentique. En effet, il y a bien date certaine; mais nous avons vu que la question n'est point là, et que le législateur a exigé comme garantie de liberté la présence d'un officier public. Or, un testament olographe offre autant de prise à l'entraînement et à la suggestion qu'un acte sous seing privé ordinaire.

489. On s'est demandé enfin si l'enfant, porteur d'un acte de reconnaissance sous seing privé, peut utilement assigner en vérification d'écriture le signataire de cet acte. Toullier (t. III, n° 951) soutient l'affirmative sans distinction, parce qu'il ne regarde pas comme impérative la disposition du Code qui exige une reconnaissance authentique; mais cette opinion paradoxale est universellement rejetée. Si l'authenticité est exigée comme garantie du libre consentement, celui qui a souscrit un acte sous seing privé récognitif de la paternité, quelque blâmable que puisse être en conscience sa conduite, peut fort bien, aux yeux de la loi, refuser purement et simplement de répondre à la demande dirigée contre lui[1]. Mais les mêmes motifs n'existent pas à l'égard de la mère: la surprise est peu à craindre lorsqu'il s'agit de faits aussi positifs que la grossesse et l'accouchement. On peut donc faire vérifier en justice l'écrit émané de la prétendue mère, et s'il est reconnu ou tenu pour reconnu, il aura indubitablement contre elle la force d'un commencement de preuve par écrit. Mais prouvera-t-il à lui seul la maternité? S'il la prouve, à quoi bon dire, en ce qui concerne la mère, qu'un acte authentique est exigé? Il faut distinguer, suivant nous, si la mère a reconnu sa signature sans faire aucune réserve, ou bien si la signature a été seulement vérifiée contre elle. Dans le premier cas, la reconnaissance est authentique, puis-

[1] La cour de cassation (rej. 16 novembre 1808) a déclaré valable la reconnaissance en justice d'un acte sous seing privé, portant reconnaissance d'enfant naturel; mais cet arrêt n'est point décisif, l'espèce étant régie par le droit intermédiaire.

qu'il y a aveu judiciaire. Dans le second cas, il y a bien commencement de preuve, mais il n'y a pas reconnaissance dans les formes légales, et il faudra d'autres preuves pour fortifier celle qui résulte de l'acte.

490. L'écrit sous seing privé, par lequel on reconnaît la paternité, peut-il au moins valoir pour autoriser l'enfant à réclamer des aliments? La négative paraît certaine, puisque les aliments ne sauraient être exigés qu'en vertu d'une qualité que l'acte est insuffisant pour établir; mais on admet assez volontiers la validité d'une promesse d'aliments faite par l'acte même à l'enfant qui aurait été ainsi reconnu. Vainement dira-t-on que la promesse n'ayant pour cause que la qualité de père, tombe avec la déclaration de paternité, à laquelle elle était intimement liée. Le fait seul que le signataire a pu considérer comme probable sa parenté avec l'enfant, suffit pour que la promesse d'aliments ne soit pas sans cause : on sait d'ailleurs combien les aliments sont toujours favorables (rej. 10 mars 1838; Bourges, 3 août 1844; Bordeaux, 5 août 1847).

491. Il nous reste à parler de la filiation incestueuse ou adultérine. Suivant une opinion émise, ainsi que nous l'avons vu, par l'orateur du tribunat, et adoptée par plusieurs cours d'appel (n° 168), il serait permis de constater une filiation de cette nature, soit afin de faire obtenir à l'enfant des aliments, soit, au contraire, afin de faire réduire les libéralités dont il aurait été l'objet. Ce système, qui tend à donner effet dans une certaine mesure à une reconnaissance prohibée par un texte formel (C. civ. art. 335), est proscrit par la jurisprudence constante de la cour de cassation (voy. les nombreux arrêts rendus en ce sens, dont le premier est du 28 juin 1835, et le dernier du 19 avril 1847). Toutefois, en ce qui touche les dons et legs, plusieurs arrêts de cette cour, conformément à une doctrine enseignée par Merlin (*Répert.* v° *Filiation*, § xx), ont établi (rej. 4 janvier 1832 et 7 décembre 1840; cass. 3 février 1841)

une distinction entre le cas où la reconnaissance et la libéralité ont eu lieu par des actes séparés, et celui où c'est un seul et même acte, notamment un testament, qui constate la filiation de l'enfant et contient une libéralité en sa faveur. Dans la première hypothèse, la cour maintient strictement le principe suivant lequel la reconnaissance est réputée non avenue, et elle valide dès lors la libéralité faite par acte séparé. Dans la seconde hypothèse, touchée du scandale que présente un don fait ostensiblement au fruit de l'adultère ou de l'inceste, elle annule la donation ou le testament, en se fondant sur un motif nouveau, sur ce que, la reconnaissance et la libéralité étant indivisibles dans l'espèce, cette dernière doit tomber comme ne reposant que sur une cause illicite (C. civ. art. 1131). Mais, ainsi qu'on l'a fait observer (M. Devilleneuve, 1846, part. I, p. 724), c'est là confondre la cause de l'obligation avec le motif. Dans une disposition à titre gratuit, la cause n'est autre que l'intention de faire une libéralité, et les tribunaux n'ont nullement le droit de scruter les motifs du disposant, comme s'il s'agissait de rechercher la cause d'un billet. C'est ainsi que la jurisprudence moderne n'hésite pas à proclamer valables les dons et legs motivés expressément sur le concubinage, même sur l'adultère ou sur l'inceste, quoiqu'il y ait une immoralité bien autrement flagrante à gratifier en quelque chose le complice qu'à assurer le sort du fruit de ces déplorables unions. D'un autre côté, il n'est point parfaitement rationnel de s'attacher uniquement à cette circonstance de fait que la reconnaissance et la libéralité se trouvent dans un seul et même acte. N'est-il pas souvent manifeste, à part cette circonstance, que le don ou le legs n'a été motivé que par la parenté? Aussi Merlin finit-il par admettre (*ibid.* § XXII) que la reconnaissance faite par acte authentique doit, dans tous les cas, assurer des aliments à l'enfant. La cour de cassation refuse d'aller aussi loin, et cependant c'est consacrer implici-

tement ce système que de refuser, ainsi que l'a fait l'arrêt de 1832, « à l'enfant adultérin ou incestueux, reconnu par acte testamentaire, la faculté de recevoir au delà des aliments que l'article 762 lui accorde. » Nous pensons que l'article 762 ne peut avoir d'application qu'au cas où la filiation adultérine ou incestueuse résulte de la force même des choses (n° 169), mais que toute reconnaissance volontaire doit être réputée non avenue. Au surplus, les variations de la jurisprudence accusent le système de la loi, qui établit des prohibitions rigoureuses, et permet en même temps de les éluder, en n'autorisant point la preuve des faits auxquels elles s'appliquent.

DEUXIÈME SECTION.

ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

492. Il semble, au premier coup d'œil, que, dans la législation actuelle, l'usage de preuves préconstituées, auxquelles le juge est obligé d'ajouter foi, doive être rejeté d'emblée en matière criminelle. En effet, l'article 342 du Code d'instruction criminelle, s'attachant uniquement à l'intime conviction, abroge formellement l'ancien système des preuves légales; et d'après une jurisprudence aujourd'hui constante (voy. un arr. de cass. du 7 février 1835), cet article, bien que placé sous la rubrique *des affaires qui doivent être soumises au jury*, est applicable à toutes les juridictions. Mais, quelque importante que soit cette disposition, il ne faut pas s'en exagérer la portée. Tout ce qui en résulte, c'est qu'en général, le juge ou le juré doit obéir aux inspirations de sa conscience, sans que sa conviction soit soumise à des règles précouçues. Cela est incontestable; mais, il faut le dire, cela est également vrai en matière civile, où l'on doit reconnaître aussi que la libre conviction du juge est la règle, et la preuve légale, l'exception. Seulement, dans les matières civiles,

où la preuve écrite et les présomptions légales se trouvent presque toujours en jeu, l'exception se rencontre si fréquemment, qu'elle semble y être la règle. Dans les matières criminelles, au contraire, où c'est la preuve testimoniale qui joue le plus grand rôle, l'instruction, pour celui qui ne l'envisage que superficiellement, semble ne laisser aucune prise à la preuve préconstituée. L'emploi de preuves légales est cependant beaucoup moins rare qu'on ne l'imagine devant les juridictions criminelles.

495. Si nous avions à nous occuper ici de la preuve du droit, il nous serait facile d'établir que les questions relatives, non pas à la constatation des faits, mais à la détermination de la catégorie légale à laquelle ils appartiennent, comme lorsqu'il s'agit de savoir si tels faits, en les supposant bien établis, constituent un *vol*, un *meurtre*, etc.; ne donnent pas lieu à une appréciation plus ou moins arbitraire, mais bien à l'application de principes rigoureux et d'une stricte logique. Nous aurions dès lors à nous demander jusqu'à quel point il convient de soumettre aux simples particuliers qui composent le jury, ainsi que paraît le faire l'article 337 du Code d'instruction, une question complexe, posée en ces termes : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel crime?* ce qui les rend juges tout à la fois de la question de fait : *Tel acte a-t-il été commis?* et de la question de droit : *Cet acte constitue-t-il un meurtre, un assassinat, etc.?* Mais cet examen nous entraînerait au delà des limites de notre sujet, qui, nous l'avons dit en commençant (n° 2), est étranger à la preuve du droit, et par conséquent aux questions de compétence qui s'y rattachent[1].

494. Pour en revenir au but de cet ouvrage, c'est-à-dire à la constatation des points de fait, il est facile de reconnaître que, même sous ce rapport, la preuve

[1] On peut consulter, sur cette théorie de la séparation du point de droit et du point de fait, l'article que nous avons publié dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, n° de mars 1843.

préconstituée se retrouve devant les tribunaux criminels, sous deux points de vue :

1° Il y a des officiers appelés à constater certaines infractions, et dont les déclarations ont un véritable caractère d'authenticité;

2° Les actes authentiques ordinaires, tels que les actes notariés, peuvent être invoqués au criminel.

495. Nous nous occuperons d'abord de l'authenticité spéciale aux matières criminelles, puis de l'application à ces matières de l'authenticité ordinaire.

PREMIÈRE DIVISION.

Actes authentiques propres aux matières criminelles; procès-verbaux [1].

496. Tous les fonctionnaires qui ont qualité pour constater des infractions à la loi pénale, peuvent dresser des actes destinés à relater exactement les faits dont ils ont été témoins, et qu'on appelle dans la pratique *procès-verbaux*. Les écrits de cette nature sont tous authentiques en ce sens qu'on ne pourrait les imiter ni les falsifier sans s'exposer aux peines portées contre le faux en écriture publique. Mais la foi qui s'attache aux actes authentiques civils, ne s'attache pas de droit commun aux procès-verbaux, qui ne sont, en thèse générale, que des documents de la cause, susceptibles d'être débattus, tout aussi bien que les témoignages oraux. Il en est toujours ainsi en matière de crimes; l'accusé, devant une cour d'assises, peut faire tomber les actes les plus réguliers dressés afin de constater le crime, quand même ces actes auraient eu pour objet de constater le flagrant délit (C. d'inst. art. 32), sans être obligé de prendre la voie de l'inscription de faux.

[1] Nous avons déjà eu occasion de citer l'ouvrage spécial de M. Mangin, sur *les procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*. Depuis la première édition de cet ouvrage, M. Faustin Hélie a développé de nouveau cette matière avec soin, dans son *Traité sur l'instruction criminelle* (t. IV, ch. VIII et suiv.).

497. Mais, en matière de police simple ou correctionnelle, on a depuis longtemps senti la nécessité d'établir des officiers, revêtus d'un caractère public, à l'effet de constater, par de véritables actes authentiques, certaines infractions, dont la fréquence tend à détruire les sources de la richesse nationale, en dégradant les forêts de l'État, en fraudant le trésor, etc. Les délits et contraventions de cette nature, connus sous le nom de *délits spéciaux*, appellent une répression toute particulière. Ils ne sont pas isolés, comme les délits ordinaires, et ils se reproduisent presque toujours systématiquement. Ceux qui les commettent, et qui en font quelquefois leur profession, recherchent la solitude, et souvent les ténèbres de la nuit, afin de se soustraire à la vigilance de l'autorité. De là une extrême difficulté pour les agents de les constater par témoins : « Il convient, » dit naïvement une ordonnance de 1402 sur les forêts, « que les sergents quièrent les malfaiteurs le « plus coyement qu'ils pèvent, et s'ils alloient querre « tesmoings, les malfaiteurs s'en pourroient aller avant « qu'ils revinssent, ni ne pèvent pas toujours mener « tesmoings pour tesmoigner leurs prinses. » Enfin, lors même que l'infraction a eu lieu en présence de témoins, il n'est pas toujours facile d'obtenir des dépositions sincères, un préjugé malheureusement trop répandu considérant comme excusable toute dépréda-tion qui ne s'attaque qu'aux intérêts collectifs de la société. Et cependant on ne saurait négliger ces intérêts, la richesse forestière, par exemple, ou bien l'exacte perception des revenus publics, sans compromettre au plus haut degré la prospérité du pays. Bien plus, souvent tel acte de dégradation fait un mal incalculable, tandis qu'il ne rapporte qu'un profit extrêmement faible à celui qui le commet. Pour protéger d'aussi graves intérêts contre les attaques incessantes de la cupidité, et quelquefois, il faut le dire, de la misère, on a dû créer des agents spéciaux.

498. La première trace d'une institution de cette nature se trouve dans l'ordonnance rendue, le 2 juin 1319, par Philippe le Bel[1], sur l'administration des forêts royales. « Ordené est que chascun sergent sera creu « par serment, des forés des prises que il sera, où il ne « charra que amende pécuniaire. » Il paraît qu'alors les déclarations des sergents se faisaient verbalement en justice, sous la foi du serment. De là la dénomination de *procès-verbal*, qui s'est maintenue, même depuis que la rédaction écrite a été exigée[2]. Cette institution a reçu plus tard de grands développements, et la faculté d'en être crus jusqu'à inscription de faux a été accordée à un assez grand nombre d'officiers. D'autres ont reçu seulement le pouvoir de dresser des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire. « Nul ne sera admis, à peine de nullité, » dit l'article 154 du Code d'instruction, « à faire preuve par témoins outre ou contre le contenu aux procès-verbaux ou rapports des officiers de police ayant reçu de la loi le pouvoir de constater les délits ou les contraventions jusqu'à inscription de faux. Quant aux procès-verbaux ou rapports faits par des agents, préposés ou officiers auxquels la loi n'a pas accordé le droit d'en être crus jusqu'à inscription de faux, ils pourront être débattus par des preuves contraires, soit écrites, soit testimoniales, si le tribunal juge à propos de les admettre. »

499. Des doutes ont été récemment émis (voy. M. Faustin Hélie, *Instr. crim.* tom. IV, § 267) sur la bonté de la législation qui investit d'un pouvoir aussi exorbitant des employés souvent fort subalternes, tels que les portiers-consignes des places de guerre. Il est

[1] Ce fut sous ce règne que le parlement devint sédentaire et que l'administration, alors intimement liée à la justice, commença à se constituer sous des formes régulières.

[2] Une ordonnance de Henri IV, en mai 1597, ordonna de ne recevoir les sergents et gardes ordinaires qu'après *qu'il serait apparu qu'ils savent lire et écrire, et non autrement.*

certain que la législation sur cette matière, composée d'une foule de lois spéciales rendues à des époques différentes, est loin d'être coordonnée d'une manière satisfaisante, et qu'il est impossible de déterminer avec précision à quels caractères on reconnaîtra si un procès-verbal fait foi jusqu'à inscription de faux ou seulement jusqu'à preuve contraire. Mais, tout en faisant des vœux pour l'amélioration et la simplification de cette législation spéciale, nous ne saurions considérer comme une pure tradition de l'ancienne jurisprudence le principe qui accorde aux procès-verbaux revêtus de certaines garanties la même foi qui s'attache aux actes notariés. Les motifs tirés de la nature fugitive des contraventions ainsi constatées (n° 497), le peu de chance d'erreur que présente généralement le caractère tout matériel des faits relatés dans les procès-verbaux, le peu d'intérêt qu'à l'agent à altérer la vérité dans son rapport, eu égard aux peines sévères auxquelles l'expose la peine du faux, ce sont là autant de graves considérations qui n'ont rien perdu de leur force dans le droit moderne. Disons-le, pour rendre hommage à la vérité, il y a moins de faux commis par les gardes forestiers que par les notaires : les procès-verbaux mensongers sont chose rare dans la pratique. Nous verrons de plus que les lois de la matière ont établi de sages précautions pour garantir la sincérité de ces actes. Les abus de cette institution sont donc peu à craindre en fait. Les heureux effets, au contraire, en sont extrêmement sensibles. La statistique atteste une diminution notable des délits spéciaux, tandis que les délits ordinaires suivent malheureusement une progression ascendante. L'affaiblissement de moyens de répression qui produisent d'aussi importants résultats, ne nous paraît donc ni suffisamment motivé, ni surtout opportun.

500. Nous parlerons d'abord des conditions exigées pour la validité des procès-verbaux et, en second lieu, de la foi qui s'y attache.

§ 1. *Conditions essentielles pour la validité des procès-verbaux.*

501. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans le détail des nombreuses formalités prescrites par les lois spéciales sur les procès-verbaux. Mais nous allons signaler les règles générales dont l'observation est requise dans ces actes, ou du moins dans presque tous ces actes, et qui servent de garantie contre les abus que pourrait entraîner l'importante prérogative attribuée à certains officiers.

502. La première condition requise pour la validité des procès-verbaux, c'est qu'ils aient été dressés par un officier public compétent. Ainsi, un arrêt de cassation du 22 avril 1820 a déclaré nul un procès-verbal dans lequel un garde champêtre avait constaté une contravention à la loi du 18 novembre 1814 sur la célébration des dimanches et fêtes : contravention qui, d'après cette loi, doit être constatée par les maires, adjoints ou commissaires de police. La compétence des gardes forestiers, agents des contributions indirectes, etc., n'embrasse, du reste, comme celle des notaires, que le territoire pour lequel ils sont institués et assermentés. Mais il est de jurisprudence constante qu'ils peuvent dresser des procès-verbaux réguliers, sans être revêtus de leur costume. Néanmoins l'agent, qui verbaliserait sans costume officiel, courrait un grave danger; car, à moins qu'il ne fût bien établi que sa qualité était connue du délinquant, s'il était en butte à quelque outrage ou à quelque voie de fait, il ne pourrait invoquer les dispositions (C. pén. art. 224 et suiv.) qui protégent le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, puisque son caractère n'aurait pas été apparent. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 23 frimaire an XIV, relativement à un commissaire de police, qui s'était trouvé par sa faute dans cette fâcheuse position.

503. Dans le silence des lois spéciales, on ne peut

étendre aux agents qui dressent les procès-verbaux, ni les motifs d'exclusion ou de reproche qui concernent les témoins, ni les motifs de récusation qui ne peuvent avoir trait qu'aux juges. La cour de cassation a donc fait une stricte, mais exacte application du droit positif, en déclarant valables des procès-verbaux dressés par le beau-frère et même par le frère des prévenus (cass. 7 novembre 1817 et 18 octobre 1822). Toutefois, suivant l'interprétation admise par les mêmes arrêts, et qu'il convient d'étendre aux autres matières spéciales, la constatation des délits forestiers n'a plus la même autorité lorsqu'elle est l'œuvre d'un agent dont la position permet de suspecter l'impartialité. « Il ne sera admis, » dit l'article 176 du Code forestier, » aucune preuve pour ou contre le contenu des procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux, à moins qu'il n'existe *une cause légale de récusation*[1] contre l'un des signataires. » En ce cas, il est possible que l'agent ait verbalisé d'une manière régulière, malgré les liens qui l'unissaient à l'inculpé, mais il n'a plus l'indépendance nécessaire pour que ses déclarations soient crues jusqu'à inscriptions de faux : son procès-verbal ne fait plus foi dès lors que jusqu'à preuve contraire.

504. Les procès-verbaux peuvent habituellement être dressés par un seul agent; ceux qui sont de nature à entraîner des condamnations d'une certaine gravité, doivent être rédigés par deux personnes. C'est ainsi que l'article 177 du Code forestier exige la signature de deux agents ou gardes, pour que l'acte puisse faire foi jusqu'à inscription de faux, si le délit peut amener une condamnation à plus de cent francs, tant pour l'amende que pour les dommages-intérêts; et il en est de même à plus forte raison (rej. 31 décembre 1819) toutes les fois qu'il s'agit d'emprisonnement. De même, la loi du

[1] C'est-à-dire de *reproche ;* car un garde forestier doit être assimilé à un témoin ou à un expert (C. de proc. art. 310), bien plutôt qu'à un juge.

5 ventôse an XII (art. 84) exige la signature de deux employés de la régie pour que les procès-verbaux en matière de contributions indirectes fassent foi jusqu'à inscription de faux. Enfin, en matière de douanes, la même autorité est accordée aux actes par lesquels deux préposés *ou autres citoyens français* (loi du 9 floréal an VII, tit. IV, art. 1) constatent les contraventions aux lois relatives aux importations, exportations et circulations prohibées, dans toute l'étendue du *rayon frontière*[1]. On voit que la répression de cette dernière nature d'infractions est considérée comme tellement urgente, qu'on investit momentanément de simples particuliers d'un caractère public, afin de pouvoir les constater officiellement.

505. Quant aux formes du procès-verbal, il convient pour en garantir la sincérité, qu'il soit écrit de la main de l'officier qui en est l'auteur. Mais la loi ne l'exige pas toujours, lors même qu'elle pose en principe, ainsi qu'elle le fait pour les gardes forestiers (C. forestier, art. 165), que l'agent doit rédiger lui-même son rapport, sauf empêchement; l'empêchement s'entend, non-seulement d'un obstacle accidentel, mais même de l'impossibilité permanente, résultant de ce que le garde ne sait pas écrire (cass. 18 juin 1829). Néanmoins on ne saurait justifier de l'empêchement en invoquant des preuves en dehors du rapport lui-même; l'impossibilité de remplir la formalité doit y être mentionnée à peine de nullité (cass. 2 octobre 1846). Dans tous les cas, le rapport doit être signé par l'agent, sauf dispense spéciale, comme celle qui est établie par le Code rural (tit. I, sect. VII, art. 6) en faveur des gardes champêtres : ces gardes, ne sachant pas toujours écrire et étant souvent hors d'état de rédiger un procès-verbal régulier, peuvent se contenter de faire leur dé-

[1] Rayon qui est de deux myriamètres, à partir de la frontière, et qui peut même être étendu par le gouvernement jusqu'à deux myriamètres et demi (loi sur les douanes du 28 avril 1816, art. 36).

claration devant le juge de paix ou devant les officiers de police désignés par l'article 11 du Code d'instruction criminelle, lesquels sont alors chargés de la rédaction du rapport.

506. Tout procès-verbal doit emporter avec lui la preuve de sa validité. Les formalités non mentionnées sont dès lors présumées avoir été omises (arr. de cass. du 29 mars 1810). Ici le législateur, ainsi qu'il le fait en général pour les actes authentiques, a mis l'officier qui voudrait prévariquer dans l'alternative de commettre un faux ou une nullité.

Il n'y avait aucun motif non plus pour distinguer entre les matières criminelles et les matières civiles, quant à la nullité des ratures, surcharges et interlignes non approuvées. L'application qui est faite de cette règle (C. d'inst. art. 78) au procès-verbal d'information dressé par le juge d'instruction, a paru si raisonnable qu'on est d'accord pour l'étendre aux procès-verbaux de toute nature. Mais la cour de cassation (cass. 23 juillet 1824) restreint avec raison au procès-verbal d'information la règle qui exige, pour les ratures et renvois, une approbation avec signature; le paraphe, qui suffit pour les actes notariés, doit suffire pour tous les cas où un texte formel n'exige pas davantage.

507. Presque tous ceux de ces actes qui font foi jusqu'à inscription de faux, sont soumis, dans un délai, qui est ordinairemet de vingt-quatre heures, à l'affirmation en justice. Cette formalité n'est que la reproduction, sous un autre nom, du serment qui autrefois (ord. de 1319) constituait à lui seul toute la solennité, la déclaration étant verbale. Aujourd'hui le serment est une garantie additionnelle, mais une garantie sérieuse; la nécessité de se présenter à bref délai devant un juge pour réitérer son témoignage, appelle l'attention de l'agent sur la gravité de la mission qui lui est confiée. Les termes qui constatent cette affirmation ne sont pas sacramentels, mais il faut qu'on puisse en

induire une prestation de serment. S'il est seulement dit que le rédacteur *persiste* dans le procès-verbal, qu'il en *confirme* le contenu, qu'il le *déclare sincère et véritable*, il y aura nullité, toujours d'après le principe qu'une formalité qui n'est pas constatée, est censée omise (rej. 29 février et 20 mars 1812). Du reste, l'affirmation est le complément du procès-verbal, et on décide avec raison (rej. 1er avril 1830) que, si la signature était nécessaire pour la validité de l'acte affirmé, l'acte d'affirmation doit être signé lui-même, à peine de nullité.

508. Dans les matières spéciales, la mention de la date du procès-verbal est exigée à peine de nullité, soit que la loi prescrive expressément cette mention, ainsi que le fait en matière de douanes la loi du 9 floréal an VII (tit. IV, art. 3), soit que la date du procès-verbal soit le point de départ du délai prescrit pour l'observation d'une formalité essentielle, comme en matière forestière, où l'affirmation doit avoir lieu *au plus tard le lendemain de la clôture* du procès-verbal (C. forest. art. 165). Mais dans les matières ordinaires, la date, bien qu'il soit toujours fort utile de ne point l'omettre, n'étant pas mentionnée par le Code d'instruction (art. 11 et 16), n'est point essentielle à la validité du procès-verbal, à la différence des matières civiles, où l'authenticité suppose la mention de la date (loi du 25 ventôse an XI, art. 12 et 68).

509. Quant à l'enregistrement, les lois spéciales n'en font expressément une condition de la validité des procès-verbaux qu'en matière de douanes, en matière forestière et de pêche fluviale. La cour de cassation appliquait d'abord cette règle à tous les procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux, et ne considérait, par conséquent, l'enregistrement comme une mesure purement fiscale qu'à l'égard des procès-verbaux qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Mais les meilleurs esprits se sont accordés pour repous-

ser cette distinction comme arbitraire. Si l'article 34 de la loi du 22 frimaire an VII, qui déclare nul l'exploit ou le procès-verbal qu'un huissier ou autre officier n'aurait pas fait enregistrer dans un certain délai, est applicable aux procès-verbaux en matière spéciale, tout procès-verbal, quelle qu'en soit la foi, est soumis à l'enregistrement, à peine de nullité. Si, au contraire, il faut resteindre cette disposition aux procès-verbaux dressés dans un intérêt privé, ainsi que paraît le décider l'article 47 de la même loi, qui défend aux juges et aux administrations de rendre aucune décision en vertu d'actes non enregistrés, *en faveur des particuliers*, il faut dire que, partout où l'enregistrement n'est pas formellement prescrit à peine de nullité, on ne doit y voir qu'une mesure purement fiscale; et c'est en ce sens que s'est définitivement prononcée la cour suprême (cass. 4 janvier 1834 et 31 mars 1848).

510. Les nullités des procès-verbaux ne doivent pas être comparées à des nullités d'exploits. Elles ne se couvrent pas par le silence des parties *in limine litis*, et on peut s'en prévaloir pour la première fois soit en appel, soit même devant la cour de cassation (cass. 25 octobre 1824). Au surplus, la question de nullité ne présente d'intérêt que lorsque la condamnation se base uniquement sur le procès-verbal. C'est ce qui arrive toujours dans certaines matières, telles que les douanes et les contributions indirectes, où, ainsi que nous l'avons vu (n° 190), le procès-verbal est la base nécessaire des poursuites. Mais, dans la plupart des cas (C. d'inst. art. 154), d'autres preuves sont admissibles, et la condamnation peut être maintenue malgré l'annulation du procès-verbal. Nul doute dès lors qu'on ne soit recevable, en général, à prouver par témoins les délits spéciaux en l'absence d'un procès-verbal régulier, comme en l'absence de tout procès-verbal. Mais faut-il excepter le cas où il y a simplement aveu de la part du prévenu? On l'a soutenu, en prétendant d'après l'ancienne juris-

prudence, que l'aveu peut établir la culpabilité, mais jamais le corps du délit. Nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons dit à cet égard, lorsqu'en traitant de l'aveu, nous avons invoqué les principes modernes sur la preuve pour repousser, avec la jurisprudence de la cour de cassation [1], cette application de l'ancienne théorie des preuves légales (n° 300). La constatation d'un corps de délit est ici moins nécessaire que partout ailleurs, en présence d'une confession formelle. Les aveux mensongers, déjà rares en matière ordinaire, sont moralement impossibles en matière fiscale, en matière forestière, etc. Les motifs extraordinaires qui ont pu quelquefois, en matière de grand criminel, amener des déclarations fausses, sont bien difficiles à supposer lorsqu'il s'agit de délits qui n'attirent pas l'attention publique, et qui ne peuvent donner lieu qu'à des peines de peu d'importance. C'est donc ici le cas d'admettre, avec les anciens docteurs, que l'aveu est la meilleure des preuves, *probatio probatissima*.

511. Il est certain que le prévenu ne peut arguer des vices de forme, lorsque c'est son propre fait qui a amené l'irrégularité dont il se plaint, par exemple, si c'est sa résistance qui a empêché de dresser un procès-verbal régulier (rej. 8 mars 1821). Mais ce qui est beaucoup plus douteux, c'est qu'on puisse considérer, ainsi qu'on le fait dans la pratique (cass. 12 juillet 1834), l'inobservation des formes, comme provenant d'une force majeure, lorsque l'officier s'est trouvé empêché de les accomplir, notamment d'affirmer dans les vingt-quatre heures, par un ordre administratif qui

[1] C'est mal à propos qu'on invoque en faveur de l'opinion opposée un arrêt de rejet du 16 avril 1835, où il est dit que l'aveu, *joint aux autres faits matériels constatés par le procès-verbal*, ne laissait point de doute sur la contravention. Cet arrêt constate que, dans l'espèce, il y avait d'autres preuves que l'aveu : ce qui ne veut pas dire que l'aveu n'eût pu suffire (voy. les arrêts cités, n° 300).

l'appelait dans un autre lieu. Sans doute, cette circonstance doit suffire pour mettre à couver sa responsabilité, puisqu'il était tenu d'obéir. Mais qu'importe au prévenu cette nécessité administrative, plus ou moins réelle, qui a exigé un déplacement immédiat de l'agent? La loi n'en a pas moins été violée à son égard. On devra donc annuler le procès-verbal, sauf la responsabilité du fonctionnaire dont les injonctions ont occasionné cette nullité.

§ 2. *Foi des procès-verbaux.*

512. Nous allons examiner d'abord ce que prouvent en général les procès-verbaux, qu'ils soient ou non susceptibles d'être combattus par la preuve contraire. Puis nous verrons ce qu'il faut entendre par cette preuve contraire, dans les cas où elle est admissible. Quant à l'inscription de faux, elle doit faire l'objet de la section suivante.

513. Le principe fondamental sur la foi des procès-verbaux, principe en harmonie avec ce qui a été établi pour l'authenticité en général, c'est qu'ils ne prouvent que les *faits matériels relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent.* Telles sont les expressions de l'article 176 du Code forestier, qu'on retrouve dans l'article 53 de la loi sur la pêche fluviale; expressions qu'a introduites dans ce Code la commission de la chambre des députés, afin de consacrer officiellement une doctrine déjà reçue dans la pratique, et commune du reste à tous les procès-verbaux : « Cet article 176 du projet, » dit dans son rapport M. Favard de Langlade, « attribue à certains procès-verbaux réguliers l'effet de faire foi jusqu'à inscription de faux des faits relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent. Cette disposition nous a semblé trop générale; elle pourrait faire croire qu'aucune preuve n'est admise contre une déclaration quelconque consignée dans un procès-verbal, tandis qu'elle ne doit s'appliquer qu'*à*

la matérialité du délit ou de la contravention. Vous sentirez, Messieurs, combien il serait dangereux d'admettre que des énonciations relatives à des injures, à des violences ou à toute autre circonstance, pussent interdire au prévenu la faculté d'administrer la preuve contraire. Pour lever toute espèce de doute sur ce point, nous proposons de dire dans l'article : *faits matériels*. Cette addition est conforme à une jurisprudence consacrée par la cour de cassation. »

Ce principe n'est pas contesté, mais il donne matière à de sérieuses difficultés dans l'application. Que faut-il entendre par *faits matériels ?*

344. Il est d'abord évident que ces faits doivent avoir directement trait au délit ou à la contravention. C'est ainsi que M. Favard de Langlade, d'accord avec une jurisprudence constante, exclut les énonciations relatives à des injures, à des violences. Ce sont là des délits communs, que l'agent n'a plus aucun pouvoir spécial pour constater.

345. Pour le délit même dont la preuve rentre dans l'exercice de ses fonctions, la *matérialité* seule se trouve légalement établie. Le rédacteur ne mérite donc confiance, ainsi qu'un notaire, que pour les faits qu'il a perçus *propriis sensibus*, et non lorsqu'il se livre à des inductions plus ou moins hasardées. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 30 mai 1834 a reconnu qu'on était reçu à prouver, sans s'inscrire en faux, l'origine française d'un cheval saisi dans le rayon-frontière, bien que les préposés affirmassent, dans leur rapport, qu'il provenait de l'étranger. C'était là une question d'identité, qui ne pouvait être résolue à la simple inspection de l'objet en litige. Une décision plus significative encore, c'est un arrêt du 1^er^ mars 1822, par lequel la même cour déclare qu'un procès-verbal, qui constate la saisie, au domicile d'un pêcheur, d'un filet prohibé, encore mouillé, ne peut établir qu'il s'en soit servi pour la pêche. Enfin, toujours dans le même esprit, la cour de

cassation refuse à un commissaire de police le pouvoir de constater que des eaux jetées sur la voie publique sont insalubres, mais elle lui permet d'établir qu'elles sont infectes ; cette dernière qualité pouvant s'apprécier directement par les sens, tandis que la seconde exige l'examen des gens de l'art (compar. les arr. du 27 août 1825 et du 17 juin 1832).

La jurisprudence, il est vrai, ne s'est pas toujours aussi strictement renfermée dans le principe que l'agent ne peut constater que les faits matériels qu'il a actuellement sous les yeux. On peut critiquer un arrêt de la même cour du 14 janvier 1830, qui admet qu'un procès-verbal peut faire foi d'un fait déjà ancien, notamment du fait que tel terrain était précédemment en nature de bois. Mais d'autres décisions nous semblent mal à propos critiquées par les auteurs qui ont écrit sur les procès-verbaux. Ces auteurs nous paraissent s'être attachés trop strictement à l'idée de *faits matériels*. Lorsqu'il s'agit de points sur lesquels les agents possèdent des connaissances spéciales, c'est avec raison, suivant nous, qu'on s'en rapporte à leur témoignage, non-seulement quant aux apparences grossières, mais même quant aux qualités moins évidentes, de nature toutefois à pouvoir être appréciées par des personnes expertes. Rien d'exorbitant dès lors à ce qu'on ne puisse, sans prendre la voie de l'inscription de faux, soutenir qu'une boisson saisie, comme étant du vin, par les employés des contributions indirectes, n'était que de l'eau jetée sur des mûres ; ou bien que la chaudière saisie chez un brasseur, comme propre à la fabrication de la bière, n'était pas réellement propre à cet usage (voy. les arr. de la cour de cassation du 21 novembre 1817 et du 15 juillet 1826). A quoi servirait, dans le système opposé, l'institution d'agents ayant des connaissances toutes particulières, si, en pareille circonstance, ils devaient se borner à constater l'existence d'un liquide de couleur rougeâtre, ou bien

d'une chaudière quelconque? On ne doit pas sortir des faits, sans doute; mais, pour que le rapport soit utile, il faut bien qu'il caractérise les faits, pourvu qu'en les caractérisant, il ne s'écarte pas des données fournies par l'expérimentation directe. Cette expérimentation, après tout, n'est pas celle du premier venu, mais celle de gens ayant des lumières spéciales (voy. aussi cass. 12 février 1847). Il en est autrement, et tout le monde est d'accord sur ce point, si l'officier n'appuie son témoignage que sur la notoriété publique. Il n'a pas qualité pour constater cette prétendue notoriété, et fût-elle constatée, ce ne serait point une preuve légale, mais une présomption vague, qu'il serait permis de combattre par tous les moyens possibles.

546. On se demande enfin si l'on peut faire rentrer dans les faits matériels les aveux et déclarations des prévenus. Des auteurs graves (M. F. Hélie, § 285) soutiennent la négative. Ils pensent que les faits externes, qui laissent des traces sensibles, peuvent seuls être établis de cette manière, à l'exclusion des aveux, qui, ne laissant aucune trace de cette nature, tendent à prouver le délit, mais ne le constituent point. Néanmoins la jurisprudence de la cour de cassation (voy. notamment un arrêt rendu, chambres réunies, le 6 août 1834) s'est prononcée dans le sens de l'affirmative, qui nous semble plus fondée. La restriction de la foi de l'acte aux faits matériels a pour but de repousser des inductions puisées ailleurs que dans l'expérience personnelle du fonctionnaire, mais non de borner l'autorité de ce fonctionnaire à quelques-uns seulement des faits qu'il perçoit dans l'exercice de ses fonctions. « On doit entendre par faits matériels, » dit fort bien M. Mangin (*Procès-verbaux*, n° 32), « tous ceux qui frappent les organes; or, comment établir une distinction entre les faits qui frappent tel organe des employés plutôt que tel autre, et ne pas ajouter foi à ce qu'ils disent aussi bien qu'à ce qu'ils disent

avoir vu? » Seulement, il ne faut pas oublier que l'aveu du délit n'est pas le délit même, et qu'on sera toujours reçu à établir que cet aveu n'a été que le résultat de la surprise ou de l'erreur. Aussi est-ce bien mal à propos qu'on a signalé comme une inconséquence dans la doctrine de la cour suprême, la règle posée par un arrêt de cassation du 30 juillet 1835, suivant lequel la réalité seule de l'aveu est établie jusqu'à inscription de faux, la sincérité pouvant toujours en être débattue par la preuve contraire. Ce n'est là que l'application pure et simple des principes élémentaires sur l'authenticité, la constatation légale ne portant jamais que sur les faits dont l'officier public a personnellement connaissance.

517. Il nous reste maintenant à examiner quelles sont les preuves que l'on peut administrer contre les procès-verbaux qui ne font pas foi jusqu'à inscription de faux. La difficulté ne paraît pas sérieuse au premier coup d'œil. Habituellement, toutes les fois que tel ou tel document, tel ou tel témoignage admet la preuve contraire, cette preuve, si on ne se trouve pas dans un cas d'exclusion de la preuve testimoniale, peut se faire par tous les moyens propres à convaincre l'esprit du juge. La justification de la non-culpabilité du prévenu n'est donc soumise, de droit commun, à aucune condition restrictive. Sans doute, on le décide avec raison, la simple dénégation du prévenu ne doit pas être considérée comme une preuve contraire. De même, pas plus ici qu'ailleurs, la conviction du juge ne saurait se former d'après des éléments pris en dehors des débats. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et s'attacher à ces expressions de l'article 154 du Code d'instruction : « Ils pourront être débattus par des preuves contraires, *soit écrites*, *soit testimoniales*, si le tribunal juge à propos de les admettre? » Nous avions pensé d'abord, avec plusieurs auteurs, qu'en signalant la preuve écrite et la preuve testimoniale, cette disposi-

tion n'était point limitative, et devait s'entendre de toute espèce de preuve, comme l'article 46 du Code civil et bien d'autres articles de nos lois, qui, en permettant de prouver tant par titres que par témoins, n'entendent point exclure les preuves d'une autre nature. Mais, en y réfléchissant plus mûrement, nous avons reconnu, avec la jurisprudence de la cour de cassation et avec les auteurs spéciaux, qu'ici le procès-verbal a le caractère d'une preuve légale, susceptible seulement d'être combattue par des moyens déterminés, dont l'appréciation échappe à l'arbitraire du juge. On ne saurait donc invoquer le droit commun qui, comme nous le verrons, met les présomptions sur la même ligne que la preuve testimoniale, et qui considère les tribunaux de police comme une sorte de jury quant à l'appréciation des faits. Il est dans l'esprit de la législature spéciale de ne s'attacher ni aux dénégations du prévenu, ni à la notoriété publique, ni aux notions personnelles (voy. n° 71) que pourrait avoir le juge (cour de cass. arr. des 15 juillet 1820, 17 décembre 1824, 24 juillet 1835 et 9 août 1838); et en général, de ne faire entrer en ligne de compte aucune présomption [1]. Néanmoins la jurisprudence, en écartant de simples renseignements ou certificats, admet comme preuve contraire légale le rapport d'experts dûment assermentés et la visite des lieux régulièrement opérée par le juge. Ce sont là des témoignages *lato sensu* (arr. du 9 décembre 1833 et du 1^er^ juin 1844).

318. L'article 154 ajoute, en parlant des preuves contraires, *si le tribunal juge à propos de les admettre.* Boitard (Inst. crim. comment. sur cet art.) paraît induire de là que l'on accorde ici plus spécialement au

[1] On invoque souvent dans ce sens un arrêt de cassation du 5 janvier 1810, d'où il résulterait qu'une présomption de droit ne peut être détruite par des présomptions simples. Cette doctrine, dans sa généralité, est erronée, mais, quoiqu'il en soit, cet arrêt est étranger à l'interprétation de l'article 154 du Code d'instruction, puisqu'il statue sur une espèce régie par le droit intérieur.

juge un pouvoir indéfini pour admettre ou rejeter ces preuves. Mais on n'entend ce pouvoir dans la pratique, (arr. du 17 février et du 23 septembre 1837) en ce point parfaitement d'accord avec la théorie, que de la faculté de rejeter une preuve frustatoire, c'est-à-dire l'allégation de faits qui ne seraient pas concluants (n° 52), absolument comme en matière civile (C. de proc. art. 253 et 254). Il n'y a donc là rien d'arbitraire ni d'exceptionnel. On a voulu seulement empêcher la chicane déterniser les procès les plus simples, en sollicitant l'admission d'enquêtes complétement inutiles, mais qu'il serait impossible au tribunal de refuser.

DEUXIÈME DIVISION.

Foi des actes authentiques ordinaires devant les tribunaux criminels.

519. La foi des actes authentiques, rédigés en la forme ordinaire par les notaires ou par tous autres officiers publics, est évidemment la même au criminel qu'au civil. Et en effet, le Code d'instruction (art. 458) trace la marche à suivre, lorsque, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est arguée de faux : ce qui montre bien que l'inscription de faux est nécessaire en matière criminelle, lorsqu'on attaque un acte authentique. Sans doute, les points qui exigent le plus souvent une vérification de titres, tels que ceux relatifs aux propriétés immobilières, doivent être, ainsi que nous l'avons reconnu (n° 180), renvoyés aux tribunaux civils. Mais, dans une foule de circonstances, des actes authentiques peuvent être produits incidemment devant les juridictions criminelles, qui doivent se décider d'après leur autorité, tant qu'il n'y ait inscription de faux.

520. Nous devons reproduire ici l'observation importante que nous avons faite sur le caractère restreint de la foi qui s'attache à l'authenticité. Elle n'a lieu que

dans les limites de la compétence de l'officier qui instrumente. Aussi le fait direct de l'infraction à la loi pénale sera-t-il rarement constaté par un fonctionnaire de l'ordre civil, tel qu'un notaire. Ce fonctionnaire n'aura habituellement aucune qualité pour dresser acte d'un délit, pas plus qu'un garde forestier n'aurait qualité pour rédiger un procès-verbal destiné à prouver une transaction sur l'action civile. Seulement un notaire pourrait être appelé à donner l'authenticité à un aveu ; mais alors ce qu'il attesterait *visu et auditu*, ce ne serait pas le délit, mais l'aveu du délit; aveu dont on peut contester la sincérité et la force sans prendre la voie de l'inscription de faux (n° 516). Quelquefois cependant une infraction pourra se trouver directement et officiellement établie par des actes notariés, notamment, par ceux qui constateraient des prêts usuraires. Quelque blâmable que fût le notaire qui aurait prêté son ministère à de pareilles conventions, il en aurait néanmoins dressé acte dans l'exercice de ses fonctions, et il y aurait lieu dès lors à l'application de la loi du 3 septembrs 1807, à moins qu'on ne prouvât la fausseté du titre. Mais, le plus ordinairement, les actes authentiques serviront seulement à établir des circonstances de nature à augmenter ou à diminuer la peine ; c'est ainsi qu'on prouvera par les actes de naissance l'âge de l'accusé ou celui de la victime, quand l'âge pourra influer sur la gravité du délit ou sur la nature de la condamnation.

521. Les greffiers des tribunaux criminels ont évidemment qualité [1] pour constater, comme ceux des tribunaux civils, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Le procès-verbal de la séance d'une

[1] Le greffier n'a-t-il pas exclusivement qualité? Peut-on, comme l'a fait un arrêt de rejet du 30 novembre 1824, valider un procès-verbal qui constate, non qu'une formalité a été accomplie, à la connaissance de l'officier rédacteur, mais que, *selon la pleine et ferme croyance du président*, elle a dû l'être?

cour d'assises (C. d'instr. art. 372) fait donc foi jusqu'à inscription de faux. Bien plus, aucune preuve testimoniale n'est admissible pour suppléer à cette constatation. Toute formalité dont l'existence n'est pas mentionnée, est présumée par cela seul n'avoir pas été accomplie, sans qu'aucune preuve contraire puisse être reçue (voy. notamment rej. 30 juin 1838 et 12 décembre 1840; cass. 11 septembre 1845). Ici encore l'authenticité ne peut s'attacher qu'aux faits dont l'officier a été lui-même témoin. Ainsi, l'âge d'un témoin ne peut être établi à l'aide de ce procès-verbal. L'authencité ne peut s'attacher davantage aux points que le greffier n'a pas qualité pour constater. Ainsi, la mention que telle chose a été faite *conformément à tel article du Code d'instruction criminelle*, ne peut être considérée que comme un renvoi fait à l'article par le rédacteur du procès-verbal, mais nullement comme la preuve que tout s'est passé conformément aux dispositions de la loi.

522. Il s'élève une question fort grave sur l'autorité du procès-verbal d'un crime ou d'un délit commis à l'audience, dressé par le greffier d'un tribunal criminel ou même civil (*ibid.*, art. 508). Ce procès-verbal prouve-t-il le crime ou le délit jusqu'à inscription de faux, bien qu'aucun texte ne le mette au nombre des documents auxquels est attribuée cette autorité? Merlin a soutenu l'affirmative, dans une affaire soumise à la cour de cassation, le 31 décembre 1812. Il a prétendu qu'on devait accorder la foi la plus entière au procès-verbal dressé par le greffier d'une cour d'assises, d'où il résultait que les magistrats avaient été insultés dans l'exercice de leurs fonctions. L'espèce était favorable, puisque les juridictions supérieures, telles que les cours d'assises, ont qualité, en pareille hypothèse, pour juger sans désemparer, lors même qu'il s'agirait d'un crime (*ibid.* art. 506). Dès lors, dit-on, la cour avait au moins qualité pour constater les faits, puisqu'elle aurait pu frapper immédiatement l'accusé de la peine

légale. Mais autre chose est une vérification publique, à l'aide d'un débat contradictoire; autre chose est la simple rédaction d'un procès-verbal, que les parties intéressées ne sont pas appelées à contrôler. Remarquons qu'il peut s'agir de crimes, et qu'une condamnation capitale serait ainsi forcément encourue, sans que l'accusé eût été mis en demeure de s'expliquer sur les faits; car, si le procès-verbal faisait foi jusqu'à inscription de faux, la juridiction saisie de l'affaire n'aurait plus qu'à appliquer la peine, et la prétendue modération de la cour d'assises aboutirait à priver, en définitive, l'accusé de la faculté de se défendre, sans prendre la voie périlleuse de l'inscription de faux. Aussi la cour de cassation n'a-t-elle pas admis la doctrine de Merlin; elle n'a considéré le procès-verbal dans l'espèce que comme faisant foi jusqu'à preuve contraire. Ce n'est que lorsque le rédacteur agit tout à fait en qualité de greffier, lorsqu'il constate les opérations du tribunal auquel il est attaché, que l'authenticité la plus complète doit s'attacher à son témoignage. Cette solution est, du reste, parfaitement raisonnable. Le greffier n'a pas la même certitude de l'existence d'un délit qui se passe peut-être à l'extrémité de la salle d'audience, que de l'accomplissement des formalités qui ont lieu sous ses yeux à la barre du tribunal.

525. Il nous reste à examiner une grave question de compétence, en ce qui touche l'examen des actes authentiques, produits devant une cour d'assises. Est-ce aux magistrats ou bien au jury qu'il convient d'en attribuer la connaissance? Bien qu'il ne s'agisse que d'établir un fait à l'aide de ces pièces, il faut avouer que le jury n'est guère apte à la vérification des preuves légales, dont la validité est subordonnée à l'existence de conditions toutes techniques, et que sa véritable mission consiste à discuter les témoignages et documents sur lesquels on peut se former une conviction, indépendamment de tout principe de droit. De là la

théorie professée par M. Rauter (*Traité de droit criminel*, n° 777), suivant laquelle le jury ne serait appelé à connaître que des éléments matériels de l'accusation, à l'exclusion des preuves préconstituées. Mais cette distinction ne saurait se soutenir en présence de l'article 341 du Code d'instruction, qui prescrit la remise aux jurés des procès-verbaux et des pièces en général : preuve évidente qu'ils sont appelés à apprécier même des actes authentiques. La scission d'ailleurs serait presque toujours impraticable, les pièces et les témoignages concourant à opérer la conviction, de manière à former un ensemble moralement indivisible. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les questions préjudicielles qui touchent au droit civil, seront de la compétence exclusive de la cour. C'est ainsi qu'une jurisprudence aujourd'hui constante (cass. 30 juin 1831) admet que les magistrats seuls ont qualité pour décider, dans les questions de faux, si le faux a été ou non commis en écriture publique. Cette jurisprudence est contestable sans doute en présence de l'article 337 du Code d'instruction, qui paraît s'en remettre purement et simplement au jury sur la question de savoir « si l'accusé est coupable de tel crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation. » Mais, en supposant que l'impossibilité où se trouve le jury de statuer sur des questions de pur droit doive faire détacher de sa juridiction les questions de droit préjudicielles, il ne s'ensuit nullement qu'en général les actes doivent être appréciés par la cour, et les témoignages par le jury. La question principale doit toujours être décidée par le jury seul, à l'aide de tous les documents de la cause. Quant aux questions civiles préjudicielles, de quelque manière que s'administre la preuve des points qui s'y rattachent[1], elles seront de la compétence des magistrats.

[1] Ainsi, un arrêt de rejet du 22 septembre 1821 a jugé qu'il n'appar-

TROISIÈME SECTION.

MARCHE A SUIVRE POUR FAIRE TOMBER L'AUTHENTICITÉ ; INSCRIPTION DE FAUX.

524. La foi qui s'attache à l'authenticité, et même à l'apparence de l'authenticité, n'est pas susceptible d'être détruite par la simple administration de la preuve contraire ; la fausseté de l'acte attaqué doit être spécialement établie.

525. Le faux, qui a constitué de tout temps un véritable crime[1], peut donner lieu à des poursuites criminelles, aussi bien qu'à une action purement civile. La faculté accordée aux particuliers, dans notre plus ancienne jurisprudence, de poursuivre eux-mêmes, ainsi qu'ils le faisaient à Rome, les accusations qui les concernaient, a laissé plus d'une trace en cette matière. Les expressions de *faux principal* et de *faux incident*, ainsi que la formalité même de l'inscription, n'ont pas d'autre origine.

526. L'article 1319 du Code civil appelle *plainte en faux principal* la poursuite du faux devant les tribunaux criminels. Le Code de procédure appelle, au contraire, *faux incident civil* (part. I, liv. II, tit. XII), l'attaque dirigée au civil contre l'acte, abstraction faite de toutes poursuites contre ceux qui l'auraient fabriqué ou falsifié. Il peut y avoir aussi faux incident criminel, si, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est arguée de faux (C. d'inst. art. 458). La distinction de ces deux espèces de faux incident se conçoit parfaitement ; mais, ce qui est moins facile à

tient qu'à la cour de décider si des pièces de soixante-quinze centimes sont des monnaies d'argent ou de billon : question qui n'est nullement susceptible de se résoudre au moyen de la preuve littérale.

[1] Ce crime était considéré autrefois comme si odieux, qu'il n'était pas compris dans les abolitions générales accordées par les princes à l'occasion de grands événements, tels que leur avénement au trône ou leur mariage (voy. Farinacius, quest. 150). Beaucoup d'anciens auteurs regardaient, en effet, le faux comme plus grave que le meurtre.

comprendre, c'est l'expression de faux *principal*, appliquée comme elle l'est ici. Car quel rapport y a-t-il entre l'idée de faux principal et celle de poursuites criminelles pour faux? On dit qu'une action est principale ou incidente, suivant qu'elle se présente comme le but spécial d'un procès, ou comme un épisode qui vient se rattacher à un procès préexistant. Ainsi, la garantie réclamée par l'acheteur contre le vendeur est principale, lorsqu'elle est poursuivie directement, et incidente, lorsqu'elle est invoquée dans le cours d'un procès dirigé contre l'acheteur par des tiers. Mais, dans l'un et l'autre cas, le but de l'action est le même, les conclusions sont identiques. Rien de pareil dans le faux principal comparé au faux incident. La première de ces poursuites tend à punir un crime; la seconde à obtenir satisfaction pour des intérêts purement privés. Sans doute, l'action civile peut s'intenter en matière de faux comme en toute autre matière criminelle, devant les mêmes juges que l'action publique (C. d'inst. art. 3); et alors les mêmes conclusions qu'on aurait pu porter à la barre des tribunaux civils, seront présentées devant la cour d'assises. Mais c'est là une circonstance tout à fait accidentelle, en ce qui concerne la poursuite du faux. L'action du ministère public, tendant à l'application de la peine, qui est la seule essentielle, s'exerce indépendamment de toute intervention des intéressés. Or, peut-on raisonnablement qualifier cette action de principale, comme si les mêmes conclusions pouvaient jamais se présenter incidemment devant les tribunaux civils?

Les expressions de faux principal et de faux incident ne peuvent se comprendre qu'autant que l'on se reporte à l'ancien système des accusations privées, emprunté aux Romains. Dans ce système, la partie lésée pouvait, à son choix, agir devant les tribunaux criminels ou devant les tribunaux civils (Diocl. et Maxim. l. 16, Cod. *ad leg. Corn. de fals.*). Lorsqu'elle saisis-

sait la juridiction criminelle, non-seulement de la demande en indemnité, mais de l'application de la peine, c'était toujours une réparation qu'elle demandait, car, dans ce système, la peine était une satisfaction accordée aux intérêts privés; mais cette réparation était poursuivie par action principale, tandis que, devant la juridiction civile, la question ne se présentait d'ordinaire qu'incidemment, à l'occasion d'une affaire où était produite la pièce arguée de faux.

Telle est l'origine de la confusion qui s'est introduite dans la pratique entre l'idée de faux principal et celle de faux criminel. Et lors même qu'un ministère public eut été institué pour poursuivre les crimes au nom de la société, cette confusion se maintint encore, parce que, si le ministère public avait le droit d'agir seul, il n'en était pas moins vrai que, dans le cas de jonction de la partie publique à la partie civile, la partie civile était toujours préférée à la partie publique pour la poursuite de l'accusation (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tome III, page 71). Mais, aujourd'hui que l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, on sent combien l'expression de faux principal, employée dans le sens de faux criminel, est inexacte.

527. Il suffirait que cette observation eût un intérêt de doctrine pour qu'il ne fût pas inutile de rectifier les idées sur ce point. Mais l'erreur de ceux qui font la confusion que nous venons de signaler, n'est pas purement spéculative; elle a de fâcheuses conséquences dans la pratique, puisqu'elle conduit à décider que le faux civil ne peut être qu'incident. On fait remarquer, à l'appui de cette opinion, que le titre du Code de procédure, où il est question du faux, est intitulé : *Du faux incident civil*, et que les dispositions de ce Code (art. 214 et 215), supposent évidemment une poursuite principale sur laquelle vient s'enter la procédure accessoire, tendant à la suppression de la pièce

suspecte. Dans ce système, quelque intérêt que j'eusse à établir aujourd'hui la fausseté d'une pièce qu'on se propose de faire valoir contre moi, fausseté qu'il me sera peut-être impossible de démontrer plus tard, je ne serais pas reçu à l'attaquer au civil par action principale. Cette impossibilité d'intenter au civil une action principale pour faux pouvait se concevoir jadis, lorsque la partie lésée avait qualité pour poursuivre l'accusation au criminel. Mais aujourd'hui, elle ne peut plus que se joindre éventuellement à la partie publique, dont elle n'est pas libre de diriger la marche. Il serait donc souverainement injuste de lui enlever, dans ce cas, l'option que lui donne en général le Code d'instruction (art. 3) entre les deux juridictions, puisque l'une de ces juridictions peut fort bien ne pas lui être accessible. D'ailleurs il suffit pour démontrer que l'article 214 du Code de procédure n'est pas restrictif, de poser une hypothèse, où, malgré les termes de cet article, l'action principale en faux doit être reçue au civil. Or, il en est ainsi incontestablement, lorsque l'auteur du faux est mort, et que les poursuites criminelles sont en conséquence devenues impossibles, tout le monde reconnaît alors que les parties intéressées peuvent agir civilement contre les héritiers, pour leur demander la suppression de la pièce (C. d'inst. art. 2). Il peut donc être permis de s'inscrire en faux, sans qu'il y ait une instance préalablement engagée. Si on l'admet dans un cas, pourquoi ne l'admettrait-on pas également toutes les fois qu'il y a intérêt à intenter ainsi une action principale ? On présente généralement l'opinion contraire à la nôtre comme consacrée par la jurisprudence : ce qui serait assez extraordinaire en présence des arrêts qui admettent, ainsi que nous l'avons vu (nos 205 et 206), des *enquêtes d'examen à futur* et des expertises *in futurum*. Mais, dans les espèces où a été écartée la demande en faux principal, cette demande ne tendait pas à prévenir une contestation future, mais à revenir sur

une contestation passée. On a donc parfaitement jugé en écartant dans de pareilles hypothèses une voie tendant à attaquer l'autorité de la chose jugée (cass. 25 juin 1845; Paris, 17 décembre 1808; Colmar, 17 mai 1816). Ce n'est point là obliger la partie qui se plaint du faux, à intenter une procédure criminelle : ce qui serait opposé à l'esprit et à la lettre de la législation moderne. La cour de cassation déclare, au contraire, par l'arrêt du 25 juin 1845, que, « suivant l'article 3 du Code d'instruction criminelle, l'action en réparation du dommage causé par un crime ou par un délit, peut être poursuivie devant les tribunaux civils [1], mais que cette action ne peut pas consister uniquement à faire constater le crime ou le délit par les tribunaux civils; qu'il faut encore que cette demande à fin de constatation judiciaire du crime ou du délit, soit incidente à une action en réparation du dommage qui en résulte. » L'action en faux principal est donc admissible au civil, pourvu qu'elle soit convenablement formulée.

528. Un second vestige du système des accusations privées en cette matière, c'est l'*inscription* même de faux, qui rappelle la procédure criminelle des Romains. L'accusateur à Rome (Paul. l. 3, ff. *de accusat.*) était obligé de se présenter devant le préteur ou le président de la province, et d'inscrire, avec certaines formes solennelles, son nom, celui de l'accusé, et les circonstances du crime qu'il se faisait fort de prouver : inscription qui entraînait pour lui la peine du talion, si son accusation était jugée calomnieuse. Ce qu'il y a de singulier, c'est qu'à Rome la nécessité de l'inscription fut abolie précisément en matière de faux. *Quamvis inscriptionis necessitas accusatori de falso remissa sit,* dit Gratien (l. 2, Cod. Théod. *ad leg. Corn. de fals.*),

[1] Il faut remarquer, en effet, que le faux criminel n'est pas régi par les mêmes principes que le faux civil, et que telles circonstances peuvent détruire la culpabilité, qui n'influeraient en rien sur le droit à réclamer une indemnité, et surtout à faire supprimer la pièce.

pœna tamen accusatorem etiam sine solemnibus occupat. En France, au contraire, l'inscription fut admise spécialement pour le crime de faux, et cette inscription exposait également, dans l'origine, à la peine du talion l'accusateur qui était obligé, en conséquence, de se constituer prisonnier. Cette rigueur avait cessé au XVI^e^ siècle, ainsi que nous l'apprend le président Favre (*ad leg. Corn. de fals.* def. 9) : « Jampridem vetus « illa judiciorum consuetudo, quæ induxerat, ut quis- « quis falsi accusationem criminaliter instituere vellet, « non aliter audiretur quam si, solemnis inscriptionis « tempore, seipsum carceribus manciparet, nam et ta- « lionis pœna quæ hujus solemnitatis necessitatem in- « duxisse videbatur, in usu esse desiit : solentque qui « in hujus modi accusatione succumbunt, gravissimis « quidem pœnis subjici, sed tamen longe mitioribus « quam si falsum admisissent. » L'inscription ne paraît pas d'ailleurs avoir jamais été imposée à la partie publique, qui n'était pas responsable envers l'accusé. Mais elle demeura imposée à la partie civile, qui, encore au XVI^e^ siècle, à ce que nous apprend toujours le président Favre, était obligée de prendre la voie criminelle : « Eo perventum est, ut de falso neque agi, ne- « que excipi civiliter possit, sed criminalem accusa- « tionem instituere necesse sit. » Cette dernière exigence tomba elle-même en désuétude ; mais la procédure de faux conserva toujours un caractère criminel, même lorsqu'elle était suivie devant les tribunaux civils. Ainsi, il n'est pas question du faux dans l'ordonnance de 1667, mais seulement dans l'ordonnance criminelle de 1670 (titre 9), sous cette singulière rubrique : *du crime de faux, tant principal qu'incident.* Les règles sur le faux civil ne furent dégagées et traitées spécialement que dans l'ordonnance de 1737 sur le faux, œuvre remarquable du chancelier d'Aguesseau, qui a passé en grande partie dans le Code de procédure. Cette ordonnance dispensa la partie civile de s'inscrire en faux en

matière criminelle (voy. tit. I, art. 1); tandis que l'inscription fut maintenue, on ne sait trop pour quelle raison, en matière civile, où cette formalité est encore exigée aujourd'hui.

529. Voyons maintenant quelle influence peut exercer sur l'exécution de l'acte, la procédure de faux, soit civile, soit criminelle. Faut-il attendre, pour arrêter cette exécution, qu'un jugement définitif ait déclaré la pièce fausse? On croit d'ordinaire que l'affirmative était admise à Rome d'une manière absolue. Tel n'est pourtant pas le sens du rescrit d'Alexandre Sévère, qui forme la loi 2, au Code, *ad legem Corneliam de falsis* : « Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis « declaratum est, quum, morandæ solutionis gratia, a « debitore falsi crimen objicitur, nihilominus, salva exe- « cutione criminis, debitorem ad solutionem compelli « oportere.» Ce rescrit établit évidemment une règle exceptionnelle pour le cas où l'allégation de faux semblerait dictée par la mauvaise foi : d'où il semble résulter qu'en principe, au contraire, cette allégation, si elle paraissait fondée, pourrait arrêter l'exécution. Et il en était de même dans notre ancienne jurisprudence française, si nous nous en rapportons au témoignage de Serpillon, qui a publié un ouvrage spécial sur le faux. Suivant cet auteur (sur l'art. 29 du titre II de l'ord. de 1737), « le juge peut ordonner que, par provision, l'acte contre lequel l'inscription de faux est formée, sera exécuté à caution. » Ce n'est donc pas une innovation que la disposition de l'article 1319 du Code civil, d'après laquelle « en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. » Et si nos tribunaux peuvent suspendre provisoirement l'exécution, ils peuvent, à plus forte raison, comme jadis, ordonner l'exécution moyennant caution[1]. Remarquons d'ailleurs que ce qui est dit du

[1] L'inscription de faux ne suffisant pas pour suspendre l'exécution,

faux incident, doit s'entendre, suivant nous, de tout faux civil, lors même que l'on aurait intenté une action principale pour le faire constater.

350. Que veut donc dire Pothier, lorsqu'il décide (*Oblig.* n° 735) que les actes authentiques font foi par provision, jusqu'à ce que l'inscription de faux ait été jugée? Rien autre chose, si ce n'est que l'autorité de l'acte ne tombe jamais de droit, tant qu'il n'y a pas eu de condamnation pour faux; mais il n'entend pas pour cela nier le pouvoir discrétionnaire du juge. Quant à la suspension forcée, elle n'avait jamais lieu, ni dans l'ancienne jurisprudence, ni sous l'empire de la législation intermédiaire (loi du 6 octobre 1791, tit. I, sect. II, art. 13), quelque avancée que fût l'instruction du faux. L'innovation de la loi sur le notariat (art. 19), reproduite par le Code civil, consiste à prononcer cette suspension à une certaine époque de la procédure criminelle; car la procédure civile n'entraîne jamais qu'une suspension facultative. « En cas de plaintes en faux principal, » dit l'article 1319 de ce Code, « l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation. » L'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, après une procédure préparatoire déjà assez compliquée, offre assez de garanties pour que l'écrit puisse, à partir de cette époque, être considéré comme légalement suspect.

351. Gardons-nous, du reste, de confondre la suspension de la foi de l'acte avec la simple suspension de sa force extrinsèque, de l'*exequatur*. Lorsqu'un débiteur, se disant malheureux et de bonne foi, demande qu'il soit sursis aux poursuites dirigées contre lui (*ibid.* art. 1244), ou lorsqu'une personne, sous le coup d'une expropriation forcée, se fait autoriser à en arrêter l'effet, en offrant de satisfaire au payement intégral de la dette, au moyen de la délégation d'une

il ne faut pas prendre à la lettre ce que disent nos lois, qu'un acte fait foi *jusqu'à inscription de faux*.

année de revenus (*ibid.* art. 2212); ni dans l'une, ni dans l'autre de ces hypothèses, la foi intrinsèque de l'acte n'est en jeu, mais on invoque des considérations d'équité pour en faire cesser la force exécutoire. De pareils cas de suspension sont donc tout à fait étrangers à la matière des preuves. Ils ne peuvent s'appliquer qu'aux actes susceptibles d'exécution forcée, dont il s'agit d'arrêter les rigueurs, la foi de l'authenticité demeurant entière. L'effet des poursuites de faux, au contraire, est précisément de faire tomber cette foi, lors même qu'il ne s'agit point d'exécution matérielle, par exemple, quand on révoque en doute la sincérité d'un acte de l'état civil.

552. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la poursuite criminelle de faux, qualifiée par les praticiens faux principal. La marche tracée par nos lois (C. d'instr. art. 448 et suiv.) pour l'instruction de cette nature de crime, n'est que la reproduction des règles que nous allons poser quant au faux civil. Mais il importe de signaler une différence essentielle entre la procédure civile et la procédure criminelle telle que l'a organisée le Code d'instruction. « Sous le Code de brumaire an IV, » a dit l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs du Code de 1808, « la plus légère infraction des formes prescrites pour assurer l'état des pièces arguées de faux, ou même des pièces de comparaison, entraîne la peine de nullité. Ainsi, en quelque nombre que soient ces pièces, elles doivent être paraphées à chaque page par les personnes que la loi désigne, et l'omission du paraphe de l'une d'elles, à une seule page d'un volumineux cahier, peut faire tomber toute la procédure. Cette sollicitude de la loi a semblé excessive. Toute infraction de l'espèce que je viens de décrire, donnera lieu désormais à une amende contre le greffier (voy. C. d'instr. art. 448 et suiv.). Toutefois la punition du greffier pourrait être considérée comme insuffisante, relativement aux parties et

notamment à l'accusé, si celui-ci ne pouvait pas pourvoir à l'entier accomplissement d'une formalité qu'il regarderait comme utile à ses intérêts; mais il le peut, c'est son droit; et s'il en réclame l'application, et qu'il n'y ait pas été statué, il y aura ouverture à cassation. » Ainsi, les intéressés pourront réclamer l'accomplissement des formalités légales; mais si elles ont gardé le silence, il n'y aura point nullité, comme en matière civile.

553. Nous allons nous attacher à reproduire la marche établie par le Code de procédure pour cette nature de faux. Puis nous verrons comment on fait tomber, en matière criminelle, la foi d'un acte authentique : ce qu'on appelle *faux incident criminel*. Au surplus, nous ne parlons actuellement que des actes authentiques; mais l'inscription de faux, ainsi que nous le verrons, est également applicable aux actes sous seing privé.

PREMIÈRE DIVISION.

Faux civil.

554. C'est à l'ordonnance de 1737 que les rédacteurs du Code de procédure ont emprunté le système compliqué qu'ils ont organisé en matière d'inscription de faux. Ils y ont toutefois introduit, ainsi que nous le verrons, de notables améliorations, qui étaient nécessaires pour mettre ce système en harmonie avec les changements opérés dans la législation.

555. Il semble qu'on se soit étudié à hérisser de difficultés la marche de cette procédure, afin de mieux protéger la foi des actes authentiques. Bien que la loi actuelle ait supprimé quelques entraves, celles qui subsistent sont encore assez sérieuses et assez multipliées pour rebuter souvent les plaideurs qui voudraient s'engager dans cette voie. Dans la pratique, les demandes à fin d'inscription sont assez difficilement accueillies,

et elles arrivent plus difficilement encore à un résultat favorable pour le demandeur; mais les entraves mêmes dont la loi a entouré cette action, sont importantes à étudier, comme sanction de la foi des actes. Sans nous astreindre à parcourir minutieusement toutes les formalités de détail que renferme la procédure de faux, nous nous appliquerons à en suivre avec soin les diverses phases, dans ce qu'elles offrent de plus intéressant.

536. Ordinairement, lorsqu'une partie demande à administrer la preuve de certains faits, il intervient une seule décision interlocutoire, qui prononce sur l'admissibilité de ces faits, et qui délègue les pouvoirs du tribunal à un juge-commissaire. Celui-ci ne ressaisit les juges de l'affaire, que lorsque ses opérations sont complétement terminées. Telle est la marche que nous avons vue adoptée dans les expertises et dans les enquêtes, et que nous retrouverons encore en matière de vérifications d'écritures. En matière de faux, le législateur procède d'une manière beaucoup plus compliquée. Le premier jugement interlocutoire, qui admet l'inscription de faux et nomme un juge-commissaire, ne dessaisit pas le tribunal. Un second interlocutoire est nécessaire pour statuer sur l'admission des moyens de faux. On procède ensuite à l'instruction du faux devant le juge-commissaire. Enfin le tribunal rend sa décision définitive.

On voit qu'il y a trois phases successives, terminées toutes par un jugement :

1° Procédure à fin d'être admis à s'inscrire en faux ;

2° Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens de faux ;

3° Procédure à fin d'établir l'existence du faux.

Après avoir parcouru ces trois périodes, nous parlerons, en quatrième lieu, du résultat final de la procédure, qu'elle se termine par un jugement définitif, ou bien par une transaction.

§ 1er. Procédure à fin d'être admis à s'inscrire en faux.

537. Une question préalable, dont la solution négative devrait déterminer le tribunal à rejeter de prime abord l'inscription de faux, quelque vraisemblables que fussent les faits allégués, c'est celle qui consiste à savoir quels actes peuvent être attaqués par cette voie.

Il faut reconnaître que tous les actes publics (nous ne parlons pas encore des actes privés), de quelque autorité qu'ils émanent, sont passibles de l'inscription de faux. Ce fut ainsi que le parlement de Paris admit le 7 décembre 1740 l'inscription de faux contre la minute d'un arrêt, malgré les efforts de Cochin, qui prétendait « qu'il n'y aurait plus d'asile pour les hommes, si la tempête régnait dans le port même. » Plus l'acte est important, plus il est essentiel de le mettre à l'abri de la falsification. La cour de cassation s'est prononcée dans ce sens, le 13 juin 1838[1]. Encore moins devons-nous admettre l'opinion d'anciens docteurs, qui prétendaient qu'on ne pouvait arguer de faux une pièce ayant cent ans de date : opinion contredite formellement par les articles 448 et 488 du Code de procédure, qui font courir les délais de l'appel ou de la requête civile, lorsqu'il s'agit d'un faux, du jour où il a été reconnu, sans s'occuper de la date de l'acte.

538. La foi qui s'attache à l'acte en forme authentique repose, nous l'avons reconnu (n° 385), sur deux présomptions : 1° que l'acte présentant les apparences de l'authenticité est réellement l'œuvre d'un officier public, et n'a point d'altérations matérielles; 2° que cet officier n'a point prévariqué dans l'exercice de ses fonctions. Lorsque l'on s'inscrit en faux contre la première

[1] Toutefois l'arrêt ajoute « qu'une inscription de faux incident contre une mention d'arrêt conforme à la feuille d'audience, ne doit être déclarée admissible qu'avec une extrême réserve, parce qu'il serait trop dangereux de faire dépendre de souvenirs éloignés, incertains et fugitifs, l'autorité et la foi dues aux arrêts revêtus de toutes les formalités voulues par la loi. »

de ces présomptions, l'acte est argué de *faux matériel ;* lorsque l'on s'inscrit en faux contre la seconde, l'acte est argué de *faux intellectuel*. Nous verrons que cette distinction n'est pas sans intérêt quant à la marche de la procédure.

539. On peut s'inscrire en tout état de cause, en appel comme en première instance, et même devant la cour de cassation. Néanmoins, devant cette dernière cour, on ne saurait être reçu à critiquer des pièces que l'on pouvait déjà attaquer par cette voie auprès des tribunaux appréciateurs des faits; autrement, l'ordre des juridictions se trouverait interverti (rej. 31 décembre 1812 et 31 mai 1831). Mais il y a des pièces qui, par leur nature même, ne peuvent être produites que devant la cour régulatrice, et à l'égard desquelles on ne saurait lui interdire d'admettre l'inscription de faux, à moins de vouloir rendre impossible toute poursuite civile pour des faux de cette nature. Ce sont précisément les expéditions ou les minutes des jugements attaqués; si ces documents importants étaient à l'abri de l'inscription de faux, les nullités les plus graves pourraient se couvrir après coup, par la mention que ferait le greffier de l'accomplissement de formalités qui auraient été omises (cass. 13 juin 1838 et 13 mai 1840). Mais la cour, tout en admettant l'inscription, délègue à un tribunal d'un rang égal à celui qui a rendu la décision attaquée, l'instruction du faux, qui ne rentre pas dans les attributions ordinaires de cette cour (voy. régl. de 1738, part. II, tit. x, art. 4). C'est ainsi que procède le conseil d'État en pareille circonstance, aux termes de l'article 20 du décret du 22 juillet 1806. Seulement, le conseil d'État ne peut évidemment que renvoyer au tribunal compétent, sans avoir jamais, comme la cour de cassation, la faculté de désigner un tribunal déterminé.

540. Le texte du Code de procédure (art. 214) suppose que la pièce contre laquelle on veut s'inscrire,

apparaît dans le cours d'une instance principale, où elle est *signifiée* par un officier ministériel, *communiquée* sur récépissé ou par dépôt au greffe (*ibid.* art. 189), ou *produite*, c'est-à-dire employée contre l'adversaire, sans signification ni communication préalable, par exemple, dans une plaidoirie. Il est permis toutefois, ainsi que l'a reconnu la cour de cassation dans les motifs de l'arrêt du 25 juin 1845 (n° 527), de saisir la juridiction civile d'une demande principale en faux. Il faudra évidemment alors (Rennes, 19 décembre 1815) entamer la procédure par une assignation, qui tiendra lieu de l'acte d'avoué à avoué, que prescrit l'article 215 du Code de procédure pour le cas de faux incident. Néanmoins, puisque l'on n'est pas d'accord sur l'admissibilité du faux principal civil, la prudence doit porter à suivre dans la pratique la marche imaginée par M. Thomine Desmazures, suivant le système des actions provocatoires (n^os^ 206 et 207), pour faire rentrer le faux principal dans le faux incident. Cette marche consiste à assigner celui que l'on suppose détenir une pièce fausse, afin de déclarer qu'il ne possède aucun titre contre le demandeur (voy. *Comm. sur le Code de procédure,* n° 253). Si la déclaration est faite, il n'y a aucun danger. Si l'acte est produit, on prend la voie du faux incident. Il est vrai que le défendeur peut ne pas produire la pièce et ne pas faire non plus de déclaration, et qu'alors, s'il n'est pas possible de saisir la pièce, la procédure n'amènera aucun résultat sérieux. Mais cet inconvénient est inévitable; il pourrait se présenter également, si j'intentais l'action en faux principal. D'ailleurs, après tout, la procédure n'est pas frustratoire; car, si le défendeur produit plus tard les pièces que j'avais arguées de fausseté, le refus qu'il aura fait de les communiquer sera une grave présomption de l'existence du faux. Enfin il peut arriver qu'une pièce fausse soit employée autrement que dans une instance. Ainsi, un jugement faux peut

être signifié [1] et servir de base à des poursuites extra-judiciaires, c'est-à-dire à des actes d'exécution forcée. Il est évident qu'on ne saurait, en pareil cas, procéder par acte d'avoué à avoué, ainsi que le suppose l'article 214. Il faut demander la nullité de poursuites, et lorsque la partie adverse produit un titre, procéder contre elle suivant les formes prescrites pour le faux incident.

544. Revenons maintenant à la marche suivie par le Code de procédure, qui sera la même pour le faux principal que pour le faux incident, quand une fois l'instance aura été liée par une assignation, et par une constitution d'avoué de la part du défendeur.

542. La position de celui qui fait sciemment usage d'une pièce fausse est si grave, puisqu'il s'expose à subir la peine des travaux forcés à temps (C. pén. art. 148), qu'il convient, dès l'origine de la procédure, de le sommer de déclarer bien positivement s'il entend se servir de la pièce arguée de faux. Cette sommation est faite par l'acte même qui indique l'intention de s'inscrire, au cas où il serait fait usage de la pièce (C. de proc. art. 215). Cet avertissement essentiel est en harmonie avec ce qui se pratique, lorsqu'on somme également le défendeur à l'enquête d'avouer ou de dénier les faits sur lesquels une enquête est provoquée.

543. Dans les huit jours (*ibid.* art. 216), la partie sommée doit faire la déclaration exigée, qui, trop importante pour être comprise dans le mandat général de l'avoué, doit être signée d'elle, ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique, porteur qui peut au surplus être l'avoué lui-même. Il n'est pas douteux, malgré le silence de la loi, que ce délai de huit jours ne doive être augmenté à raison des distances; nous

[1] C'est ainsi qu'on signifia aux jésuites de Paris, le 3 mars 1759, un faux arrêt du conseil d'État, portant condamnation solidaire des membres de la société à huit millions de livres (*Clément XIV et les jésuites*, par M. Crétineau-Joly, p. 87).

avons vu (n° 213) qu'on le décide pour l'enquête, où la partie ne joue pourtant qu'un rôle purement passif, et il doit en être de même à plus forte raison lorsqu'elle est appelée à faire une déclaration toute personnelle. La jurisprudence a également admis, après quelques hésitations, que ce délai de huit jours n'est pas fatal, et que, suivant la pratique généralement reçue dans les cas où la loi prescrit un délai sans ajouter *à peine de nullité*, l'audience peut être poursuivie dès l'expiration de la huitaine, mais que le défendeur est toujours à temps de faire sa déclaration, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé (rej. 24 janvier 1842).

544. Lorsque le défendeur garde le silence, ou déclare qu'il ne veut pas se servir de la pièce (*ibid.* art. 217), cette pièce est rejetée; toutefois le législateur a soin d'ajouter qu'elle ne l'est que *par rapport au défendeur*, c'est-à-dire en tant que celui-ci prétendrait en faire usage, mais elle est acquise au procès dans l'intérêt du demandeur, qui peut en tirer telles conséquences qu'il juge à propos, et réclamer des indemnités pour le préjudice qu'elle pourrait lui avoir causé. Il n'est pas douteux non plus que la poursuite criminelle du faux, s'il y a lieu, ne demeure entière, lors même que l'abandon de la pièce n'aurait pas été dicté par la crainte, mais par le repentir : jamais, aux yeux du législateur civil, le repentir n'a été considéré comme faisant disparaître la faute.

545. Si, au contraire, le défendeur déclare qu'il veut se servir de la pièce (*ibid.* art. 218), alors le demandeur s'inscrit au greffe par un acte qui doit être, comme la déclaration de la partie adverse, signé de lui ou de son fondé de pouvoirs spécial et authentique. Il poursuit ensuite l'audience, à l'effet de faire admettre l'inscription et d'obtenir la nomination d'un juge-commissaire.

546. Bien que la partie demanderesse n'ait pas encore proposé ses moyens, on reconnaissait autrefois,

et on reconnaît aujourd'hui au tribunal la faculté de rejeter *de plano* l'inscription. Le système contraire prêterait aux abus les plus graves, puisqu'il permettrait d'entraver, au moyen d'une inscription dont les tribunaux ne pourraient arrêter les effets, l'exécution des actes les plus réguliers (comp. n° 559). Toujours peu favorable aux demandes en inscription de faux, qu'elle considère comme une arme dangereuse entre les mains de la chicane, la jurisprudence va plus loin encore. Elle admet (rej. 9 juillet 1839 et 1er avril 1844) que le tribunal peut passer outre, s'il croit l'allégation de faux dénuée de fondement, sans tenir compte de la sommation faite par l'une des parties à son adversaire de déclarer s'il entend se servir de la pièce, et sans même attendre l'expiration du délai de huitaine à partir de la sommation. Cette décision, qui, au premier coup d'œil, paraît exorbitante, se justifie aisément, si on se reporte à l'historique de la matière.

Sous l'ordonnance de 1737, la première démarche qui était prescrite au demandeur, c'était de se faire autoriser à fin d'inscription. Il est clair que dès lors le juge avait toujours la faculté d'arrêter la procédure dès le premier pas. Les rédacteurs du Code de procédure ont pensé avec raison qu'aucune autorisation ne devait être exigée avant la sommation adressée au détenteur de la pièce fausse, puisque la justice ne devait être appelée à statuer qu'autant qu'il y aurait par le fait intérêt, c'est-à-dire contestation de la part du défendeur. Mais, de ce qu'ils ont dispensé le demandeur de présenter tout d'abord une requête qui pouvait en définitive n'avoir aucune utilité, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient voulu dessaisir le juge du pouvoir qu'il a toujours de passer outre, lorsqu'une réclamation incidente lui semble mal fondée. Autre chose est la faculté accordée à la partie d'adresser *de plano* une sommation à son adversaire; autre chose est la suspension forcée de l'instance principale par l'effet de cette

sommation; suspension que la loi n'a nulle part prononcée.

547. Le Code de procédure a supprimé une autre entrave, qui existait pour le demandeur sous l'ordonnance de 1737 : la nécessité de consigner préalablement l'amende, à laquelle il peut être condamné. « Pourquoi donc payer d'avance, » dit M. Treilhard dans l'exposé des motifs, « pour user d'un moyen avoué par la loi ? » Cette observation est juste; mais alors, pour être conséquent, on ne devrait pas non plus exiger une consignation préalable des parties qui emploient les voies légales de l'appel, de la requête civile et du recours en cassation.

548. Le jugement qui admet ou rejette l'inscription doit, comme tous ceux qui interviennent en cette matière, être rendu sur les conclusions du ministère public (C. de proc. art. 251).

§ 2. *Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens de faux.*

549. Admettre le demandeur à faire l'inscription, ce n'est pas encore l'admettre à la preuve du faux. Il faut qu'une procédure préalable, dirigée par le juge-commissaire, en rende l'existence vraisemblable. Il y a ici quelque chose d'analogue à l'instruction préparatoire, dans les affaires de grand criminel, qui se termine par un arrêt de mise en accusation, ou par un arrêt de non-lieu. Cela s'explique par l'intime connexité qui existait sous l'empire de l'ordonnance de 1737, dont le Code de procédure a reproduit la substance, entre la procédure civile et la procédure criminelle de faux. La pièce est *accusée de faux*, disait Pothier (*Proc. civ.*, ch. VI, § 5).

Pour préparer et pour éclairer la décision du tribunal, la loi prescrit diverses opérations appropriées au but qu'il s'agit d'atteindre. On prend d'abord des mesures pour obtenir la représentation de la pièce, qui est, en

que sorte, le corps du délit. On en constate l'état par un procès-verbal, auquel sont appelés les intéressés. Les moyens de faux sont signifiés par le demandeur à son adversaire. Enfin, le tribunal prononce sur l'admission ou sur le rejet de ces moyens.

550. Le dépôt au greffe de la pièce arguée de faux doit être effectué par le défendeur dans les trois jours de la signification du jugement qui admet l'inscription, et dénoncé dans les trois jours suivants au demandeur, par la signification de l'acte de mise au greffe (C. de proc. art. 219). Ces deux délais ne sont pas susceptibles d'augmentation à raison des distances, comme celui qui est donné au défendeur pour déclarer s'il entend se servir de la pièce. Il ne s'agit plus, en effet, d'une sommation toute personnelle, mais simplement de la remise d'une pièce qui doit être dans les mains de l'avoué du défendeur, ou bien d'une simple notification qui se fait toujours d'avoué à avoué. Mais il est également vrai ici que l'expiration du délai n'emporte point déchéance, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé. Seulement, le demandeur a la faculté de faire effectuer le dépôt au greffe, aux frais du défendeur. Il n'est plus temps pour celui-ci, comme le dit fort bien l'orateur du tribunat, de se remettre dans la position où il était avant sa déclaration; il faut que l'affaire soit suivie, si le demandeur l'exige. Toutefois le dépôt ne peut être ainsi ordonné qu'autant qu'il existe un double de la pièce entre ses mains, ou bien qu'une tierce personne possède, soit un double, soit l'original. Autrement, on ne serait pas reçu, en matière civile, à faire ordonner une perquisition dans le but de saisir la pièce chez l'adversaire. Il n'y aurait alors d'autre ressource que la demande en rejet.

551. Lorsqu'il s'agit d'une pièce dont il y a minute, ce qui arrive presque toujours pour les actes authentiques dont nous nous occupons maintenant, l'apport de la minute paraît nécessaire, puisque, tant qu'elle existe,

c'est à elle seule qu'il convient de s'en référer pour la preuve (C. civ. art. 1334). Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle cet apport sans distinction. Mais l'ordonnance de 1737, suivie en ce point par le Code de procédure (art. 221, 222), a laissé au tribunal la faculté de statuer suivant les circonstances. La minute peut se trouver à une distance fort éloignée; l'altération alléguée peut être de telle nature qu'elle ne tombe évidemment que sur l'expédition. Lorsque l'apport est exigé, les dépositaires de la minute, fonctionnaires publics ou simples particuliers, peuvent être contraints, même par corps, à l'effectuer dans un délai qui est déterminé par le juge-commissaire ou par le tribunal, suivant que l'un ou l'autre a été saisi de la question.

552. La pièce remise au greffe, il faut procéder à en constater l'état contradictoirement, dans un bref délai. Lorsque c'est le défendeur qui a fait la remise, ainsi que cela arrive le plus ordinairement, il doit, dans l'acte même de signification de la mise au greffe, sommer le demandeur d'être présent au procès-verbal de l'état de la pièce, et le procès-verbal doit être dressé trois jours après cette signification. Cette opération a lieu dans les trois jours de la remise, sommation préalablement faite au défendeur, si c'est le demandeur qui a opéré le dépôt (C. de proc. art. 225). L'expérience a fait reconnaître l'utilité de ces brefs délais, qui existaient déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1737. Il importe de ne pas perdre de temps, lorsqu'il s'agit de constater les vices d'une pièce, dont l'anéantissement peut être d'un si grand intérêt pour celui qu'elle compromet. Le procès-verbal est dressé par le juge-commissaire, en présence du ministère public, du demandeur et du défendeur (*ibid.* art. 227). On ne saurait trop recommander à ce juge, ainsi qu'au greffier, de ne pas perdre de vue la pièce qui est l'objet du procès. Dans une espèce qui donna lieu à un arrêt du parlement de Paris du 17 mars 1668, un billet argué de faux fut

adroitement soustrait au greffier, et avalé par la partie à laquelle ce billet pouvait nuire. Les juges se vengèrent en prononçant contre elle la peine des travaux forcés à temps, mais il eût mieux valu garder plus soigneusement le billet.

Le procès-verbal doit mentionner et décrire les ratures, surcharges et interlignes. Boncenne ajoute qu'il convient d'entrer dans plus de détails, de noter les endroits où l'écriture se resserre et ceux où elle s'élargit, les teintes différentes de l'encre, les altérations du papier, ses coupures, ses déchirures, les traces du grattoir, etc. On ne doit rien négliger de ce qui peut mettre sur la trace du faux.

553. Il importe d'observer, du reste, que toute cette partie de la procédure, depuis le jugement qui a admis l'inscription jusqu'à la signification des moyens, paraît se référer uniquement à l'hypothèse d'un faux matériel. Lorsque les parties sont d'accord sur la teneur de l'acte, qui n'a évidemment subi aucune altération, et que la difficulté porte uniquement sur un faux intellectuel, à quoi bon opérer le dépôt de la pièce au greffe? A quoi bon surtout dresser procès-verbal de son état, qui n'est pas en question?

554. Huit jours après la confection du procès-verbal, s'il a dû en être dressé un, sinon, huit jours après la signification du jugement d'admission, le demandeur doit signifier ses moyens, et le défendeur doit répondre dans un délai qui est également de huitaine. Trois jours après les réponses, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience (*ibid.* art. 229-231). L'audience peut également être poursuivie à l'expiration de la première huitaine, s'il n'y a pas eu de signification de la part du demandeur, afin de le faire déclarer déchu de son inscription; ou bien, au contraire, à l'expiration de la seconde huitaine sans réponses de la part du défendeur, afin de faire prononcer le rejet de la pièce. Cette dernière décision déroge aux règles ordinaires, qui permettent à

la partie à laquelle on signifie des écritures, de s'abstenir de répondre, si elle le juge convenable (*ibid.* art. 80). Les questions de faux offrent une telle gravité qu'on a voulu mettre le défendeur dans la nécessité de s'expliquer, à peine de rejet immédiat de la pièce. Les moyens qui appuient ou qui combattent la demande, doivent être développés de part et d'autre, pour que le tribunal puisse rendre en connaissance de cause la décision interlocutoire qui termine la seconde phase du procès.

555. Il faut remarquer que cette dernière partie de la procédure a été refaite à neuf. Dans le système de l'ordonnance de 1737 (titre II, art. 27 et 28), les moyens de faux étaient mis au greffe, et il ne devait en être donné ni copie, ni communication au défendeur. C'était un vestige du caractère criminel qu'avait primitivement l'instruction du faux; on s'attachait encore, bien que les conclusions ne fussent qu'à fins civiles, aux errements de la justice pénale d'alors, qui, de crainte que l'accusé n'eût trop de facilité pour préparer une défense mensongère, lui refusait toute communication des moyens employés contre lui. Un double motif devait faire rejeter aujourd'hui cette marche : d'abord, le faux civil est maintenant tout à fait distinct du faux criminel; en second lieu, notre système d'instruction criminelle est loin de reposer sur les mêmes bases que celui qui existait en 1737.

556. Pour en revenir aux moyens de faux, ils seront généralement faciles à préciser, lorsqu'il s'agira de faux matériel. On fera ressortir les signes extérieurs qui en dénotent l'existence d'une manière plus ou moins frappante. Quand, au contraire, il s'agit d'un faux intellectuel, sera-t-il permis de considérer comme moyen suffisant de faux la simple dénégation des faits constatés par l'officier public, sauf à en prouver ultérieurement la fausseté? Si cette prétention était fondée, l'inscription de faux ne serait que l'administra-

tion de la preuve contraire, soumise seulement à quelques entraves de plus. Mais alors à quoi bon exiger l'articulation des moyens? Pour que l'on puisse élever des doutes sur la véracité d'un officier public, l'esprit de la loi exige que l'on articule des faits contraires à ceux énoncés dans l'acte, un *alibi*, par exemple, si l'on veut nier la présence des parties, contrairement à la foi d'un acte authentique. Aussi l'article 129 du Code de procédure veut-il que l'acte qui signifie les moyens, relate les *faits, circonstances et preuves*, par lesquels on prétend établir le faux. Si l'on pouvait se contenter d'un simple démenti donné aux assertions de l'officier par le demandeur en faux, quel acte pourrait échapper aux attaques d'un plaideur éhonté, décidé à tout nier avec une impudente énergie? Aussi a-t-il été jugé, conformément aux conclusions de Merlin (voy. *Répertoire*, v° *Moyens de faux*), par un arrêt de cassation du 18 février 1813, que ce n'est pas là un point abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, et que leurs décisions doivent être annulées, lorsqu'ils admettent comme moyen suffisant de faux la dénégation pure et simple de faits authentiquement constatés. De nombreux arrêts postérieurs ont confirmé cette jurisprudence.

§ 3. *Procédure tendant à la preuve du faux.*

557. Le jugement, rendu sur les conclusions du ministère public, qui admet le demandeur à la preuve du faux, détermine comment se fera cette preuve, et sur quels points elle devra porter.

La preuve se fait par titres, lorsqu'on démontre la fausseté de l'acte au moyen d'autres actes, dont la sincérité est inattaquable, et qui établissent des faits incompatibles avec la vérité des allégations contenues dans la pièce arguée de faux. Elle se fait au moyen d'une enquête, lorsqu'on entend des témoins qui déclarent avoir assisté à la fabrication ou à l'altération de l'écrit, s'il s'agit d'un faux matériel, ou savoir de

science certaine que les faits se sont passés tout autrement qu'ils ne sont relatés dans l'acte, s'il s'agit d'un faux intellectuel. Enfin la preuve se fait par experts, lorsqu'on appelle des hommes versés dans la connaissance des écritures à donner leur avis sur les inductions qu'on peut tirer de l'état matériel de la pièce.

558. Ces trois modes de preuves ne peuvent pas toujours se cumuler. Il est clair, par exemple, que l'expertise n'est d'aucune utilité, s'il s'agit d'un faux purement intellectuel. Les témoins, et surtout les titres, peuvent ne pas exister dans l'espèce. Mais, lorsque le cumul des preuves indiquées par la loi est possible, le tribunal est-il tenu de les ordonner conjointement? La négative était certaine sous l'ordonnance de 1737 (titre II, art. 30), qui, après avoir indiqué les trois genres d'informations, ajoutait : *le tout selon que le cas le requerra*. Bien que cette addition ne se retrouve pas dans le Code de procédure (art. 232), rien n'indique qu'elle y ait été omise à dessein ; si un seul mode de vérification suffit pour atteindre complétement le but, si, par exemple, un titre d'une authenticité incontestable démontre clairement la fausseté de celui qui est attaqué, on ne voit pas pourquoi on obligerait le tribunal à multiplier les moyens d'investigation d'une manière frustratoire. La cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (voy. les arrêts du 25 mars 1835 et du 11 mars 1840).

559. On se demande même s'il est toujours nécessaire d'ordonner une vérification en forme, et si les juges ne peuvent pas *de plano* admettre l'inscription, ainsi qu'ils peuvent incontestablement le rejeter (n° 546). Il ne saurait y avoir de doute sérieux en ce qui concerne le faux matériel. On a constaté souvent dans la pratique des surcharges et des altérations tellement évidentes qu'il eût été vraiment frustratoire d'ordonner une enquête. Constante dans l'ancienne jurisprudence (voy. Merlin, *Questions de droit*, v° *In-*

scription de faux, § 1, n° 1), cette doctrine a été consacrée par de nombreux arrêts dans le droit actuel (voy. notamment rej. 12 janvier 1833). Mais on conteste le pouvoir discrétionnaire du tribunal, en tant qu'il s'agit d'admettre *de plano* l'existence du faux intellectuel, qui ne se révèle point par des signes aussi évidents, et qui tend à ébranler la foi due aux officiers publics. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Agen du 3 mars 1846 a décidé qu'on ne pouvait, sans prendre la voie de l'inscription de faux, contester la réalité d'un payement que le notaire déclarait avoir été effectué en sa présence [1]. C'est que, dans l'espèce, on n'opposait aux énonciations de l'acte notarié que des dénégations plus ou moins suspectes. Mais il y a des cas où le faux, même intellectuel, peut ressortir avec évidence des données de la cause, ainsi que l'a décidé plusieurs fois la cour de cassation, notamment à l'occasion d'un testament signé par un témoin qui, d'après les énonciations mêmes de l'acte, n'avait point assisté à sa réception (rej. 10 avril 1838). Il n'y a donc point de différence, en principe, entre le faux matériel et le faux intellectuel, sauf aux juges à user avec plus de sobriété, quant à ce dernier, du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient.

560. Le même jugement (*ibid.* art. 233) qui statue sur la nature des preuves à administrer, énonce dans son dispositif les moyens de faux jugés admissibles [2], les seuls sur lesquels doive porter la preuve. Cette restriction était tellement de rigueur sous l'empire de l'ordonnance de 1670, que les experts, lorsqu'ils découvraient dans l'écrit à eux soumis quelque vice matériel, qui ne se rattachait pas aux moyens de faux

[1] Il eût fallu évidemment autoriser la preuve contraire, s'il s'était agi d'un fait dont le notaire n'eût point eu connaissance *propriis sensibus* (n° 434).

[2] Le texte dit *pertinents et admissibles*, mais nous avons reconnu que la première de ces conditions rentre dans la seconde.

énoncés, n'osaient en faire mention dans leur rapport, de peur d'être pris à partie, comme s'écartant de la mission qui leur était assignée. Pour obvier à cet abus, l'ordonnance de 1737 a apporté au principe restrictif de la preuve un tempérament, qui se retrouve dans l'article 233 du Code de procédure : « Pourront néanmoins les experts faire telles observations dépendantes de leur art qu'ils jugeront à propos sur les pièces prétendues fausses, sauf aux juges à y avoir tel égard que de raison. »

564. C'est ordinairement aussi ce même jugement qui suspend l'exécution de l'acte, aux termes de l'article 1319 du Code civil.

562. Reprenons maintenant chacune des trois preuves indiquées par la loi.

565. La preuve par titres est extrêmement simple. Lorsque des actes non suspects établissent un fait qui détruit complétement la vérité des allégations de l'officier public, comme un *alibi*, le faux est démontré de la manière la plus palpable. C'est ainsi que les énonciations d'un acte de naissance [1] ont été victorieusement contredites par la teneur d'un acte de mariage non contesté (cass. 13 décembre 1842). L'administration de cette preuve ne donne lieu à aucune difficulté. Seulement, les titres, produits à l'appui de la demande en faux, peuvent eux-mêmes être attaqués par la voie de l'inscription de faux, de même que les témoins entendus à l'appui d'un reproche peuvent être eux-mêmes reprochés. Les doutes émis par quelques auteurs sur l'admissibilité de cette inscription incidente, à raison de la complication qui en résulte dans la procédure, ne peuvent prévaloir contre le texte général (C. de proc. art. 214), qui permet de s'inscrire contre toute pièce produite dans le cours d'une instance. L'in-

[1] Il faut supposer, dans notre opinion, un fait attesté *de visu et auditu* par l'officier civil : autrement, il n'y aurait plus de difficulté, l'acte ne faisant pas foi jusqu'à inscription de faux (n^os^ 452 et suiv.).

térêt de la célérité est grave, sans doute, mais on ne doit pas lui sacrifier celui de la vérité.

564. La preuve par témoins peut porter sur le fait même du faux matériel, ou du faux intellectuel; elle peut aussi porter, comme la preuve par titres, sur des faits pouvant servir à la découverte de la vérité. La loi le dit spécialement pour la vérification d'écritures (*ibid.* art. 214), et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en matière de faux.

Cependant, quoique le texte ne fasse aucune distinction, on a quelquefois douté de l'admissibilité des témoins, quand il s'agit de vérifier un faux intellectuel. On a craint que ce ne fût un moyen indirect d'éluder la loi qui défend de prouver contre le contenu aux actes (C. civ. art. 1341). N'est-ce pas là, dit-on, préférer le témoignage de simples particuliers, qui offrent souvent peu de garanties, à celui des officiers institués par la loi pour la constatation des faits juridiques? Mais, bien qu'appuyées par le ministère public, ces considérations n'ont pas prévalu devant la cour de cassation, qui a refusé, le 29 juillet 1807, d'admettre cette distinction. Lorsque la loi défend de recevoir la preuve par témoins contre le contenu aux actes, elle n'entend parler que de la preuve contraire que l'on voudrait administrer *de plano*, mais nullement de l'inscription, garantie extrême toujours réservée contre la prévarication des officiers publics. Comment cette prévarication pourrait-elle, sauf dans quelques cas exceptionnels, être prouvée par écrit? Il ne s'agit évidemment que d'un fait frauduleux, et jamais l'exclusion de la preuve testimoniale n'a été appliquée à des faits de cette nature (n° 106). Quant au danger de détruire la foi qui doit s'attacher à l'authenticité, il est tout à fait chimérique; les inscriptions de faux sont rarement admises par la jurisprudence, et dans tous les cas, on exige les preuves les plus convaincantes pour prononcer la fausseté. Mais, quand les témoignages sont précis et positifs, la présomption

de véracité de l'officier public doit céder à l'évidence.

565. Pourra-t-on entendre les témoins instrumentaires eux-mêmes, venant déposer le contraire de ce qu'ils ont attesté par leurs signatures? Ce démenti judiciaire donné à une déclaration solennelle paraît, au premier coup d'œil, difficile à admettre. Toutefois le danger même auquel s'expose le témoin qui fait une pareille déclaration, puisqu'il peut être poursuivi comme complice d'un faux, n'est-il pas une forte présomption en faveur de sa véracité? D'ailleurs n'arrive-t-il pas souvent que des témoins simples et ignorants souscrivent, sans aucune espèce de dol, de fausses énonciations, dont ils ne comprennent pas la portée, celle, par exemple, que le testament a été *dicté*, lorsqu'il a été seulement lu au testateur en présence des témoins; et que plus tard ces mêmes témoins, interrogés en justice, exposent sincèrement la manière dont les faits se sont passés[1]?

Néanmoins, sous l'influence du système des preuves légales, l'ancienne jurisprudence[2] considérait généralement les témoins comme liés à l'avance par leurs dépositions écrites. L'avocat général Séguier, que nous avons déjà vu (n° 282) soutenir avec tant d'énergie la maxime qui accordait foi absolue à la déposition de deux témoins conformes, eut également occasion de donner ses conclusions sur la question des témoins

[1] C'est ce qui avait lieu précisément dans une affaire jugée en 1810 par la cour spéciale de la Seine, affaire où le procureur général Legoux a exposé avec beaucoup de netteté les véritables principes de la matière (voy. Merlin, *Questions de droit*, v° *Témoin instrumentaire*, § III).

[2] Cette opinion était pourtant combattue par les meilleurs interprètes du droit romain, qui n'a jamais admis de semblables restrictions. « Adversus testimonia, » dit Cujas (*Observ.* lib. XVI, cap. XXV), « interrogentur testes ipsi, quorum sunt testimonia, et testimoniis fides non habeatur, nisi eis suffragetur vox testium ipsorum. » Godefroy dit également (sur la loi 1re Cod. *de testibus*) : « Iidem testes qui in instrumento interfuerunt, ejus falsitatem possunt arguere. »

instrumentaires, en 1786 : « On ne peut absolument, dit-il, recevoir ni déclaration, ni déposition d'un témoin instrumentaire; sa déclaration n'est point juridique, elle est déclarée nulle par la loi, sans qu'il y ait à examiner si elle est ou non conforme à un premier témoignage. Elle n'y ajoute aucune force, si elle contient les mêmes faits; elle ne l'ébranle point, si elle en contient de contraires. D'ailleurs, quelle inégalité n'y a-t-il pas entre la foi due au témoin, lorsqu'il signe un testament comme revêtu d'un caractère légal, comme exerçant une fonction publique, et celle qu'on pourrait ajouter, soit à la déclaration extrajudiciaire du même homme redevenu une personne privée, soit même à ce qu'il déclare sous la religion du serment, lorsqu'il est interrogé par la justice?... Et si les mœurs du témoin doivent influer sur la foi due à sa déposition, quelle idée présente de lui-même le témoin instrumentaire qui vient démentir le contenu de l'acte qu'il a signé? Lorsqu'il signait le testament, la loi, qui consacrait son ministère, le présumait honnête et digne de toute confiance. Le testateur qui l'appelait, confirmait, par sa confiance, cette présomption de probité. Mais, à l'instant même où il ouvre la bouche pour déposer contradictoirement au testament qu'il a signé, il se place dans l'alternative d'être ou d'avoir été un parjure; la justice indignée voit évidemment que l'homme qui lui parle est un imposteur, sa seule incertitude est de savoir si c'est dans le moment actuel ou à l'époque précédente qu'il l'a trompée, et cette incertitude même fait qu'elle ne peut prononcer la fausseté du premier acte sur la seule confiance de cet être vil, parce que c'est peut-être en disant que l'acte est faux qu'il commet un mensonge. » Ces conclusions furent adoptées par le parlement de Paris, et plusieurs arrêts ont été rendus dans le même sens, depuis la promulgation de nos Codes modernes. Il est cependant évident que l'exclusion absolue des témoins instrumen-

taires, sans examen des faits, n'est admissible que dans le système des preuves légales appliqué au témoignage. Cette exclusion n'est plus compatible avec la marche actuelle des idées, suivant laquelle le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les témoignages, mais doit les admettre tous, en l'absence d'une prohibition de la loi. Aussi la cour de cassation a-t-elle reconnu, par un arrêt de rejet fortement motivé du 12 mars 1838, que les juges peuvent constater par la déposition des témoins instrumentaires, fût-elle le seul élément de preuve, la fausseté d'un acte notarié, bien qu'il convienne de n'user de ce pouvoir qu'avec une sage circonspection.

Pour être conséquent dans cette doctrine, il faut faire un pas de plus, et admettre le témoignage du notaire, bien qu'il allègue sa propre turpitude. On sent bien qu'autrefois le notaire devait être repoussé à plus forte raison. *Si non auditur perire volens,* disait le président Favre, *multo minus audietur qui id agit ut et ipse et alius pereat.* Ce n'était là que l'application à la matière du faux des doutes élevés jadis sur la force probante de l'aveu, doutes qui nous ont paru inadmissibles dans le droit moderne (n° 300). On peut donc recevoir contre l'acte la déclaration du notaire lui-même, lorsqu'elle paraît sincère. Rien, dans les lois existantes, n'autorise à la repousser, sauf toujours à user, en fait, d'une extrême réserve dans l'application.

566. La marche de l'enquête, en matière de faux, est régie par les mêmes principes que dans les autres matières. Toutefois, les témoins devant déposer ici sur les pièces prétendues fausses, il importe qu'ils les aient sous les yeux. Elles doivent donc leur être représentées : ce que le juge-commissaire constate, en faisant parapher les pièces par les témoins, ou bien, s'ils ne peuvent ou ne veulent le faire, en faisant mention de cette circonstance. On procède de même, soit pour les pièces de comparaison, lorsqu'on juge convenable de les repré-

senter aux témoins, soit pour celles que les témoins eux-mêmes auraient produites (C. de proc. art. 234 et 235).

567. Enfin le faux peut se prouver par expertise. Mais l'expertise s'applique surtout aux écritures privées, et c'est à propos de ces écritures que la science des écrivains experts a donné lieu à de vives critiques. Nos développements sur ce point se rattacheront donc mieux à la vérification d'écritures, dont la marche, sous ce rapport, est à peu près identique à celle de la procédure du faux. La seule disposition importante qui soit spéciale au faux, c'est celle qui veut que les experts soient toujours nommés d'office (*ibid.* art. 232). L'avis qu'ils doivent émettre, peut avoir de si graves conséquences qu'il convenait d'attribuer au tribunal seul la faculté de les désigner.

§ 4. *Issue de la procédure.*

568. L'instruction du faux peut prendre une telle gravité, qu'il y ait lieu de poursuivre au criminel le défendeur, et que dès lors la juridiction civile se trouve provisoirement dessaisie. Si, au contraire, l'instruction ne met pas sur la trace d'un crime, on reviendra à l'audience, et un jugement définitif tranchera la contestation. Il peut toutefois intervenir une transaction qui prévienne ce jugement. Nous allons reprendre successivement chacune de ces hypothèses.

569. Lorsqu'il résulte de la procédure des indices de faux ou de falsification (*ibid.* art. 239), si les auteurs ou complices sont encore vivants, on applique le principe général qui veut que le criminel tienne le civil en état. On sursoit à statuer sur le civil, tant que la procédure criminelle ne soit terminée. Le président du tribunal, ou même le procureur de la république (C. d'instr. art. 462), délivre contre le prévenu un mandat d'amener devant le juge d'instruction compétent. Nous verrons plus tard, en traitant de la chose jugée, quelle

influence peut exercer le résultat de la procédure criminelle sur la décision du tribunal civil.

570. L'article 239 du Code de procédure paraît supposer que l'action civile subsiste, si la poursuite du crime est éteinte par la prescription. Mais si la prescription de l'action publique est accomplie, il semble que l'action civile doit être éteinte elle-même aux termes de l'article 637 du Code d'instruction[1], qui attribue aux deux actions la même durée de dix ans. On peut d'abord répondre simplement que l'action civile peut très-bien avoir été conservée par des poursuites faites pendant ce laps de dix ans, tandis que l'action publique aurait été prescrite. Mais il faut aller plus loin et reconnaître que, le silence eût-il été gardé pendant dix ans par la partie civile, comme par la partie publique[2], l'inscription de faux doit toujours être recevable! Il ne s'agit pas, en effet, d'une action civile proprement dite, d'une demande en dommages-intérêts, susceptible de s'éteindre au bout d'un certain laps de temps, mais d'une défense contre un acte entaché de la plus radicale de toutes les nullités. Car quelle nullité plus grave peut-on invoquer que celle qui consiste à démontrer que l'acte m'est complétement étranger, aussi étranger que s'il était revêtu de la signature d'un tiers? Le temps peut-il avoir la puissance de transformer le faux en vrai? Suffira-t-il à un faussaire de préparer dix ans à l'avance une fraude et de transmettre ensuite l'acte à un tiers de bonne foi, pour que le mensonge devienne

[1] L'article 239 du Code de procédure renvoie *au Code pénal;* c'est qu'alors le même Code, celui du 3 brumaire an IV, réglait à la fois la pénalité et la procédure.

[2] Mais, dira-t-on, l'action publique elle-même n'est pas prescrite, puisque l'usage d'une pièce fausse constitue un véritable délit successif, et que dès lors la prescription ne court qu'à partir de l'usage même fait de cette pièce dans la procédure. Cela est vrai, quand un plaideur de mauvaise foi use sciemment d'une pièce de cette nature; mais on peut très-bien croire véritable une pièce fausse : alors il n'y a ni crime ni délit de la part du plaideur, et l'auteur du faux peut, de son côté, se trouver à couvert au moyen de la prescription.

une vérité judiciaire? Que je ne puisse plus poursuivre en dommages-intérêts l'auteur du faux, soit; mais la faculté de repousser l'attaque dirigée contre moi au moyen d'un écrit de cette nature est un droit de défense naturelle, qui doit durer aussi longtemps que subsiste en fait la faculté de m'attaquer avec ces armes déloyales. La cour de cassation a consacré cette doctrine, aussi conforme à l'utilité sociale qu'aux règles d'une saine logique, par un arrêt du 25 mars 1829.

571. Une question souvent débattue jadis, c'est celle de savoir si le faux partiel doit détruire en totalité la foi de l'acte. L'opinion la plus raisonnable sur ce point consiste à distinguer, comme on le faisait à Rome, si les parties de l'acte qui ne sont pas infectées de faux peuvent ou non subsister indépendamment de celles qui sont fausses. « Si ex falsis instrumentis, » dit l'empereur Léon (l. 41, Cod. *de transact.*), « transactiones vel « pactiones initæ fuerint, quamvis jusjurandum de his « interpositum sit, etiam civiliter falso revelato, eas « retractari præcipimus : ita demum ut, si de pluribus « causis vel capitulis eædem pactiones seu transactiones « initæ fuerint, illa tantummodo causa vel pars retrac- « tetur, quæ ex falso instrumento composita convicta « fuerit, aliis capitulis firmis manentibus : nisi forte « etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta « decisa sopiatur. » Si l'acte partiellement faux est encore susceptible d'une validité partielle, à plus forte raison doit-on repousser la jurisprudence arbitraire de certains parlements, qui faisaient perdre son procès au faussaire, lors même que sa cause était bonne indépendamment de la pièce fausse. De pareilles décisions rappellent trop celle du singe devant qui plaidaient le loup et le renard (*La Fontaine*, livre II, fable III) :

- Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

572. Si la pièce est reconnue fausse, le tribunal

(C. de proc. art. 241) doit prendre des mesures, soit pour empêcher qu'on ne puisse jamais en faire usage, soit pour rétablir la vérité, s'il y a lieu. Afin d'atteindre le premier de ces résultats, il ordonne la *suppression* ou *lacération* de la pièce, si elle est isolée; la *radiation*, s'il y a eu falsification partielle d'un titre ou d'un registre qu'on ne peut détruire en totalité; enfin la *réformation*[1], acte de destruction morale, que l'on prononce, si l'écrit n'est pas au pouvoir du tribunal, ou si la loi n'en permet pas la radiation, comme lorsqu'il s'agit d'un acte de l'état civil, sauf à faire mention du jugement en marge de l'acte supprimé (C. civ. art. 101). Quant au rétablissement de la vérité, les pièces sont *rétablies*, lorsqu'il y a lieu, soit de reproduire en entier des dispositions effacées, soit du moins de remanier l'acte, pour le remettre dans l'état où il était primitivement, s'il s'agit d'un faux matériel; dans l'état où il devait être d'après l'intention des parties, s'il s'agit d'un faux intellectuel.

573. Toutes ces opérations se font à la diligence du greffier. Mais toutes, sauf la suppression, qui ne produit pas d'effet matériel, sont de nature à causer un préjudice irréparable à la partie condamnée. Or, la condamnation peut ne pas être en dernier ressort; elle peut être au moins passible de voies de recours extraordinaires. Aussi la loi a-t-elle voulu qu'il fût sursis à l'exécution du chef du jugement qui porte sur l'état matériel de la pièce, tant que le condamné est dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation (même art. 244). On ne parle pas du délai pour former opposition, parce qu'il est généralement suspensif en toute matière. Quant aux voies extraordinaires, dont l'emploi est fort rare, la tierce opposition

[1] Tel est le sens donné au mot *réformation*, par Serpillon, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1737, et il n'est pas probable que les mêmes expressions aient un autre sens dans le Code de procédure (voy. M. Colmet d'Aage, *Leçons sur le Code de procédure*, § 67).

et le désaveu, le législateur ne paraît pas en tenir compte.

En sens inverse, si la pièce est déclarée vraie, il n'y a, sans doute, aucune opération matérielle à effectuer; mais il serait dangereux de restituer, soit l'écrit argué de faux, soit les pièces de comparaison, tant que le jugement peut être attaqué par l'une des voies indiquées. On doit donc, en général, différer cette restitution. Mais l'application de cette dernière règle peut cesser sur la demande des dépositaires, ou de toute partie intéressée à la réintégration des pièces, pourvu qu'il soit suffisamment garanti au tribunal qu'elles seront représentées à la première réquisition (*ibid.* art. 242 et 243).

De plus, le ministère public, qui assiste au jugement définitif, comme à toutes les autres phases de la procédure, peut toujours, en faisant des réserves à fin de poursuites criminelles, s'opposer soit à la destruction, soit au retrait des documents utiles ou nécessaires pour l'exercice de l'action publique, qui demeure parfaitement indépendante, quelle que soit l'issue du procès civil.

574. Quand le demandeur succombe, il encourt de droit, le jugement eût-il gardé le silence sur ce point, une amende de trois cents francs, indépendamment des dommages-intérêts qui peuvent être alloués par le tribunal au défendeur. Le désistement volontaire n'empêcherait pas l'inscrivant de subir cette amende; il en serait de même, à plus forte raison, s'il avait été déclaré déchu de sa demande, pour défaut d'observation des formalités légales[1]. Mais il faut que l'inscription

[1] L'article 247 du Code de procédure suppose que les parties peuvent avoir été *mises hors de procès*. C'est là un vestige de l'ancien droit, où la *mise hors de cause*, dont nous avons eu occasion de parler (n° 49), se reproduisait en matière de faux, à cause du caractère semi-criminel de la procédure. Aujourd'hui, la *mise hors de procès* ou *hors de cause* ne serait que de l'arbitraire, tant au criminel qu'au civil.

ait été admise; sinon, la procédure aurait avorté dans son germe. Il suffit au surplus que la pièce, sans avoir été positivement déclarée fausse, ait été rejetée, ou même qu'un faux partiel ait été constaté, pour que l'amende ne soit pas encourue (*ibid.* art. 246-248).

575. Enfin le procès peut, comme la plupart des contestations civiles, se terminer par une transaction. Nul doute que l'accord des parties ne soit sans effet en ce qui touche l'exercice de l'action publique (C. d'inst. art. 4). Mais l'effet de la transaction entre les parties elles-mêmes paraît subordonné ici à une condition toute particulière. « Aucune transaction sur la poursuite du faux incident, » dit l'article 249 du Code de procédure, « ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos. »

Dans le premier état de notre jurisprudence française, à la différence du droit romain, qui permettait de transiger, même sur l'accusation de faux (Diocl. l. 18, Cod. *de transact.*), toute transaction sur le faux était défendue. Il n'a jamais été permis chez nous de transiger en matière de crimes, et nous avons vu que la poursuite même civile du faux avait un caractère criminel. Sous l'ordonnance de 1737, la transaction fut permise; mais, bien que l'article 52 du titre II de cette ordonnance ne parlât que d'*exécution*, on pensait généralement que la validité de la transaction au fond était subordonnée à l'homologation du tribunal. C'est qu'alors la partie civile pouvait agir comme partie principale au criminel, et que dès lors les droits auxquels elle renonçait n'étaient pas purement privés, sous l'empire d'une législation qui n'avait pas encore nettement discerné l'action publique de l'action civile. Mais aujourd'hui que la même confusion n'existe plus, l'action pour la réparation du crime, qui n'appartient qu'au ministère public, demeurant entière, on ne voit pas

pourquoi le tribunal serait autorisé à refuser au fond son homologation à une transaction intervenue entre parties capables sur des intérêts purement privés. Ce que le tribunal peut accorder ou refuser, c'est l'*exécution* de la transaction, en tant qu'elle pourrait compromettre l'action publique, c'est-à-dire en tant qu'elle aurait trait à l'enlèvement ou à la destruction des pièces; dont le ministère public peut requérir le maintien au greffe. L'exposé des motifs est tout à fait dans le sens de cette opinion : « Les parties ne sont pas libres, » dit Treilhard, « par des conventions privées et secrètes, de faire disparaître les traces d'un crime et de soustraire les coupables aux peines qu'ils ont encourues. »

DEUXIÈME DIVISION.

Faux incident criminel.

576. Devant les juridictions criminelles, l'inscription de faux, nous l'avons dit, ne peut jamais se présenter qu'incidemment. L'instruction du faux principal criminel, ou faux principal proprement dit, tend à faire appliquer la loi pénale, et non plus seulement à détruire la foi d'un acte, comme l'inscription de faux.

577. La marche tracée pour attaquer incidemment une pièce fausse au criminel diffère peu de celle qui est suivie devant les juridictions civiles. La partie qui attaque la pièce comme fausse, doit sommer l'adversaire de déclarer s'il entend ou non se servir de la pièce (C. d'inst. art. 458). Les plaideurs n'étant pas ici représentés par des avoués, la sommation doit se faire par exploit, et par conséquent nul doute que le délai de huitaine ne doive être augmenté à raison des distances. Du reste, la partie à qui on impose cette sommation, n'est que la partie civile. Le ministère public n'est jamais forcé de mettre l'accusé en demeure de déclarer s'il entend ou non employer tel moyen [1] (rej. 20 juin 1817).

[1] Lors même que la pièce aurait disparu par le fait de l'inculpé, les

Si celui qui reçoit la sommation renonce à faire usage de la pièce, elle est rejetée du procès, sans préjudice des poursuites criminelles auxquelles elle peut donner lieu. Si, au contraire, il persiste à en faire usage, le faux est poursuivi criminellement au cas où il y a eu faux intentionnel; sinon, l'instruction du faux est suivie incidemment, dans les formes ordinaires, devant le tribunal saisi de l'affaire principale (*ibid.* art. 459 et 460). Cette dernière proposition n'est pas vraie toutefois d'une manière générale. Il ne faut l'appliquer qu'aux cours d'assises et aux tribunaux de police correctionnelle. On n'a jamais considéré un tribunal de simple police comme offrant assez de garanties pour pouvoir être saisi d'une procédure de faux, dont la marche est si compliquée.

578. En matière ordinaire, le faux criminel n'est plus soumis, nous l'avons vu (n° 532), à peine de nullité, à l'observation des règles compliquées prescrites par la loi. Il n'en est point de même dans les matières spéciales dont nous avons déjà parlé, en nous occupant de l'authenticité en matière criminelle, c'est-à-dire en ce qui touche les procès-verbaux constatant certains délits et certaines contraventions, à l'égard desquels l'inscription de faux a été soumise à des règles particulières. Tout est de rigueur dans la procédure qui tend à détruire l'autorité de ces procès-verbaux. « L'inobservation de ces formalités, » dit un arrêt de cassation du 18 novembre 1813, « emporte la déchéance de l'inscription de faux ; elle éteint donc et anéantit l'action, sans qu'il soit possible de la reprendre ; par une conséquence nécessaire, les nullités qui résultent de l'inobservation d'une telle formalité sont

poursuites du ministère public ne sauraient être arrêtées, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, et sous le Code actuel (arr. du 14 mai 1836), et même sous l'empire du Code de brumaire, qui prescrivait à peine de nullité l'accomplissement de toutes les formalités de cette procédure (cj. 5 mars 1807).

absolues et d'ordre public ; elles ne peuvent être couvertes ni par le silence, ni par le consentement, soit des parties intéressées, soit du ministère public ; elles peuvent être proposées en tout état de cause comme exception préjudicielle et péremptoire éteignant l'action, et il est même du devoir des juges de les suppléer dans le silence des parties. » Ces formalités rigoureuses ont été empruntées à l'ancienne législation, dont les dispositions se trouvaient résumées dans une déclaration du roi du 25 mars 1732, réglant la procédure à suivre sur l'inscription. Indépendamment des règles empruntées à la procédure civile sur l'inscription de faux et sur le dépôt des moyens, la faculté de s'inscrire doit être exercée dans des délais très-brefs, qui varient suivant les matières, mais qui ne vont jamais au delà de l'audience indiquée par la citation. « Dans tous les temps, » dit Merlin (*Répert.* v° *Inscription de faux*, § VI, n° 2), « le législateur s'est attaché à restreindre, avec une inflexible sévérité, le délai dans lequel peuvent être attaqués par inscription de faux les rapports et procès-verbaux des préposés [1], et l'on en conçoit sans peine le motif : c'est que plus la loi accorderait d'intervalle au prévenu de contravention pour s'inscrire en faux contre un procès-verbal, plus elle lui faciliterait les moyens de forger, de revêtir de toutes les couleurs de la vraisemblance, et de prouver, par de faux témoins, des faits contraires aux faits constatés par le procès-verbal des employés ; c'est que les premiers moments qui suivent la rédaction et l'affirmation d'un procès-verbal, sont toujours ceux où la vérité peut le plus aisément en être reconnue, où les erreurs peuvent le plus aisément être dévoilées ; c'est qu'il importe de ne pas laisser longtemps l'intérêt pécuniaire du prévenu aux prises avec sa conscience. »

[1] Il s'agissait de contributions indirectes, mais le principe est évidemment le même dans toutes les matières spéciales.

579. Mais, à raison même de la rigueur de ces formalités, il faut reconnaître que les règles relatives aux procès-verbaux sont placées en dehors du droit commun. Il n'est donc pas permis de les compléter, en faisant des emprunts aux dispositions du Code de procédure sur l'inscription de faux. Ainsi, dans le silence des lois spéciales, il n'y a point lieu d'adresser au rédacteur du procès-verbal une sommation préalable, tendant à lui faire déclarer s'il veut se servir de la pièce : c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 14 mai 1813, d'après ce motif que, les agents de l'administration, à la différence des plaideurs ordinaires, n'étant point libres de s'abstenir, une pareille sommation ne saurait avoir à leur égard aucun effet utile. Néanmoins, s'il n'est pas permis de se référer au Code de procédure en ce qui concerne l'instruction de l'affaire, il y a identité de motifs pour appliquer au plaideur téméraire l'amende de trois cents francs, lorsqu'il s'agit d'un faux incident criminel. C'est ce qu'a décidé un arrêt de cassation du 8 février 1845, dans le cas d'une inscription de faux dirigée contre un procès-verbal d'employés des contributions indirectes.

580. Celui qui veut s'inscrire en faux doit le déclarer en personne, ou du moins par le ministère d'un mandataire, porteur d'une procuration spéciale et notariée. L'inscription a lieu, tantôt au greffe, tantôt à l'audience, mais toujours dans de brefs délais. Au jour indiqué par la citation, le tribunal donne acte au prévenu de sa déclaration d'inscription de faux, et fixe un délai assez court, pendant lequel il est tenu de faire au greffe le dépôt des moyens de faux, avec l'indication des noms, qualités et demeure des témoins qu'il veut faire entendre. Ces moyens doivent être, comme en matière ordinaire (n° 556), des faits de nature à contredire le procès-verbal, et non pas une dénégation pure et simple. C'est dans ce sens que l'ar-

ticle 179 du Code forestier veut que les moyens *soient de nature à détruire l'effet du procès-verbal*. A l'expiration du délai fixé, les parties viennent à l'audience, et le tribunal décide si l'inscription est admissible. Ce n'est qu'alors qu'il est autorisé à faire cesser la foi du procès-verbal attaqué. Quand l'inscription de faux est admise, s'il y a des indices de faux criminel, et que l'action publique ne soit pas prescrite ou éteinte par la mort du prévenu, le tribunal doit surseoir, et renvoyer l'affaire devant le juge d'instruction compétent. Dans le cas inverse, la poursuite ne tendant plus à l'application d'une peine, mais seulement à la preuve du faux, rien n'empêche que le tribunal correctionnel, saisi de l'incident, ne puisse le vider. Il procède alors suivant les règles ordinaires, quant à la vérification de l'existence du faux.

584. En principe général, l'inscription de faux, dirigée par un prévenu contre le procès-verbal d'où peut résulter sa culpabilité, est personnelle à ce prévenu, et ne doit pas pouvoir profiter aux autres prévenus qui se trouveront désignés dans ce même procès-verbal. C'est là l'application du principe bien constant, suivant lequel une procédure, quelle qu'elle soit, ne saurait profiter aux personnes qui y sont étrangères. Néanmoins on lit dans l'article 181 du Code forestier, et dans l'article 58 de la loi sur la pêche fluviale : « Lorsqu'un procès-verbal sera rédigé contre plusieurs prévenus, et qu'un ou quelques-uns d'entre eux seulement s'inscriront en faux, le procès-verbal continuera de faire foi à l'égard des autres, à moins que le fait sur lequel portera l'inscription de faux ne soit indivisible et commun aux autres prévenus. » On a probablement pensé qu'il pouvait y avoir quelque chose de choquant, lorsque le fait est indivisible, à voir un procès-verbal déclaré faux, et cependant des prévenus condamnés à l'amende, ou même à la prison, sur la foi de ce procès-verbal. Et cependant ce n'est là,

après tout, que l'application logique du principe qui, même en matière indivisible, ainsi que nous le verrons, ne permet d'attacher à la chose jugée qu'une foi toute relative. On ne peut donc pas étendre à d'autres matières la disposition favorable, mais exceptionnelle, du Code forestier et de la loi sur la pêche fluviale.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE.

AVEU DU DÉFENDEUR. — ÉCRITURES PRIVÉES.

582. Quelque précieuse que soit l'authenticité pour assurer la stabilité des conventions, il n'était pas possible de l'imposer généralement, sans astreindre les parties à des embarras et à des frais qui auraient singulièrement entravé les transactions sociales (voy. n° 393). Aussi l'aveu consigné dans un écrit privé est-il une preuve extrêmement usuelle.

Les plus importantes des écritures émanées de simples particuliers sont les actes sous seing privé, ainsi nommés[1] à raison de la signature qui les caractérise. C'est à ces actes que nous devons spécialement nous attacher. Nous dirons ensuite quelques mots des écritures non signées, qui n'ont de foi régulière que dans certaines circonstances déterminées, en dehors desquelles elles dégénèrent en simples indices : nous traiterons en même temps des signes matériels encore employés pour constater certaines fournitures, des *tailles*, qu'on peut considérer comme une sorte d'écriture grossière.

Les règles que nous allons établir sur la nature des

[1] Le mot *seing* est, en effet, opposé à celui de *sceau* par l'ordonnance de Moulins, et employé souvent par nos anciens auteurs dans le sens de signature. Boiceau emploie continuellement dans cette acception, peu conforme à la saine latinité, le mot *signum*, d'où *seing* est évidemment dérivé.

écritures privées ne sont pas propres aux matières civiles. Nous aurons seulement quelques observations à faire, pour compléter le sujet, sur la foi de ces écritures devant les tribunaux criminels.

PREMIERE SECTION.

ÉCRITURES SIGNÉES. — ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

583. La signature des parties, qui est chez nous le caractère distinctif des actes sous seing privé, n'existait pas à Rome dans l'origine. Quant au sceau, qui pouvait en tenir lieu, et qu'on employait, par exemple, dans le testament prétorien, pour attester la présence des témoins, il ne paraît pas avoir été exigé dans les écrits privés (Scœv. l. 34, § 1, ff. *de pign.*). Mais il paraît qu'on les rédigeait habituellement en présence de témoins : usage qui n'avait rien d'extraordinaire pour les Romains, qui avaient l'habitude d'initier leurs concitoyens au secret de leurs affaires, puisque leurs conventions les plus importantes avaient lieu verbalement, et exigeaient, par conséquent, dans la pratique l'emploi de la preuve orale. Justinien, dans la Novelle 73, donna une force toute particulière aux écrits revêtus de la signature de trois témoins. Il voulut que seuls ils pussent être vérifiés par experts, le témoignage des personnes qui avaient concouru à l'acte rendant l'expertise moins dangereuse : « Ut non in sola scriptura et ejus exami-« natione pendeamus, sed ut judicantibus etiam testium « solatium. » Au contraire, la sincérité des écrits qui étaient rédigés sans témoins ou en présence de moins de trois témoins, ne pouvait s'établir que par la preuve directe, et non pas indirectement au moyen de la comparaison d'écritures. Léon avait déjà décidé (l. 4, Cod. *qui pot. in pign.*) qu'en matière de gage ou d'hypothèque, les écritures rédigées en présence de trois témoins l'emporteraient, bien que postérieures en date, sur celles qui seraient dépourvues de cette formalité. Du reste,

bien que la signature se fût introduite à Constantinople, elle ne pouvait pas, comme chez nous, tenir lieu de l'écriture de la propre main de celui qui s'engageait. Celui qui ne savait pas écrire, ou qui savait *paucas litteras* (Nov. 73, ch. VIII), devait faire rédiger par autrui ses conventions en présence de témoins, qui attestaient la fidélité de la rédaction.

584. En France, nous avons vu (n° 414) que, jusqu'au XVI^e^ siècle, les actes publics eux-mêmes n'étaient pas signés, mais revêtus d'un sceau. Dumoulin admet encore pour les actes privés (*Comm. sur la cout. de Paris, tit. des fiefs*, § 8, n^os^ 13 et 14) que le sceau peut valoir sans signature, pourvu qu'il soit constant que le sceau a bien été apposé par celui qui s'engage. La nécessité absolue de la signature paraît n'avoir prévalu que dans le siècle suivant. Il est facile de reconnaître combien la pratique de la signature est préférable à celle du sceau, dont l'usage frauduleux n'exige point du faussaire des connaissances spéciales et difficiles, comme la fabrication des écritures, et devient impossible à constater, s'il a eu lieu secrètement, puisque l'empreinte est toujours identique.

585. En Angleterre (voy. Blackstone, liv. II, ch. XX), la formalité du sceau est encore la seule qui soit requise en général dans les actes privés, dont la formule porte : *scellé et délivré*. La signature est en outre exigée par le 29^e^ statut de Charles II (ch. III), pour les conventions les plus importantes, telles que les ventes d'immeubles. On a recours d'ailleurs, pour constater ce qui se passe lors de la confection des actes, au même expédient qu'on employait dans la législation romaine, à l'assistance de témoins[1]. Mais ce témoignage, utile pour la preuve, n'est pas de l'essence de l'acte. Depuis Henri VIII, lorsque les témoins sont appelés, ils doivent signer au bas ou au dos de l'écrit. Enfin il est de principe que, lors-

[1] Depuis Richard Cœur de Lion, le roi est son propre témoin (*teste me ipso*).

qu'un acte est signé par des témoins, les mêmes témoins doivent en certifier l'existence. Quand il s'agit d'établir cette existence, la preuve testimoniale est toujours celle qu'on invoque de préférence ; on n'emploie la vérification d'écritures qu'à la dernière extrémité. C'est le système de la Novelle 73 (voy. Blaxland, *Cod. rer. Ang.* p. 492).

586. Le Code sarde, prévoyant le cas où les contractants ne savent ni lire ni écrire, leur permet de rédiger un acte sous seing privé en apposant une marque [1] en présence de témoins (art. 1433). La marque est vérifiée en justice, comme le serait l'écriture [2] (*ibid.* art. 1428, 1429).

587. En Prusse, au contraire (Code pruss. part. Ire, tit. v, art. 171), on ne s'en rapporte pas même à l'attestation du notaire, en ce qui touche les aveugles, les sourds-muets et les illettrés ; ces personnes ne peuvent contracter que devant le tribunal. Ce n'est là, du reste, qu'une des applications de cette tutelle judiciaire des incapables, qui joue un si grand rôle dans les législations germaniques.

588. Une distinction fondamentale entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, c'est que l'apparence seule d'un acte authentique prouve l'authenticité, *acta probant se ipsa*, suivant l'énergique expression de Dumoulin ; tandis que l'écriture privée, que

[1] L'usage d'apposer ainsi une marque, ordinairement une croix, assez fréquent encore dans les campagnes, et qui peut dénoter le consentement, lorsqu'il est établi que la marque n'a été apposée qu'en connaissance de cause, se retrouve dans le droit de Justinien (l. *ult.* § 2, Cod. *de jur. delib.*). Cet empereur, supposant que l'héritier qui dresse un inventaire ne sait pas écrire, veut alors qu'on appelle un tabellion pour écrire en sa place, *venerabili signo antea manu heredis præposito*. Les Anglo-Saxons faisaient également usage de la croix ; l'usage du sceau a été importé en Angleterre par les Normands, puisque la plus ancienne charte scellée est d'Édouard le Confesseur, qui avait été élevé en Normandie (Blackstone, même ch. xx, n° 8).

[2] Rappelons-nous toutefois que le Code sarde (art. 1412) impose à toute personne la rédaction authentique pour les conventions d'une certaine importance : ce qui atténue le danger que peut présenter la prérogative accordée à de simples témoins, de certifier ainsi la présence et le consentement des parties.

l'on prétend émanée d'une partie, ne fait foi qu'autant qu'elle est reconnue ou vérifiée en justice. Mais, pour suivre une marche semblable à celle que nous avons adoptée en ce qui touche les actes authentiques, nous allons supposer d'abord la sincérité de l'acte à l'abri de toute controverse, et dans cette supposition, examiner à quelles conditions il peut faire foi. Nous nous demanderons ensuite comment on procède dans la pratique pour établir la sincérité de l'acte, lorsqu'elle est contestée, c'est-à-dire pour *vérifier les écritures*.

PREMIÈRE DIVISION.

Foi de l'acte sous seing privé.

589. L'acte authentique, sauf ce qui touche les contre-lettres, a la même autorité à l'égard des tiers qu'entre les parties contractantes. Nul n'est reçu, s'il ne prend la voie pénible et difficile de l'inscription de faux, à contester la vérité des déclarations de l'officier rédacteur. Les écritures privées, en les supposant sincères, sont bien aussi, dans notre législation, des preuves légales. Mais cette preuve est susceptible en quelque sorte de deux degrés. Certaines conditions suffisent pour la validité de l'acte sous seing privé entre les parties contractantes. Mais, à l'égard des tiers, l'expérience a fait sentir le danger des antidates, si faciles à pratiquer et si difficiles à reconnaître. L'aveu écrit ne peut donc faire foi complète sous ce dernier rapport, en l'absence de certaines conditions qui le mettent à l'abri de tout soupçon de fraude. On voit que la forme et la foi de l'acte sont ici intimement unies; nous traiterons donc simultanément des formalités requises et de la foi qui s'attache à l'acte revêtu de ces formalités, d'abord entre les parties, puis vis-à-vis des tiers.

§ 1er. *Foi entre les parties.*

590. La seule condition ordinairement exigée entre les contractants, c'est la signature de la partie qui

s'engage. La signature ne peut pas être remplacée par une croix : il en a été ainsi depuis la promulgation de l'ordonnance de 1667, même dans les pays où l'usage local consacrait cette pratique (rej. 10 thermidor an XIII). Les marques ou croix, ne constituant point une écriture susceptible d'être reconnue, ne peuvent pas même servir de commencement de preuve par écrit (Bruxelles, 27 janvier 1807). Mais il n'est pas indispensable que la signature de l'auteur de l'acte soit conforme à son acte de naissance, pourvu que les nom et prénoms soient ceux sous lesquels il est connu : c'est ainsi que l'on a jugé valable le testament d'un évêque, signé d'une croix, des initiales de ses prénoms et du nom de son évêché [1] (rej. 23 mars 1824; Bourges, 19 août 1824).

La date n'est pas requise; ce qui était vrai à Rome (Scæv. l. 34, § 1, ff. *de pign.*), même à l'égard des tiers, mais ce qui n'est plus vrai chez nous que dans les rapports des parties entre elles. Toutefois, même sous ce point de vue, si la date n'est pas nécessaire, il serait souverainement imprudent de ne pas l'insérer; car le signataire peut avoir été incapable, et comment constater alors que l'écrit a été signé à une époque de capacité? Le demandeur serait chargé de la preuve, qu'il lui serait peut-être impossible d'administrer. Si, au contraire, il y a une date, elle sera réputée véritable : c'est-à-dire que le souscripteur ne pourra pas dénier purement et simplement la date, ainsi que le ferait un tiers, mais sans préjudice du droit qu'a tou-

[1] La même difficulté, soulevée dans l'ancienne jurisprudence à l'égard du testament de Massillon, s'était terminée par une transaction. Il y avait plus de doute alors, à raison de l'article 211 de l'ordonnance de 1629, qui ordonnait, à peine de nullité, de signer tous les actes et contrats du nom de famille et non de celui des seigneuries; mais cette ordonnance, enregistrée dans un lit de justice, était peu observée par les parlements. Dans le droit intermédiaire, les lois des 19 juin 1790 et du 6 fructidor an II, ont également prescrit d'employer le vrai nom de famille, mais sans ajouter la sanction de la nullité.

jours le tribunal de constater la date réelle en connaissance de cause (rej. 19 janvier 1814).

594. Puisque la loi n'exige que la signature de celui qui veut s'engager, on peut donner cette signature à l'avance, en laissant en blanc un espace qui doit être rempli par le mandataire, suivant les intentions du mandant. C'est ce qu'on appelle un *blanc seing* : pratique qui peut être dangereuse, mais qui n'a rien en soi de répréhensible. Il y a eu, à la vérité, jusque dans le dernier siècle (Merlin, *Répert.* v° *Blanc seing*), des arrêts qui ont déclaré nuls des blancs seings non ratifiés, tandis que d'autres décisions en maintenaient la validité. Mais aujourd'hui, indépendamment du principe général, qui ne permet pas de faire revivre d'anciennes prohibitions relatives à des matières réglées par le Code civil, nos lois modernes ont reconnu implicitement, mais bien clairement, la validité des blancs seings, puisqu'elles en punissent l'abus. L'article 407 du Code pénal punit effectivement de peines correctionnelles « quiconque abusant d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signalaire. »

Remarquons qu'il y a au fond, dans tout abus de blanc seing, une sorte de faux intellectuel, puisque le mandataire écrit autre chose que ce que le mandant entendait signer; de même qu'un notaire commet un faux, lorsqu'il écrit dans un testament des dispositions qui ne lui ont pas été dictées. Mais les mêmes motifs qui font dégénérer le vol en abus de confiance, lorsque le propriétaire avait remis lui-même la chose entre les mains de celui qui l'a détournée, d'un dépositaire, par exemple, font qu'il n'y a pas faux, lorsque le blanc seing a été volontairement confié à la personne qui en a abusé, le mandant ayant pu prévoir l'abus d'un pouvoir illimité en fait, bien que limité dans l'intention des parties. Il en serait autrement, aux termes du même

article 407, si le blanc seing n'avait pas été confié à celui qui l'a rempli; il y aurait alors un véritable faux, passible de la réclusion. C'est qu'alors il n'y aurait plus eu un simple abus de confiance, mais une véritable fabrication d'écritures; car, l'écrit faisant corps avec la signature, peu importe que je fabrique le billet tout entier, ou que j'adapte après coup des dispositions à une signature que vous n'avez jamais eu l'intention de me confier. Cette distinction, constante en jurisprudence, a été nettement formulée par le législateur même, dans l'esprit des motifs du Code pénal. Toutefois la cour de cassation considère avec raison comme n'ayant pas confié le blanc seing celui qui ne l'avait remis que comme adresse, comme souvenir, ou dans l'intention de souscrire un acte qui ne l'obligeait pas, tel qu'une pétition (cass. 22 octobre 1812 et 2 juillet 1829).

592. Si l'on est d'accord sur les éléments constitutifs du délit de blanc seing, une question fort controversée est celle de savoir si le fait même de la remise du blanc seing est susceptible d'être établi au moyen de la preuve testimoniale. La cour de cassation (18 janvier et 5 mai 1831) assimilant la remise volontaire du blanc seing à un dépôt, a vu dans ce fait une convention qui doit être prouvée par écrit pour toute valeur supérieure à cent cinquante francs, suivant la doctrine aujourd'hui constante sur la preuve testimoniale devant les tribunaux criminels (n° 178). Cette jurisprudence a été vivement critiquée par plusieurs auteurs, qui prétendent que la remise d'un blanc seing n'est point une convention, et qu'exiger une preuve écrite, c'est entraver les relations d'affaires, où il est d'usage de confier un blanc seing à un commis sans exiger aucune constatation de cette remise. Nous ne pensons pas que ces objections soient fondées. La remise dont il s'agit, est si bien un fait conventionnel que c'est cette circonstance seule qui fait de l'acte du blanc seing un simple délit, puisque autrement il dégénererait en un véritable faux. Qu'est-ce

après tout que la remise d'un acte signé à l'avance et destiné à être rempli? Un mandat. Or, le mandat est soumis par le Code civil (art. 1986) aux règles du droit commun sur la preuve, règles qui ne s'appliquent point, du reste, au mandat commercial, ce qui répond à l'objection tirée des relations des patrons avec leurs commis. En dehors de ces relations, l'usage des blancs seings est souvent une grave imprudence, qu'il ne convient point d'encourager en s'écartant des règles ordinaires sur la preuve.

593. Pour en revenir au droit civil, si, dans la doctrine qui a prévalu, les blancs seings ont été généralement autorisés, le danger qu'ils présentent a dû appeler, dans certains cas, l'attention du législateur. De nombreuses fraudes pratiquées au commencement du dernier siècle, soit au moyen de blancs seings, soit au moyen de signatures surprises après coup, ont donné lieu à une déclaration du 22 septembre 1733, dont la substance est reproduite par l'article 1326 du Code civil : « Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

594. Cette disposition ne s'applique qu'aux actes *où une seule partie s'engage*, c'est-à-dire aux actes unilatéraux; car un acte peut être unilatéral, bien que souscrit par plusieurs débiteurs. C'est donc bien mal à propos que les cours de Paris et de Douai avaient déclaré valable, quant à la femme, le billet non approuvé par lequel une femme s'obligeait solidairement avec son mari. Aussi leurs décisions ont-elles été cassées le 8 août 1815 et le 6 mai 1816.

595. La déclaration de 1733 ne parlait que des *valeurs en argent*. Le Code civil ajoute *ou une chose appré-*

ciable. Ces expressions sont expliquées par ce qui suit: la somme ou la *quantité* de la chose. Il s'agit donc d'une obligation de quantités, c'est-à-dire de denrées, de marchandises, que l'on s'engage à livrer au porteur du billet. L'obligation de transférer un corps certain est en dehors des prescriptions de la loi. L'expérience a fait reconnaître que le danger était surtout dans l'extorsion de billets qui donnent au prétendu créancier le droit de réclamer de l'argent ou des valeurs facilement réalisables. C'est à tort que certains auteurs ont accusé le législateur d'inconséquence; il n'a voulu atteindre que les fraudes les plus fréquentes dans la pratique, parce qu'elles étaient les plus difficiles à prouver et les plus lucratives.

596. Un reproche plus fondé, mais qu'il était peut-être impossible d'éviter, c'est qu'aujourd'hui, comme sous la déclaration de 1733, la nécessité du bon ou approuvé ne s'applique pas aux personnes qui ont le plus besoin de la protection de la loi, aux marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée ou de service (C. civ. art. 1326). Ces personnes savent souvent signer sans savoir écrire, et exiger quelque chose de plus que leur signature, c'eût été les obliger à recourir au notaire pour les actes les plus simples. Mais ces exceptions, motivées par les besoins du commerce, doivent cesser avec la cause qui y donnait lieu. Il est donc impossible d'approuver un arrêt de la cour de Paris du 18 février 1808, qui dispense de la formalité de l'approbation les billets souscrits par un *ex-maçon*, comme si la qualité de maçon pouvait survivre à l'exercice de cette industrie. Aussi la cour de Caen a-t-elle déclaré avec raison (le 15 décembre 1824), soumis à la règle ordinaire les billets souscrits par un ancien cordonnier.

Néanmoins un acte commercial en la forme, bien que souscrit par un non commerçant, ne tombe pas sous l'application de l'article 1326. Autrement, le Code de commerce aurait établi des formes spéciales pour les

lettres de change souscrites par de simples particuliers. C'est ce qu'a jugé, sous l'empire de la déclaration de 1733, la cour de cassation (rej. 10 messidor an XI), et, quant à la législation moderne, la cour de Montpellier, le 20 janvier 1835. Celui qui souscrit un acte de cette nature, est pour ainsi dire momentanément commerçant, puisqu'il se soumet à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps. Mais il y a plus de difficulté pour les billets à ordre souscrits par des non commerçants, billets qui ont bien la forme commerciale, mais qui ne donnent pas lieu à la contrainte par corps et n'entraînent qu'accidentellement la compétence des tribunaux de commerce. La jurisprudence établit une distinction exacte, bien qu'assez délicate, entre le corps même du billet à ordre, qui doit être revêtu du bon ou approuvé, et l'endossement, qu'un usage constant affranchit de cette nécessité. Deux arrêts de cassation (du 7 thermidor an XI[1] et du 27 janvier 1812) ont également annulé comme contraires à la loi la décision qui dispensait de cette formalité le non négociant souscripteur d'un billet à ordre, et la décision qui voulait y soumettre les endosseurs non négociants.

597. La somme mentionnée dans l'approbation peut différer de celle qui est exprimée au corps de l'acte (*ibid.* art. 1327). Le Code, consacrant la doctrine de Pothier (*Oblig.* nos 746 et 747), veut qu'on s'attache toujours à la somme moindre. Si c'est le chiffre porté dans l'approbation qui est supérieur, on suppose qu'il y a eu erreur dans cette approbation; si, au contraire, il est inférieur, on suppose que le débiteur a voulu restreindre l'étendue de son engagement. Ce n'est là néanmoins qu'une règle subsidiaire d'interprétation. Toutes

[1] Cet arrêt a été rendu sous l'empire de la déclaration de 1733, qui avait prévu formellement le billet à ordre; mais, ainsi que l'a reconnu Merlin dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt de 1812 (*Répert.*, v° *Billet à ordre*, § Ier, n° 5), la doctrine du Code sur ce point est absolument la même.

les fois que les éléments de la cause, par exemple, un calcul arithmétique, permettront de reconnaître quel est le véritable chiffre, il faudra s'y attacher, fût-il de beaucoup le plus fort (même art. 1327).

598. L'omission de la précaution exigée pour la régularité du billet ne peut annuler la convention dont ce billet est la preuve, si cette convention peut être établie par d'autres moyens, notamment par l'aveu et par le serment. Cette opinion pouvait être soutenue, même sous l'empire de la déclaration de 1733, qui voulait que les billets de cette nature fussent nuls et de nul effet. On pouvait prétendre que, les termes de la loi ne s'appliquant qu'au billet, la convention même n'était point frappée d'une présomption absolue de fraude, et qu'il n'était point interdit de la prouver, abstraction faite de ce billet. Il y a moins de doute aujourd'hui sur ce point, en présence des termes de l'article 1326, qui ne reproduit pas la nullité, mais dit seulement : *Le billet doit être écrit de la main... Il faut qu'il ait écrit de sa main*, etc. Or, la raison et l'expérience attestent que le défaut d'approbation peut aussi bien être le résultat d'une inadvertance que celui de la fraude. Gardons-nous de faire rejaillir sur la convention une nullité qui n'est pas même prononcée par la loi quant au billet, tandis que le législateur de 1733 défendait formellement aux juges d'en ordonner le payement. On pourra donc établir l'existence de la convention unilatérale par l'aveu, par le serment, ou même par la preuve testimoniale, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs.

Mais ne faut-il pas aller plus loin, et puisque le billet même n'est point frappé de nullité par la loi moderne, y voir un commencement de preuve par écrit, et admettre dès lors la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur, afin de constater la cause réelle de l'engagement? Le billet non approuvé est, en effet, par lui-même de nature à rendre vraisemblable le fait allégué (C. civ. art. 1347). La fraude est possible sans doute;

mais, si elle existe, elle ressortira de l'enquête que les juges n'ordonneront d'ailleurs qu'en connaissance de cause; si elle n'existait pas, au contraire, ne serait-il pas souverainement injuste de déclarer le billet de nul effet, à raison d'une simple inadvertance? C'est ce qu'avait jugé, malgré les termes de la déclaration, un arrêt du parlement de Paris du 5 juillet 1748. Le système rigoureux établi en 1733 tenait à une réaction contre des abus tout récents. Sous l'empire du Code civil, la jurisprudence, qui semblait se prononcer d'abord pour l'avis le plus sévère, est aujourd'hui fixée dans le sens de l'opinion des auteurs les plus exacts, qui considèrent le billet non approuvé comme pouvant constituer un commencement de preuve par écrit (rej. 6 février 1839 et 26 février 1845).

599. Une autre question qui s'élève sur la forme des écrits constatant une obligation unilatérale, c'est celle de savoir si ces écrits doivent régulièrement constater la cause pour laquelle ils ont été souscrits, de manière en ce qu'en l'absence de cette mention, ce soit au créancier à prouver l'existence de la cause; ou bien s'ils font foi complète malgré l'absence de cette mention, sauf au débiteur à prouver qu'il n'y a pas effectivement de cause de l'obligation. En pure théorie, cette question pourrait s'élever aussi bien à propos d'un acte notarié qu'à propos d'un simple billet. Mais, dans la pratique, il ne peut guère arriver qu'un acte authentique ne mentionne pas formellement la cause pour laquelle le débiteur s'oblige. Nous sommes donc fondé à considérer la question comme spéciale, en fait, aux actes sous seing privé. Elle devrait d'ailleurs recevoir la même solution, s'il s'agissait d'un acte authentique.

600. Ceux qui pensent que c'est au créancier à prouver la cause, lorsqu'elle n'est pas énoncée dans le billet, invoquent en leur faveur l'autorité du droit romain. Ils ne peuvent cependant se fonder sur les formes habituellement usitées à Rome pour contracter une

obligation unilatérale. La manière même dont est conçue la *stipulation*, qui constate le plus souvent les engagements de cette nature : *Centum dare spondes?* — *Spondeo*; exclut évidemment la nécessité d'une pareille mention. Quiconque était régulièrement obligé, était censé ne s'être pas obligé sans cause. Mais le droit prétorien permettait au défendeur d'alléguer l'exception *non numeratæ pecuniæ*; exception dans laquelle, par des motifs tout particuliers, ainsi que nous l'avons vu (n° 43), on rejetait sur le demandeur le fardeau de la preuve. Cette interversion des rôles ne tenait pas néanmoins à la circonstance que la cause n'avait pas été mentionnée, mais à une présomption de fraude, qui subsistait en présence même de cette mention, du moins jusqu'à Justin. Ce fut cet empereur qui voulut le premier que la mention de la cause rétablît la présomption en faveur du créancier. « Generaliter sancimus (l. 13, Cod. *de non. num. pec.*) ut, si « quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque « causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, « cum suis confessionibus acquiescere debeat : nisi « certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in « eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum « sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua « quisque voce dilucide protestatus est, id in eamdem « causam infirmare, testimonioque proprio resistere. » C'est à cette législation qu'appartient le texte si souvent cité, qui est inscrit sous le nom de Paul au Digeste, dans loi 25, § 4, *de probationibus* : « Sin autem cautio « indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, « tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit : « nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas

« explanavit pro quibus eamdem conscripsit: tunc enim « stare eum oportet suæ confessioni, nisi evidentissi- « mis probationibus in scriptis habitis ostendere para- « tus sit, sese hæc indebite promisisse. »

Le style de ce texte indique évidemment une interpolation. Les expressions : *cautio indebite exposita, indiscrete loquitur, indebite promisisse,* etc., appartiennent à la langue du Bas-Empire. La distinction à laquelle on prétend que Paul fait allusion, entre le cas où la cause est exprimée et celui où le billet *indiscrete loquitur,* est présentée par Justin, ainsi que nous venons de le voir, comme une innovation. Enfin la restriction qui exige des preuves écrites, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis,* est tout à fait étrangère à l'époque des jurisconsultes classiques, et a été évidemment insérée après coup dans le texte. Le prétendu fragment de Paul n'est donc qu'une seconde édition de la constitution de Justin. Or, cette constitution n'était elle-même qu'un tempérament apporté au principe exceptionnel, qui autorise celui qui allègue l'exception *non numeratæ pecuniæ,* à rejeter la preuve sur l'adversaire. Chez nous, ce principe exceptionnel, nous l'avons dit (n° 43), n'existe plus depuis longtemps : « Exception d'argent non nombré n'a point de lieu, » dit Loisel (*Instit. cout.* liv. V, tit. II, § 6). Puisqu'il n'était utile de mentionner la cause que pour éviter l'interversion des rôles qu'entraînait cette ancienne exception, il est évident que, cette règle spéciale ayant disparu de notre droit coutumier, la modification apportée au principe a dû disparaître avec le principe lui-même[1].

604. Le Code civil, au chapitre de la preuve des obligations, est muet en ce qui concerne la constatation

[1] L'exception *non numeratæ pecuniæ* avait été momentanément rétablie à l'égard des juifs par l'article 4 du décret du 17 mai 1808, ainsi conçu : « Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrite par un de nos sujets non commerçant au profit d'un juif, ne pourra être exigée, sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude. »

de la cause. Mais plus haut, dans la section où il traite spécialement de la cause, on lit (art. 1132) : « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. » Cet article veut-il dire que la validité de la convention n'est pas subordonnée à l'expression de la cause? Mais quel doute sérieux pouvait s'élever sur ce point? La validité de la convention n'est pas même subordonnée à l'existence du billet, qui n'en est que la preuve. Les expressions du législateur, pour avoir un sens, doivent s'entendre de la validité de l'acte qui prouve la convention. Or, cette validité peut-elle être autre chose que la foi, jusqu'à preuve contraire, en faveur du créancier? La discussion du conseil d'État, bien qu'assez confuse, a porté explicitement sur la force probante du billet. C'est donc à cette force que l'article 1132 fait allusion. Cette présomption est, du reste, en harmonie avec le principe constant que le dol ou l'erreur ne se présume pas, et que dès lors quiconque signe un engagement, est présumé l'avoir signé sciemment, tant que le contraire n'apparaisse. Il est vrai qu'on se retranche sur la prétendue impossibilité où se trouve le débiteur de prouver une proposition négative. Mais nous ne pouvons que nous référer ici aux développements que nous avons donnés (nos 38 et suiv.) en traitant spécialement ce point; sans oublier le tempérament que nous avons indiqué dans l'application, lequel consiste à obliger le créancier, non à prouver la cause, mais à l'indiquer, afin que le débiteur puisse établir qu'elle n'existe pas. Quant à la faculté de dissimuler ainsi l'existence d'une cause illicite, il est facile de répondre qu'en fait, les causes de cette nature se révèlent facilement, et que les tribunaux ont toujours un pouvoir discrétionnaire pour déclarer l'obligation nulle ou pour en réduire le montant, ainsi que l'a fait la cour de Bordeaux, le 17 décembre 1849.

602. Il existe une opinion intermédiaire, puisée dans certains arrêts de nos anciens parlements, rap-

pelée dans la discussion du conseil d'État, et admise encore aujourd'hui par des auteurs graves. Suivant cette opinion, dont la première trace se retrouve dans le commentaire de Danty sur Boiceau (addit. sur le ch. III du liv. II), il faudrait distinguer entre le cas où le souscripteur du billet aurait dit : *Je reconnais devoir*, reconnaissance qui impliquerait l'aveu d'une cause, et le cas où il aurait dit : *Je promets payer*, ce qui n'indiquerait pas aussi clairement l'existence d'une dette. Ce serait seulement dans ce dernier cas, ou dans d'autres analogues, que la preuve incomberait au créancier. Mais Danty convient que plusieurs auteurs rejetaient cette distinction, et elle n'était nullement admise par Boiceau, qui emploie précisément les expressions : *Fateor me debere*, pour indiquer l'hypothèse où l'écriture n'est pas *causée*, s'il est permis d'employer le langage barbare de la pratique. Mais, quelle que soit l'autorité qui a imaginé cette distinction, il faut avouer qu'elle est bien frivole. Est-ce que celui qui promet payer, ne reconnaît pas virtuellement devoir ? et celui qui reconnaît devoir, veut-il après tout faire autre chose que s'engager à payer ? Ou bien la mention est nécessaire, et alors confesser la dette, ce n'est nullement en exprimer la cause; ou bien la mention est superflue, et alors les deux formules, *je reconnais devoir* et *je promets payer*, ont une valeur identique. Consacrée par de nombreux arrêts de cours d'appel, la doctrine qui met le fardeau de la preuve à la charge du créancier, a été récemment consacrée par un arrêt de cassation du 16 août 1848. Aux termes de cet arrêt, il résulte de l'article 1132 du Code civil « que, bien que la cause ne soit pas exprimée dans une obligation, il y a présomption qu'elle existe et qu'elle est vraie et licite, à moins que le contraire ne soit prouvé; qu'il suit de là que, si celui contre lequel l'exécution d'une telle obligation est poursuivie, prétend qu'il y a défaut de cause, ou cause fausse ou illicite, c'est à lui d'en fournir la preuve. » Il

s'agissait, dans l'espèce, d'un billet portant, non *je reconnais devoir*, mais *je payerai* (voy. dans le même sens une dissertation spéciale de M. Dejaër, dans la *Revue étrangère et française*, t. VIII, p. 929).

603. Passons maintenant à la preuve par acte sous seing privé des conventions synallagmatiques.

Bien avant le XVIII^e^ siècle, on avait reconnu que, lorsque les deux contractants sont à la fois créanciers et débiteurs, il convient de faire l'acte double pour donner à chacun d'eux le moyen de constater la convention. La *charte-partie*, par laquelle on établissait jadis l'affrétement des navires, et dont le nom se retrouve encore dans notre Code de commerce (art. 273), était un acte rédigé sur une feuille de papier ou de parchemin, dont chacune des parties gardait la moitié; les deux moitiés étaient ensuite rapprochées, lorsqu'il s'agissait de demander l'exécution du contrat. Cette pratique serait vicieuse si l'acte n'était pas écrit en entier sur chaque moitié; car, si l'une des moitiés de l'acte était supprimée par la partie qui l'aurait en sa possession, il deviendrait fort difficile de prouver le contenu de l'écrit, à l'aide de l'autre moitié seulement. Il faut mettre à la disposition de chacune des parties un original complet, et cette pratique est la seule usitée depuis longtemps. En Angleterre, on a nommé *actes dentelés* les écrits faits en autant de doubles qu'il y a de contractants. On place ces doubles les uns sur les autres, et on les coupe sur le sommet ou sur le côté en forme de dents correspondantes, afin d'en vérifier aisément l'identité. L'acte qui constate un engagement unilatéral, est nommé par opposition *acte tondu* ou *rasé*, ou bien *acte simple* (Blackstone, liv. II, ch. XX). Mais la rédaction en double original n'est qu'une précaution dont l'omission ne peut compromettre la validité de l'écrit (Blaxland, *Cod. rer. angl.* p. 493).

604. Il en était de même en France, avant qu'un arrêt du parlement de Paris eût, à la date du 30 août

1736[1], exigé, à peine de nullité, non-seulement que l'acte constatant une vente fût fait double, mais même qu'il mentionnât la circonstance qu'il avait été fait double : car, dans l'espèce, les deux doubles étaient représentés; il n'y avait que la mention d'omise. Plusieurs arrêts conformes vinrent consolider cette doctrine, qui finit par être regardée comme constante, bien qu'aucune ordonnance de nos rois ne l'eût sanctionnée. Telle qu'elle était formulée alors, la théorie des doubles avait une rigueur tout à fait déraisonnable. Le parlement semble, en effet, si l'on en croit M. de Grainville (voir, dans le *Répert.* de Merlin, v° *Double écrit*, ses développements à l'appui de l'arrêt de 1736), avoir confondu l'acte écrit avec la convention dont il est la preuve. « Un acte est absolument nécessaire, » dit-il, « pour établir qu'il y a eu une convention entre les parties. Il est établi par le principe naturel des engagements que, si l'acte est sous seing privé, il doit être double quand il contient des conventions réciproques : si l'une des parties ou toutes les deux ont pu soustraire la preuve que l'acte a été fait double, l'acte est nul et ne peut prouver qu'il y a eu une convention; il n'a formé aucun engagement entre les parties. » Mais où a-t-on vu qu'il fût défendu à l'un des contractants de se mettre à la merci de l'autre[2]? Peut-on considérer comme une nullité la difficulté de fait qu'on éprouve à justifier d'une convention qui n'est pas établie par écrit? Même en admettant l'idée fondamentale de cette théorie, en supposant que l'écrit, pour être valable,

[1] Cette jurisprudence paraît toutefois avoir pris son origine au Châtelet, ce sanctuaire de la vieille pratique. « Quelques-uns de ces messieurs qui avaient servi au Châtelet attestèrent que ces principes y étaient invariablement suivis. » Telles sont les expressions de M. de Grainville, un des magistrats qui concoururent à l'arrêt de 1736.

[2] C'est dans le même esprit que, de nos jours, certains arrêts (Angers, 27 août 1829; Lyon, 27 juin 1832) ont déclaré nulle une promesse unilatérale de vente, parce qu'il n'y avait pas lien de part et d'autre; comme s'il était nécessaire qu'un contrat, pour être valable, fût synallagmatique (voy. au contraire, rej. 12 juillet 1847; Paris, 26 août 1847).

doive pouvoir servir de titre à l'une comme à l'autre des parties, il est impossible de subordonner la validité intrinsèque de la convention à cette égalité de position entre les contractants.

M. de Grainville poursuit l'exposition de sa théorie, afin de justifier la nécessité absolue de la mention que l'acte a été fait double. « Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes au défaut d'énonciation de *fait double* dans les deux actes. L'une ou l'autre des parties pouvait supprimer son double; celui qui aurait voulu exécuter n'avait aucun moyen pour prouver qu'il avait été fait double, et que par conséquent l'engagement était obligatoire et réciproque.... Il est vrai que les deux doubles étaient représentés; mais cette représentation ne rectifiait pas le défaut d'énonciation qu'ils avaient été faits doubles. Cette représentation ne donnait point à l'acte le caractère qu'il n'avait pas. Il était nul dans son principe, parce que ni l'un ni l'autre de ces doubles ne donnait aux parties la preuve que la convention éiait réciproque et par conséquent obligatoire. » Ce raisonnement n'est autre chose que l'application aux actes sous seing privé de la règle catonienne, tendant à en soumettre la rédaction à des solennités rigoureuses, dont rien ne pourrait couvrir l'omission. C'est conformément aux principes posés par ce magistrat, que le parlement de Paris décida en 1767 que l'exécution volontaire ne pouvait couvrir l'absence de la mention, et en 1785, que l'existence même de la mention ne suffisait pas pour la régularité de l'acte, si l'on parvenait à prouver qu'il n'avait pas réellement été fait double : décisions parfaitement conséquentes, dès qu'on admettait la nullité radicale de la convention, par cela seul qu'elle n'était pas constatée dans les formes requises.

605. Mais cette nullité de la convention, qui ne reposait que sur une confusion de principes, n'a pas été reproduite par l'article 1325 du Code civil. « Les

actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, » dit cet article, « ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

« Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

« Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. »

Le législateur déclare que les actes non faits doubles ne seront pas valables. Mais il ne porte pas atteinte au principe que la convention peut toujours être constatée par tout mode de preuve légal, si la perfection n'en a pas été subordonnée à la rédaction de l'écrit. C'est ce qui apparaît clairement dans le dernier alinéa de l'article, qui veut que le défaut de mention du double original soit couvert par l'exécution. Et cette mention n'étant exigée que comme preuve que l'acte a été réellement fait double, on décide avec raison (cass. 15 février 1814) que l'absence même de doubles se trouve couverte par cette exécution, qui produit l'effet attaché de droit commun à toute ratification volontaire (C. civ. art. 1338). Mais l'arrêt de 1767, qui refusait tout effet à l'exécution volontaire, n'était qu'un corollaire de celui de 1736, qui prononçait la nullité de l'acte à défaut de mention, bien que les deux doubles fussent représentés. Ces deux décisions étaient la conséquence du principe qui transformait l'écrit sous seing privé en un acte solennel, en dehors duquel il était défendu de rechercher les éléments nécessaires pour la validité de la convention. La confection d'un double original était requise à son tour, comme le seul moyen légal de certifier cette confection, absolument comme s'il s'agissait d'un acte notarié. En rejetant une des conséquences du principe, le Code civil n'a-t-il pas rejeté le principe

lui-même? Ne faut-il pas dès lors admettre que la mention du nombre des originaux n'est requise que pour la preuve; et que, si les deux doubles sont représentés, comme cela est arrivé dans l'espèce de 1736, on devra aujourd'hui exécuter la convention, puisqu'il apparaît par l'évidence du fait que les parties ont été dans une position égale (voy. Grenoble, 8 avril 1829)?

Néanmoins, si les rédacteurs du Code civil n'ont pas, comme le parlement de Paris, fait rejaillir la nullité de l'acte sur la convention elle-même, ils ont maintenu l'idée fondamentale de la théorie des doubles, qui n'accorde d'effet à l'écrit qu'autant qu'il a pu servir également de titre à l'un et à l'autre des contractants [1]. C'est là une protection exorbitante accordée à des majeurs contre la possibilité d'une fraude : protection qui peut elle-même donner lieu à des fraudes contre ceux qui, ignorant la loi, croiraient l'autre partie sérieusement engagée par sa signature sur un original unique. Aujourd'hui cependant cette théorie donne plus rarement lieu à des surprises, parce qu'elle est extrêmement connue; nous devons même ajouter que plusieurs législations étrangères, qui ont modifié en beaucoup d'autres points les dispositions de notre Code civil, ont reproduit son système en cette matière (voy. Code holland. art. 1914, Code sarde, art. 1432).

606. La doctrine des doubles tendant ainsi à maintenir l'égalité de position entre les contractants, on se demande si cette égalité peut subsister au cas où l'on accorderait quelque force à l'original, présumé unique à raison de l'absence de la mention *fait double*, qui serait représenté par l'une des parties? Faut-il ou non voir dans cet original un commencement de preuve par écrit, afin d'admettre notamment la preuve testimoniale? Nous ne nous arrêterons pas à un argument

[1] Si l'acte non fait double avait été déposé chez un notaire pour servir de titre aux deux parties, l'égalité se trouvant rétablie, il y aurait preuve régulière de la convention (rej. 20 décembre 1830 et 25 février 1835).

peu sérieux sur lequel se fonde Toullier pour soutenir l'affirmative (t. VIII, n° 318), lorsqu'il fait remarquer que l'article déclare les actes *non valables*, et non pas *nuls* : nuance imperceptible, à laquelle il est impossible d'attribuer aucune importance, le mot valable étant constamment opposé au mot nul dans les dispositions de nos lois (C. civ. art. 48 et 470). Mais, si l'acte n'est pas valable, peut-on le faire rentrer dans les termes de l'article 1347, qui considère comme commencement de preuve par écrit tout acte par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le fait allégué ? Pour soutenir la négative, on fait remarquer que, suivant la présomption de la loi, l'acte non fait double ne doit être considéré que comme un simple projet, et que l'on ne saurait admettre que cet acte fait foi sans y voir une preuve complète : ce qui est précisément contraire au système légal. Il est trop évident, ajoute-t-on, que la partie qui pourrait s'emparer de cet acte, afin de le corroborer par la preuve testimoniale ou par de simples présomptions, aurait un avantage immense sur l'autre, qui se trouverait dans l'impossibilité d'user de la même faculté : ainsi se trouverait forcément rompu l'équilibre que le législateur a voulu établir. Cette opinion est le plus strictement logique, mais je dirais volontiers avec les jurisconsultes romains (Jul. l. 20, ff. *de reb. cred.*) : *Hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum.* Si l'on s'en réfère au simple bon sens, il est impossible de méconnaître dans l'acte non fait double *un acte par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le fait allégué.* Simple projet, soit ! Mais on est parfaitement reçu à se prévaloir d'une note annonçant un simple projet, pour prouver ensuite par témoins la réalisation du projet indiqué. Un acte *non valable* est donc susceptible de servir de commencement de preuve par écrit, puisque l'article 1347 a trait à une simple vraisemblance de fait, indépendamment de toute condition de

droit. Il vaut mieux, après tout, laisser aux juges la faculté d'apprécier les faits que de puiser une fin de non-recevoir dans les conséquences, plus ou moins directes, d'une théorie contestable. Dans la pratique, les cours d'appel sont partagées sur cette question, que la cour de cassation n'a pas eu occasion de juger *in terminis*. Suivant les Codes récents de Hollande et de Sardaigne, on voit dans l'acte un commencement de preuve par écrit.

607. Quoi qu'il en soit, si la convention a pu être subordonnée à la rédaction d'un écrit, elle a pu fort bien être indépendante de cette rédaction. Dans cette hypothèse, il doit être permis au demandeur, ainsi que nous l'avons dit, du moins depuis la promulgation du Code, de laisser de côté l'écrit et d'user des moyens de preuve qui lui sont toujours réservés comme dernière ressourc, de l'interrogatoire et du serment. On a cependant quelquefois soutenu que c'était encore là violer l'égalité de position entre les parties, parce que celui à qui on opposerait un écrit revêtu de sa signature, n'oserait pas jurer qu'il n'est pas obligé. Mais, fût-il vrai que le serment devînt moralement impossible, l'inégalité de position des parties ne serait après tout que morale et non point légale, puisque le sort du défendeur serait toujours entre ses mains. Bien plus, l'objection n'est pas même fondée; car celui qui dit n'avoir signé qu'un projet, peut très-consciencieusement, si son allégation est vraie, prêter serment qu'il n'a pas entendu s'engager. Il est impossible, après tout, que la partie nantie d'un acte dont elle renonce à se prévaloir, se trouve dans une condition inférieure à celle de la partie qui ne pourrait absolument rien invoquer en sa faveur [1].

608 La doctrine moderne, comme la doctrine an-

[1] Suivant un usage confirmé par un arrêt de la cour de Bordeaux du 16 décembre 1844, il suffit que le double remis à l'une des parties porte la signature de l'autre.

cienne, n'applique la nécessité des doubles qu'à la preuve des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire qui produisent des engagements de part et d'autre. Il ne faut pourtant pas s'attacher à la dénomination de l'acte, mais à la nature de l'engagement qui en résulte. Si donc on a qualifié de vente un contrat où il y a quittance du prix, il est clair que l'acheteur seul a intérêt à avoir un original en sa possession, puisque le vendeur est complétement libéré et qu'il ne reste plus qu'un engagement unilatéral (Montpellier, 20 juin 1828; Bordeaux, 30 janvier 1834). Mais en serait-il de même dans le cas inverse, c'est-à-dire si un acte, unilatéral de sa nature, engendrait en fait des obligations réciproques? Tels sont les contrats qu'on a nommés *synallagmatiques imparfaits*, le mandat, le gage, etc., qui n'obligent dans le principe que le mandataire ou le créancier gagiste, mais d'où peuvent naître plus tard des obligations pour le mandant ou pour le débiteur. Rien de plus prudent sans doute pour le créancier ou pour le mandataire, que de se faire remettre un double. Mais l'article 1325 ne l'exige pas, puisqu'il ne parle que des contrats synallagmatiques, et qu'aucune disposition de nos lois n'autorise à comprendre dans cette classe les contrats synallagmatiques imparfaits, qui ne sont qu'une variété des contrats unilatéraux. La théorie des doubles, si elle peut avoir quelque utilité, est du moins incontestablement une doctrine exceptionnelle, qui n'est pas susceptible de s'étendre aux cas non prévus.

609. Enfin l'application de cette théorie est incompatible avec la célérité et la simplicité qui caractérisent les opérations commerciales. Il est vrai que certains arrêts (Colmar, 28 août 1816; Lyon, 18 décembre 1826) ont exigé le double original même en matière de commerce. Mais la grande majorité des auteurs (voy. aussi Trèves, 30 mai 1810) réprouve cette doctrine, du moins dans sa généralité. Il est difficile de croire, en effet, qu'on ait entendu astreindre les écrits privés à une

certaine forme dans des matières où, la preuve testimoniale étant indéfiniment admissible (C. de com. art. 139), les restrictions auxquelles on attache le plus d'importance en matière ordinaire, sont complétement écartées. La loi a pris soin de rappeler (*ibid.* art. 39) que les sociétés en nom collectif ou en commandite, constatées par des actes sous signature privée, doivent être rédigées conformément à l'article 1326 du Code civil. Il convient d'appliquer la même décision à certains contrats commerciaux synallagmatiques, tels que celui d'assurance maritime, qui, soumis à la rédaction par écrit, doivent rentrer dans les prescriptions du droit commun[1]. Mais il ne saurait en être de même pour les opérations usuelles, telles que les ventes, pour la preuve desquelles la loi a laissé toute latitude aux parties.

610. Ce qui n'est pas douteux, c'est que, devant la juridiction consulaire, il est permis de prendre en considération toute espèce d'écrits. Il est naturel, après tout, que la correspondance soit un mode de preuve régulier pour les commerçants, qui sont obligés de mettre en liasse les lettres qu'ils reçoivent et de copier sur un registre celles qu'ils envoient (C. de comm. art. 8 et 109). En est-il de même devant la juridiction civile? La raison de douter se tire précisément de la doctrine des doubles. Aucun article du Code civil, dit-on, ne mentionne spécialement la correspondance, ainsi que le fait l'article 109 du Code de commerce. Mais il est constant que les ventes, même verbales, aujourd'hui comme autrefois, sont parfaitement valables. Le double original n'est requis, d'après le texte même de la loi, que lorsque les parties font un acte sous seing privé. Lorsqu'elles traitent par correspondance, elles ne peuvent s'astreindre à des formes qui répugnent à la nature des lettres

[1] Si habituellement la police d'assurance n'est point rédigée en double original, c'est que le prix est payé comptant, et qu'alors (n° 608) le contrat devient unilatéral (voy. rej. 19 décembre 1816).

missives. Il n'y avait point lieu, au surplus, de se défier de la correspondance comme on se défie des témoins : ce qu'indique bien clairement l'article 1355 du Code civil, qui déclare inutile l'allégation d'un aveu extra-judiciaire *purement verbal*, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. Il est donc permis d'établir l'existence d'une vente d'immeubles au moyen de lettres du vendeur et de l'acheteur produites en justice (rej. 26 janvier 1842).

§ 3. *Foi à l'égard des tiers.*

611. Il n'est pas douteux que l'acte sous seing privé, lorsque la sincérité en est légalement établie, n'ait, à l'égard des signataires, la même foi que l'acte authentique. Mais l'article 1322 lui accorde cette autorité entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayant cause*. De graves difficultés s'élèvent sur cette disposition, comparée à celle de l'article 1328, qui veut que les actes sous seing privé ne fassent point foi de leur date à l'égard des *tiers*. Quels sont les ayant cause des parties? Quels sont ceux qu'il faut considérer comme des tiers? Parlons d'abord des successeurs et ayant cause à titre universel; puis nous aborderons la question si débattue des ayant cause à titre particulier.

612. Les successeurs à titre universel sont tenus de tous les engagements souscrits pendant la vie de leur auteur. Ils n'ont dès lors en général aucun intérêt à contester la date de l'écrit, puisqu'ils sont liés par la signature du défunt, lorsqu'elle est bien constatée, à quelque époque de sa vie qu'elle ait été donnée. Mais, lorsque leur auteur a été frappé d'une incapacité qui ne l'empêchait pas en fait de souscrire des actes, par exemple, s'il a été interdit, les héritiers sembleraient fondés à exiger du porteur de l'écrit que l'on y trouvât une date certaine, antérieure à l'interdiction prononcée. Et par voie de conséquence, il faudrait dire que l'interdit lui-même, de son vivant, peut se refuser à

exécuter des engagements dont on ne saurait prouver l'antériorité à l'époque où son incapacité a commencé. Les héritiers ne sont après tout les ayant cause du défunt, il n'est leur auteur, que tant qu'il a eu le pouvoir de contracter. L'incapable lui-même n'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, son propre ayant cause que pour les actes qu'il a souscrits avant de devenir incapable. Ce serait donc au créancier, qui joue le rôle de demandeur, à établir que la date de l'écrit est antérieure à l'événement qui a changé la position du signataire.

Telles seraient les conséquences rigoureuses auxquelles il faudrait effectivement arriver, si la doctrine relative à la certitude de la date était un de ces principes de raison qui dominent la science, et auxquels on ne doit pas hésiter à donner toute la portée dont ils sont susceptibles dans l'application. Mais cette nécessité d'une date certaine à l'égard des tiers n'est autre chose qu'une précaution qui, inconnue pendant longtemps en jurisprudence, n'a été introduite dans notre ancien droit que par des considérations d'utilité pratique. Il faut donc voir quels sont les intérêts qu'on a voulu garantir en établissant cette doctrine. Or, en consultant les arrêts et les auteurs, il est facile de reconnaître que le but qu'on s'est proposé a été de protéger les tiers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui traiteraient avec les parties contractantes, contre le danger d'antidates, pratiquées après coup en fraude de leurs droits. Mais on n'a jamais entendu par tiers, ni les héritiers dont l'auteur aurait été frappé d'incapacité pendant une partie de sa vie, ni surtout l'incapable lui-même. On a toujours voulu que, dans les rapports du créancier avec le signataire de l'acte ou avec ses héritiers, il n'y eût pas nécessité de donner à l'écrit une date certaine : autrement, il serait impossible d'avoir la moindre sécurité, lorsque l'on traite avec une personne, sans faire les frais de l'enregistrement, puisque, d'un moment à l'autre, cette personne peut devenir incapable. Et pour remédier à

une fraude exceptionnelle, dans le cas où l'incapable aurait souscrit des actes antidatés sans qu'il fût possible de reconnaître l'antidate, on tomberait dans l'immense inconvénient d'annuler tout écrit antérieur à l'incapacité, mais dont la date ne serait pas légalement établie. Une doctrine conçue dans un intérêt tout pratique ne doit pas recevoir une extension que l'utilité pratique désavoue. Après tout, les héritiers de l'incapable, ayant en général avec lui des rapports bien plus intimes que les tiers, ont plus de facilité pour établir l'antidate qui peut toujours être constatée en connaissance de cause (voy. rej. 17 mai 1831, 18 mars 1836, et 15 juin 1843; Colmar, 30 juillet 1831).

613. Les successeurs à titre particulier, au contraire, doivent-ils être considérés comme les ayant cause du signataire de l'acte sous seing privé, ou bien comme des tiers? Pourra-t-on notamment (car c'est sur cette espèce si simple que se sont élevées les plus vives controverses) opposer à l'acheteur d'un immeuble, qui justifie de son droit par un acte ayant date certaine, un écrit non enregistré, d'où il résulterait une vente antérieure du même immeuble au profit d'une autre personne? Toullier (t. VIII, nos 244 et suiv. et dissert. à la fin du t. X) a soutenu avec opiniâtreté l'affirmative, en se fondant sur la lettre de l'article 1322, qui parle des héritiers et ayant cause, sans distinguer s'il s'agit d'ayant cause à titre particulier ou à titre universel. Or, l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur; donc les actes faits par le vendeur ont date certaine à l'égard du vendeur.

Les auteurs distingués qui ont combattu cet étrange paradoxe, se sont surtout attachés à en démontrer les fâcheuses conséquences, à faire ressortir la contradiction qu'il offrirait avec la disposition de l'article 1328, destinée à protéger les tiers. Par tiers, il ne faudrait entendre, suivant Toullier, que les créanciers saisissants, lesquels, tenant leurs droits, non du débiteur,

mais de la loi, ne sont pas ses ayant cause, et ne sauraient dès lors être écartés par un acheteur qui ne représenterait pas un acte ayant date certaine antérieure à la saisie. Cet exemple est, en effet, celui que donne Pothier (*Oblig.* n° 715). Mais il est évident que les créanciers saisissants sont des ayant cause tout aussi bien que les acheteurs ; car le droit qu'ils exercent n'est qu'un reflet de celui de leur débiteur, et la distinction imaginée par Toullier est tout à fait arbitraire. Toutefois il n'est pas exact de soutenir, comme l'ont fait ceux qui ont combattu Toullier, que le texte de l'article 1322 doit nécessairement se restreindre aux ayant cause à titre universel. Cela paraît bien peu vraisemblable, puisque l'article 1322 s'exprime exactement comme l'article 1319, qui, en parlant des actes authentiques, mentionne les héritiers et ayant cause, et qu'il n'a jamais été douteux, dans ce dernier cas, que la convention ne liât même les successeurs à titre particulier. Il faut donc convenir que l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur. Mais cela veut-il dire qu'il soit tenu de respecter des actes n'ayant point de date certaine ? Nullement ; car toute l'argumentation de Toullier repose sur une pétition de principe. Le successeur particulier n'est pas l'ayant cause de son auteur pour toute la vie de cet auteur, comme le serait un successeur universel ; il ne l'est que pour les actes antérieurs à la date de l'écrit sur lequel repose son droit. Que celui qui invoque le bénéfice de l'antériorité en date, prouve qu'il a traité en effet le premier avec le vendeur, et il l'emportera, son adversaire fût-il pourvu d'un titre authentique. Autrement, il faudrait soutenir que l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur pour les actes par lui consentis postérieurement à la vente : système qui se réfute assez de lui-même. C'est ainsi que se concilient les articles 1322 et 1328 [1]. On comprend bien, au

[1] On a ajouté surabondamment que l'application du principe posé par

surplus, que la pratique n'a jamais admis la doctrine de Toullier (rej. 20 février 1827; Bastia, 24 juin 1833).

614. Celui qui achète un bien, ou qui, en général, se fait concéder un droit réel, a dû immédiatement prendre les précautions nécessaires afin de consolider son acquisition, puisque la nature même de son droit le mettait en rapport avec les tiers. Mais faut-il être aussi rigoureux à l'égard de celui qui devait s'attendre à n'avoir affaire qu'à une seule personne, vis-à-vis de laquelle il était en règle, et qui se trouve tout à coup en relation avec des tiers? Nous voulons parler d'un débiteur qui se serait contenté, ainsi que cela se pratique tous les jours, d'une quittance non enregistrée, en faisant à son créancier un payement total ou partiel. Lorsqu'il opposera cette quittance à un cessionnaire ou à un créancier de son créancier, qui viendra saisir la créance entre ses mains, ceux-ci pourront-ils lui répliquer qu'ils sont des tiers à l'égard du cédant ou du débiteur saisi, et que dès lors il n'est permis de les repousser qu'en leur représentant une quittance ayant date certaine? De nombreux arrêts ont été rendus en sens divers sur cette question, et il est évident que les circonstances ont dû beaucoup influer sur la solution qu'elle a reçue dans les différentes espèces. Mais, en prenant la substance de ces décisions, on peut les concilier presque toutes au moyen de la distinction suivante : ou bien les quittances ont été immédiatement opposées par le débiteur, et alors, si rien n'indique une fraude préméditée, on doit présumer la quittance antérieure à la signification; ou bien, au contraire, le débiteur a tardé à la faire valoir, et alors l'antidate devient vraisemblable, la présomption est contre la sincérité de la date, et l'on rentre dans le droit commun.

l'article 1328 se trouve dans l'article 1747, qui accorde la faculté de ne pouvoir être expulsé au preneur dont le bail a *date certaine*. Or, pourquoi la certitude de la date vis-à-vis des tiers serait-elle exigée à l'égard du preneur, plutôt qu'à l'égard de l'acheteur?

Cette distinction, que nous ne présentons point comme un principe de droit, mais seulement comme une considération utile dans la pratique, est assez en harmonie avec l'article 1295 du Code civil, aux termes duquel le débiteur, qui a accepté purement et simplement la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. La cession frauduleuse d'une créance ou d'une portion de créance déjà éteinte, est un événement extraordinaire, contre lequel on ne peut exiger que le débiteur se mette en garde en prenant des précautions inusitées. Il suffit que, dès qu'il se trouve en rapport avec les tiers, il leur fasse connaître sa position.

615. Un point sur lequel on est assez d'accord dans cette matière si controversée, c'est que la certitude de la date n'est pas requise, même à l'égard des tiers, dans les opérations commerciales, qui, sous le double rapport de la célérité et de l'économie, ne peuvent être soumises à la nécessité de l'enregistrement (rej. 28 janvier 1834 et 17 juillet 1837).

616. Quant à la manière de donner date certaine aux actes, le procédé normal, le seul employé habituellement, c'est l'enregistrement. L'application de cette formalité aux actes sous seing privé n'est pas ancienne dans notre droit. Le contrôle qui correspond à l'enregistrement actuel, ne fut appliqué à ces actes que par un édit du mois d'octobre 1705. Entre les parties, l'enregistrement n'est exigé qu'autant qu'on veut faire usage en justice des écrits privés (loi du 22 frimaire an VII, art. 23). Mais cette règle, comme toutes les dispositions purement fiscales, s'élude souvent dans la pratique; on mentionne, dans les requêtes et dans les plaidoiries, sous la dénomination de *conventions verbales*, celles qui ont été rédigées par écrit, mais non revêtues de la formalité de l'enregistrement.

617. Outre l'enregistrement, l'article 1328 men-

tionne deux circonstances qui assurent la date des actes : la mort de celui, ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, et la constatation de leur substance dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé et d'inventaire. Ces circonstances sont-elles les seules? Toullier (t. VIII, n° 242) suppose que le signataire a perdu les deux bras, et il décide qu'à partir de ce moment, les actes qu'il avait souscrits auront date certaine. Mais on sait qu'il n'est pas impossible d'écrire avec le pied; il y a même un artiste contemporain chez qui cet organe a acquis assez de souplesse pour manier le pinceau, et qui a exécuté des ouvrages assez remarquables. Bien plus, fût-il certain, dans l'espèce, qu'il y a pour le signataire de l'acte impossibilité matérielle d'écrire, il serait toujours très-dangereux d'ajouter, à raison de positions exceptionnelles, de nouvelles circonstances à celles que mentionne l'article 1328. On en viendrait à décider, comme l'avait fait la cour de Grenoble, par un arrêt qui a été cassé le 27 mai 1823, que la connaissance qu'aurait eue l'acheteur postérieur de l'acte sous seing privé qu'on lui oppose, suffit pour donner à cet acte date certaine à son égard. Alors la certitude de la date ne serait plus qu'une affaire d'appréciation, contrairement à ce qui est décidé en matière de transcription, là où elle est requise (C. civ. art. 1071). Et cependant l'utilité pratique de l'enregistrement consiste précisément en ce qu'il donne une base fixe aux droits des parties. Il faut donc s'en tenir à la lettre de l'article 1328. L'intention du législateur a été évidemment restrictive; car le cas de mort d'un des signataires de l'acte était le seul prévu dans le projet, et ce n'est qu'après discussion qu'on a ajouté le second cas, celui de la constatation des écrits privés dans des actes publics : addition qui n'aurait eu aucun sens, si l'article n'avait été qu'énonciatif.

DEUXIÈME DIVISION.

Vérification des écritures.

618. La présomption exorbitante, qui fait réputer authentique, jusqu'à inscription de faux, l'écrit revêtu des apparences de l'authenticité, n'a jamais existé en ce qui concerne les écrits privés, dont la falsification est à la fois plus facile et moins sévèrement punie. Tandis que celui à qui on oppose un acte authentique apparent, est obligé de s'inscrire en faux pour en détruire l'autorité, celui auquel on oppose un écrit privé revêtu de sa signature apparente, peut se contenter de le méconnaître, et c'est alors au porteur de l'écrit qu'incombe le fardeau de la preuve. « Quant aucuns, dit Beaumanoir (ch. XXXV, § 3), est ajorné à se lettre, et il nie pardevant juge qu'il ne bailla onques cele lettre, et que ce n'est pas son seaus, il convient que li demanderes le proeve. »

619. Mais en sera-t-il de même, lorsque le porteur de l'acte sous seing privé sera défendeur? Ainsi, sera-ce au légataire universel à prouver la sincérité d'un testament olographe, bien qu'à défaut d'héritiers à réserve, il ait obtenu l'envoi en possession en vertu de ce testament[1] (C. civ. art. 1008)? Observons qu'en toute autre hypothèse, les héritiers du sang seraient saisis, et le légataire demandeur incontestablement obligé de faire vérifier l'écriture. Ceux qui soutiennent l'affirmative, font remarquer que l'ordonnance du président n'est pas rendue contradictoirement, et qu'elle ne constitue qu'un acte de juridiction gracieuse, qui ne peut être refusé

[1] Il est vrai que la saisine du légataire universel, dans l'espèce, procède de la loi, et non de l'envoi en possession, qui n'est qu'une affaire d'exécution. Mais lorsqu'il agit vis-à-vis des héritiers du sang, sans s'être fait envoyer en possession, il ne peut, pour se dispenser de la preuve, invoquer la saisine. Cette prétention serait une véritable pétition de principe, puisqu'il s'agit d'établir la qualité qui peut seule lui attribuer cette saisine.

au requérant, à moins que l'écrit ne porte des marques évidentes de fausseté. La présomption de vérité ou de fausseté du testament ne saurait être le prix de la course. Dans le sens de la négative, qui a été consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation (voy. rej. 30 mars 1833; cass. 23 mai 1843; rej. 23 janvier 1850), on répond que la possession ne doit pas nécessairement provenir d'un jugement proprement dit, pour établir en faveur de celui qui l'invoque une présomption de droit; qu'il suffit qu'elle soit régulière, ce qui est incontestable dans l'espèce, pour que le fardeau de la preuve incombe au non possesseur. Si les héritiers se plaignent d'avoir été prévenus par l'envoi en possession, n'ont-ils pas aussi quelque négligence à se reprocher, sauf le cas exceptionnel où aucun d'eux ne se trouverait sur les lieux? Enfin, si c'est toujours au légataire à faire vérifier l'écriture, où s'arrêter dans cette voie? On pourra donc, pendant trente ans, et même après trente ans, si quelqu'un des intéressés était mineur ou interdit, obliger ce légataire à prouver la vérité de l'écrit, lorsque toutes les preuves auront péri, et qu'une longue possession aura dû lui assurer une parfaite sécurité? Cette dernière considération nous paraît décisive.

620. La vérification d'écritures se conçoit comme demande principale, ou comme demande incidente. Le Code de procédure qui, relativement à l'enquête et à l'inscription de faux, paraît supposer (art. 215 et 252) que ces procédures ne se présenteront jamais que d'une manière incidente, ne considère, au contraire, la vérification d'écritures que comme étant l'objet d'une demande principale (*ibid.* art. 193). C'est qu'en effet, l'édit de 1684, qui était jadis la loi de la matière, avait voulu qu'on ne pût obtenir en justice l'exécution des conventions constatées par actes privés, sans avoir au préalable assigné son adversaire en reconnaissance d'écriture. Seulement, une déclaration

de 1703 avait autorisé en matière d'effets de commerce « à obtenir condamnation sur de simples assignations dans la manière ordinaire, sans qu'au préalable il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon au cas que le défendeur déniât la vérité des actes. » Il n'est pas douteux aujourd'hui que cette faculté ne doive être accordée en toute matière, la restriction de l'édit de 1684 n'ayant pas été reproduite expressément par le Code de procédure. La jurisprudence (cass. 7 janvier 1814; rej. 27 août 1835) consacre à cet égard le système raisonnable, trop souvent méconnu par les praticiens, suivant lequel on ne doit pas considérer comme limitatives les dispositions des lois de procédure, lorsqu'elles prévoient certains cas plus fréquents dans la pratique, sans exclure formellement les autres.

621. La procédure en vérification d'écritures est moins compliquée que celle de faux. Elle comprend trois phases : 1° une procédure préalable tendant à obtenir la reconnaissance de l'écriture, procédure qui n'est nécessaire que lorsqu'on conclut spécialement à la vérification de l'écrit; 2° l'instruction, qui a pour objet de vérifier l'écriture, si elle est déniée; 3° le jugement définitif. Nous dirons quelques mots, en terminant, sur l'application de l'inscription de faux aux actes sous seing privé.

§ 1er. *Procédure tendant à obtenir reconnaissance de l'écrit.*

622. Ici, comme en matière de faux, on a pensé qu'il fallait, avant de procéder à des investigations difficiles et compliquées sur la sincérité de l'écrit, mettre le défendeur en demeure de le dénier ou de le reconnaître. Et on a voulu simplifier cette procédure préalable, dès l'édit de 1684, qui a autorisé le demandeur en vérification à assigner son adversaire à un délai de trois jours seulement. Cette abréviation, reproduite par nos lois (C. de proc. art. 193), a de plus aujourd'hui l'avantage d'emporter dispense du préliminaire

de conciliation (*ibid.* art. 49, 2°), ordinairement exigé par le droit moderne. Si la demande est formée incidemment, on la notifie, non plus par assignation, mais par acte d'avoué à avoué, en observant le même délai. Mais, ainsi que nous venons de le dire, il faut supposer que le porteur de l'écrit conclut spécialement à la vérification, soit que la dette ne soit pas encore échue (loi du 3 septembre 1807, art. 1^er^), soit, en tout cas, que cette marche lui semble plus utile. Celui qui produit purement et simplement, à l'appui d'une demande principale, un acte sous seing privé, n'est pas obligé de conclure à la reconnaissance de cet acte, tant qu'il n'y a pas de contestation sur ce point de la part de l'adversaire.

625. « Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, » dit l'article 1323 du Code civil, « est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. » En Angleterre, il lui est permis de garder le silence, sans se compromettre (Blaxland, *Cod. rer. Angl.* p. 493). Notre pratique est préférable; tel plaideur qui ne se ferait pas scrupule de garder le silence, pourra reculer devant un mensonge formel. C'est pour mieux atteindre ce but que la loi de procédure de Genève (art. 232) prescrit, en pareille hypothèse, la comparution personnelle des parties; et rien n'empêche nos tribunaux d'ordonner cette mesure, lorsqu'ils la jugent utile à la manifestation de la vérité. Le texte parle du désaveu de l'écriture ou *de la signature*, la signature seule étant exigée pour la validité d'un acte sous seing privé, de même qu'autrefois c'était sur le *sceau*, comme nous l'apprend Beaumanoir (voy. n° 618), que portait le désaveu. Il est évident toutefois que, s'il s'agit d'un billet constatant l'engagement unilatéral de payer une certaine quantité (*ibid.* art. 1326), on doit provoquer la reconnaissance, non-seulement de la signature, mais encore du bon ou approuvé exigé par la loi.

624. Néanmoins on ne peut imposer cette obligation

qu'à celui qui est poursuivi comme personnellement signataire de l'acte. « Ses héritiers ou ayant cause, » ajoute l'article 1323, « peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur. » Ici le mot *ayant cause* comprend évidemment, et les successeurs à titre universel, et les successeurs à titre particulier; un acheteur, par exemple, qu'on voudrait évincer de l'immeuble acheté, en invoquant un acte sous seing privé qui aurait une date certaine antérieure à celle de son titre. Il en serait évidemment de même des administrateurs qui représenteraient le signataire, notamment du tuteur de l'interdit.

625. Si le défendeur reconnaît l'écriture, on en donne acte au demandeur. S'il fait défaut, ici, contrairement à la règle générale qui veut que les conclusions du demandeur ne lui soient adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (C. de proc. art. 150), l'écrit est tenu pour reconnu (*ibid.* art. 194), sauf, bien entendu, le droit de former opposition. Il en est autrement en matière d'enquête : le Code de procédure dit seulement alors (art. 252) que les faits, s'ils ne sont ni déniés, ni reconnus, *peuvent être tenus* pour confessés ou avérés. C'est que la simple articulation des faits dont la preuve par témoins est offerte, ne suffit point pour rendre probable l'existence de ces faits, tandis que la production d'un écrit est une circonstance d'une certaine gravité. On comprend que, le silence de l'adversaire venant se joindre à cette circonstance, la loi moderne, comme l'édit de 1684, présume la sincérité de l'écrit. Mais cette règle n'est pas tellement absolue que le juge ne puisse et ne doive s'en écarter, lorsqu'il s'agit d'un incapable, que le silence de ses représentants ne doit pas compromettre.

626. Enfin, si le défendeur dénie l'écriture, la preuve *peut en être ordonnée*, aux termes de l'article 195 du Code de procédure. Les expressions du Code civil semblent plus impératives : *la vérification en est ordonnée en jus-*

tice, dit l'article 1384 de ce Code. Quelques auteurs ont conclu de ces dernières expressions que la vérification est indispensable : ce qui est vrai en ce sens qu'il est interdit au juge de passer outre, toutes les fois qu'une écriture est déniée, sans s'être prononcé sur la sincérité de cette écriture (cass. 6 février 1837). Mais cela ne veut pas dire qu'il faille absolument une expertise ou une enquête pour faire tomber la foi de l'écrit. Le tribunal doit statuer sur la demande qui lui est soumise, mais il peut le faire sans lenteurs et sans frais, d'après ses propres lumières, lorsque la sincérité de l'écrit lui paraît évidente (rej. 3 décembre 1839); ou bien, au contraire, lorsque la fausseté en est palpable (rej. 14 mars 1837). Puisqu'on le décide en matière de faux, où l'instruction est si compliquée (nos 546 et 559), à plus forte raison doit-on le décider pour la vérification, dont la procédure est beaucoup plus simple.

§ 2. *Vérification de l'écrit.*

627. Les modes de vérification sont les mêmes qu'en matière de faux. On vérifie l'écrit tant par titres que par experts et par témoins (C. de proc. art. 195). Il faut décider également que le concours de ces trois preuves n'est pas exigé, d'abord parce qu'il n'est pas toujours possible, et en second lieu, parce qu'il peut se faire notamment lorsqu'on prouve par titres, l'écrit privé se trouvant relaté dans un acte authentique, que l'on arrive, au moyen d'un seul mode, à une démonstration parfaitement concluante.

628. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la preuve par titres. Ce mode de vérification est encore ici le plus sûr et le plus expéditif; malheureusement il n'arrive pas fréquemment qu'on ait occasion d'en faire usage.

629. Quant à la preuve par témoins, on se demande si l'admettre, quelle que soit l'importance du litige, pour vérifier un écrit suspect, ce n'est pas détruire le

principe restrictif posé par l'ordonnance de Moulins. Cette objection n'avait pas échappé à Boiceau, le premier commentateur de l'ordonnance. « Certum est, » dit-il (part. II, ch. I), « et communi usu Galliæ re- « ceptum, nullam privatam scripturam nullumque chi- « rographum fidem habere, nisi prius agnoscatur : quod « si denegetur, testibus ex necessitate opus erit, ad « probandum signum, vel sigillum manuscriptum vel « appositum fuisse ab eo qui denegat scripturam; et « sic ad testes semper erit recurrendum, imminebitque « periculum et suspicio subornandorum testium hinc « interlocutiones, allegationes et involutiones innu- « meræ, ut antea, locum habebunt. Quocirca hæc lex « regia, hoc respectu, illusoria videbitur et sibi ipsi « contraria. » La réponse de Boiceau, qui a été reproduite de nos jours par Toullier[1], et que nous avons déjà eu occasion de combattre, n'est rien moins que satisfaisante. Elle consiste à dire que l'écrit même, dont il s'agit d'établir la sincérité, est un commencement de preuve, de nature à autoriser l'enquête. Mais c'est là faire une pétition de principe manifeste, puisque le litige porte précisément sur l'écrit : erreur qui, moins grave dans l'ancien droit, lorsque le commencement de preuve par écrit n'était pas encore défini, est bien plus sensible aujourd'hui que la loi a déclaré formellement que l'écrit doit émaner de l'adversaire (C. civ. art. 1347). La véritable réponse à l'objection se trouve dans la nature même du principe restrictif de la preuve testimoniale. Le vœu du législateur est qu'un écrit soit rédigé pour constater les conventions des parties; mais comment prouver le fait même de la con-

[1] S'il nous arrive souvent de critiquer les opinions de Toullier, ce n'est pas de notre part esprit de dénigrement systématique contre un auteur qui a rendu d'éminents services à la science, notamment dans ses travaux sur la preuve des obligations. Mais il n'a pas toujours autant de rectitude dans le jugement que d'étendue dans les idées, et à côté d'excellentes choses, on trouve dans son livre des erreurs de principes, qu'il importe de signaler.

fection de l'écrit? Ce serait exiger l'impossible que de demander une preuve écrite de cette confection. Car où s'arrêter dans cette voie? Il n'y a donc pas à motiver ici par quelque circonstance exceptionnelle l'admission de l'enquête, puisqu'on ne se trouve pas sous l'empire de la règle, applicable, nous l'avons souvent répété, aux conventions des parties, et non pas aux simples faits, tels que la rédaction d'un acte. Ajoutons que le témoignage de personnes qui ont vu signer l'écrit, offre bien plus de garanties que l'art conjectural des experts: aussi est-il à regretter que nos mœurs n'admettent point l'appel des témoins aux actes privés, usité dans l'ancienne Rome et en Angleterre (n^os^ 583 et 585).

630. Dans l'opinion contraire, il faudrait dire, pour être conséquent, que, puisqu'il y a commencement de preuve par écrit, les tiers peuvent déposer sur l'existence même de la créance, ainsi que cela se pratiquait sans difficulté du temps de Beaumanoir, lorsque la preuve par témoins était indéfiniment admise. Les témoins pouvaient en effet déclarer alors (ch. XXXV, § 3) « se cil qui a le niance fete avait reconnut, par devant bone gent, avant le niance, que cil avait ses lettres *et qu'il estait tenus à li à ce qui est reconnut en la teneur des letires.* » Quelques auteurs n'ont pas craint d'adopter aujourd'hui la même décision, en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 211 du Code de procédure: « Pourront être entendus comme témoins, ceux qui auront vu écrire ou signer l'écrit en question, ou qui *auront connaissance de faits* pouvant servir à découvrir la vérité. » Mais ce serait là une violation manifeste de la règle suivant laquelle l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, là où la preuve testimoniale n'est point admissible (C. civ. art. 1355). Les faits sur lesquels doit porter l'enquête ne peuvent avoir trait qu'à la confection de l'écrit[1]. Ainsi les té-

[1] « La déposition des témoins, » dit le rapporteur du tribunat, « doit

moins peuvent dire qu'ils reconnaissent l'écriture ou la signature, bien qu'ils n'aient pas vu écrire ou signer l'écrit en question (rej. 25 juillet 1833); mais il sera interdit de les interroger sur la convention même, indépendamment de l'écrit qui la constate. La mission du juge-commissaire pourra être délicate en cette occasion, la question de la sincérité de l'écrit se rattachant intimement à celle de la validité de la convention ; mais les principes généraux qui doivent le guider dans sa marche ne sont pas douteux.

631. En se plaçant à un autre point de vue, à celui de la confiance que méritent les experts, on s'est demandé au contraire, s'il doit être permis, comme le suppose l'arrêt du 25 juillet 1833, d'interroger des témoins n'ayant point assisté à l'acte, sur le point de savoir s'ils reconnaissent ou non telle ou telle signature. N'est-ce point là, a-t-on dit, confondre l'enquête avec l'expertise? Il faut néanmoins reconnaître, en fait, que des personnes vivant dans l'intimité du prétendu signataire de l'écrit peuvent souvent donner des renseignements plus certains que des experts fondant leur conviction sur des données abstraites. On sait que l'expertise ne lie point les juges (C. de proc. art. 323), qui peuvent dès lors former leur conviction d'après des renseignements de toute nature. D'ailleurs le législateur, en ordonnant la représentation aux témoins des pièces déniées ou méconnues[1] (*ibid.* art. 212), indique suffisamment l'intention de ne point tracer une ligne de démarcation absolue entre les fonctions des témoins et celles des experts.

632. Le troisième mode de vérification est l'expertise, qui consiste ici dans la comparaison de l'écriture contestée avec d'autres écritures, émanées incontestablement porter sur le fait qu'il s'agit de vérifier, sur la formation matérielle de l'acte. »

[1] *Déniées*, s'il s'agit du prétendu signataire; *méconnues*, s'il s'agit d'un ayant cause (n° 624).

blement du défendeur. Cette comparaison est faite par des experts, c'est-à-dire par des hommes ayant des connaissances spéciales en matière d'écritures.

633. Nous n'avons pas à revenir ici sur les améliorations générales introduites par le droit moderne quant à l'expertise, et dont le Code de procédure (art. 196 et 210) fait l'application à la vérification des écrits : la nomination d'office de trois experts, quand les parties ne sont pas d'accord ; la rédaction d'un seul procès-verbal, à la majorité des voix ; enfin l'indication des avis divers, s'il y a lieu, sans qu'il soit permis de faire connaître l'avis personnel de chaque expert. Occupons-nous de ce qui est spécial aux vérifications d'écritures.

634. Le jugement interlocutoire qui admet la vérification, désigne le juge-commissaire devant lequel il sera procédé, et ordonne le dépôt de la pièce, qui doit être signée et paraphée du demandeur ou de son avoué, et du greffier, afin que l'identité n'en puisse être douteuse. Le procès-verbal qui constate l'état de la pièce, n'est pas dressé, comme en matière de faux, contradictoirement avec le défendeur, ni même par le juge-commissaire. Il est simplement rédigé par le greffier, en présence du demandeur, puis communiqué à l'adversaire (*ibid.* art. 196 et 198).

635. Le procès-verbal ainsi dressé et communiqué au défendeur, la base de l'expertise se trouve établie. Mais l'appréciation à laquelle doivent se livrer les experts, est toute relative. Il s'agit de comparer l'écriture en litige avec d'autres écritures incontestablement émanées du défendeur, qu'on nomme, dans la pratique judiciaire, *pièces de comparaison*. Le juge-commissaire fixe un jour, afin que les parties comparaissent devant lui pour s'entendre sur ces pièces. Au cas de défaut de l'une ou de l'autre des parties, il est statué par le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire. Si le demandeur fait défaut, la pièce est rejetée ; le défaut de l'au-

tre partie permet seulement au tribunal de tenir la pièce pour reconnue (*ibid.* art. 199). Le défaut du demandeur devait avoir des conséquences plus graves, puisqu'il implique de sa part une sorte de rétractation.

Si les parties s'accordent sur les pièces de comparaison, les opérations des experts peuvent commencer immédiatement. Au cas contraire, les pièces sont reçues par le *juge* (*ibid.* art. 200), c'est-à-dire par le tribunal. En effet, la rédaction de ce titre ayant été modifiée d'après les observations du tribunat, on a eu soin d'y employer l'expression de *juge-commissaire*, toutes les fois que la mesure concerne ce juge seul, en réservant la dénomination de *juge* au tribunal tout entier. D'ailleurs l'article 236 du Code de procédure, relatif à l'expertise en matière de faux, lequel renvoie précisément à l'article 200, parle du *jugement* par lequel les pièces ont été reçues. Enfin une considération plus grave encore que ces arguments de textes, c'est que la décision sur l'admissibilité des pièces est loin d'être purement réglementaire; elle préjuge évidemment le fond, et doit dès lors offrir aux parties les garanties d'un jugement interlocutoire (Bourges, 26 juillet 1832).

656. Dès le temps de Justinien, on a senti la nécessité de déterminer les écrits qu'il serait loisible au juge d'admettre comme pièces de comparaison [1]. Cet empereur (l. 20, Cod. *de fid. inst.*) ne permet d'admettre à ce titre que les actes publics, ou les actes privés rédigés en présence de trois témoins. Plus tard, dans la Novelle 49, chapitre II, il considéra comme actes publics les actes privés déposés dans les archives, et autorisa l'admission d'écrits privés dressés en présence de moins de trois témoins, lorsque l'adversaire les avait lui-même employés. Chez nous, on admet comme

[1] Il faut remarquer toutefois que ces restrictions ont trait au ministère des experts, et non à celui des juges, qui peuvent se déterminer d'après tout document qu'ils estiment sincère en leur âme et conscience (Bruxelles, 20 février 1817).

pièces ayant un caractère authentique (C. de proc. art. 200) :

« 1° Les signatures apposées aux actes par-devant notaires, ou celles apposées aux actes judiciaires en présence du juge et du greffier, ou enfin les pièces écrites et signées par celui dont il s'agit de comparer l'écriture, en qualité de juge, greffier, notaire, avoué, huissier, ou comme faisant, à tout autre titre, fonction de personne publique;

« 2° Les écritures et signatures privées, reconnues par celui à qui est attribuée la pièce à vérifier, mais non celles déniées ou non reconnues par lui, encore qu'elles eussent été précédemment vérifiées et reconnues être de lui.

« Si la dénégation ou méconnaissance ne porte que sur partie de la pièce à vérifier, le juge peut ordonner que ladite pièce servira de pièce de comparaison. »

637. En ce qui touche les actes publics, le Code de procédure est moins large que ne l'étaient le droit romain et notre ancien droit. Il distingue entre les signatures apposées à de tels actes par de simples particuliers, et celles dont l'auteur faisait fonction de personne publique.

Dans le premier cas, il énumère limitativement les actes qui peuvent servir de pièces de comparaison. Tandis que Pothier (*Proc. civ.*, part. I, ch. III, sect. II, art. 1) met sur la même ligne que les minutes des actes de notaires, les actes des greffes, les registres des baptêmes, mariages et sépultures, la loi actuelle ne mentionne plus que les signatures apposées aux actes *par-devant notaires*, ou celles qui sont apposées aux actes judiciaires, *en présence du juge et du greffier*. Ainsi, la signature d'une partie sur un acte authentique extra-judiciaire, autre qu'un acte notarié, celle qui serait donnée, par exemple, sur les registres de l'état civil, ne peut plus être employée comme pièce de comparaison. La loi ne prescrit, en effet, aux officiers de l'état

civil, aucune précaution de nature à garantir l'identité des parties et celle des témoins, ainsi qu'elle le fait en ce qui concerne les notaires (loi du 25 ventôse an XI, art. 2). De même, les signatures doivent avoir été apposées à un acte judiciaire, non en présence du greffier seul, comme le procès-verbal de dépôt d'une pièce à vérifier (C. de proc. art. 196), mais en présence du juge et du greffier, comme un procès-verbal d'enquête (*ibid.* art. 275). Mais ce serait abuser du mot *acte judiciaire* que de ne point admettre les signatures apposées à un procès-verbal de conciliation. Nous avons reconnu (n° 395) que ce procès-verbal a tous les caractères de l'authenticité, caractères indépendants de la force exécutoire, qui seule lui est refusée. Aussi est-on généralement d'accord pour faire figurer parmi les pièces de comparaison les signatures ainsi données en présence du juge et du greffier.

Lorsqu'il s'agit, au contraire, non plus des parties, mais de celui qui a signé [1] l'acte comme personne publique, l'usurpation de fonctions étant beaucoup moins présumable qu'une simple contrefaçon d'écritures privées, on admet la signature apposée à toute espèce d'acte. Dès lors, les registres de l'état civil fourniront d'excellentes pièces de comparaison, lorsqu'il s'agira de vérifier la signature, non plus d'un déclarant ou d'un témoin, mais de l'officier civil même. Il n'est point d'ailleurs nécessaire que le fonctionnaire public qui a signé, appartienne à l'ordre judiciaire. C'est ainsi que l'on a admis comme pièce de comparaison une des nombreuses lettres de cachet délivrées par le duc de La Vrillière, en qualité de ministre d'État sous Louis XV (Paris, 28 juin 1808).

[1] Le texte porte : *écrites et signées* ; mais ces expressions, dans le Code de procédure comme dans l'ordonnance de 1737, doivent s'entendre même de la seule signature. Autrement, on ne pourrait tenir aucun compte de la signature du président sur la minute d'un jugement, puisque cette minute est habituellement écrite par le greffier.

638. Quant aux écrits privés, notre législation est moins large que celle de Justinien, en ce qu'elle ne fait plus figurer au rang des écritures publiques les actes privés signés par trois témoins ; elle est plus large, en ce qu'elle admet toute pièce reconnue par l'adversaire, tandis qu'à Constantinople, on exigeait qu'il eût produit la pièce, pour être non recevable à la rejeter. Mais, à l'exemple de l'ordonnance de 1737 (art. 14), la loi actuelle confesse bien manifestement l'incertitude de l'art des experts, puisqu'elle ne permet pas d'admettre comme pièces de comparaison les écrits par eux vérifiés. L'aveu tacite qui résulte de l'absence de dénégation, n'est pas non plus assez formel pour qu'on puisse en induire avec certitude la sincérité de la pièce. Les écritures émanées de l'adversaire doivent, du reste, avoir été produites par l'action du même organe qui aurait servi à tracer les caractères de l'écriture méconnue. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Dijon du 10 février 1735 jugea qu'on ne pouvait fournir des pièces écrites de la main droite, pour pièces de comparaison d'une écriture de la même personne, écriture que l'on disait tracée de la main gauche, parce que cette personne, blessée à la main droite, s'était accoutumée à écrire de la gauche.

639. Lorsque les pièces de comparaison seront à la disposition du demandeur, il n'y aura pas de difficulté pour en opérer le dépôt. Quand elles seront entre les mains de dépositaires publics ou privés, le juge-commissaire en ordonnera l'apport au jour désigné pour la vérification. La contrainte par corps peut même être employée contre les récalcitrants ; mais le tribunal a toujours la faculté d'adresser une commission rogatoire au juge du lieu, si le dépositaire est trop éloigné (*ibid.* art. 201 et 202).

Toutefois les dépositaires privés ne doivent pas souffrir de l'obligation qui leur est imposée dans un intérêt particulier. Si la production de la pièce entraîne pour eux quelque préjudice, par exemple, le payement

d'un double droit d'enregistrement pour contravention aux lois fiscales (loi du 22 frimaire an VII, art. 22 et 38), le demandeur sera obligé de les en indemniser. Il faut même décider avec Justinien (l. 22, Cod. de *fid. instr.*), et avec Pothier (*Proc. civ.* Ire part. ch. III, sect. II, art. 2), que, si la production de l'écrit devait occasionner pour les tiers un dommage irréparable, comme s'il devait en résulter la divulgation d'un secret, ils pourraient être dispensés de représenter la pièce. Quant au défendeur, il est généralement tenu de remettre la pièce qu'il aurait à sa disposition, sans pouvoir invoquer le vieil adage : *nemo tenetur edere contra se.* Cet adage s'entend de la production des titres qui nous sont défavorables sous le rapport moral, mais non de la production matérielle de pièces qui doivent seulement servir de points de comparaison; sauf toutefois la même exception que nous venons de faire pour les tiers.

640. Aux lieu, jour et heure indiqués par le juge-commissaire pour la prestation de serment des experts, la partie la plus diligente fait sommer par exploit les experts et les dépositaires, s'il y a lieu, de se trouver réunis. La partie adverse doit être également appelée. Les experts reçoivent d'abord l'investiture de leurs fonctions par la prestation de serment. Puis les dépositaires représentent les pièces de comparaison (C. de proc. art. 204 et 205).

A défaut, ou en cas d'insuffisance de ces pièces, le juge-commissaire peut ordonner qu'il sera fait un corps d'écriture dicté par les experts. Le mérite de cette mesure a été contesté. « Ce serait un mauvais expédient, » disait Rodier (sur le tit. XII, art. 8 de l'ord.), « que de faire écrire ou signer la partie devant le juge, pour comparer ensuite cette écriture avec l'autre, parce que la partie pourrait la contrefaire. » Le tribunat a fait également observer que le défendeur, même de bonne foi, pourrait être intimidé, que son écriture pouvait avoir changé. On voit qu'il convient de n'user de cette fa-

culté que comme d'une ressource extrême. Ce qui est essentiel, c'est que le défendeur soit appelé à assister lui-même à la confection du corps d'écriture (*ibid.* art. 206). C'est la partie intéressée qui peut le mieux surprendre et signaler des poses du corps ou de la main plus ou moins suspectes, comme s'éloignant des habitudes de son adversaire. Que si le défendeur se refuse à faire un corps d'écriture, le juge-commissaire doit dénoncer son refus au tribunal, qui pourra tenir la pièce pour reconnue (arg. de l'art. 199, *ibid.*)

Enfin, tous les préliminaires exigés par la loi se trouvant accomplis, il importe que les experts puissent travailler dans le recueillement à l'œuvre importante qui leur est confiée. Les parties doivent donc se retirer, après avoir fait, sur le procès-verbal du juge-commissaire, telles réquisitions et observations qu'elles jugent convenables (*ibid.* art. 207).

641. C'est alors que les experts commencent leurs opérations en présence, soit du juge-commissaire et du greffier, soit du greffier seulement, suivant ce que le juge-commissaire aura ordonné (*ibid.* art. 208). Les règles d'après lesquelles ils doivent se guider dans la mission difficile dont ils sont chargés, et en matière de vérification d'écritures, et en matière de faux, reposent entièrement sur l'expérience pratique. Le meilleur ouvrage qui existât dans l'ancienne jurisprudence sur ce sujet, est le traité de Raveneau, écrivain juré du parlement de Paris, sur *les inscriptions de faux et la reconnaissance des écritures*, traité qui fut supprimé par un arrêt du même parlement du 10 février 1670, parce qu'en donnant des principes pour découvrir le faux, il enseignait en même temps les moyens de le commettre. Les principaux points sur lesquels doit se porter l'attention des experts, ont été exposés de nos jours dans un opuscule assez lucide de M. Lévêque (*Vérification des écritures*, Agen, 1840), qui paraît pratiquer avec zèle et conscience cet art difficile.

Aujourd'hui que la chimie a fait tant de progrès, et que la coupable industrie des faussaires a mis ces progrès à profit, les experts ne devraient plus être versés seulement dans la connaissance des écritures, mais assez exercés dans la pratique des manipulations pour pouvoir reconnaître les diverses altérations, qu'on a pu faire subir au papier ou aux caractères tracés[1]. Il est donc fâcheux qu'on soit obligé de recourir tous les jours, pour les expertises, à de simples maîtres d'écriture, faute de personnes réunissant à un degré suffisant les deux genres de connaissances requis dans cette matière. Peut-être conviendrait-il dès lors de faire de l'expertise une profession à part, à laquelle on n'arriverait qu'après avoir justifié de sa capacité. Puisqu'on a jugé nécessaire de créer des officiers spéciaux pour apprécier la valeur des meubles, doit-on s'entourer de moins de précautions lorsqu'il s'agit d'une appréciation moins usuelle, mais bien autrement grave, de celle de la vérité des écritures? On pourrait ainsi rendre moins fréquentes les erreurs qu'ont si souvent présentées les rapports des experts, depuis le célèbre rapport des experts d'Arménie, détruit par la déclaration formelle des parties, et qui donna lieu à la Novelle 73, jusqu'au procès contemporain de La Roncière, où les bévues des maîtres écrivains ont été clairement signalées.

§ 3. *Jugement définitif.*

642. Ce n'est qu'avec une extrême précaution que les juges doivent s'attacher aux conclusions de l'expertise. Indépendamment de la preuve par titres, qui est la meilleure de toutes, la preuve testimoniale doit être préférée aux conjectures des experts, quelque instruits qu'ils puissent être. Le témoignage, en effet, atteste directement le fait en question, tandis que la compa-

[1] Voy. les détails intéressants donnés sur cette matière, au point de vue chimique, dans le *Traité de médecine légale*, de M. Devergie, t. III, p. 132 et suiv.

raison des écritures ne repose que sur une vraisemblance, sur un calcul de probabilités. *Scriptura ex qua fit comparatio*, dit Balde, *nihil aliud est nisi argumentum a simili et verisimili*. Aussi Justinien avait-il voulu, comme nous l'avons dit, qu'on appelât des témoins aux actes sous seing privé, « ut non in sola scriptura et ejus « examinatione pendeamus, sed sit judicantibus etiam « testium solatium » (Nov. 73, ch. I). Nous avons également vu que cette marche est encore suivie aujourd'hui en Angleterre. Dans le conflit de la preuve testimoniale et de l'expertise, Justinien veut que les témoins l'emportent (*ibid.* ch. III). Notre ancienne jurisprudence a rendu de nombreux arrêts dans ce sens. Maintenant les juges sont parfaitement libres d'accorder telle foi que de raison au rapport des experts, et ils doivent surtout s'en écarter, lorsqu'il est combattu par des témoignages positifs. Suivant la loi de Genève (art. 250 et 254), ils font eux-mêmes la vérification, avec la faculté d'invoquer les lumières d'experts. Ce système a l'avantage de mettre plus en relief le pouvoir qui appartient au tribunal d'examiner lui-même l'écriture : l'expertise technique s'y trouve placée sur le second plan, sans toutefois être exclue, car il ne faut ni abuser des connaissances spéciales, ni les proscrire. Même après l'expertise commée, il est permis aux juges d'ordonner une enquête, ou même une prestation de serment (rej. 19 décembre 1827). Le discours du tribun Perrin exprime bien nettement en cette matière l'intention formelle de proscrire toute espèce de preuve conçue *a priori* : « Lorsque le législateur admet trois genres de preuves, il écarte ces subtilités de droit par lesquelles on prétendait pouvoir mesurer l'influence de chacun sur la conviction du magistrat, et assujettir sa conscience à la précision du calcul géométrique ; sources éternelles de débats et de raisonnements métaphysiques, qui tous viennent échouer contre la variété infinie des circonstances, les nuances imperceptibles du langage des

experts et des témoins; et qui n'avaient d'autre utilité que de jeter de l'incertitude dans la jurisprudence et d'enfanter des sophismes en faveur de la mauvaise foi. Le projet environne le magistrat de tout ce qui peut le diriger; il en épure la source, et il laisse à sa conscience éclairée par la réflexion et le recueillement, à prononcer sur les résultats. » Néanmoins, les sages préceptes de Justinien et de nos anciens auteurs ont conservé l'autorité de la raison et de l'expérience; et toutes choses égales, on doit admettre l'infériorité de la preuve par experts.

643. Un effet commun à toute reconnaissance ou vérification faite en justice d'un acte sous seing privé portant obligation de la part du souscripteur, c'est d'emporter hypothèque sur tous ses biens présents et à venir (C. civ. art. 2123). Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner ici les avantages et les inconvénients de l'hypothèque judiciaire, dont on a récemment proposé la suppression. Faisons seulement remarquer qu'un des arguments les plus graves invoqués par les adversaires de cette innovation, c'est précisément l'utilité pratique, au point de vue du crédit personnel, de ces billets qui au moyen d'une simple présentation en justice se transforment, pour ainsi dire, en titres hypothécaires. Sans doute, à ne consulter qne la logique, il est bizarre que, les actes authentiques n'ayant plus le privilége de conférer hypothèque, cette prérogative continue d'appartenir aux actes sous seing privé par cela seul qu'ils se trouvent assimilés aux actes authentiques (*ibid.* art. 1322). Mais des considérations purement logiques doivent-elles l'emporter sur des motifs puisés dans l'utilité sociale[1]?

[1] « L'abolition de l'hypothèque judiciaire, » a dit le président du tribunal de commerce de la Seine (discours de rentrée du 27 décembre 1851), « faciliterait la liquidation de quelques successions qui pourraient se trouver sous le coup d'hypothèques judiciaires; mais était-ce une raison pour abolir une institution qui est pour le commerce la base d'un crédit pour ainsi dire incalculable? »

Dans tous les cas, ce qui était intolérable, c'est que d'après le texte du Code civil, qui ne faisait aucune distinction, lors même que la vérification était demandée avant l'échéance, le créancier pouvait prendre immédiatement inscription en vertu du jugement, et se procurer ainsi, au moyen d'un simple billet, une hypothèque générale, que le débiteur n'avait jamais eu l'intention de lui accorder. Renouvelant une déclaration de janvier 1717, la loi du 3 septembre 1807 a fait cesser cet abus, en ordonnant qu'il ne fût pris aucune inscription hypothécaire, en vertu d'un pareil jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après l'échéance.

644. De plus, d'après l'article 193 du Code de procédure, le demandeur devait supporter sans distinction tous les frais, dans le cas où le défendeur ne déniait pas sa signature. Mais l'article 2 de la loi de 1807 distingue entre les frais de jugement et ceux d'enregistrement. Les premiers demeurent à la charge du créancier, toutes les fois que le débiteur ne dénie pas sa signature ; l'événement a prouvé que la précaution du créancier était superflue, et peu importe sous ce rapport que le payement n'ait pas eu lieu à l'échéance. Il n'en est pas de même en ce qui touche les frais d'enregistrement. Dès que le débiteur n'a pas payé à l'époque indiquée, le créancier a dû produire l'acte en justice, et, par conséquent, le faire enregistrer. C'est à l'adversaire à supporter les frais d'une mesure, qu'il a rendue par le fait indispensable.

645. Celui qui dénie mal à propos sa signature, est condamné à cent cinquante francs d'amende, outre les dommages-intérêts et les dépens. Cette amende est fort ancienne dans notre droit. On la retrouve, en tenant compte de la différence de valeur du numéraire, dans Beaumanoir (chap. XXXV, § 4). « Moult est vilaine coze de nier son seel, et por ce en est le paine grans de celi qui en est atains, car il en est renommés de triquerie, et l'amende en est au souvrain de soissante

livres. » De plus, la mauvaise foi du demandeur amène un redoublement de rigueur contre lui, dans l'exécution des diverses condamnations qu'il encourt. La loi le déclare, pour toutes ces condamnations, contraignable par corps[1] (C. de proc. art. 213).

Cette amende n'est par comminatoire, elle doit être prononcée dans tous les cas, dès qu'il y a eu dénégation. Peu importe que celui qui a dénié sa signature ne l'ait fait que pour gagner du temps, et se soit ensuite rétracté. Un arrêt de la cour de Toulouse, qui avait fait remise de l'amende dans cette espèce, a été cassé le 5 janvier 1820.

§ 4. Inscription de faux quant aux écrits privés.

646. Si la partie à qui on oppose une écriture privée, peut simplement la dénier ou la méconnaître, en laissant la vérification à la charge de l'adversaire, c'est là une faculté introduite en sa faveur, dont il lui est libre de se départir. Elle peut donc, si elle le juge convenable, procéder comme s'il s'agissait d'un acte authentique, et prendre la voie de l'inscription de faux, qui, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, s'applique à toute nature d'écrits (ord. de 1737, tit. II, art. 1^er^; C. de proc. art. 214). Mais il arrivera rarement, à moins qu'on ne veuille rechercher les traces du faux, afin de préparer les éléments d'une procédure criminelle, qu'on échange ainsi volontairement le rôle de défendeur contre celui de demandeur, dans une procédure pénible et compliquée.

647. Toutefois l'inscription de faux peut être nécessaire pour faire tomber la foi d'un écrit privé : c'est lorsqu'il a été vérifié en justice. La loi, qui n'a pas voulu admettre au nombre des pièces de comparaison les

[1] Lors même que la vérification aurait été poursuivie par action séparée, la contrainte par corps pourrait avoir lieu pour l'exécution de la condamnation principale prononcée séparément. Le texte et l'esprit de la loi justifient cette solution.

écrits dont la sincérité n'est établie que par la voie suspecte de la vérification d'écritures, a dû, pour être conséquente, permettre aux intéressés de s'inscrire en faux contre ces mêmes écrits. Un arrêt du parlement de Paris du 12 juin 1691 a reçu effectivement l'inscription, malgré plusieurs vérifications faites antérieurement de la pièce en litige. « Et ne serait-ce pas encourager le crime, » dit l'orateur du tribunat, « si une simple vérification, dirigée par le coupable lui-même, pouvait lui assurer l'impunité? » Il est vrai que le ministère public ne serait pas désarmé. Mais les indices du faux n'apparaissent souvent avec évidence qu'à la suite des poursuites civiles.

« Celui qui prétend, » dit l'article 214 du Code de procédure, « qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en conséquence il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable. »

648. Cet article n'est que la reproduction des articles 1 et 2 du titre de l'ordonnance de 1737 sur le faux incident. Il faut donc l'interpréter comme on interprétait cette ordonnance. Dès lors il ne faut pas donner une portée exagérée à la restriction indiquée par ces expressions : *à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident;* et s'imaginer que le jugement rendu sur cette poursuite aurait l'autorité de la chose jugée contre les tiers, s'il avait déclaré la pièce véritable. Les commentateurs de l'ordonnance (voy. Serpillon, sur l'art. 2 de l'ord. de 1737, tit. II) ne voient dans ces expressions que l'application de la maxime *non bis in idem ;* c'est-à-dire la défense de s'inscrire en faux pour la partie qui a déjà succombé dans une procédure de faux sur la même pièce. Rien n'indique que

les rédacteurs du Code de procédure, en reproduisant les mêmes termes, aient eu l'intention d'innover. Les droits des tiers demeureront donc intacts. Si le faux n'a été instruit que civilement, la chose jugée ne pourra avoir effet qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance. S'il y a eu des poursuites criminelles, nous verrons, en traitant de la chose jugée, l'influence que peuvent avoir ces poursuites sur les droits des tiers. Dans tous les cas, il est impossible d'admettre l'autorité absolue qu'une interprétation littérale attribuerait à toute décision civile ou criminelle, qui aurait déclaré véritable une pièce arguée de faux.

649. La procédure de faux sera du reste absolument la même, quand il s'agira d'un écrit sous seing privé, que s'il était question d'un acte authentique.

DEUXIÈME SECTION.

ÉCRITURES NON SIGNÉES.

650. Un acte sous seing privé, nous l'avons dit, n'est en général valable, d'après nos lois, qu'autant qu'il est revêtu de la signature de la partie qui s'oblige. Néanmoins les écritures non signées peuvent, dans certaines circonstances, faire foi contre celui qui en est l'auteur, mais jamais en sa faveur (C. civ. art. 1331). « Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur « qua unusquisque adnotatione propria debitorem sibi « constituit » (Gord. l. 7, C. *de probat.*). Aussi la cour suprême a-t-elle cassé, le 2 mai 1810, un jugement qui avait permis de déférer le serment supplétoire à une partie n'ayant que des livres domestiques par elle tenus pour justifier de sa créance. Il y avait exception à Rome pour les *nomina transcriptitia*, d'où naissait l'ebligation littérale, et il y a encore exception chez nous pour les registres des marchands, dont nous parlerons en traitant de la preuve préconstituée au profit du demandeur.

651. Les écritures privées non signées, susceptibles

de faire foi contre celui qui en est l'auteur, sont de deux natures. Les unes consistent dans les documents, plus ou moins réguliers, à l'aide desquels un particulier établit l'état de ses affaires; les autres dans certaines mentions se rattachant à un titre en règle, dont elles tendent à modifier ou à détruire les effets.

652. Parlons d'abord des écritures qui se trouvent sur les registres des particuliers. Rédigées par le débiteur seul, qui veut se rendre compte de ses affaires, mais sans être astreint à aucune forme, à aucun ordre régulier, elles ne peuvent habituellement qu'être tout au plus un commencement de preuve par écrit. Boiceau (part. II, ch. VIII, n° 14) leur accorde néanmoins foi entière, lorsqu'elles énoncent un payement reçu. Cette première exception, reproduite par le Code civil (art. 1334), se justifie soit par la faveur de la libération, soit par l'extrême vraisemblance, en fait, de la réalité du payement, qu'il n'est guère d'usage d'inscrire avant qu'il ait eu lieu. Une seconde exception, que les rédacteurs du Code ont empruntée à Pothier (*Oblig.* n° 259), existe dans le cas où le registre du débiteur contient la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel l'obligation est contractée; comme s'il était dit que le créancier n'a pas voulu recevoir de billet. La mention, en ce cas, n'étant plus simplement pour le débiteur un moyen de se reconnaître dans ses comptes, mais devant tenir lieu de titre au créancier, il est à supposer qu'on prendra soin de la rayer, lorsque l'obligation sera éteinte. Dans l'espèce précédente, au contraire, la radiation faite après coup de la mention du payement sur le registre ne pourrait en général détruire la preuve qui résultait de cette mention. Le débiteur ne peut anéantir à sa volonté la preuve acquise à son créancier, à moins qu'il ne justifie d'une erreur de sa part.

Mais jamais un registre ne peut faire foi en faveur de celui qui le tient. Vainement prétendrait-il que le

titre est indivisible, et qu'à la même mention qui constate l'extinction de la créance se rattache intimement la mention d'une dette contractée en sa faveur par son ancien créancier ; les deux mentions peuvent parfaitement s'isoler (cass. 16 décembre 1833). Ce n'est là, du reste, que l'application des règles ordinaires sur l'indivisibilité de l'aveu (n° 293).

653. Le texte parle de registres et de *papiers domestiques*. En général, on attachera plus d'importance aux mentions que portent des livres ou carnets destinés à être conservés qu'à de simples notes sur feuilles volantes. Mais les termes de la loi comprennent les papiers domestiques de toute nature, et il serait peu raisonnable de repousser d'une manière absolue l'autorité des feuilles volantes, surtout dans l'opinion de ceux qui, comme nous, n'exigent point, à peine de nullité, l'inscription sur un registre des actes de l'état civil (n° 451). D'abord incontestablement, les juges, ayant un pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce qui constitue un commencement de preuve par écrit, peuvent trouver ce caractère dans un écrit quelconque, pourvu qu'il soit de la main du débiteur. Il y a plus de difficulté dans les cas où les papiers doivent faire pleine foi contre celui qui les a écrits. Le tribunal doit examiner avec soin les circonstances de la cause et les habitudes de celui qui a rédigé la mention. Ainsi, on doit admettre plus facilement l'autorité de la feuille volante, lorsqu'il y a mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre ; que s'il y a seulement énonciation d'un payement reçu, cette énonciation pourrait n'être qu'un projet de quittance, rédigé par le créancier en vue d'un payement qui ne s'est point réalisé. Il en serait autrement si la même énonciation figurait dans un inventaire, tel que les particuliers en font souvent sur feuille volante pour se rendre compte de leur situation.

654. Si la note par laquelle je me reconnais débiteur d'un tiers est signée, cette signature équivaut, se-

lon Boiceau et selon Pothier (*loc. cit.*), à la mention expresse que les parties ont voulu suppléer au défaut de titre. L'opinion de ces auteurs, quelque raisonnable qu'elle soit, n'ayant pas été reproduite par le Code civil, les juges peuvent, suivant les circonstances, voir dans la note signée une preuve complète, ou un commencement de preuve par écrit.

655. Les dispositions de nos lois sur la foi des registres domestiques semblent supposer que l'une des parties peut contraindre l'autre à exhiber ses registres. Il est évident néanmoins qu'on ne saurait ici, comme en matière commerciale (C. de comm. art. 15 et 17), ordonner, même d'office, la représentation des registres de l'adversaire, puisque les particuliers ne sont pas obligés d'en tenir. Le refus de représentation ne pourrait pas non plus, à lui seul, autoriser le juge à déférer le serment au demandeur. Seulement, si l'existence de pareils livres est établie en fait, ce qui arrivera le plus souvent à la suite d'inventaires, le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour en ordonner la production; mais ce n'est jamais pour lui une obligation légale (rej. 15 février 1837).

656. L'écriture non signée peut se rattacher à un titre préexistant. Alors elle peut tendre, soit à prouver l'extinction de la créance constatée par ce titre, soit, au contraire, à établir une créance additionnelle. Le premier de ces cas est le seul qui ait été prévu par nos lois.

657. En ce qui touche les écritures tendant à la libération du débiteur, voici quelle était la doctrine de l'ancien droit, telle du moins qu'elle a été formulée par Pothier (n^os^ 761 et 762). Suivant ce jurisconsulte, lorsque des écritures non signées, tendant ainsi à établir la libération, sont mises à la suite, en marge ou au dos d'un écrit signé, il faut distinguer si l'acte n'a jamais cessé d'être en la possession du créancier, ou s'il est en la possession du débiteur. Dans le premier cas, l'écriture tendant à la libération fait foi, de quel-

que main qu'elle ait été écrite, fût-ce même de celle du débiteur, parce qu'il est plus que probable, dit-on, que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet, s'il n'y avait pas eu en réalité payement. Dans le second cas, l'écriture ne fait foi que si elle est de la main du créancier ; il ne doit pas être au pouvoir du débiteur de se libérer, en faisant écrire le reçu par un tiers.

658. Ce système est-il celui du Code civil? Il est difficile de le croire, lorsque l'on compare la rédaction définitive, votée par le conseil d'État, avec le projet de Code, qui était conçu en ces termes : « L'écriture sous seing privé mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier, quoique non signée, ni datée par lui, fait foi, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. » C'était bien là consacrer la doctrine de Pothier. Mais la section de législation a singulièrement modifié cette rédaction, en y ajoutant les mots *par le créancier*, qui ont passé dans le texte du Code. Des auteurs graves, dont nous avions d'abord partagé l'opinion, n'ont vu dans cette addition qu'un simple *lapsus*, une répétition involontaire de ce qui avait été utilement ajouté, comme nous allons le voir, dans la seconde partie de l'article 1332. Et cependant, quelle que soit l'autorité de Pothier, peut-elle prévaloir sur la lettre de la loi? Sans doute, il est éminemment vraisemblable que l'écriture mise sur un titre qui est toujours demeuré en la possession du créancier, n'y a été mise que de son consentement. Mais le contraire a pu arriver, pendant une maladie, par exemple. Il n'est donc pas permis de transformer en présomption de droit une simple vraisemblance, en s'attachant trop exclusivement aux traditions de l'ancien droit (voy. Colmar [1], 6 mars 1816).

659. D'une autre part, lorsque l'écriture est de la

[1] Dans l'espèce jugée par la cour de Colmar, la mention était l'œuvre du débiteur lui-même; Pothier étend, en effet, comme nous venons de le voir, la présomption jusqu'à cette hypothèse (même n° 761).

main du créancier, il semble parfaitement inutile d'exiger que le titre soit *toujours resté en sa possession*, ainsi que le suppose le texte. Aussi y a-t-il des auteurs qui, tout en maintenant purement et simplement dans l'article 1332 ces mots : *par le créancier*, n'attachent aucune importance au fait de la possession du titre par ce même créancier. C'est là, suivant eux, un vestige du projet de Code, suivant lequel cette possession était indispensable, précisément parce que l'écriture pouvait être de la main d'une personne quelconque. Dès que c'est le créancier lui-même qui a fait la mention libératoire, à quoi bon exiger que le titre soit demeuré en sa possession ? N'y a-t-il pas un argument *a fortiori* à tirer de la présomption de libération qui s'attache à la simple remise du titre (C. civ. art. 1282)?

Nul doute qu'une pareille mention ne rende éminemment probable la libération du débiteur. Mais ce n'est encore là qu'une probabilité, et il est possible que le titre portant cette mention ait été confié à un tiers chargé du recouvrement de la créance ; car, s'il avait été remis au débiteur, le fait seul de la remise emporterait libération, et la mention serait surabondante : ce qui répond au prétendu argument *a fortiori* tiré de l'article 1282. Dès que nous faisons abstraction de l'ancienne doctrine pour nous attacher strictement au texte du Code, il est certain que la présomption de droit n'existe qu'autant que le titre est demeuré en la possession du créancier. Que s'il en est autrement, la mention est toujours au moins un commencement de preuve par écrit, et les juges peuvent prononcer la libération du débiteur, en se fondant sur la preuve testimoniale ou sur des présomptions de fait : ce qui empêche que l'application littérale de la loi n'ait de graves inconvénients dans la pratique.

660. Le Code suppose ensuite, avec Pothier (n° 762), que l'écriture tendant à établir la libération a été mise sur une pièce destinée par sa nature à demeurer entre

les mains du débiteur : par exemple, en marge du double d'un acte de vente, qui serait entre les mains de l'acheteur débiteur du prix, ou bien à la suite d'une quittance précédente régulièrement signée, que le débiteur aurait également en sa possession. Ici, on a dû exiger, même dans l'ancienne doctrine, que l'écriture fût mise par le créancier, puisque autrement la fraude eût été trop facile pour le possesseur de l'écrit : aussi le conseil d'État a-t-il rétabli les mots *par le créancier*, omis, involontairement sans doute, dans le projet de Code.

Le législateur veut ici que l'écrit auquel a été ajoutée la mention libératoire, soit entre les mains du débiteur [1]. Des doutes se sont élevés sur ce point, à raison de l'expression vague *double d'un titre*, qui est employée par la loi. Il est par trop évident que, s'il s'agit du double de l'acte de vente possédé par le vendeur créancier du prix, l'écriture mise par lui à la suite de ce double fait foi de la libération de l'acheteur. Mais nous retombons alors dans l'hypothèse prévue par le premier alinéa de l'article 1332. Pour comprendre le texte du Code, il faut se reporter au passage correspondant de Pothier, où il n'est question que du double du traité de vente *qui se trouve entre les mains de l'acheteur débiteur du prix*. En ce qui concerne l'écriture ajoutée par le créancier à ce double ou à une quittance précédente, seuls cas que le législateur ait eus en vue, la condition que la pièce soit entre les mains du débiteur se conçoit parfaitement. « Autrement, » dit

[1] Le remaniement de la rédaction de l'article 1332 a été fait d'une manière inexacte, qui n'a pas peu contribué à l'obscurité du second alinéa de cet article. Après avoir mentionné le double d'un titre ou bien la quittance, il eût fallu ajouter : pourvu que ce double ou *cette quittance* soit entre les mains du débiteur : tandis que le texte, portant simplement : « pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur, » pourrait faire supposer qu'il s'agit du double d'un titre ou du *double d'une quittance*, ce qui est inadmissible, une quittance ne se faisant jamais en double original. Mais toute difficulté s'évanouit si l'on se réfère au passage de Pothier (n° 762), qu'évidemment cette fois le législateur n'a voulu que reproduire.

M. Demante (*Programme*, t. II, n° 809), « on pourrait supposer que le débiteur a remis au créancier un double ou sa quittance précédente, en vue d'un payement annoncé, pour faire préparer la quittance, et que celui-ci n'a retenu la pièce (après avoir fait la mention) que parce que le payement n'a pas été effectué. »

664. En résumé, la législation moderne, à la différence de l'ancien droit, n'attache point d'importance à la mention libératoire ajoutée à un titre par toute autre personne que le créancier. En supposant que la mention a été faite par le créancier, il faut distinguer si la pièce à laquelle on l'a ajoutée devait demeurer en la possession du créancier ou bien en celle du débiteur. Dans le premier cas, la mention fait pleine foi, si la pièce est toujours demeurée en la possession du créancier. Dans le second cas, il faut, au contraire, que la pièce soit entre les mains du débiteur. Dans l'une et l'autre hypothèse, surtout dans la première, les juges auront à examiner si l'écriture, étant de la main du créancier, ne doit pas être considérée comme un commencement de preuve, susceptible d'être complété au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions.

Signalons toutefois, avec Pothier (n^os^ 764 et 762), une différence importante entre les deux hypothèses prévues par l'article 1332. Il peut se faire que la mention libératoire ait été rayée après coup. Cette radiation n'a point d'importance, lorsqu'il s'agit d'un acte demeuré en la possession du créancier; car il ne peut dépendre de lui, ni encore moins de ses héritiers, de détruire, en barrant l'écriture, la preuve qui s'y trouve contenue. Il en est autrement de la quittance écrite de la main du créancier sur un acte qui est en la possession du débiteur; il est clair, d'une part, que le débiteur ne l'eût pas laissé barrer, si le payement avait été effectué; et d'autre part, il y a lieu de croire que le créancier avait écrit la quittance aujourd'hui rayée en vue d'un payement qui ne s'est point réalisé.

662. Le cas où l'écriture non signée tendrait à établir un supplément de créance, n'est pas prévu par nos lois. Boiceau (part. II, ch. II, § 2) fait sur ce point une distinction fort raisonnable. Ou bien l'écriture ajoutée au billet après la signature est un développement de la précédente obligation, comme s'il est dit : Je m'engage de plus à servir tels intérêts, ou à rembourser la créance à telle échéance; alors l'addition se confond avec la disposition principale. Ou bien, au contraire, l'addition est tout à fait indépendante de l'écrit signé, et alors le fait que cette addition n'a pas été signée également, doit la faire considérer comme un simple projet, auquel on n'a pas donné suite. Reproduite littéralement par Pothier (n° 763), cette doctrine n'est, sans doute, pas obligatoire pour les juges dans le silence du Code; mais les décisions qui l'adopteraient ne pourraient être regardées comme illégales, puisque les actes sous seing privé n'ont rien de solennel, et que, si l'on doit exiger dans un testament olographe que tout soit terminé par la signature du testateur, il n'y a pas même raison de décider pour les autres écrits privés, qui ne sont assujettis à aucune forme déterminée.

663. Dans les divers cas que nous venons de parcourir, il est bien entendu que l'écriture, si elle est contestée, doit être vérifiée, puisqu'un écrit non vérifié, ni reconnu, ne peut pas même servir de commencement de preuve. Et peu importe que la nature de la note rende difficile la preuve de son authenticité. De simples chiffres peuvent même, ainsi que l'a jugé autrefois un arrêt du conseil du 23 juin 1773, être vérifiés dans la forme ordinaire. La difficulté de la preuve ne saurait détruire le principe constant qui ne permet d'admettre aucun écrit dont la sincérité n'est pas reconnue.

TROISIÈME SECTION.

TAILLES.

664. Le mot *taille*, qui vient du latin *talea* (c'est-à-dire, suivant Ducange, *ramus incisus*), désigne un morceau de bois fendu en deux parties égales. L'une des moitiés, qui conserve le nom de *taille*, est gardée par le fournisseur; l'autre moitié, qui est remise au consommateur, reçoit le nom d'*échantillon*. Au moment de la fourniture, on rapproche la taille de l'échantillon, et on y fait des entailles transversales que l'on nomme *coches*. La taille et l'échantillon servent à se vérifier mutuellement, comme autrefois les chartes parties (n° 603).

Lorsque les deux moitiés sont représentées et se correspondent, les fournitures se trouvent constatées par l'aveu du consommateur, tout aussi bien que si cet aveu était consigné dans un acte authentique.

« Les tailles corrélatives à leurs échantillons, » dit l'article 1333 du Code civil, « font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. »

665. Ce n'est point là une preuve testimoniale, mais une sorte de preuve écrite. Aussi faut-il décider avec Boiceau (part. II, chap. IX, § 7), ce qui résulte, du reste, des termes généraux de la loi, que, même au-dessus du taux fixé pour l'admissibilité de la preuve testimoniale, c'est-à-dire, dans le droit actuel, au-dessus de cent cinquante francs, les tailles doivent faire foi entre les parties.

Faut-il en dire autant des tiers? Boiceau nous rapporte (même ch. IX) que l'affirmative fut décidée de son temps, dans une espèce où un boucher, qui avait fourni des peaux à un tanneur, fut autorisé, non pas seulement à venir par contribution avec les autres créanciers, mais même à exercer la revendication de

ces peaux, faute de payement du prix; le tout, sur la foi de tailles corrélatives aux échantillons. Danty (addit. sur ce chap.) refuse, au contraire, toute foi aux tailles à l'égard des tiers; et cette divergence d'opinion s'explique historiquement, les principes sur la certitude de la date n'étant pas encore parfaitement assis, dans le temps où Boiceau écrivait. Sa décision doit toutefois être admise dans l'espèce qu'il cite; car il s'agissait des rapports d'un tanneur et d'un boucher, et il est constant que, dans les relations commerciales, on n'exige pas de date certaine, même à l'égard des tiers. De marchand à particulier, l'opinion de Danty doit être préférée, en tant du moins qu'il s'agit d'exercer un droit de revendication ou de privilége spécial. Mais le fournisseur serait incontestablement admis à venir par contribution, puisque entre créanciers chirographaires la question de date n'a aucune importance. C'est seulement lorsqu'on invoque une préférence spéciale, qu'il n'est pas permis de se prévaloir d'un titre qui a pu n'être fabriqué qu'après coup. Tel paraît être le vœu de la loi, lorsqu'elle n'accorde foi entière aux tailles *qu'entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi certaines fournitures.* Il n'est pas d'ailleurs impossible que l'échantillon ait acquis une sorte de date certaine. C'est ce qui arriverait au cas où il aurait été mis sous scellé après déconfiture ou décès, et où l'existence en aurait été constatée par l'inventaire.

666. Si la partie que le fournisseur attaque en exhibant la taille, ne représente pas l'échantillon, ou bien elle allègue l'avoir perdu, ou bien elle prétend qu'il n'y a jamais eu de fourniture ainsi constatée. Dans la première hypothèse, elle est en faute, elle devait se procurer une nouvelle taille; la moitié qui est entre les mains du fournisseur fera foi, en l'absence de l'échantillon, à moins qu'on ne prouve qu'il y a fraude de sa part. C'est en ce sens que la coutume de Tournai

(*de l'Ampliation*, art. 14) décidait, dans l'espèce, que la taille exhibée par le demandeur serait *tenue pour vérifiée*. Dans la seconde hypothèse, lorsque le consommateur nie qu'il y ait jamais eu d'échantillon entre ses mains, la taille est, rigoureusement parlant, dénuée de toute force probante, puisqu'elle constitue un titre émané du marchand seul (C. civ. art. 1329). Néanmoins, si le fournisseur jouit d'une bonne renommée et que les fournitures soient vraisemblables, nous serions disposé à considérer les coches faites sur la taille comme équivalant à l'écriture insérée par le marchand sur ses livres, de manière à permettre au juge de déférer le serment supplétif au fournisseur ou à son adversaire (même art. 1329).

QUATRIÈME SECTION.

FOI DES ÉCRITS PRIVÉS EN MATIÈRE CRIMINELLE.

667. Les écrits privés peuvent jouer un rôle important dans une procédure criminelle, soit que le corps même du délit consiste dans un écrit, soit que l'écrit soit simplement invoqué comme preuve d'un délit d'une nature quelconque.

668. Dans la première hypothèse, s'il s'agit, par exemple, de faux, de correspondance contre la sûreté de l'État (C. pén. art. 76 et suiv.), de menaces faites par écrit (*ibid.* art. 305), la question de la sincérité de l'écrit est capitale, puisqu'en dehors de l'écrit, il n'y a plus de procès. Alors, si l'écriture est déniée, la vérification est d'une extrême gravité. Ici l'art conjectural des experts ne doit être consulté qu'avec beaucoup de défiance, et l'on doit toujours préférer à leur rapport la preuve testimoniale, lorsqu'il est possible de se la procurer. De nombreux exemples, puisés dans notre ancienne jurisprudence, témoignent du danger qu'il y a à s'en rapporter aux maîtres écrivains. Dans trois affaires

presque identiques, celles des chanoines de Beauvais, du vicaire de Jouarre et du curé d'Orléans (Merlin, *Répert.* v° *Comparaison d'écritures*), de vénérables ecclésiastiques furent accusés d'avoir écrit des lettres anonymes injurieuses; dans chacune de ces espèces, quatre experts déclarèrent unanimement que les lettres étaient de la main des accusés, et cependant l'innocence de ces derniers finit par être clairement établie, le véritable auteur des lettres ayant été découvert.

Bien que ces faits soient postérieurs à la rédaction de l'ordonnance criminelle de 1670, l'expérience avait fait reconnaître dès lors tout le danger de l'expertise. Un traité de Levayer sur la comparaison d'écritures [1], rédigé à l'occasion du procès de Fouquet, avait fait ressortir avec énergie tout ce qu'il y a d'arbitraire dans ce mode de vérification, surtout appliqué aux matières criminelles. *Comparatio facit duntaxat fumum*, telle était sa conclusion. Aussi avait-on proposé d'insérer dans le titre VIII de l'ordonnance de 1670, un article ainsi conçu : « Sur la seule déposition des experts et sans autres preuves, adminicules ou présomptions, ne pourra intervenir aucune condamnation de peine afflictive ou diffamante. » Mais l'avocat général Talon fit sentir combien serait dangereuse une disposition de cette nature, qui tendrait souvent à détruire la seule preuve que le juge puisse se procurer d'après la nature du fait. Sur ses observations, appuyées par le président Lamoignon, l'article fut retranché. Aujourd'hui le Code d'instruction criminelle ne fait allusion à la comparaison d'écritures qu'en matière de faux; mais il n'est pas douteux qu'on ne doive employer la même voie, toutes les fois qu'il s'agit de vérifier un écrit. Il est certain, les précédents de l'ancien droit et ceux du droit moderne (voy. notamment l'affaire La Roncière) doivent rendre les jurés et les juges très-circon-

[1] On le trouve à la fin du *Traité de la preuve par témoins*, par Boiceau, édition de Danty.

spects à condamner sur un simple rapport d'écrivains; mais il faut reconnaître que, dans beaucoup de cas, les conclusions des experts se sont trouvées exactes, et qu'il serait fort dangereux de les rejeter d'une manière absolue.

Ce que nous avons dit sur l'importance du choix des experts dans la procédure en vérification d'écritures (n° 641), s'applique, à plus forte raison, en matière criminelle. Il paraît que la jurisprudence allemande n'est pas non plus à l'abri de la critique sous ce rapport. « On voit souvent, et bien à tort, » dit M. Mittermaier (*de la Preuve en matière criminelle*, ch. LI), « l'inquisiteur appeler les professeurs d'écriture du lieu; ceux-ci, parfaitement aptes à décider de la beauté, de la netteté de la main, ne le sont pas toujours autant lorsqu'il s'agit de constater la ressemblance de deux corps d'écritures. Certes, des individus qui, par le fait même de leurs fonctions (des employés de l'enregistrement, des archivistes, des teneurs de livres) voient chaque jour passer sous leurs yeux des écritures de toutes sortes, et ont l'occasion fréquente d'en faire l'examen approfondi, seront bien mieux en état d'éclaircir la religion des juges. »

669. Quand les écrits invoqués ne constituent pas le délit, mais seulement des documents de nature à l'établir, la vérification d'écritures offre en général moins d'intérêt, et il est inutile de se lancer dans les embarras et les lenteurs d'une expertise, si on a des preuves plus directes dans la déposition des témoins. Quelquefois cependant les écrits sont d'une haute importance. Ainsi, la correspondance, en matière de complicité d'adultère, est le seul moyen admissible, en l'absence du flagrant délit (C. pén. art. 338) ou de l'aveu (n° 301). Lorsque des papiers ont été saisis au domicile de l'inculpé, il lui devient plus difficile d'en nier la sincérité. Aussi la loi veut-elle qu'on s'assure le plus tôt possible de ces pièces, et qu'on en constate avec soin l'identité.

Dans les cas réputés flagrant délit[1], le procureur de la république ou ses officiers de police auxiliaires (C. d'inst. art. 36 et suiv.), et dans tous les cas, le juge d'instruction (*ibid.* art. 87 et suiv.), doivent se transporter au domicile de l'inculpé et y opérer la perquisition de tous les papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité. On les lui présente à l'effet de les reconnaître et de les parapher; au cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal. Ils sont ensuite clos et cachetés. Plus tard, ils figurent parmi les pièces de conviction qu'on représente à l'audience.

670. Les perquisitions faites en cas de flagrant délit par le procureur de la république ou par ses auxiliaires, ne peuvent avoir lieu qu'au domicile de l'inculpé ou de ses complices présumés. Le juge d'instruction, au contraire, peut se transporter dans tout autre lieu, s'il présume qu'on y a caché des pièces de conviction (*ibid.* art. 88). Toutefois il est clair que, si, au moment où une visite domiciliaire va s'opérer, les papiers suspects étaient frauduleusement confiés à des tiers, tout officier ayant qualité pour verbaliser au cas de flagrant délit, serait autorisé à faire une perquisition au domicile de ces tiers. Le pouvoir qu'on a entendu réserver au juge d'instruction, c'est celui d'opérer des recherches chez des tiers contre lesquels il ne s'élèverait qu'un simple soupçon.

Le juge d'instruction a le droit de saisir même les lettres adressées à l'inculpé, et de les décacheter pour en prendre connaissance, ainsi que l'a jugé la cour d'assises d'Indre-et-Loire, le 11 juin 1830. On ne pourrait poursuivre comme violateur du secret des lettres (C. pén. art. 137) le fonctionnaire qu'une nécessité d'ordre public oblige à prendre cette grave mesure. C'est en ce sens que s'est prononcée l'Assemblée législative de 1849, saisie d'une

[1] Si toutefois il s'agit d'un crime, aux termes de l'article 32 du Code d'instruction; mais nous avons déjà fait observer (p. 80, note 1) que la jurisprudence étend aux délits proprement dits les attributions du ministère public.

réclamation relative à la légalité d'une mesure de cette nature (voy. *Moniteur*, 23 octobre 1849).

671. Les écritures ainsi saisies ne sont pas, en général, des preuves préconstituées, mais ce que Bentham appelle des *écritures casuelles*, c'est-à-dire des registres ou des notes qui n'étaient pas destinés à être publiés. On trouve dans le publiciste anglais (*Preuve jud.* l. VI, ch. III) de bonnes observations de détail sur les circonstances qui peuvent militer pour ou contre l'autorité des écritures de cette espèce, qui ne sont qu'une des formes de l'aveu extrajudiciaire. Notre ancienne pratique criminelle a souvent abusé de ce mode de preuve en matière politique. On sait que Laubardemont se vantait de perdre un accusé, *pourvu qu'on lui donnât six lignes de son écriture.*

672. Si les écrits saisis au domicile de l'inculpé ou ailleurs ne doivent être consultés qu'avec précaution, en tant qu'il s'agit de se prononcer sur sa culpabilité, l'instruction doit procéder avec bien plus de circonspection encore lorsque ces écrits tendent à incriminer des tiers. Cette circonstance seule est un indice insignifiant et souvent trompeur, si d'autres preuves ne viennent pas à l'appui. C'est ainsi que, lors de la fameuse conjuration Mallet, le général qui paya de sa vie son audace, avait porté sur une liste de fonctionnaires désignés pour le nouveau gouvernement, des personnes complétement étrangères au complot. De même, les Vendéens qui échouèrent au port de la Claye, le 3 mai 1832, avaient arrêté un plan d'organisation militaire où ils faisaient figurer plusieurs officiers contre lesquels on ne dirigea aucune poursuite, parce qu'il fut avéré que c'était également sans les avoir consultés qu'on les avait ainsi désignés.

673. Les actes sous seing privé proprement dits ne se présentent guère en matière criminelle que lorsqu'il s'agit d'une preuve préjudicielle, de la constatation, par exemple, d'un mandat, d'un dépôt, dont on allègue

la violation. Nous avons reconnu (n° 178) qu'en thèse générale, la juridiction criminelle demeure compétente pour statuer sur des questions de cette nature, mais que l'exclusion de la preuve testimoniale s'applique au criminel, de la même manière qu'au civil.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ÉCRITE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR. — LIVRE DES MARCHANDS.

674. Nos commerçants, comme autrefois les *argentarii* à Rome, sont astreints à tenir des registres réguliers, où ils inscrivent jour par jour leurs opérations. Ces écritures, étant destinées à être produites en justice, s'il y a lieu, peuvent faire foi, non-seulement contre le marchand qui les a rédigées, mais même en sa faveur; ce qui n'est jamais admis pour les papiers domestiques.

675. Pour empêcher l'altération de ces livres, la loi prescrit les mêmes formalités (C. de comm. art. 10 et suiv.) qui sont établies pour les registres publics. Elle veut qu'ils soient cotés, paraphés et visés, soit par un membre du tribunal de commerce, soit par le maire ou adjoint de la commune. Le Code de commerce ajoute : *sans frais;* ce qui a toujours été vrai en ce sens qu'on n'alloue point d'honoraires aux fonctionnaires chargés de cette opération. Mais, jusqu'en 1838, il fallait, pour que les livres pussent être présentés au visa, qu'ils eussent été préalablement timbrés, et l'impôt du timbre pour des écritures souvent considérables devenait extrêmement onéreux. Aussi, dans la pratique, se dispensait-on le plus souvent de faire timbrer les registres; et ce qui était beaucoup plus fâcheux que l'absence du timbre, c'est qu'alors les importantes formalités, prescrites par la loi pour assurer l'intégrité des registres, ne pouvaient être accomplies[1]. En conséquence, les

[1] Il en était de même sous l'empire de l'ordonnance de 1673, dont les prescriptions sur ces formalités si essentielles étaient tombées en désuétude.

livres, n'étant pas régulièrement tenus, auraient dû à la rigueur n'avoir aucune autorité (*ibid.* art. 13). Mais les tribunaux de commerce, se conformant à l'usage constant plutôt qu'aux prescriptions légales, ne refusaient pas d'admettre les registres non visés, lorsqu'il n'y avait aucun soupçon de fraude dans l'espèce. Ainsi les sages précautions de la loi se trouvaient éludées. Pour faire cesser cette grave irrégularité, on a remplacé, par une augmentation de la contribution des patentes, l'impôt du timbre, qui était d'ailleurs fort inégal, puisqu'il était proportionnel, non pas à la valeur des opérations, mais à la place matérielle qu'occupait la mention de ces opérations sur les registres. Ce changement s'est effectué le 1er janvier 1838 (loi du 20 juillet 1837, art. 4). Aujourd'hui donc le visa sans frais est devenu une vérité, et ceux qui se dispenseraient de l'accomplissement des formalités légales n'auraient plus d'excuse. Les livres doivent de plus être conservés pendant dix ans (C. de comm. art. 11).

676. Une sanction extrêmement rigoureuse garantit l'exactitude et la fidélité des écritures commerciales. Le failli qui n'a pas tenu de registres, ou qui n'en a tenu que d'irréguliers, même sans fraude, peut être déclaré banqueroutier simple, et frappé en conséquence de peines correctionnelles (*ibid.* art. 586, 6°). Quant aux écritures frauduleuses, tendant, soit à dissimuler l'actif, soit à simuler un passif, elles entraînent la peine de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire les travaux forcés à temps (*ibid.* art. 591; C. pén. art. 402). En outre, la simulation, qui, en matière civile, pourrait tout au plus dégénérer en escroquerie, est ici, à raison de la gravité des conséquences qu'elle entraîne, punie aussi gravement que le faux. C'est, en effet, également la peine des travaux forcés à temps qui est prononcée par le Code pénal (art. 147) pour le faux en écriture de commerce; et l'assimilation de ce faux à celui qui aurait lieu en écriture publique, est une garantie de

plus contre les falsifications que les tiers pourraient commettre sur les registres.

677. On sent que l'autorité des livres de commerce doit être plus grande entre deux marchands, dont les écritures se servent de contrôle réciproque, qu'entre un marchand et un particulier, puisque ce dernier ne pourrait se défendre à armes égales, n'ayant pas habituellement de registres, et ne pouvant pas même en tenir qui fassent foi en sa faveur. Occupons-nous d'abord de la foi des livres sous le premier point de vue.

PREMIÈRE SECTION.

FOI DES LIVRES ENTRE COMMERÇANTS.

678. « Les livres de commerce régulièrement tenus, » dit l'article 12 du Code de commerce, « peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. » La preuve par livres n'est donc pas strictement obligatoire pour la juridiction consulaire, qui peut écarter les registres comme suspects, même lorsqu'ils sont réguliers en la forme (rej. 13 août 1833). La simplicité et l'équité, qui sont l'âme de cette juridiction, ne permettaient pas qu'on y astreignît le juge à certaines preuves légales ; on lui accorde donc, quant aux moyens qui doivent déterminer sa conviction, une latitude analogue à celle qui est accordée aux jurés. Mais, en fait, les tribunaux de commerce ne refusent guère d'ajouter une foi complète aux registres régulièrement tenus.

679. Il ne suffit pas que la contestation s'élève entre commerçants, il faut qu'elle ait lieu pour faits de commerce. Ainsi, un négociant ne serait pas reçu à se prévaloir d'une mention faite dans ses livres, pour justifier d'une opération purement civile, telle que l'achat d'un immeuble. Néanmoins, comme le livre journal doit présenter tout ce que le commerçant reçoit ou paye à quelque titre que ce soit (*ibid.* art. 8), la mention

faite dans ce livre peut servir à son adversaire de commencement de preuve; et en sens inverse, l'omission sur ce livre d'une opération civile peut contribuer à faire rejeter la prétention du négociant, si c'est lui qui est demandeur. C'est donc avec raison qu'un arrêt de rejet du 25 nivôse an x a décidé que le défaut de production de livres, même en matière civile, peut, réuni à d'autres circonstances, rendre un négociant non recevable dans ses prétentions. Il n'est pas nécessaire au surplus que l'opération soit commerciale de part et d'autre, pour que les livres puissent faire pleine foi. Dès qu'il s'agit d'un fait de commerce, les deux parties ont dû le constater respectivement sur leurs livres. Ainsi, la vente de vins, faite par un marchand de vins à un manufacturier, bien qu'elle ne constitue pas de la part de ce dernier une opération de commerce, nous semble régulièrement justifiée de cette manière.

680. Si les registres sont d'accord, la preuve est parfaite, à moins qu'une falsification ne puisse être établie. S'ils ne sont pas conformes, et qu'ils soient d'ailleurs régulièrement tenus de part et d'autre, les deux autorités se balancent, et il faut recourir à d'autres modes de preuve. Si un seul des registres est régulièrement tenu, le juge peut s'y attacher, mais il est toujours libre d'exiger des garanties additionnelles, telles que l'audition de témoins, ou la prestation de serment. Enfin, d'après l'article 17 du Code de commerce, si une partie refuse de produire ses livres, auxquels l'autre partie offre d'ajouter foi, le juge peut déférer le serment à cette dernière partie. Cette disposition ne doit pas s'entendre seulement du cas où un particulier offrirait d'ajouter foi aux livres d'un commerçant, cas où il y aurait évidemment lieu au serment, mais que les rédacteurs du Code de commerce ne devaient pas avoir en vue, puisqu'ils ne s'occupaient ((des procès entre commerçants. C'est surtout entre

commerçants que l'article 17 doit recevoir son application. Néanmoins nous ne pensons pas avec Toullier (t. VIII, n° 383) que le négociant qui représente seul ses livres, doive obtenir gain de cause *de plano*, s'il offre de s'en rapporter à ceux de son adversaire, et que celui-ci ne puisse ou ne veuille les représenter. Le juge peut ordonner toute mesure propre à l'éclairer sur la réalité des faits allégués à l'appui de la demande, et après tout, si la prétention du demandeur lui paraît dénuée de fondement, il lui est loisible de ne pas même déférer le serment supplétif (rej. 18 janvier 1832).

681. L'obligation pour un commerçant de produire ses livres en justice eût pu, si la loi ne l'avait pas restreinte dans de justes bornes, compromettre singulièrement le succès des opérations commerciales, pour lesquelles le secret est souvent essentiel. Aussi la représentation, même ordonnée d'office, n'a-t-elle point pour effet de mettre au jour la situation de la partie que les livres concernent; on doit se borner à extraire des registres ce qui a trait au différend (*ibid.* art. 15). La communication complète n'a été autorisée que dans les cas où elle est indispensable, c'est-à-dire où la contestation porte sur l'ensemble de la gestion commerciale, dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et faillite (*ibid.* art. 14). Il y avait moins de doute dans le dernier cas, puisqu'il n'est plus temps de songer à ménager le crédit, lorsqu'il y a eu cessation de payements.

DEUXIÈME SECTION.

FOI VIS-A-VIS DES PARTICULIERS.

682. L'obligation prescrite aux marchands de tenir des écritures régulières existe vis-à-vis des particuliers, tout aussi bien que vis-à-vis des autres marchands. Aussi leurs livres font-ils preuve contre eux (C. civ.

art. 1330), mais seulement pour faits de commerce, sauf à puiser un commencement de preuve par écrit dans les mentions d'opérations purement civiles, qui s'y trouvent insérées.

Appliquant à cette matière le principe de l'indivisibilité de l'aveu, la loi ajoute (*ibid.*) que celui qui veut tirer avantage des registres, ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. L'indivisibilité s'entend d'ailleurs ici comme en ce qui touche l'aveu oral (n° 293). La déclaration du marchand doit être acceptée par la partie qui s'en rapporte à ses livres, pour tout fait connexe : ainsi le registre qui établit l'existence de la dette, doit également faire foi pour en établir le payement. Mais des articles tout à fait indépendants de l'article allégué, dans lesquels le commerçant se dirait créancier pour toute autre cause, pourraient être repoussés par le particulier qui invoque le registre. On ne doit cependant appliquer cette doctrine qu'avec précaution en matière commerciale, là où des opérations diverses s'enchaînent souvent de la manière la plus étroite. C'est ainsi qu'un compte courant régulièrement tenu, bien que composé d'articles distincts, sera généralement considéré comme indivisible.

683. Arrivons à la partie la plus controversée de la matière, à la foi que peuvent avoir les livres en faveur des marchands contre les particuliers. Les opinions des anciens docteurs étaient très-partagées sur la foi probante de ces livres. Suivant les uns, ils faisaient pleine foi ; suivant d'autres, ils faisaient une demi-preuve, qui pouvait être corroborée par d'autres preuves, notamment par le serment du demandeur. Dumoulin n'admet pas que ces écritures soient ou une preuve, ou même une demi-preuve, dans l'espèce ; mais il pense que le serment supplétif peut être admis suivant les circonstances : « Rationes ejus » (*ad. leg.* 3, C. *de reb. cred.*), « quamvis non plenam probationem, nec

« omnino semiplenam inducant, tamen inserunt ali- « quam præsumptionem, ex qua possit ei deferri ju- « ramentum, ita ut per se rationes probent. » Ce jurisconsulte ne parle point de la preuve par témoins. L'eût-il admise, en présence de l'ordonnance de Moulins, promulguée depuis qu'il avait écrit ces lignes? C'est ce qui est assez douteux. Boiceau admet l'audition des témoins, mais avec une distinction qui ne serait plus de mise aujourd'hui, c'est-à-dire, en faveur, non de petits marchands, mais de ceux qui font partie d'une corporation (part. II, chap. VIII). Danty (add. sur ce chap. n^os^ 46 et 47), qui écrivait un siècle après, pense que le sentiment de Boiceau ne peut être suivi que dans des cas rares, où la bonne foi sera évidente. Enfin Pothier (*Oblig.* n^os^ 754 et suiv. et n° 807) reproduit l'opinion de Boiceau, en ajoutant toutefois que la fourniture alléguée doit être vraisemblable. Et c'est à cette occasion que ce grand jurisconsulte nous révèle toute la simplicité de ses mœurs, simplicité si admirable, surtout au XVIII^e^ siècle : « Par exemple, » dit-il (n° 756), « ce ne seraient pas des fournitures vraisemblables, s'il était écrit sur le livre d'un marchand, qu'il m'a vendu et livré dix aunes de drap noir dans une année, parce que je n'ai pas besoin de plus d'un habillement dans l'année, pour lequel quatre aunes de drap suffisent. »

Cette opinion de Pothier, qui considère les registres comme pouvant servir de commencement de preuve, passe généralement pour l'expression du dernier état de notre ancienne jurisprudence. Mais il en était autrement, si nous en croyons l'annotateur anonyme de Danty (note sur le n° 44 du ch. VIII), qui s'exprime en ces termes, après avoir reproduit le passage de Pothier : « Cet auteur donne peut-être un peu trop de faveur aux livres des marchands, et il semble que la jurisprudence du Châtelet n'y est pas conforme. Denisart, qui parle ordinairement d'après cette jurispru-

dence, dit qu'ils ne forment aucun titre contre des bourgeois non négociants, qui sont crus à leur affirmation contre les livres des marchands. » Ainsi, il paraît qu'au Châtelet, on déférait le serment, mais au défendeur seulement, et qu'il n'était nullement question de la preuve testimoniale.

684. Après cet exposé des diverses opinions reçues autrefois, abordons l'interprétation du Code civil.

« Les registres des marchands, » dit l'article 1329, « ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. »

Cette réserve du serment ne saurait s'entendre du serment décisoire qui est de droit; elle suppose forcément l'admission du serment supplétif. Mais puisqu'il est constant que le serment supplétif n'est permis que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, plusieurs auteurs soutiennent que les livres de marchands constituent en leur faveur un commencement de preuve par écrit. Ils font remarquer que le serment supplétif est la plus faible de toutes les preuves, et que, s'il est permis de s'en rapporter à la déclaration assermentée du demandeur, il doit l'être, à plus forte raison, d'ouvrir une enquête, qui offre incontestablement plus de garanties. Ils invoquent enfin l'autorité de Pothier, qui a été si souvent le guide des rédacteurs du Code. Il nous est néanmoins impossible de partager cet avis. D'abord, l'assimilation du serment supplétif à la preuve testimoniale ne résulte nullement du texte de la loi. Tout ce qu'elle dit (C. civ. art. 1367), c'est que le serment peut être déféré d'office, quand la demande n'est pas totalement dénuée de preuves. Or, nous avons bien admis avec la jurisprudence (voy. n° 369), que le serment supplétif ne peut être ordinairement déféré que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Mais ce n'est point là un principe absolu, et le législateur a pu, par une réserve toute spéciale, comme

semblent l'indiquer les termes de l'article 1329, autoriser ce serment dans une hypothèse où les témoins ne sauraient être entendus. Y a-t-il là, ainsi qu'on le prétend, une contradiction? Oui, si on suppose que le serment sera ordinairement déféré au demandeur; il vaudrait mieux alors ouvrir une enquête que de s'en rapporter purement et simplement à son affirmation. Mais cette supposition est toute gratuite. Les meilleurs auteurs l'ont toujours reconnu, c'est au défendeur que doit être déféré de préférence le serment supplétif. Ce n'est que dans des cas extrêmement favorables qu'il est permis de le déférer au demandeur. Au contraire, si la preuve testimoniale est jugée admissible, on sera tenté, toutes les fois qu'il y aura doute, de faire entendre des témoins, afin d'éclaircir les faits; et le marchand aura tout l'avantage dans l'enquête, puisqu'il aura pu préparer à l'avance des dépositions, d'où il résultera de la manière la plus positive que telles fournitures ont eu lieu à telle date, tandis que le particulier, qui ne pouvait soupçonner la demande dirigée contre lui, n'aura pu se ménager de la même manière les moyens d'établir la négative. Autre chose est l'admission du serment supplétif, qui ne sera déféré au marchand que quand le juge aura une pleine conviction de sa loyauté; autre chose est l'administration de la preuve testimoniale, qui ferait toujours pencher la balance en sa faveur. En ce qui touche l'argument tiré de Pothier, il nous semble suffisamment réfuté par l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu : « Quant aux personnes qui ne sont pas dans le commerce, on a dû maintenir la règle suivant laquelle nul ne peut se faire de titre à lui-même, et l'ordre que les marchands sont tenus de tenir dans leurs registres ne saurait garantir que les fournitures qui y sont portées soient réelles. Ils n'ont à cet égard d'autre droit que celui d'exiger le serment des personnes qui contesteraient leurs demandes. »

Ces dernières expressions vont trop loin sans doute; le texte de la loi étant général, nous ne pensons pas que le serment ne puisse être déféré qu'au défendeur. Mais, en rapprochant ces paroles de la jurisprudence du Châtelet, lorsqu'on voit le rapporteur poser le principe que nul ne peut se faire de titre à lui-même, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code n'aient voulu que reproduire la doctrine de Pothier, suivant lequel (n° 754) *les registres ne peuvent pas faire une preuve pleine et entière*[1]. Ajoutons que du temps de Pothier, ainsi que nous l'avons souvent fait remarquer, la nature du commencement de preuve par écrit n'était pas bien déterminée, tandis qu'aujourd'hui l'article 1347 du Code civil veut qu'il émane du défendeur[2]. Cette règle souffre à la vérité des exceptions; mais il faut du moins que ces exceptions soient énoncées dans la loi, et comment peut-on voir l'admission de la preuve testimoniale dans un simple renvoi à la matière du serment? N'était-il pas plus simple de dire expressément que les registres serviraient de commencement de preuve par écrit?

APPENDICE.

PREUVE DE PREUVE LITTÉRALE.

685. Un écrit peut se référer à un écrit plus ancien, soit en en reproduisant seulement la substance, mais en manifestant l'intention des parties de maintenir les engagements constatés par le premier acte, et

[1] Le rapport fait au tribunat par M. Jaubert vient encore à l'appui de la doctrine énoncée dans l'exposé des motifs : « Ces registres, » dit-il, « ne peuvent tout au plus servir qu'à déterminer le juge à déférer le serment. » L'intention restrictive ne saurait être plus manifeste.

[2] La question n'est nullement tranchée en jurisprudence. Un arrêt de la cour de Paris du 28 novembre 1836, que l'on cite comme favorable à notre opinion, se borne à écarter, dans l'espèce, certains registres comme ne constituant point un commencement de preuve par écrit. D'une autre part, dans l'espèce d'un arrêt de rejet du 10 août 1840, qui a admis la preuve par témoins, il y avait, outre les livres, des écrits constituant un commencement de preuve, conformément à la lettre de l'article 1347.

c'est alors un acte récognitif; soit en le transcrivant littéralement, et c'est alors une copie [1].

§ 1er. *Actes récognitifs.*

686. L'aveu écrit, comme l'aveu oral (art. 1356), doit faire pleine foi contre celui qui en est l'auteur. Si donc on ne consultait que la raison sur la valeur des actes récognitifs, on n'hésiterait pas à décider que, pourvu qu'on y voie clairement énoncée l'intention de maintenir la force d'une déclaration préexistante, ils doivent avoir la même foi que le titre primordial.

Malheureusement, une erreur, dont Toullier (t. VII, nos 13 et suiv.) a démontré l'origine avec autant de netteté que d'érudition, a porté les rédacteurs du Code, égarés par l'autorité de Pothier, à soumettre à des conditions arbitraires la validité des actes récognitifs. Les anciens canonistes, voulant faciliter la révocation des concessions accordées quelquefois trop légèrement par les supérieurs ecclésiastiques, décidaient que la confirmation simple, *in forma communi*, n'ajoutait rien à l'efficacité de la concession confirmée, et ne dispensait point l'impétrant de représenter le titre primitif. Il fallait, pour tenir lieu de ce titre, une confirmation *in forma speciali*, c'est-à-dire où le signataire déclarait agir en pleine connaissance de cause, *ex certa scientia*. Et même on finit par exiger, de crainte que ces dernières expressions ne devinssent elles-mêmes de style, que toute la teneur de l'acte précédent se trouvât insérée dans l'acte confirmatif, de manière à ne laisser aucun doute. Dumoulin était un esprit trop judicieux pour ne point reconnaître le véritable caractère des actes récognitifs. Le titre nouveau ne doit pas, sans doute, aggraver l'obligation, et en ce sens il est toujours vrai de dire : *confirmatio nihil dat novi;* mais il a force pro-

[1] C'est dans la même partie de son *Commentaire sur la coutume de Paris* (tit. 1, § 8), que Dumoulin donne les développements les plus étendus sur les actes récognitifs et sur les copies.

bante. C'est ainsi que, supposant un acte récognitif rédigé devant notaires, Dumoulin dit positivement : « Simplex titulus novus non est dispositorius, sed de- « claratorius seu probatorius..... nec aliquid de novo « inducit circa substantiam obligationis, sed bene circa « quædam extrinseca et accidentalia, videlicet circa « probationem et vim executivam ; et sic hujus modi « titulus duo tantum operatur : primo confessionem et « probationem recognoscentis, secundo vim guarrenti- « giam. » (*Comment. sur la cout. de Paris*, tit. I, § 18, n° 19.) Il n'en reproduit pas moins, relativement aux concessions féodales (*ibid.* § 8, n° 87), la distinction entre la confirmation simple et la confirmation *in forma speciali*. Mais jusqu'à quel point ce jurisconsulte, dont la netteté est loin d'égaler la profondeur, a-t-il généralisé cette doctrine ? C'est ce qu'il est assez difficile de décider ; car, d'une part, on trouve dans son *Commentaire sur la coutume de Paris*, et dans son traité *Contractuum et usurarum* (n° 210), de nombreux passages, où il attribue à la reconnaissance la forme de l'aveu, sans faire aucunes réserves ; d'une autre part, il renvoie, dans ce même traité (même n° 210), à la doctrine précédemment exposée sur la coutume de Paris. Ce qui est indubitable, c'est que la théorie de Dumoulin, en la supposant applicable à tout acte récognitif, n'a point la rigueur que lui a prêtée Pothier (*Oblig.* n^os^ 777 et suiv.), en s'attachant trop exclusivement à un passage où l'illustre jurisconsulte suppose reproduite la teneur de l'acte primordial : *Enarrato toto tenore confirmati* (*Comment. sur la cout. de Paris*, tit. II, § 8, n° 89). Dumoulin n'a point réellement fait de cette reproduction la condition *sine qua non* de la validité de la reconnaissance. Suivant lui, la reconnaissance doit seulement contenir la substance de l'acte primitif : « Contineat et specificet « saltem substantialia actus (*ibid.* n° 92);... si renovatio « esset indeterminata, nihil operaretur (*ibid.* n° 93). » Enfin Dumoulin nous donne lui-même un exemple d'une

confirmation *in forma speciali*, en ces termes : « Sicut præ- « decessor noster.... prædecessori tuo concessit talem « rem in fundum, ita et nos concedimus (*ibid.* n° 92). » Il y a loin de là à une reproduction littérale de la première concession. Il faut seulement que la reconnaissance soit *certa et specifica* (*ibid.* n° 93) : ce qui rentre dans les principes généraux que nous avons établis en matière d'aveu (n° 291).

On voit que Pothier, en croyant reproduire les opinions de Dumoulin, les a par le fait singulièrement altérées. Avant d'être consacrée par l'article 1337 du Code civil, l'opinion de Pothier avait-elle déjà prévalu dans l'ancienne jurisprudence? La cour de Paris a rendu sur ce point deux arrêts en sens inverse (voy. pour l'affirmative, arr. du 30 janvier 1828, et pour la négative, arr. du 14 août 1828). Si nous consultons les anciens auteurs, nous voyons qu'ils sont loin de reproduire la doctrine attribuée à Dumoulin. « C'est la plus commune opinion des interprètes, » dit Henrys (liv. III, ch. II, quest. 1re) « qu'une seule reconnaissance suffit, si elle est assistée de quelques adminicules ou si elle a été suivie de la possession. » (voy. aussi Rousseaud de Lacombe, *Jurisprudence civile*, v° *Reconnaissance.*)

Quoi qu'il en soit, l'article 1337 du Code civil est ainsi conçu :

« Les actes récognitifs ne dispensent pas de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

« Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. »

687. La seconde de ces propositions est exacte. Un acte récognitif n'a pas pour but de créer une obligation mais de constater celle qui peut exister, sauf le cas où serait manifestée l'intention de faire une novation. C'est ainsi que la cour de cassation a jugé, le 25 octobre 1808, que l'acte récognitif d'une rente féodale est essentiellement vicié de féodalité, comme le titre constitutif. Mais

la reconnaissance devrait raisonnablement faire foi d'une obligation préexistante, tant que le contraire n'apparaisse. Ce n'est là qu'une forme de l'aveu, et pourquoi l'aveu écrit aurait-il moins de force qu'un aveu verbal portant sur l'existence du titre primordial? Vainement dira-t-on, avec un jurisconsulte toujours disposé à prendre la défense des rédacteurs de nos codes (M. Demante, *Programme*, t. III, n° 819), qu'une simple reconnaissance, sans explication des causes qui ont produit la dette, peut avoir été surprise à l'ignorance ou arrachée à la faiblesse, et que peut-être aussi la dette reconnue a été éteinte, sans qu'on ait songé à faire supprimer toutes les reconnaissances. Le premier de ces motifs tendrait uniquement à faire relater la substance de l'obligation constatée par le titre primitif, ainsi que la loi l'exige pour les actes confirmatifs (C. civ. art. 1338), mais nullement à faire reproduire ce titre en entier. Quant à la supposition que l'on aurait négligé de retirer les reconnaissances après la libération du débiteur, elle nous paraît bien gratuite; car, cette libération étant nécessairement plus récente que la constitution de la dette, la perte du titre primordial est beaucoup plus probable que celle du titre constatant la libération. En somme, nous aurions compris qu'on eût exigé certaines conditions pour que l'acte récognitif pût remplacer le titre primordial; et, en ce sens, le système de la confirmation, telle que l'enseigait Dumoulin, pouvait se concevoir. Mais c'est aller trop loin que d'exiger la représentation, ou du moins la reproduction complète du titre primordial. Néanmoins, la loi est positive : le simple acte récognitif, dans le système du Code, n'a plus d'utilité que pour interrompre la prescription (*ibid.* art. 2263).

688. Certains auteurs supposent, afin de rendre cette doctrine un peu moins déraisonnable, que la nécessité de reproduire la teneur de l'acte primitif n'existe qu'à l'égard des tiers. Mais cette distinction est divinatoire,

et repoussée du reste par la disposition finale de l'article, qui dispense *le créancier* de cette reproduction dans un cas exceptionnel. Toullier (t. VIII, n° 334) propose un autre moyen de pallier les fâcheux résultats de cette disposition, sans faire violence au texte. Ce moyen consiste à entendre la *teneur* de l'acte primordial, non du texte littéral, dont la reproduction ne présente aucun intérêt sérieux, mais seulement de la substance de cet acte, c'est-à-dire des conditions constitutives de la convention, clairement et distinctement articulées. Le sens du mot teneur n'est pas assez précis pour ne pouvoir se prêter à cette interprétation favorable, qui ne fait que reproduire, après tout, la véritable doctrine de Dumoulin. La cour de cassation (rej. 14 juin 1833) est entrée dans cette voie, en considérant comme un titre récognitif suffisant l'arrêté d'un conseil de préfecture, qui rappelait la disposition d'un ancien titre portant concession de droits sur une forêt domaniale, mais sans en renfermer la copie textuelle. Enfin les tribunaux peuvent toujours décider en fait, ainsi que l'a fait la cour de Pau par un arrêt du 14 août 1828, maintenu en cassation le 29 janvier 1829, que l'acte intitulé récognitif avait moins pour but de reconnaître que de remplacer le premier titre, dont la représentation ne saurait dès lors être exigée.

689. Le Code civil, après avoir emprunté à Pothier la règle, lui emprunte une exception, puisée également dans l'ancienne doctrine sur les confirmations des investitures.

« Néanmoins, ajoute l'article 1337, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. »

D'après cette disposition, le créancier pourrait être seulement dispensé de représenter le titre primordial, et il fallait effectivement, suivant Pothier (*Oblig.* n° 778), que les circonstances fussent favorables, et notamment

que le titre primordial fût très-ancien. Mais aujourd'hui, on n'hésitera jamais à se prononcer en faveur du créancier qui a en sa faveur plusieurs reconnaissances soutenues d'une longue possession, puisqu'il est évident que c'est déjà beaucoup trop que de restreindre à cette hypothèse la foi du titre récognitif.

690. Enfin le texte du Code civil ne refuse toute validité qu'à ce que le titre nouvel contient *de plus* ou à ce qui s'y trouve de *différent*. Pothier ajoute, en effet (n° 780), après avoir énoncé la même proposition, qu'il peut en être autrement, s'il y a *moins* dans la reconnaissance que dans le premier titre : « S'il y a, dit-il, plusieurs reconnaissances conformes et qui remontent à trente ans, le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra pas prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus. »

Nul doute que la prescription ne puisse s'acquérir effectivement par trente ans, à dater de la déclaration qui a restreint l'importance de la dette, déclaration que la faveur de la libération doit faire réputer sérieuse. Mais on a fait observer avec raison que c'est arbitrairement que Pothier exige cette fois *plusieurs reconnaissances conformes*. Le laps de trente ans suffit pour opérer la prescription, lors même qu'il n'y aurait qu'une seule reconnaissance, disons mieux, lors même qu'il n'y en aurait aucune, si le débiteur justifiait, par la reproduction des quittances, qu'il a payé pendant trente ans une somme inférieure à celle qui avait été stipulée dans l'origine. En sens inverse, si la déclaration qui diminue la dette avait pour but de remplacer le premier titre (n° 688), elle produirait effet en faveur du débiteur, indépendamment de la prescription. On ne peut rétorquer contre lui les garanties exorbitantes qui ont été introduites en sa faveur.

691. Le Code sarde, éclairé par les critiques dont notre Code civil a été l'objet sur ce point, est revenu au seul système que la raison avoue : « L'acte récogni-

tif, » dit l'article 1450 de ce Code, « fait preuve contre le débiteur, ses héritiers et ayants droit, à moins que ceux-ci, par la représentation du titre primordial, ne prouvent qu'il y a eu dans l'acte récognitif erreur ou augmentation de la dette primitive. »

692. La règle subtile posée par l'article 1337 du Code civil répugne à l'interprétation large et équitable que requiert la simplicité des opérations commerciales. Elle est en harmonie d'ailleurs avec un système de législation fondé presque exclusivement sur la preuve écrite. Là où la preuve testimoniale est admise indéfiniment, une pareille règle ne saurait recevoir son application : d'où la conséquence, consacrée par un arrêt de rejet du 27 décembre 1835, qu'en matière de commerce, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a eu reconnaissance valable d'une dette antérieure.

693. D'autre part le désir de restreindre la portée d'une disposition vraiment exorbitante a fait imaginer une distinction, plus spécieuse que solide, entre la reconnaissance d'une dette et celle d'un droit réel. L'article 695 du Code civil disant simplement que le titre constitutif d'une servitude peut être remplacé par un titre récognitif de la servitude, émané du propriétaire du fonds asservi, suivant une opinion accréditée dans la doctrine et même dans la jurisprudence de la cour de cassation (arr. du 16 novembre 1829 et du 2 mars 1836), il n'y aurait point lieu d'exiger pour le titre récognitif d'une servitude les conditions spéciales de l'article 1337. Cette opinion nous semble réfutée par cette considération bien simple que les règles du Code civil sur la preuve, bien que placées en tête des *contrats*, régissent incontestablement la matière des droits réels. Faire un triage entre ces règles pour n'appliquer aux droits réels que celles qui paraîtraient raisonnables, c'est tomber inévitablement dans l'arbitraire. Comment la simple mention d'un *titre récognitif* aurait-elle l'effet de déroger

par avance aux principes établis ultérieurement sur ce qui constitue un titre récognitif valable? En admettant cette dérogation pour les servitudes, on ne saurait, sans faire la loi, étendre cette dérogation aux autres droits réels, et d'autre part, se refuser à cette extension, c'est tomber dans une véritable contradiction de principes. Ajoutons enfin que, la confirmation *in forma speciali* ayant été précisément imaginée pour les concessions de droits réels (n° 686), il est assez singulier de vouloir, au contraire, borner aux créances l'application de cette règle spéciale.

§ 2. *Copies.*

694. La nécessité de mettre à la disposition de chacune des parties un titre qui lui permette de faire valoir ses droits, en laissant l'original entre les mains de l'officier public, ainsi que l'avantage de multiplier les moyens de preuve, afin de ne pas mettre à la merci d'un accident les intérêts les plus importants, ont fait introduire depuis longtemps dans notre droit des règles spéciales sur les copies des actes authentiques. Quant aux écrits privés, l'original seul peut faire foi, et les copies qui en seraient délivrées, même par des notaires, n'auraient aucune autorité. Personne n'a qualité officielle pour transcrire ces écrits. D'un autre côté, la reproduction d'un acte authentique par un simple particulier n'aurait aucune foi. Nous n'avons donc à nous occuper que des copies d'actes authentiques délivrées par des officiers publics, tels que les notaires et les greffiers.

695. Le législateur applique d'abord à la preuve littérale cette vérité de raison et d'expérience, que le témoignage direct doit toujours être préféré au témoignage indirect.

« Les copies, » dit l'article 1334, « lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. »

Dès que la partie à qui l'expédition, même la plus régulière, est opposée, demande, afin que la conformité

soit vérifiée, l'apport de l'original, les juges ne peuvent se dispenser de l'ordonner; la crainte de retarder la marche de la justice ne saurait autoriser le refus de vérification : c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 15 juillet 1829. Mais l'acte est légalement perdu, par cela seul que le titre original ne se retrouve pas au lieu où il a dû être déposé. Celui qui produit l'expédition, n'est pas tenu de rapporter la preuve de l'événement qui a causé la perte de l'original (rej. 10 novembre 1830).

696. Les extraits des registres de l'état civil ont plus d'autorité. La foi qui leur est attribuée, lorsqu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (C. civ. art. 45), s'entend généralement en ce sens, non qu'il faille justifier de leur conformité avec les registres, ce qui obligerait au déplacement perpétuel de ces précieux documents; mais en ce sens que, lorsqu'on déclare qu'ils sont *délivrés conformes*, suivant la formule usitée, la conformité doit se présumer. La partie adverse peut prétendre que cette conformité n'existe pas, mais c'est à elle à en faire la preuve en représentant un nouvel extrait, ce qui donnera lieu à ordonner l'apport des registres, s'il y a désaccord entre les divers extraits présentés. L'opinion contraire, professée par certains auteurs, aurait des inconvénients sensibles dans la pratique, où les actes de l'état civil sont d'une application si usuelle.

697. Le législateur applique ensuite aux copies cet autre principe, que la preuve s'affaiblit à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. Il établit en conséquence, quant à la foi des copies, au cas de perte de l'original, une progression décroissante, dont le premier terme est la grosse ou la première expédition, qui est à peu près contemporaine de la minute, et le dernier terme la simple copie de copie.

698. « Les grosses, ou premières expéditions, » dit l'article 1335, « font la même foi que l'original. »

Nous savons déjà que la grosse est la première expé-

dition délivrée en forme exécutoire; mais les premières expéditions où cette formule ne se trouve pas, lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'est pas destiné à être exécuté, comme celui qui constate la reconnaissance d'une servitude au profit d'un voisin, sont mises par la loi sur la même ligne que les grosses, et ont effectivement la même force probante (rej. 17 messidor an x). L'importance de ces copies, qui doivent servir de titres aux contractants, et le peu de temps qui sépare habituellement la confection de la minute de la délivrance de la grosse, garantissent suffisamment l'exactitude de la reproduction du titre original. L'officier public ne peut délivrer qu'une seule grosse à chacune des parties (loi du 25 ventôse an xi, art. 26), à peine de destitution. Le motif de cette prescription, qui est fort ancienne, se comprend facilement. La délivrance d'une seconde grosse au créancier, sans l'intervention du débiteur, pourrait lui permettre de faire revivre une créance éteinte. Cela a été établi, dit fort bien Dumoulin (*ibid*, § 46) : « Propter « præjudicium quod posset fieri alteri parti : quæ forte « satisfecit, prout apparere posset per cancellationem « vel apocham scriptam in dorso prioris instrumenti. » Quant aux expéditions non exécutoires, il est permis, sans doute, d'en délivrer plusieurs, mais la première seule fait pleine foi, en cas de perte de l'original.

699. « Il en est de même, » ajoute l'article 1335, 1°, « des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque. »

Dumoulin, dont la doctrine sur les copies a été reproduite par Pothier, dit qu'il faut restreindre aux parties et à leurs successeurs la foi de l'expédition ainsi tirée de leur consentement, ou elles dûment appelées, et qu'il en est autrement à l'égard des tiers. « Hanc conclusionem limito, » dit-il (*Comment. sur la cout. de Paris*, tit. 1, § 8, n° 37), « ut procedat contra

« eum, cum quo vel quo vocato solemniter facta est « exemplatio, contra quem plene probat, sicut origi- « nale, et retro trahitur ad datam originalis. Secus « contra alium, quia non faceret fidem. » Quels sont les tiers dont il s'agit? S'il s'agit d'un coobligé, d'une caution, d'un codébiteur solitaire, etc., il est clair qu'on ne saurait le forcer à reconnaître pour conforme à l'original une copie dont il n'aurait pas été appelé à contrôler la confection. En cela, la doctrine de Dumoulin est d'une justesse incontestable. Sous ce rapport, les copies dont nous parlons ont moins de force que les grosses ou premières expéditions, que le créancier peut employer contre tous les coobligés, bien qu'il les ait tirées sans se faire donner aucune autorisation. Mais il est plus difficile d'admettre avec ce jurisconsulte qu'il soit impossible d'invoquer contre les tiers les copies dont nous nous occupons, non pour les obliger personnellement, mais pour les forcer à reconnaître l'existence de l'acte reproduit dans la copie, s'il s'agit, par exemple, de leur opposer la prescription de dix ou vingt ans. Suivant Dumoulin, la prescription ne courrait que de la date de l'expédition, et non de la date du titre original. Et cependant la date de cet original n'est-elle pas un fait dont le notaire a pu se convaincre *propriis sensibus visus et auditus*, comme le dit ce même auteur? N'est-ce pas dès lors un scrupule exagéré que de ne pas admettre la date de l'original, lorsque la copie qui la relate offre toutes les garanties désirables? Les parties qu'on doit appeler à cette confection, sont les cointéressés dont les droits sont directement en jeu, mais non les tiers inconnus, sur les intérêts desquels l'acte ne peut réagir que par contre-coup.

700. « Les copies (*ibid.* 2°) qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le

notaire qui l'a reçu, ou par un de ses successeurs, ou par officiers publics qui en cette qualité sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

« Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans. Quand elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. »

Deux circonstances empêchent ces copies de pouvoir ordinairement faire foi complète. Elles ne sont pas tirées à une époque rapprochée du contrat, et elles ne sont pas délivrées du consentement de la partie adverse ou par autorité de justice. Aussi l'exactitude en est-elle moins assurée, et la collusion y est-elle plus à craindre. Toutefois ce dernier danger était le plus grave, car la chance d'erreur est peu considérable au fond, lorsque la copie est collationnée sur la minute par un officier dans les fonctions duquel rentre spécialement la délivrance de pareilles expéditions. Nous ne pouvons donc admettre le motif donné par Dumoulin (*ibid.* n° 65) et souvent répété : « Tempore exemplationis non fit in« strumentum originale, nec geritur actus in eo con« tentus, nec possunt tabelliones esse rogati de veritate « facti in eo contenti, nec illius habere notitiam pro« priis sensibus, et hoc est impossibile, quum actus « transierit, et sic non est possibile exemplum esse in« strumentum authenticum de veritate facti vel actus « in originali contenti. » Ces motifs prouvent trop; car, si le notaire était sans qualité pour attester la conformité de la copie avec l'original, le consentement des parties ou l'autorité du juge ne pourrait lui attribuer un pouvoir, qui ne lui appartiendrait pas d'après la nature des choses. Mais c'est là une pure subtilité. Le notaire qui collationne la copie et l'original, atteste des faits dont il a connaissance *propriis sensibus,* et sur lesquels sa profession lui donne des lumières spéciales. Le motif principal se trouve dans la possibilité d'une

collusion, quand l'autre partie n'a pas été appelée, et c'est pour cela que, l'ancienneté rendant cet accord frauduleux peu vraisemblable, les copies, au bout de trente ans, font foi complète, quand elles ont été délivrées par le dépositaire légal de la minute. Si, au contraire, c'était la présomption d'inexactitude qui dominait, il serait déraisonnable de transformer au bout de trente ans l'erreur en vérité. « Non potest antiqui-« tas, dit Dumoulin lui-même (*ibid.* n° 76), de novo « inducere in totum probationem quæ nulla est, sed eam « demum, quæ aliqua est, adjuvare. »

Quand l'acte a moins de trente ans, le législateur le considère comme un commencement de preuve par écrit; car, si la fraude est possible, elle est loin d'être certaine, et la preuve testimoniale peut permettre d'arriver à la vérité. C'est là une des exceptions faites, dans cette matière, au principe que le commencement de preuve doit émaner de la partie adverse. La présomption de l'exactitude d'une copie délivrée par un officier public, bien qu'en l'absence de la partie adverse, égale bien la force des indices que peut présenter une simple note émanée de cette partie. Au surplus, les présomptions seront admissibles, par cela seul que la preuve par témoins est recevable, et ce sera à ces présomptions qu'on aura recours pour la preuve, lorsque l'acte, bien qu'ayant moins de trente ans, sera assez ancien pour que l'enquête ne puisse présenter aucune utilité sérieuse.

701. « Lorsque les copies (*ibid.* 3°) tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. »

On conçoit qu'un officier public qui n'est pas dépositaire légal de la minute, n'ait pas qualité pour délivrer une copie qui puisse faire foi, au cas de perte de

l'original; et en effet, lorsqu'il collationne l'expédition, il peut fort bien attester la conformité qui existe entre les deux écrits, mais rien ne lui assure que la prétendue minute qu'on lui présente, est un véritable original, et sans aucun dol de sa part, il peut facilement devenir l'instrument d'une fraude. On a donc décidé avec sagesse qu'un document de cette nature ne peut jamais servir tout au plus que de commencement de preuve par écrit. «Non audeo simpliciter dicere,» dit Dumoulin (*ibid.* n° 75), « quod nullam presumptionem, nullum « indicium faciat. »

Cette décision recevait de fréquentes applications au XVI^e^ siècle, alors que la conservation des actes n'était pas garantie, comme aujourd'hui, par la défense imposée aux notaires de se dessaisir des minutes sous aucun prétexte (loi de vent. art. 22). A cette époque, les actes les plus importants étaient souvent délivrés en brevet, et les parties s'adressaient ensuite à un notaire quelconque, pour s'en faire délivrer une expédition. Aujourd'hui que les minutes demeurent chez le notaire, il n'arrivera que dans des cas exceptionnels, par suite de la violation de la loi ou de quelque accident, qu'une expédition soit délivrée par autre que par le notaire dépositaire de la minute ou par son successeur; puisque dans les cas où le greffier se trouve momentanément investi du pouvoir de délivrer copie d'actes déposés au greffe, il en est le dépositaire légal, et que ses expéditions ont alors autant d'autorité que celles d'un notaire.

702. Enfin « les copies de copies (*ibid.* 4°) pourront, suivant les circonstances, être considérées comme de simples renseignements. »

Dumoulin (*ibid.* n° 33) compare les copies de copies au témoignage du second degré : « Exemplum exemplum nullo modo probat, sicut nec testimonium de « auditu auditus, vel de auditu alieno. » Aujourd'hui que l'audition des témoins n'est plus soumise à des règles préconçues, nous avons vu que le témoignage du

second, du troisième degré, etc., doit être accueilli avec défiance, mais ne peut être repoussé *de plano*. La foi des écrits étant, au contraire, soumise à des règles fixes, le Code, toujours fidèle à la doctrine de Dumoulin, ne voit pas même un commencement de preuve dans la copie de copie, que nous supposons cependant toujours tirée par un officier public. Peu importe même, ajoute Dumoulin, que l'expédition dont on tire une nouvelle copie, offre toutes les garanties désirables : « Etiam si esset sumptum de exemplo solemnissime « exemplato cum vero, et publico, et indubitato origi- « nali, et judice authore, etiam partibus præsentibus « et expresse consentientibus. » Il y a de l'exagération dans cette règle absolue. Si la copie de copie est tirée par l'officier dépositaire de la minute, à une époque voisine de la confection de cette minute, perdue par accident, sur une grosse dont la foi se confond avec celle de la minute, on eût pu autoriser le juge à voir, suivant les circonstances, dans cette copie du second degré un commencement de preuve par écrit. Mais ce que l'on peut difficilement nier aujourd'hui, c'est que le consentement des parties ne puisse élever à un degré supérieur d'autorité la copie de copie. La cour de cassation a décidé avec raison (rej. 17 décembre 1838) que des copies de copies peuvent faire foi, lorsqu'elles ont été reçues dans le procès sans contradiction. Pourquoi n'en serait-il pas de même de celles qui sont tirées du consentement réciproque des parties?

Mais que veut dire la loi, lorsqu'elle dit que ces copies pourront servir de *simples renseignements*? Les actes les plus informes ne seraient-ils pas des renseignements, en ce sens que le juge pourrait les consulter, afin de se mettre sur la trace de preuves plus sérieuses? Le principal effet que Dumoulin (*ibid.* n° 35) attribue aux copies de copies, c'est de permettre à celui qui les invoque de faire les fruits siens : avantage qui ne saurait résulter d'un document informe, comme une

copie qui serait l'œuvre d'un simple particulier. Rien n'empêche d'admettre aujourd'hui cette solution. On a proposé également d'autoriser le juge à se baser sur des renseigements de cette nature pour déférer le serment supplétif. Il n'est pas sans exemple, après tout, qu'un écrit permette de déférer le serment sans autoriser pour cela l'administration de la preuve testimoniale, puisque nous avons reconnu (n° 684) que tel est le système de la loi quant à la foi des registres de marchands vis-à-vis des particuliers. Cette faculté d'accorder ainsi une certaine valeur judiciaire aux copies de copies, tempère ce qu'a trop d'absolu la proposition générale du législateur.

Il ne faut pas confondre, du reste, avec les copies de copies, les expéditions prises sur les *copies figurées* que le notaire est autorisé à tirer, lorsque la minute se trouve retenue au greffe par suite d'une procédure (loi de vent. art. 22). Ces copies figurées sont placées au rang des minutes, et dès lors les expéditions qui en sont délivrées, sont des copies du premier degré.

703. Toutes les copies dont nous avons parlé, sauf les grosses ou premières expéditions, dont la délivrance se rattache au ministère du notaire, dans la rédaction de la minute, doivent être tirées par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins. Autrement, il faut dire avec Dumoulin et Pothier (*Oblig.* n° 775) qu'elles sont complétement informes : « Persona pu-« blica, agens contra officium personæ publicæ, non « est digna spectari ut persona publica. »

704. Le Code de procédure (art. 839 et suiv.) a déterminé la marche qu'il faut suivre pour obtenir l'expédition d'un acte, lorsqu'elle est refusée par l'officier dépositaire de la minute. Cette procédure, connue sous le nom de *compulsoire*, n'offre dans ses détails aucune particularité intéressante, sur laquelle nous devions nous arrêter.

705. Indépendamment des expéditions que peuvent

délivrer les notaires ou greffiers des actes dont ils sont dépositaires, ces actes sont souvent transcrits au bureau du conservateur des hypothèques : opération qui, sans être requise dans notre droit pour la translation de propriété à l'égard des tiers, offre encore d'assez nombreuses utilités pour être d'un usage presque universel. Le conservateur des hypothèques ne fait en réalité qu'une copie de copie, puisqu'on ne lui représente pas la minute, mais une expédition, et à s'en tenir à la rigueur des principes posés, la transcription ne pourrait servir que de simple renseignement. Mais cette reproduction, qui est faite ordinairement sur la grosse, à une époque très-rapprochée de la confection de l'acte, par un officier chargé spécialement de cette fonction, a paru pouvoir mériter plus de confiance que les autres copies de copies. La loi permet d'y voir un commencement de preuve par écrit (art. 1336), à condition :

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

« 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. »

Ces deux conditions, en l'absence desquelles on peut douter qu'il ait jamais existé un original, étaient déjà exigées par Pothier, quant à la foi que pouvait mériter de son temps le registre des insinuations. Le Code civil ajoute une troisième précaution, qui n'est pas moins raisonnable.

« Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. »

706. Ce qui est dit de la transcription peut-il s'appliquer à l'enregistrement, lorsque toutes les circon-

stances que nous venons d'indiquer se trouvent réunies? Plusieurs auteurs le pensent, en se fondant sur ce qu'en fait, l'existence de l'écrit est assez vraisemblable pour qu'on puisse décider qu'il y a commencement de preuve. Un arrêt de rejet du 16 février 1837 s'est prononcé en ce sens. On doit l'avouer, il est peu vraisemblable en soi, lorsque le répertoire du notaire s'accorde avec les registres de l'administration, qu'une double fraude ait été pratiquée. Il serait donc peut-être à désirer que telle fût la décision de la loi. Mais il ne faut pas perdre de vue le principe que le commencement de preuve doit émaner de celui contre qui la demande est formée. La loi fait exception à ce principe en ce qui concerne la transcription; mais il n'y a pas même raison pour l'enregistrement, beaucoup moins sûr, puisqu'il ne présente qu'un extrait de l'acte, au lieu d'en reproduire littéralement la teneur. Il nous semble dès lors qu'on ne peut voir un commencement de preuve dans l'enregistrement, sans contrevenir aux règles sévères, mais positives, qui restreignent chez nous l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions.

TROISIÈME PARTIE.

PRÉSOMPTIONS.

707. Nous avons épuisé ce qui concerne les *preuves* proprement dites, c'est-à-dire celles qui reposent sur le témoignage de l'homme. Nous arrivons aux présomptions, c'est-à-dire aux preuves qui se fondent simplement sur le rapport qui peut exister entre certains faits constatés dans l'instruction, et d'autres faits qu'il s'agit d'établir : preuves que Bentham appelle *circonstancielles*. Ici l'intelligence du juge est seule en jeu; c'est elle qui, sans le secours d'aucun témoignage, *tire la conséquence du fait connu au fait inconnu* (C. civ. art. 1349). L'induction est toujours au fond le procédé employé, nous l'avons reconnu (n° 28), dans les preuves proprement dites, aussi bien que dans les présomptions. Mais nous avons remarqué que, le témoignage ayant précisément pour but d'établir les faits litigieux, l'induction qui conduit du témoignage à la vérité de ces faits, est si rapide qu'elle passe inaperçue. C'est le témoignage lui-même qu'il faut examiner avec soin, pour s'assurer qu'il n'a rien de suspect; mais, une fois le témoignage admis, l'opération intellectuelle qui conduit du témoignage au fait est en quelque sorte instantanée. Il n'en est pas de même dans les présomptions. Alors non-seulement l'existence du fait, sur lequel repose l'induction, doit être au préalable clairement établie; mais cette induction elle-même ne

repose que sur une probabilité, dont la force peut varier à l'infini. Le lien qui rattache le fait connu au fait inconnu, est purement conjectural. Il importe de vérifier avec soin la justesse, souvent plus solide qu'apparente, du raisonnement qui conduit de l'un à l'autre. Aussi la preuve qui se fonde sur des présomptions a-t-elle été souvent nommée *artificielle*, non qu'elle soit purement arbitraire, mais parce qu'elle est toujours plus ou moins l'œuvre de la raison de l'homme.

708. Nous ne considérons pas toutefois comme présomptions les inductions qui sont fondées sur des lois constantes de la nature. Ainsi, une femme qui serait devenue enceinte en l'absence de son mari, ne serait pas reçue à soutenir, pour se défendre de l'accusation d'adultère, que sa grossesse a été spontanée; les faits miraculeux ne sauraient être admis dans la pratique judiciaire. Des inductions aussi concluantes ont plus de force que le témoignage même, et se confondent dans l'usage avec l'évidence immédiate. La présomption suppose qu'il y a doute, que la relation de certains effets à certaines causes n'est pas certaine, mais plus ou moins probable. C'est ainsi que Quintilien distingue (*Instit. orat.* liv. V, ch. IX) ce qu'il appelle *signa* en deux classes : « Alia sunt quæ necessaria « sunt, quæ Græci vocant τεκμήρια, alia non necessaria, « quæ σημεῖα. Priora illa sunt quæ aliter habere se non « possunt, quæ mihi vix pertinere ad præcepta artis « videntur. Nam ubi est signum insolubile, ibi ne lis « quidem est... Alia sunt signa non necessaria, quæ, « etiamsi ad tollendam dubitationem sola non suffi- « ciunt, tamen adjuncta cæteris plurimum valent. »

Les inductions de cette dernière espèce, désignées habituellement sous le nom d'*indices*, que leur donnait déjà Quintilien, sont les seules dont nous ayons à nous occuper. Cette distinction est importante en Angleterre; car, dans ce pays, c'est à la magistrature, et non

pas au jury [1], qu'il appartient de statuer sur les présomptions qui se confondent avec l'évidence (Blaxland, *Cod. rer. ang.* page 500).

709. Les présomptions méritent-elles plus de foi que les témoignages directs? On peut être tenté de leur donner la préférence, si on se préoccupe du danger de la corruption des témoins, de l'altération des écrits. Mais, si le témoignage muet qu'on puise dans les indices, ne peut être suspect de mensonge comme le témoignage de l'homme, il peut cependant quelquefois être l'œuvre du dol, si l'on suppose qu'une perfide combinaison a préparé à l'avance certains signes, pour faire croire à l'existence d'un délit supposé. Bien plus, lors même que les indices sur lesquels se fonde la présomption, sont à l'abri de tout soupçon de fausseté, le rapport qui peut exister entre ces indices et la réalité du fait litigieux est souvent très-équivoque; tandis que, la sincérité du témoignage une fois établie, la vérité du fait attesté en ressort avec évidence. Du reste, il est difficile de poser sur ce point des règles générales, la foi des présomptions variant à l'infini suivant les circonstances, et leur réunion leur donnant souvent une force, dont elles seraient complétement dépourvues, si elles étaient isolées.

710. La question de savoir jusqu'à quel point tel élément connu rend vraisemblable l'existence de telle ou telle cause inconnue, subordonnée par sa nature aux lumières de la raison, dépend en général uniquement de l'appréciation du juge. Mais, dans les cas les plus importants, la loi, voulant assurer la stabilité de certaines positions, et couper court à certaines controverses, a établi des présomptions auxquelles le juge est obligé de se conformer. Il y a donc des présomptions légales, comme des preuves légales. Ce n'est pas qu'il résulte des présomptions établies par la loi une certi-

[1] Au civil comme au criminel, puisque le jury existe en Angleterre dans toutes les juridictions.

tude complète des faits que le juge est obligé d'en conclure; ainsi, la circonstance qu'un enfant est conçu pendant le mariage n'est pas une preuve absolue de la paternité du mari. Mais, dans le cours ordinaire des choses, le mariage avec la mère de l'enfant rend la paternité assez vraisemblable pour qu'on ait pu, dans un intérêt de sécurité sociale, établir entre ces deux événements le rapport de cause à effet, sauf le désaveu dans certains cas déterminés.

741. Avant de parler des présomptions auxquelles la loi attache une force toute particulière, occupons-nous des présomptions simples, c'est-à-dire de celles qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

742. Il faut observer que nous n'aurons pas à développer ici les règles d'une procédure spéciale. Les présomptions n'exigent ni l'audition de témoins, ni la vérification d'écrits: elles donnent simplement lieu d'ordinaire à une discussion dans les requêtes ou dans les plaidoiries. La seule instruction à laquelle puisse quelquefois donner lieu la recherche des indices, c'est l'expertise, dont nous avons traité à la fin de la première partie de cet ouvrage.

LIVRE PREMIER.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES.

713. Dans les législations qui abandonnent en toute matière les preuves à l'appréciation du juge, c'est à lui à peser la valeur des indices, comme celle des témoignages, et aucune règle ne vient restreindre *a priori* la force des présomptions. C'est ce qui avait lieu à Rome : « indicia certa », disait Dioclétien (l. 19, Cod. *de rei vind.*), « non minorem probationis quam instrumenta continent fidem. » Mais dans notre droit, qui soumet à des preuves préconstituées les conventions des parties, il fallait, à peine d'inconséquence, exclure les présomptions, là où on excluait la preuve par témoins, afin de mettre les contractants dans la nécessité de rédiger un écrit. De là le peu d'autorité des présomptions en matière civile, où la plupart des procès se rattachent à des conventions. En matière criminelle, au contraire, où il s'agit presque toujours de simples faits, elles ont une extrême importance, puisqu'elles peuvent souvent motiver une condamnation capitale. Ici, comme pour la preuve testimoniale, il faut s'attacher à la nature des questions, et non pas au caractère de la juridiction saisie ; les présomptions seront admissibles au civil, lorsqu'il ne s'agira pas de dispositions qui doivent être constatées par écrit, lorsqu'on demandera, par exemple, la réparation civile d'un délit; elles seront, au contraire, repoussées au criminel, lorsqu'il s'agira d'établir préalablement l'existence d'une convention qui devait être constatée par écrit, d'un dépôt, par exemple, dont on alléguerait la violation.

SECTION PREMIÈRE.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CIVILE.

744. L'admissibilité, en matière civile, des preuves circonstancielles n'était pas régie par des principes bien certains dans l'ancienne jurisprudence. Bien que l'esprit de l'ordonnance de Moulins, qui voulait des preuves stables et fixes, dût porter à exclure les présomptions dans tous les cas où l'on excluait l'enquête, le texte de l'ordonnance ne les repoussant pas, on s'en tenait aux règles posées par les jurisconsultes romains, et par conséquent on laissait au juge un pouvoir illimité pour se décider suivant les circonstances. Danty (add. sur le chap. VII de Boiceau, § 62 et suiv.) admet bien la doctrine qui met l'autorité des présomptions sur la même ligne que celle de la preuve testimoniale; mais il n'en tire pas la conséquence que la même exclusion doive s'appliquer en ce qui touche l'une et l'autre preuve. Pothier s'exprime d'une manière extrêmement vague : il mentionne certaines présomptions simples, comme celle qu'établit, en faveur d'un huissier ou d'un procureur, la possession des titres de la partie, qu'il prétend lui avoir donné pouvoir d'agir en son nom. Puis il ajoute (*Oblig.* n° 849) : « Les autres présomptions que nous appelons *simples* ne forment pas seules et par elles-mêmes une preuve; elles servent seulement à confirmer et à compléter la preuve qui résulte d'ailleurs. » Mais quelles étaient les présomptions non établies par une loi, qui pouvaient faire preuve? Quelles étaient, au contraire, celles qui n'avaient qu'une force subsidiaire? Il est évident que tout cela dépendait de l'appréciation arbitraire du juge. Aussi voyons-nous quelquefois l'ancienne jurisprudence s'attacher à des indices très-faibles dans des causes d'un grand intérêt. Ce fut ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris adjugea à la ville d'Auxerre une maison que l'é-

vêque avait commencé à bâtir, et dont un très-petit nombre de présomptions annonçaient qu'il avait eu le dessein de faire un collége, bien qu'il n'eût ni fait, ni même médité aucun acte de donation ou de fondation. La cour de cassation a décidé en conséquence, par un arrêt de rejet du 22 mars 1810, que le Code civil a innové en disant dans l'article 1353 :

715. « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées à la lumière et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

Ces dernières expressions : *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*, sont une véritable redondance; car il n'est pas douteux que la preuve testimoniale ne soit admissible pour établir la fraude ou le dol, qui sont de simples faits, dont on n'a jamais exigé qu'il fût représenté une preuve écrite. Il suffisait de mettre, en général, l'admissibilité des présomptions sur la même ligne que celle de l'enquête (voy. les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat)

Puisque les présomptions sont mises sur la même ligne que la preuve testimoniale, elles sont toujours admissibles en matière commerciale, où cette preuve est recevable par cela seul que le tribunal croit devoir l'admettre (C. de comm. art. 109). D'où cette double conséquence qu'on peut établir par de simples présomptions l'existence d'un engagement commercial, quelle qu'en soit l'importance (rej. 31 mai 1836); et que, suivant la doctrine qui autorise en matière de commerce l'administration de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes (n° 109), on peut également se fonder sur des présomptions pour prouver contre les énonciations contenues dans un écrit com-

mercial, notamment dans une lettre de change (rej. 28 mars 1821).

716. Quels caractères doivent avoir les preuves circonstancielles pour faire foi en justice? Danty (*loc. cit.*), appliquant aux présomptions les règles que l'on suit pour apprécier les dépositions des témoins, veut qu'elles soient graves et précises; puis il ajoute, par application de la règle *testis unus, testis nullus*, qu'une seule présomption ne suffit pas, que plusieurs doivent concourir pour établir la réalité des faits allégués. Pothier exige aussi, en principe, le concours de plusieurs présomptions. Le Code civil, qui veut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*, semble un écho de cette doctrine. Mais, si on pouvait concevoir jadis qu'on exigeât *a priori* une certaine quantité et une certaine qualité d'indices, de même qu'on exigeait tel nombre et telle nature de témoignages pour opérer la conviction; aujourd'hui que l'administration de la preuve testimoniale est affranchie de ces entraves, elles doivent également disparaître en ce qui touche les preuves circonstancielles. Un fait isolé peut donner lieu à des inductions d'une extrême gravité, et il faut l'avouer, la plupart des présomptions légales ne reposent effectivement que sur un fait unique. La gravité, la précision et la concordance sont, à la vérité, de précieuses qualités; mais on doit les rechercher également dans les dépositions des témoins, bien que la loi n'en parle pas, et on ne peut les considérer ici que comme indiquées à la conscience du juge. Aussi la cour de cassation a-t-elle rejeté, le 27 avril 1830, un pourvoi fondé sur ce singulier motif, que les présomptions dans l'espèce n'étaient pas graves, précises et concordantes, comme s'il était possible de voir là une question de droit.

Un système moins heureux encore, dont cette même cour a fait justice (rej. 14 novembre 1806), consistait à soutenir que, dans le cas prévu par un texte fameux

de Papinien (l. 26, ff. *de prob.*), cité par Pothier, et fort en honneur dans l'ancienne jurisprudence, l'induction n'était admissible qu'autant que l'espèce présentait la réunion des diverses circonstances énumérées par la loi romaine. Il est par trop évident que la loi *Procula* n'a chez nous qu'une autorité de doctrine, et que la prétendue violation de cette loi ne saurait donner lieu à un pourvoi en cassation.

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

747. Au criminel, les présomptions, qu'on appelle plus volontiers *indices*, ont une extrême importance. Les délits étant souvent commis sans témoins, il devient nécessaire de s'attacher aux preuves circonstancielles, quelque inférieures qu'elles soient aux preuves directes.

Nous allons parler d'abord de l'admissibilité des indices; puis nous présenterons quelques observations sur leur classification, et sur la manière dont il convient de les discuter.

§ 1er. *Admissibilité des indices.*

748. On a reconnu de tout temps que la preuve par indices présente de graves dangers. « Nec de suspicio-« nibus debere aliquem damnari divus Trajanus re-« scripsit, » nous dit Ulpien (l. 5, ff. *de pœn.*). D'un autre côté, Gratien permet de se servir « indiciis ad « probationem indubitatis et luce clarioribus » (l. ult. Cod. *de probat.*). On sait, du reste, que les jurisconsultes romains n'avaient jamais cherché à fixer la limite qui sépare le doute de la certitude. En matière de présomptions, comme en matière de témoignages, ils n'avaient pas la prétention déraisonnable d'enchaîner la conscience du juge par des règles de droit, comme si la conviction légale reposait sur d'autres bases que la

conviction morale; ils ne voulaient que lui donner de sages conseils. Nous voyons, par les écrits de Cicéron et de Quintilien que les indices jouaient un grand rôle dans les accusations criminelles à Rome. Comme, dans le système des accusations privées, on ne procédait pas à un interrogatoire en forme de l'accusé, on n'avait d'autre ressource, après l'audition des témoins, que la discussion des preuves circonstancielles, discussion qui, par sa nature même, prêtait singulièrement aux effets de l'art oratoire.

719. Dans le système inquisitorial, qui tend à la recherche directe de la vérité, l'examen des indices n'est pas seulement un texte pour les plaidoiries, c'est un moyen d'information qu'il faut combiner avec les dépositions des témoins, et surtout avec l'interrogatoire de l'accusé. Provoquer des explications orales pour éclairer les preuves circonstancielles, au lieu de les discuter purement et simplement *in abstracto*, c'est là évidemment un progrès sensible en législation. Malheureusement, un désir exagéré d'arriver à la découverte de la vérité fit employer la voie la moins propre à atteindre ce but, la contrainte physique. Toutes les fois qu'il n'y avait pas confession de l'accusé, ou attestation de deux témoins irréprochables, les indices, quelque graves qu'ils fussent, ne pouvaient pas donner lieu à une condamnation capitale, mais seulement à l'emploi de la torture : singulier scrupule, qui, pour ne pas condamner trop facilement un coupable, courait risque de faire subir à un innocent un mode d'instruction qui était à lui seul un véritable supplice! La question préparatoire était une sorte d'épreuve légale, qui avait pour effet, si elle était favorable à l'accusé, de purger les indices. « Torturæ tanta vis est, » dit Farinacius (Quest. 40, n° 1^er^) « ut in ea persistens negando « vel non persistens fatendo, quidquid dixerit, puram « veritatem dixisse præsumatur. » « Lorsque l'accusé, » dit Pothier (*Traité de la proc. crim.* sect. v, art. 2, § 3),

« n'a point confessé à la question le crime dont il est accusé, si le jugement qui a ordonné la question ne fait pas réserve de preuves, toutes les preuves et les indices qui étaient au procès contre l'accusé sont purgés par la question; et, s'il n'en survient pas de nouvelles entre la question et le jugement, il doit être absous. » Cette faculté de réserver les indices est tout ce qu'on peut concevoir de plus arbitraire. Aussi plusieurs auteurs voulaient-ils au moins que le *manentibus indiciis* ne pût être prononcé que par les cours souveraines[1]; mais l'ordonnance de 1670 (tit. XIX, art. 2) établit généralement cette faculté pour toutes les juridictions, contre l'avis du président Lamoignon. Lorsque cette réserve n'était pas faite, l'énergie morale de l'accusé, ou même la force de ses nerfs, avait la vertu d'anéantir toutes les charges qui pouvaient peser précédemment sur lui. Si, au contraire, un aveu était extorqué par la torture, cet aveu donnait une fausse sécurité au juge, qui condamnait, sans s'imposer l'obligation de scruter la valeur réelle des indices. Jamais il n'y a eu plus de condamnations injustes que sous l'empire d'une jurisprudence qui défendait de prononcer la peine capitale sur de simples indices. L'histoire si connue de la *Pie voleuse* n'est qu'un exemple malheureusement trop réel de ces déplorables erreurs judiciaires[2].

720. S'il ne peut plus être question aujourd'hui de suppléer, à l'aide de la torture, à l'insuffisance des présomptions qui militent contre l'accusé, une autre erreur qui est loin d'être entièrement déracinée, et que nous avons déjà eu occasion de combattre (n° 48), c'est celle qui consiste à prononcer dans le doute, suivant

[1] La question avec réserve des preuves était une peine qui était considérée comme plus rigoureuse que celle des galères perpétuelles (ord. de 1670, tit. XXV, art. 13). Cette réserve permettait d'appliquer les peines autres que la peine capitale (*ibid.* tit. XIX, art. 12).

[2] On sait que le souvenir de ce triste événement fut consacré à Paris, jusqu'à la révolution de 1789, par une messe connue sous le nom de *Messe de la Pie*, à laquelle les magistrats assistaient en robes rouges.

l'expression bizarre de Papon, *quelque gracieuse condamnation*. Ce moyen terme, aussi contraire à la justice qu'à la logique, bien que repoussé, ainsi que nous l'avons vu, dès 1737 par le chancelier d'Aguesseau, s'est longtemps maintenu dans la doctrine. Nous le retrouvons encore dans Merlin : « S'il n'était question, » dit-il, en parlant des délits contraires aux mœurs (*Répert.* v° *Indices*, n° IV), « que de prononcer une peine légère, et plutôt correctionnelle qu'afflictive ou infamante, on ne devrait pas être aussi rigoureux sur les preuves, parce que, quand l'accusé ne serait pas coupable du délit qu'on lui impute, il serait toujours répréhensible d'avoir donné lieu par sa conduite à des soupçons scandaleux. » On trouve encore ce système, ainsi que *la mise hors de cour*[1] *et le plus amplement informé*, dans certaines législations germaniques. Mais il n'y a rien de pareil dans notre droit français moderne, qui ne reconnaît pas de milieu entre la culpabilité et l'innocence. Aussi l'article 727 du Code civil ne déclare-t-il indigne que celui qui a été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, tandis qu'autrefois de simples soupçons suffisaient pour autoriser à prononcer l'indignité. Ce fut ainsi que, dans l'affaire de la *Belle tonnelière*, le parlement de Paris déclara, le 3 juin 1766, que l'indignité pouvait résulter d'un simple jugement de plus amplement informé.

724. L'article 342 du Code d'instruction criminelle applique spécialement aux indices le principe moderne, commun à toutes les juridictions, d'après lequel la conviction du juge criminel est en général dégagée de toute entrave : « La loi ne dit point au juré : Vous ne regarderez point comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou *de tant d'indices;* elle ne

[1] On sait que des lettres patentes de l'empereur d'Autriche, en date du 31 décembre 1854, ont de nouveau consacré l'institution de la mise hors de procès ou hors de cour (voy. p. 43, note 1).

leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? »

722. Les règles tendant à déterminer *a priori* la valeur des indices comme les autres applications du système des preuves légales, sont incompatibles avec l'institution du jury (voy. p. 41, not. 1). On comprend davantage l'utilité de ces règles là où la juridiction criminelle est exercée par une magistrature permanente, surtout là où la procédure est écrite et secrète. « L'accusé et son défenseur, » dit M. Mittermaïer (ch. LXI, not. dernière), « ne comparaissant point dans la procédure finale, ne peuvent ni contredire les indices, ni prévoir quelles circonstances de détail relatées aux pièces feront sur l'esprit du juge définitif une impression puissante. Celui-ci d'ailleurs leur attribue une valeur qu'elles n'ont souvent point dans la cause ; ou bien il se laisse aller à compter machinalement les indices, au lieu d'examiner le personnage de l'accusé, et de peser l'importance réelle des circonstances. Ici encore, il faut donner la préférence au système du débat oral et public où tout indice à charge est relevé et articulé séparément par l'accusateur ; où l'accusé, à son tour, est mis en possession de tous les moyens de produire sa défense sur chaque point de détail ; pendant que le juge, de son côté, considère attentivement sa personne, son attitude, qui lui fournissent d'utiles données, et prononce, en fin de cause, une sentence qu'on peut dire le produit de ses impressions d'ensemble et de détail à la suite du débat tout entier. »

723. La législation autrichienne de 1833, dont l'application restreinte aux matières qui n'étaient pas soumises au jury par l'ordonnance du 17 janvier 1850, a été de nouveau généralisée depuis l'abrogation de cette ordonnance par les lettres patentes du 31 décembre 1851, formule avec beaucoup de soin une théorie légale sur la preuve au moyen des indices. Le décret du

6 juillet 1833, modifiant l'article 412, Ire partie, du Code pénal autrichien de 1803, pose les principes suivants :

« L'inculpé qui nie le fait peut être tenu [1] pour légalement convaincu par le concours des indices, mais seulement lorsque les trois conditions suivantes se trouvent conjointement réunies :

« I. Il faut que le fait, ainsi que les circonstances qui le constituent délit, soient pleinement prouvés;

« II. Il faut que les indices concourent contre l'inculpé dans le nombre ci-après déterminé;

« III. De la combinaison des indices, des circonstances et des rapports établis par l'instruction, il doit résulter une connexité si directe et si claire, entre la personne de l'inculpé et le délit, que, suivant le cours ordinaire et naturel des choses, on ne puisse pas supposer qu'aucune autre personne que l'inculpé, l'ait commis. »

La première de ces conditions, la constatation préalable du délit, doit être raisonnablement exigée chez nous, toutes les fois qu'elle est possible, c'est-à-dire quand il s'agit des *delicta facti permanentis* (n° 78).

La troisième est de l'essence de la preuve par indices, qui suppose toujours une conviction bien arrêtée.

Quant à la seconde, dont le développement se trouve dans la suite du décret qui énumère un grand nombre d'indices, et exige en général que ces indices concourent au nombre de trois; il faut avouer qu'elle est purement arbitraire. Un seul indice peut être décisif; trois ou même quatre indices peuvent n'avoir aucune force. Le bon sens veut que, comme les témoignages, ils soient pesés, et non comptés. Du reste, la législation autrichienne est conséquente. Elle admet encore la maxime *testis unus, testis nullus* (Code autr. part. I,

[1] Remarquons qu'il est dit que l'accusé peut être, et non pas qu'il doive être tenu pour légalement convaincu. La doctrine des preuves légales n'existe plus en effet aujourd'hui, dans les pays où elle est admise, qu'en faveur de l'accusé.

art. 404), et comme les présomptions n'ont pas tout à fait la même force que les témoignages directs, elle a cru devoir exiger trois présomptions, pour tenir lieu de deux témoins. Ce n'est là au surplus que la reproduction de la doctrine des anciens interprètes, qui exigeaient que les présomptions fussent au nombre de trois, à moins qu'elles ne fussent extrêmement fortes, cas auquel deux pouvaient suffire (comparer Dumoulin, cout. de Paris, tit. des fiefs, § 33, glos. II, n° 69, et le décret autrichien de 1833, § 6 et 7). Il est fâcheux de voir ces vieilles idées remises en honneur au XIX^e^ siècle (voy. aussi ord. crim. de Bade de 1845, art. 261).

724. Le principe, vrai au criminel comme au civil, qui admet les présomptions partout où les témoins sont admissibles, nous a paru souffrir exception lorsqu'il s'agit d'administrer la preuve contraire à certains procès-verbaux. On ne peut alors, aux termes de l'article 154 du Code d'instruction, administrer que des preuves soit écrites, soit testimoniales. Dès lors, les indices ne seraient pas considérés dans cette matière comme des moyens sérieux (n° 517). Sans doute, il est des cas où les indices à décharge, opposés à un procès-verbal, peuvent être extrêmement graves. Ainsi, supposons qu'un garde champêtre constate un délit ou une contravention rurale, et que le coupable ait dû nécessairement laisser l'empreinte de ses pas sur la neige; si la personne désignée dans le procès-verbal établit clairement que les traces que l'on a trouvées ne correspondent nullement à ses pieds ou à sa chaussure; ne serait-il pas souverainement injuste de maintenir la foi du procès-verbal? Il y a quelque chose d'arbitraire à exclure ainsi en masse les indices, au lieu de les analyser; mais tel nous a paru être l'esprit de la législation spéciale.

§ 2. *Classification des indices.*

725. Les anciens criminalistes, et les lois qui ont

été rédigées d'après leurs théories, ont donné diverses classifications des indices.

726. On les a divisés d'abord (*Instit. au droit crim.* de Muyart de Vouglans, part. VI, ch. v) en manifestes, prochains et éloignés.

Les premiers sont ceux qui ont un rapport nécessaire avec le fait allégué. Dans la théorie des preuves légales, ils ne pouvaient être combattus par la preuve contraire. On donnait ordinairement pour exemple d'indice manifeste, le cas où deux témoins irréprochables déposaient avoir vu l'accusé, ayant à la main une épée nue et sanglante sortir de la chambre où une personne avait été trouvée blessée d'un coup d'épée. Toutefois cet indice est très-prochain, véhément, si l'on veut, mais non pas manifeste; car on pourrait établir qu'il y a eu suicide, ou que l'accusé avait, au contraire, défendu la victime contre le meurtrier qui avait disparu. Un meilleur exemple est celui que l'on tire du chapitre XII des Décrétales, où le délit d'adultère est considéré comme clairement établi, si l'accusé a été trouvé *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*. Dans notre législation, qui n'admet pas d'autres preuves que le flagrant délit ou la correspondance, on n'a jamais hésité à considérer ces circonstances comme équivalant au flagrant délit; car comment les expliquer? L'accusé aurait mauvaise grâce à soutenir que, nouveau Robert d'Arbrissel, il ne s'exposait à la tentation que pour avoir le mérite d'y résister.

Les indices prochains sont ceux qui ont un trait direct au délit, sans le supposer nécessairement. On en donne pour exemples la saisie d'effets suspects, l'inimitié capitale de l'accusé, l'achat d'instruments propres à commettre le crime, etc.

Les indices éloignés sont ceux qui n'ont qu'un rapport indirect avec le délit, tels que les mauvais antécédents de l'accusé, ou sa fuite. On allait jusqu'à mettre au nombre de ces indices (Muyart de Vouglans, *loc.*

cit.) *la mauvaise physionomie de l'accusé, ou le vilain nom qu'il portait.* Mais c'étaient là, il faut en convenir, des indices très-éloignés.

Les indices devaient être prochains, pour donner lieu à la torture. Aujourd'hui la distinction de ceux qui sont prochains et de ceux qui sont éloignés n'a pas d'intérêt. Mais le juge doit analyser avec soin ces deux dernières natures de présomptions, qu'il doit toujours peser et non compter. Si, au contraire, les indices sont manifestes, comme il n'est pas obligé de croire à un miracle dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, on ne peut l'accuser de légèreté, quand il se déclare immédiatement convaincu.

727. Une division assez commode dans la pratique, pour établir en quelque sorte la chronologie de l'accusation, classe les indices en *antécédents, concomitants et subséquents*. Les actes préparatoires, les menaces, etc., sont des indices antécédents. Les indices concomitants se puisent dans les circonstances qui accompagnent le délit, dans le fait, par exemple, qu'une arme appartenant à l'accusé aura été trouvée auprès de la victime. La fuite, les tentatives de subornation de témoins, etc., sont des indices subséquents. S'il est utile de rechercher séparément ces trois classes d'indices, c'est une grave erreur que de vouloir, comme l'a fait le Code criminel de Bavière de 1813[1] (art. 328, n° 1), que ces trois sortes d'indices se trouvent réunies. C'est là exiger une condition souvent impossible, et qu'on doit être obligé d'éluder dans la pratique bavaroise.

728. La fameuse ordonnance criminelle de Charles-Quint, connue sous le nom de *Caroline*, énumérant les principaux indices, qui pouvaient donner lieu à l'application de la torture[2], les a classés en indices com-

[1] Ce Code, œuvre du célèbre Feverbach, pèche par une tendance trop systématique ; il a été modifié par une loi du 29 août 1848.

[2] Mais la Caroline, conformément à la doctrine des anciens criminalistes (n° 717), ne permettait point de fonder la condamnation définitive sur de simples indices. Suivant l'article 22 de cette ordonnance, il ne

muns et en indices propres, suivant qu'ils peuvent se rapporter à toute espèce de délit, ou bien qu'ils sont particuliers au vol, à l'empoisonnement, etc. (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*). Les chambres du conseil ou des mises en accusation qui doivent prononcer sur la gravité des indices, peuvent puiser d'utiles indications dans ces règles, dont le décret autrichien du 6 juillet 1833, qui énumère avec soin les indices généraux et spéciaux, peut être considéré comme la dernière édition.

Ceux qui désirent de plus amples détails sur le classement des indices, consulteront avec fruit le livre V des *Preuves judiciaires* de Bentham, consacré aux preuves circonstancielles, où la matière est traitée surtout au point de vue du droit criminel.

§ 3. *Discussion des indices.*

729. Il importe de procéder avec méthode et précision dans la discussion des indices; autrement, lorsque l'affaire est un peu compliquée, on court risque de s'égarer.

L'acte d'accusation, qui est la base de la procédure au grand criminel, doit aboutir à des conclusions bien nettes, énumérant chacune des charges qui pèsent sur l'accusé, et les moyens à l'appui de ces charges. Il doit faire ressortir les inductions que l'on peut tirer du fait allégué, puis démontrer comment ce fait lui-même est établi, tandis que trop souvent on procède au hasard, en insistant sur des circonstances insignifiantes, autant que sur celles dont la justification serait décisive. Dans

peut être prononcé une condamnation ni décreté de peine, *s'il n'y a contre l'accusé que des indices, des soupçons, des présomptions, quels qu'en soient le nombre et la nature*. Ce fut pour éluder l'application de cet article que les jurisconsultes allemands au XVII^e^ siècle imaginèrent d'appliquer, en pareil cas, une peine extraordinaire (voy. n° 48). Au surplus, l'esprit de la Caroline se retrouve dans l'ordonnance badoise de 1845, dont l'article 264 veut « que les faits n'aient point simplement les indices pour base de leur démonstration; mais que des preuves immédiates seules, ou combinées par d'autres indices, viennent, à leur égard, constituer la certitude juridique.»

l'*indictment* anglais, la partie poursuivante est obligée de préciser en termes techniques les faits incriminatifs qu'elle allègue. Mais on tombe dans un excès opposé, en introduisant un style solennel, dont l'*indictment* ne peut s'écarter à peine de nullité. Il y en eut un d'annulé le 10 août 1824, aux assises de Hereford, parce qu'on s'y était servi des mots *assises générales*, au lieu de ceux de *grandes assises* : ce qui rappelle trop le système des actions de la loi, où un plaideur succombait en agissant *de vitibus succisis*, parce qu'il avait nommé *les vignes*, au lieu de parler *d'arbres* en général (Gaïus, *Comm.* IV, § 11). On pourrait, sans tomber dans cette exagération, éviter le vague qui a été quelquefois reproché avec quelque fondement aux actes d'accusation français. Les faits une fois bien articulés, comme le sont ceux dont on demande à faire la preuve dans une enquête civile, cet acte deviendrait le cadre dans lequel devrait se mouvoir le débat. On aurait soin, à mesure qu'on interrogerait les témoins, de faire ressortir les conséquences de telle ou telle déposition, en mettant toujours en relief le rapport du fait attesté avec la culpabilité qu'il s'agit d'établir.

730. En second lieu, il convient de détacher le fait principal des faits accessoires, afin d'établir le premier séparément, sauf à fortifier ensuite la preuve qui en résulte, à l'aide de la démonstration des autres. En s'abstenant de suivre cette marche, on s'expose à commettre des pétitions de principe. Ainsi, dans une affaire de complot, on cherche souvent à établir le complot même à l'aide d'une foule de circonstances de détail, qui isolément seraient insignifiantes. Puis, lorsque l'accusé répond que ces circonstances n'ont pas la portée qu'on leur attribue, on prétend en établir la criminalité à l'aide du complot, qui pourtant n'a pas été préalablement démontré, et qui dès lors ne repose lui-même que sur la réunion de ces circonstances. Les Anglais appellent *constructive offenses* les délits qui ré-

sultent ainsi d'une réunion d'éléments qui, pris isolément, seraient innocents. Un Anglais accusé d'un délit de cette nature, disait qu'il ne concevait pas comment *avec dix mille morceaux d'un cheval blanc on pouvait faire un cheval noir*. Quand on veut établir un de ces délits complexes, il faut justifier spécialement de l'existence du fait principal, autour duquel les faits accessoires viennent se grouper; autrement, les indices légers, quelque multipliés qu'on les suppose, ne sauraient faire corps, et le mot de l'Anglais deviendrait applicable.

731. Enfin une troisième observation qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est qu'aucun anneau ne doit pouvoir se détacher de la chaîne qui, dans l'induction, rattache les circonstances connues au fait générateur de la culpabilité. Ainsi, la vente que l'accusé aurait faite de ses habits, loin du lieu où le crime aurait été commis, ne saurait être une circonstance inculpative qu'autant qu'elle aurait eu lieu peu de temps après la perpétration du délit; faite longtemps après, elle s'expliquerait beaucoup mieux par d'autres motifs que par la crainte d'être découvert. Il faut donc toujours pouvoir établir qu'il existe une relation non équivoque entre le fait que l'on prouve et la culpabilité qu'il s'agit de démontrer; car, si un seul anneau vient à échapper, toute la chaîne se brise.

732. Du reste, l'avocat, qui veut s'exercer à la discussion des indices, ne doit pas se contenter d'étudier les règles théoriques de la matière, dans les livres du droit et dans les ouvrages de rhétorique; il doit consulter surtout les chefs-d'œuvre du barreau ancien et moderne. Le plaidoyer de Cicéron *pro Milone* a toujours passé pour un modèle en ce genre [1].

[1] Voy. sur la discussion des indices une excellente note de M. le duc de Broglie, insérée à la fin du Ier volume des Preuves judiciaires de Bentham, édition de Dumont.

LIVRE DEUXIÈME.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES.

753. Il n'est pas toujours possible à l'homme d'arriver à la connaissance parfaite de la vérité dans chaque cas particulier, et cependant les nécessités sociales ne lui permettent pas toujours de suspendre son jugement et de s'abstenir. La stabilité et l'état des personnes, celle des propriétés, enfin le besoin de calme et de sécurité pour une foule d'intérêts précieux, obligent le législateur à tenir pour vrais un grand nombre de points, qui ne sont pas démontrés, mais dont l'existence est établie par une induction plus ou moins puissante. L'ordre politique, comme l'ordre social, ne repose que sur des présomptions légales. L'aptitude à exercer certains droits, à remplir certaines fonctions, ne se reconnaît qu'au moyen de certaines conditions déterminées *a priori*, une vérification spéciale pour chaque individu étant évidemment impraticable. Plus les relations sociales se compliquent, plus il devient nécessaire de multiplier ces présomptions. Aussi y en a-t-il beaucoup plus dans notre droit qu'il n'y en avait à Rome.

754. Entrer ici dans le détail des diverses présomptions, ce serait s'imposer la nécessité de traiter *ex professo* presque toutes les matières juridiques; car il en est peu où la loi ne s'attache à certaines vérités, dont elle fait dépendre l'existence légale de circonstances déterminées. Il faudrait nous occuper de l'état des personnes, des incapacités, de la prescription, etc. Ces développements, utiles en apparence pour compléter notre cadre, s'écartent au fond du but de cet

ouvrage. Car les motifs qui ont déterminé le législateur à établir telle ou telle présomption, tiennent le plus souvent au droit bien plus qu'au fait. Ce qu'il examine surtout, ce n'est pas si le fait connu réunit tous les caractères suffisants pour rendre probable le fait inconnu, mais seulement si l'intérêt social exige que l'on conclue de la constatation de l'un à l'existence de l'autre. Les diverses présomptions, pour être bien comprises dans leurs spécialités, doivent se rattacher à l'examen spécial de chaque matière. Nous ne devons poser ici que les principes généraux,

Seulement, après avoir parlé des présomptions spéciales aux matières civiles et aux matières criminelles, nous traiterons avec quelques détails d'une présomption commune à toutes les juridictions, qui est la base de tout l'édifice judiciaire, de l'autorité de la chose jugée.

PREMIÈRE SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CIVILE.

755. « La présomption légale, » dit l'article 1350 du Code civil, « est celle qui est attachée, par une loi spéciale, à certains actes ou à certains faits. »

Autrefois les présomptions pouvaient être puisées dans certains textes du droit romain, aussi bien que dans les sources modernes; elles pouvaient même, suivant Pothier (*Oblig.* n° 843), être établies par argument de quelque texte de droit. Un pareil système offrait trop d'inconvénients pour qu'il fût possible, dans une législation qui tend à prévenir toute incertitude, tout arbitraire, de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le pouvoir d'établir des présomptions légales.

736. L'article 1350 donne pour exemple des actes ou faits, auxquels est attachée une présomption légale : « 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. » Telles sont les donations faites à certains pa-

rents des incapables, qui sont présumées faites à l'incapable lui-même (art. 911 et 1100); ou bien les actes translatifs de propriété à titre gratuit, faits par le failli dans les dix jours qui précèdent la cessation des payements, ou depuis cette cessation (C. de com. art. 444).

« 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. » La prescription à fin d'acquérir ou de se libérer, les signes de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté, etc. rentrent dans cette catégorie.

« 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. » Nous en parlerons spécialement dans notre troisième section.

« 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. » Nous avons rangé parmi les preuves proprement dites l'aveu et le serment, qui sont en effet des déclarations de l'homme, et non de simples indices puisés dans l'étude des faits.

757. On conçoit deux degrés dans la présomption légale. La loi peut imposer au juge certaines preuves circonstancielles, en l'obligeant à tenir pour vrais les faits qu'elles tendent à établir, mais en laissant aux parties intéressées la faculté de démontrer que cette induction n'est pas fondée. Elle peut aller plus loin, repousser dès l'abord toute preuve contraire, et faire nécessairement résulter de telles circonstances l'existence légale de tel ou tel fait. Cette distinction est de tous les temps et de tous les pays; elle se retrouve partout où des présomptions de cette nature ont été introduites. C'est ainsi qu'on a toujours considéré comme absolument inattaquable la présomption qui résulte de la chose jugée, quand toutes les voies de recours ont été épuisées. Mais les dénominations dont on s'est servi pour désigner ces deux degrés de présomption n'ont été imaginées que par les docteurs du moyen âge. Ce sont eux qui ont appelé les présomptions du premier degré *juris tantum*, et celles du second degré *juris et de jure*. Menochius explique ces dénominations,

en disant que la présomption est *juris* dans les deux cas, puisqu'elle est toujours introduite par la loi, mais qu'elle est *de jure* dans le second seulement « quia su- « per tali præsumptione lex inducit firmum jus et habet « eam pro veritate. » Ces expressions barbares peuvent être considérées comme une langue de convention. Bien que le sens en soit clair dans la pratique, nous nous abstiendrons de les employer, le Code ne les ayant pas reproduites. Mais au fond, on a toujours reconnu que certaines présomptions ne doivent pas admettre la preuve contraire. C'est donc bien mal à propos que Toullier (t. X, n° 42) prête à d'Aguesseau cette singulière opinion, que toutes les présomptions admettent la preuve contraire, parce que ce jurisconsulte, dans son vingt-troisième plaidoyer, déclare, en général, que l'autorité des présomptions n'est pas absolue. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une question de légitimité, et c'est évidemment en se plaçant à ce point de vue spécial que d'Aguesseau limitait l'autorité des présomptions légales.

738. L'effet général de la présomption de la loi est de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (C. civ. art. 1352); la preuve se trouve faite à l'avance, mais lorsque la présomption n'est que du premier degré, le seul but que la loi se propose, c'est de faire considérer certains faits comme le signe apparent du droit, par exemple, la possession d'un immeuble comme indiquant la propriété de cet immeuble, la preuve contraire demeurant toutefois admissible. Quelquefois néanmoins la présomption, sans qu'il fût raisonnable de la considérer comme une vérité absolue, a paru trop grave pour pouvoir être ébranlée par toute espèce de preuve. Ainsi, en matière de légitimité, la preuve contraire à la règle que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, n'est admise que dans le cas d'impossibilité physique, ou bien dans celui où l'on peut prouver à la fois l'adultère et le recel de la naissance (*ibid.* art. 312 et 313) : cas auxquels il faut ajou-

ter aujourd'hui, aux termes de la loi du 6 décembre 1850, celui où la conception aurait lieu pendant le temps où la femme, séparée de corps, a un domicile distinct de celui du mari. Mais habituellement on peut administrer, pour détruire une présomption légale, la preuve contraire avec la plus grande latitude, et employer même la preuve testimoniale et les présomptions, lorsque la nature de l'affaire ne s'y oppose point. On lit, il est vrai, dans un des considérants de l'arrêt de cassation du 5 janvier 1810, que nous avons déjà cité (p. 524, not. 1), « que si une présomption de droit peut être détruite par la preuve positive d'un fait contraire à celui qu'elle suppose, elle ne peut du moins pas l'être par des présomptions non autorisées par la loi, et purement arbitraires. » Mais il s'agissait, nous l'avons vu (n° 517), dans l'espèce, de certains procès-verbaux contre lesquels la preuve contraire doit être nécessairement écrite et testimoniale. Il convient donc d'interpréter l'arrêt de 1810 *secundum subjectam materiam*. Là où la loi n'a point fait de semblables restrictions, la preuve contraire peut consister dans des présomptions, aussi bien que dans des preuves proprement dites.

739. La présomption du second degré est généralement invincible. Mais à quel caractère reconnaître une présomption de cette nature, dans le silence du législateur? Ce point était très-obscur dans l'ancienne doctrine. Les rédacteurs du Code civil ont essayé de déterminer les cas où la preuve contraire est effectivement inadmissible.

« Nulle preuve, » dit le même article 1352, « n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

Cette disposition, destinée à faire cesser d'anciennes controverses, est elle-même loin d'être claire, et donne lieu à des difficultés qui partagent les meilleurs esprits.

740. Mais, avant d'aborder des questions plus sérieuses, signalons une grave erreur de Toullier (t. X, nos 37 et suiv.), qui a emprunté aux plus anciens glossateurs cette singulière proposition qu'on peut toujours prouver contre une présomption légale, en prouvant qu'on n'est pas dans le cas prévu par cette présomption. « Et si directa probatio, » dit Alciat, « regulariter « non admittatur contra præsumptionem juris et de « jure, admittatur tamen indirecta, quia, quum lex « requirit certas qualitates et circumstantias ad hanc « probationem constituendam, semper admittuntur « probationes, quod non sit talis casus, vel non adsit « aliqua ex requisitis qualitatibus. » Comme si c'était prouver contre une présomption légale que de constater qu'elle n'est pas applicable dans l'espèce, que de prouver, par exemple, à celui qui invoque l'autorité de la chose jugée, qu'il n'y a jamais eu de jugement rendu en sa faveur! Une pareille doctrine eût mérité d'être reléguée parmi les *visions* d'Alciat.

741. Reprenons maintenant les trois points dont s'occupe l'article 1352 : 1° la détermination des cas où la preuve contraire n'est pas admise ; 2° la réserve de certaines exceptions formelles à la règle posée ; 3° la dernière réserve, en ce qui touche le serment et l'aveu judiciaires.

742. Il y a présomption légale absolue, nous dit-on, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Les actes ainsi annulés, dont on veut parler, ne sont pas ceux qui sont entachés d'une nullité radicale, comme manquant d'une condition essentielle au fond pour leur validité; il est clair que la nullité ne résulte pas alors d'une présomption, mais de la force même des choses. Ce ne sont pas non plus ceux qui sont nuls dans la forme; les nullités de formes résultent de textes impératifs, contre lesquels, dès que les faits sont bien constatés, on ne saurait s'élever sans faire le

procès à la loi elle-même. Les actes dont la loi veut parler sont ceux qu'elle déclare nuls (art. 1350, 1°), comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. On aurait pu soutenir que la preuve contraire ne devait pas être repoussée, la justification de la bonne foi étant toujours favorable. Mais le législateur, visant plus à couper court aux procès qu'à rendre une stricte justice, a trouvé plus simple de repousser cette preuve, sauf la restriction dont nous allons bientôt parler. Il en est de même des cas où la loi dénie l'action en justice; ce qui s'applique notamment à la prescription. On a pensé que les controverses devaient avoir un terme. Toutes les fois donc qu'une action est refusée, il y a un intérêt public en jeu, et je ne serais pas reçu à prétendre, par exemple, que je n'avais pas l'intention de renoncer à un droit sur lequel j'ai gardé le silence pendant trente ans. Ces deux natures de présomptions ont pour but de faire respecter les préceptes du droit civil; les autres ne sont que des interprétations de faits ou de volontés, interprétations qui doivent s'effacer devant la démonstration évidente du véritable état des choses ou de la véritable intention des parties. Ainsi, lorsqu'on nous dit que la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive (art. 1588), il est bien entendu que je serai parfaitement reçu à démontrer que les contractants ont eu une intention contraire.

743. Dans les cas mêmes où nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, l'article 1352 ajoute : *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.* On trouve des exemples de cette réserve dans les cas où l'action en justice est déniée. C'est ainsi que la remise de la grosse par le créancier, à la différence de celle du titre original, ne fait foi de la libération que jusqu'à preuve contraire (*ibid.* art. 1283). Mais on n'a pas trouvé de cas où la loi, en annulant certains actes comme présumés frauduleux, déclare la preuve con-

traire admissible. La restriction de l'article doit être considérée sous ce rapport comme une réserve pour l'avenir, et non comme un renvoi à des textes positifs.

744. Enfin l'article se termine par une réserve plus obscure encore que tout ce qui précède : *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*. On peut donner deux sens à ces expressions. Ou bien, par suite de l'erreur que nous avons signalée, le législateur considère le serment et l'aveu comme des présomptions, dont on doit traiter plus tard, ou bien il les regarde comme des moyens de combattre les véritables présomptions légales, par exception au principe que nulle preuve n'est admise contre elles.

Dans le sens de la première opinion on fait remarquer que l'article 1350 a déjà rangé mal à propos, mais d'une manière bien positive, l'aveu et le serment parmi les présomptions légales. Or, l'aveu du moins, sinon le serment, est susceptible d'être débattu, et n'est pas dès lors une présomption invincible. Le renvoi aurait pour but de faire remarquer, ainsi que le faisait Pothier (*Oblig.* n° 842), ce caractère spécial de l'aveu. On ajoute que, si la loi avait voulu admettre certaines natures de preuves contre les présomptions légales qui n'admettent pas la preuve contraire, elle s'en serait expliquée plus clairement. Mais cette interprétation nous paraît à la fois inexacte en elle-même, et peu en harmonie avec le texte qu'il s'agit d'expliquer. On ne voit pas trop quelle serait la raison de douter, à laquelle la loi voudrait répondre. Dût-on considérer l'aveu comme une présomption légale, rien n'autoriserait à y voir une présomption légale absolue. De tout temps on a considéré l'aveu comme pouvant être modifié, expliqué, rétracté par la partie qui l'a fait. Où serait donc la nécessité d'une exception pour l'aveu, puisqu'il n'était pas compris dans la règle? Mais ce qui s'explique encore moins dans cette opinion, c'est que la loi mentionne en pre-

mière ligne le serment décisoire [1], qui précisément n'admet jamais la preuve contraire (art. 1363). Inutile pour l'aveu, le renvoi serait un contre-sens en ce qui touche le serment; et il faudrait finir par déclarer, avec certains auteurs, que ces expressions : *sauf ce qui sera dit*, etc. se sont glissées sous la plume du législateur, sans qu'il eût le moins du monde la conscience de ce qu'il écrivait.

Mais nous n'en sommes pas réduits à cette ressource désespérée, véritable abdication de la part de l'interprète. Rappelons-nous qu'on vient de parler de la preuve contraire, qui n'est admise contre les présomptions légales absolues, qu'au cas d'une réserve expresse insérée dans la loi; il est assez naturel de voir dans les mots qui suivent, et qui indiquent grammaticalement une restriction, quelque chose qui modifie la proposition précédente. On considérerait dès lors le serment et l'aveu comme constituant un genre de preuve contraire exceptionnel, qui pourrait être admissible, quand les autres ne le seraient pas. N'est-il pas de principe, en effet, que le serment judiciaire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (*ibid.* art. 1358), que l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (*ibid.* art. 1356)? Ces deux modes de preuves n'entraînent aucune procédure compliquée, et ils n'offrent aucun danger pour le défendeur, puisqu'ils remettent son sort entre ses mains. Enfin, par le même motif, ils sont parfaitement concluants. Il est donc possible qu'on ait voulu les mettre à part.

On ne prétend pas toutefois, dans le système que nous admettons, que toute présomption légale, quelle qu'en soit la nature, puisse être combattue par l'aveu et par le serment. Ce qu'il faut rechercher, c'est si la

[1] Il ne peut être question du serment supplétif, auquel ne s'attache pas la même présomption de vérité, puisque ce n'est qu'un moyen de vérification supplémentaire employé par le juge, avec faculté pour lui de ne pas y subordonner sa décision (nos 372 et 373).

loi, en repoussant la preuve contraire, a voulu que la question ne fût pas même agitée, parce que l'ordre public l'exigeait ainsi, ce qui a lieu incontestablement pour l'autorité de la chose jugée; ou bien si elle a voulu seulement empêcher que le résultat du procès ne pût contrarier l'application de ses règles; ce qui a lieu pour les présomptions d'interposition. Quel but a-t-on voulu atteindre dans ce dernier cas? Qu'on ne puisse éluder la défense d'avantager un incapable, soit; mais on ne voit aucun motif plausible pour empêcher que la personne prétendue interposée ne puisse établir qu'elle ne l'est pas réellement. Si le législateur interdit en général cette preuve, craignant qu'elle ne soit elle-même l'œuvre de la fraude, une pareille crainte cesse d'être fondée quand la personne prétendue interposée interpelle l'héritier même qui demande la nullité de l'avantage, et s'en rapporte à sa déclaration. N'est-il pas évident que, lorsque l'héritier refuse de jurer qu'il estime l'interposition véritable, cette déclaration implicite, si désintéressée de sa part, est l'expression de la vérité? Le législateur n'a ici aucun intérêt à empêcher la controverse, puisqu'il ne peut jamais en résulter aucune atteinte aux prohibitions qu'il a établies. Le serment déféré dans les prescriptions courtes, là où la loi dénie l'action en justice, ne repose pas sur une autre base. On n'a pas voulu rendre la preuve impossible, comme en ce qui touche les prescriptions ordinaires, on a seulement présumé le payement; mais il est toujours permis d'interpeller l'adversaire sur la réalité de ce payement. C'est ainsi encore que Justinien (*Instit.* § 12, *de fideic. hæred.*) dit que les fidéicommis nuls en la forme n'entraîneront pas le rejet absolu de la prétention de la partie qui les invoque, mais qu'ils pourront donner lieu à déférer le serment à l'héritier.

Cette doctrine n'est pas sans doute à l'abri de tout reproche. La distinction des présomptions qui entraî

nent l'interdiction radicale de la preuve contraire, et de celles qui n'ont en vue que le résultat de cette preuve, peut paraître assez délicate ; mais notre interprétation est, après tout, raisonnable en elle-même, et surtout nous ne voyons pas d'autre moyen de donner un sens à la disposition finale de l'article 1352.

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

745. La croyance à l'intervention journalière et immédiate de la Divinité dans les événements humains, se combinant avec la difficulté d'obtenir des preuves directes de la culpabilité, dans un temps où l'administration et la police judiciaires étaient à peu près nulles, a amené dans les siècles barbares l'introduction de certaines épreuves, plus ou moins arbitraires, d'où l'on faisait dépendre l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

746. On retrouve l'appel au jugement de Dieu avec une très-grande extension chez les peuples orientaux. De là cette superstition avait passé dans la Grèce. « Nous étions tout prêts à saisir de nos mains des fers rouges, » dit, dans l'Antigone de Sophocle, le garde du tombeau de Polynice (vers 264), « à passer par le feu, et à prendre les dieux à témoin que nous n'avions pas fait cette chose, que nous n'étions pas de complicité avec celui qui l'a méditée ou qui l'a faite. » La sévère raison des Romains paraît les avoir mis à l'abri de ces superstitions. On trouve bien à Rome des légendes, telles que celle de la vestale qui prouva sa chasteté, en attirant par sa ceinture le vaisseau qui apportait d'Asie la statue de la *bonne déesse*. Mais il n'existe à notre connaissance aucun fait officiellement constaté, qui prouve que les Romains aient jamais fait usage de preuves de cette nature dans la pratique judiciaire. Enfin, au Bas-Empire, du moins du temps de Michel Comnène, la

superstition avait repris son empire et l'épreuve du fer rouge était en pleine vigueur.

747. Les *ordalies* (du mot allemand *urtheil*, jugement) se sont singulièrement multipliées au moyen âge, sous l'influence des idées germaniques. On connaît les épreuves de l'eau, du feu, du fer rouge, etc. par lesquelles on était admis à se justifier des crimes les plus énormes. Dans la plupart de ces ordalies, le succès paraît impossible, et cependant l'histoire atteste que beaucoup d'accusés s'en sont tirés à leur honneur. Il faut donc, ou bien croire à de perpétuels miracles, ou bien admettre que quelques pieuses supercheries permettaient de se soustraire à un danger plus grave en apparence qu'en réalité[1]. Quoi qu'il en soit, l'épreuve qui paraît s'être maintenue le plus tard, c'est celle du cercueil, dont on trouve encore des exemples au XVI^e^ siècle. Lorsqu'on n'avait pu découvrir l'auteur d'un assassinat, on obligeait tous ceux qui étaient soupçonnés d'y avoir participé, à venir toucher le corps de la victime, exposé sur un cercueil. Si le cadavre était mis en contact avec le meurtrier, il devait laisser échapper quelques gouttes de sang. Cette épreuve, qui devait agir vivement sur les imaginations, était loin d'être sans danger pour l'innocence. La cruentation, qui paraît en effet s'être quelquefois opérée, peut s'expliquer, lorsque la mort est encore récente, par des causes naturelles, notamment par l'action du grand air. Dans les derniers temps, lorsque des doutes commencèrent à s'élever sur l'origine du phénomène, on donna à l'épreuve un digne complément, la question préparatoire !

748. Lorsque les usages des conquérants de l'Europe

[1] Il paraît résulter de récentes découvertes que certaines lotions d'eau, d'alcool ou d'éther permettent de mettre la peau humaine en contact avec les métaux en fusion (voy. les séances de l'Académie des sciences du 7 mai et du 29 octobre 1849). Or, on sait qu'au moyen âge, Albert le Grand et un médecin de Salerne, nommé Trotula, ont donné des recettes pour supporter sans danger l'épreuve du feu.

moderne se furent un peu transformés par l'influence du christianisme et d'une vie plus sédentaire, la pratique des ordalies fut régularisée. On posa en principe qu'elles ne seraient admises qu'à défaut, soit de preuves ordinaires, soit de *conjuratores* (voy. n° 377). L'Église les astreignit à des formes solennelles, et voulut y procéder elle-même, certains membres du clergé partageant la superstition populaire, d'autres considérant la direction des ordalies comme un puissant moyen d'influence. C'est dans cet esprit que Charlemagne prescrit de ne point révoquer en doute les jugements de Dieu, *ut omnes judicio Dei credant absque dubitatione* (Capit. I, ann. 809, c. XX). A mesure que l'Église acquit plus d'autorité et que les procédures devinrent plus régulières, les épreuves furent attaquées par l'autorité ecclésiastique, jusqu'à ce qu'en 1215, grâce aux efforts d'Innocent III, le quatrième concile de Latran défendit aux clercs de prêter leur ministère à des actes de cette nature. En France, les derniers monuments de l'emploi judiciaire des ordalies sont des arrêts du parlement de Paris du 1er décembre 1601 et du 10 août 1641, annulant des sentences qui avaient ordonné de soumettre à l'épreuve de l'eau froide des personnes accusées de sorcellerie.

749. De toutes les institutions judiciaires du moyen âge, celle qui a laissé plus de traces dans les mœurs de l'Europe moderne, puisque évidemment le duel en dérive, c'est le combat judiciaire. Par une singulière combinaison de l'esprit guerrier et de l'esprit légiste, cette épreuve avait été revêtue des formes les plus régulières, le combat s'appliquait systématiquement à toutes les phases de la procédure. On se battait avec l'accusé, on se battait avec les juges, quand on se plaignait de *défaute de droit*; puis, si on avait vaincu le juge sur le rescindant, il fallait se battre de nouveau avec l'adversaire sur le rescisoire. On combattait même avec les témoins. Toutefois ceux-ci pouvaient éviter d'engager

leurs personnes, en faisant la déclaration suivante (Beaumanoir, ch. VI, § 16) : « Je ne me bée pas à combatre por vostre querele, ne à entrer en plet au mien, et se voz m'en volés deffendre, volontiers dirai me vérité. »

Le combat judiciaire fut un progrès dans l'origine; il donna des règles fixes aux guerres privées, qui étaient le seul mode d'administration de la justice pénale dans les forêts de la Germanie. Nous avons vu (n° 361) les Lombards le réclamer à grands cris, pour remplacer le serment, qui était en quelque sorte l'épreuve des lâches. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. XVII) justifie cette institution d'une manière fort ingénieuse : « La preuve par le combat singulier avait quelque raison fondée sur l'expérience. Dans une nation uniquement guerrière, la poltronnerie suppose d'autres vices; elle prouve qu'on a résisté à l'éducation qu'on a reçue, et que l'on n'a pas été sensible à l'honneur, ni conduit par les principes qui ont gouverné les autres hommes; elle fait voir qu'on ne craint point leur mépris, et qu'on ne fait point de cas de leur estime : pour peu qu'on soit bien né, on n'y manquera pas ordinairement de l'adresse qui doit s'allier avec la force, ni de la force qui doit concourir avec le courage; parce que, faisant cas de leur honneur, on se sera, toute sa vie, exercé à des choses dans lesquelles on ne peut l'obtenir. De plus, dans une nation guerrière, où la force, le courage et la prouesse sont en honneur, les crimes véritablement odieux sont ceux qui naissent de la fourberie, de la finesse et de la ruse, c'est-à-dire de la poltronnerie. » Grotius, en se plaçant à un autre point de vue, a pris la défense des législateurs qui ont cru devoir consacrer cette singulière institution : « Il déplaît à quelques-uns, » dit-il (*Proleg. ad historiam Gothorum*, p. 67), « que les différents douteux aient été décidés jadis par le duel. Mais ce que Solon avait dit, qu'il n'avait pas fait les meilleures lois absolument, mais les meilleures que les

Athéniens pouvaient supporter, on doit le supposer chez les autres législateurs. Or, ceux-ci ont été forcés de permettre beaucoup de mauvaises choses, et souvent de combattre le poison par le poison. Car c'était un moindre mal de combattre en duel, au péril de la vie de deux hommes, sur tout après qu'ils avaient été sérieusement exhortés à ne pas tenter Dieu contre leur conscience, et à ne pas s'en faire un ennemi par les armes ; que de laisser lutter des familles entières et de faire naître une guerre civile. »

750. A la différence des ordalies proprement dites, qui n'étaient guère pratiquées qu'en matière criminelle ; le combat judiciaire s'appliquait aux matières civiles et même à la solution de points de droit. Ainsi, en Allemagne, la question de la représentation dans les successions ; en Espagne, celle du maintien du rit mozarabique furent soumises à l'épreuve du combat singulier. Contraire à l'esprit du christianisme, le duel judiciaire fut attaqué par l'Église beaucoup plus tôt et avec beaucoup plus d'énergie que les ordalies, qui ne se fondaient point sur l'emploi de la force matérielle. Il fut combattu dès le v^e^ siècle par Avitus, évêque de Vienne ; au IX^e^, Agobard, archevêque de Lyon, dédia à Louis le Débonnaire un livre spécial : « Adversus « legem Gondobaldi[1] et impia certamina quæ per eam « geruntur. » Enfin les troisième et quatrième conciles de Latran, en 1179 et en 1215, consacrèrent solennellement la réprobation de l'Église. On sait qu'en France l'œuvre de l'abolition du duel judiciaire, commencée par saint Louis, fut achevée dans le XIV^e^ siècle. En Angleterre, ce duel n'a disparu de la législation qu'en 1819.

751. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question de faire dépendre ainsi la culpabilité ou l'innocence de circonstances qui n'ont aucun trait, au fond, à la réa-

[1] Il est avéré aujourd'hui que la loi de Gondebaud, roi des Burgondes, a, non pas introduit, comme l'a cru Montesquieu, mais seulement étendu l'usage du combat judiciaire.

lité du délit, il semble que les présomptions, en matière criminelle, devraient toujours être abandonnées à l'appréciation du juge. Rien ne semble plus opposé que de pareilles présomptions à l'essence de la justice pénale, qui ne doit pas frapper au hasard, mais en parfaite connaissance de cause. Et cependant le droit pénal a ses présomptions propres; de plus, les présomptions légales du droit commun y reçoivent leur application.

§ 1er. Présomptions propres au droit pénal.

752. Souvent la loi pénale conclut *a priori*, de l'existence de certains faits qui rendent le délit vraisemblable, à l'existence même du délit. Mais la légitimité d'une présomption aussi grave est subordonnée à deux conditions : 1° que le fait constaté emporte certitude morale du fait incriminé par la loi; 2° que le fait constaté soit lui-même imputable. Ces deux conditions se trouvent réunies dans le cas prévu par l'article 61 du Code pénal, qui punit, comme complices des malfaiteurs exerçant des violences contre la paix publique, ceux qui, connaissant leur conduite criminelle, leur fournissent habituellement une retraite. Le fait de loger habituellement les malfaiteurs rend éminemment vraisemblable une coupable association. Ce fait est parfaitement imputable; la loi, en le frappant, ne fait qu'aggraver la pénalité d'un acte déjà répréhensible en lui-même. C'est là de la rigueur peut-être, mais ce n'est pas de l'iniquité. On peut justifier de même la disposition de la loi du 21 brumaire an v (tit. III, art. 2), qui répute coupable de trahison tout militaire qui, en présence de l'ennemi, aura poussé des clameurs tendant à jeter l'épouvante et le désordre dans les rangs. La vraisemblance d'une intelligence criminelle avec l'ennemi justifie l'application de la peine capitale à un fait qui, par lui-même, est déjà d'une extrême gravité.

753. Il est plus difficile de justifier la présomption légale d'infanticide établie par notre ancien droit à

raison du seul fait de recel de la grossesse. Un édit de Henri II, de février 1556, renouvelé par des ordonnances postérieures et publié tous les trois mois aux prônes des paroisses, réputait avoir homicidé son enfant, et punissait de mort « toute femme qui se trouverait convaincue d'avoir célé, couvert et occulté tant sa grossesse que son enfantement... et qu'après l'enfant se trouvât avoir été privé du baptême et sépulture. » Cette présomption de meurtre, attachée à une simple omission, qu'excusait souvent la pudeur, a été heureusement abolie par nos lois modernes.

754. Il y aurait, à plus forte raison, injustice flagrante à réputer complice d'un vol celui chez qui l'objet volé serait trouvé, ainsi qu'on le faisait à Rome pour la réparation civile du délit. Présumer la culpabilité, à raison de circonstances qui peuvent n'être que fortuites, c'est là une marche grossière, appartenant à l'enfance du droit pénal. Nos lois suivent cependant encore cette marche, lorsqu'elles punissent sévèrement le mendiant ou vagabond qui, porteur d'effets d'une valeur supérieure à cent francs, ne peut justifier d'où ils lui proviennent (C. pén. art. 278); mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui ne s'explique que par la défaveur de l'inculpé.

755. La présomption peut aussi porter sur l'intention criminelle, en supposant tout ce qui constitue l'infraction prouvé, sauf cet élément essentiel de la culpabilité. C'est ce qui arrive, lorsque le fait n'est pas moralement susceptible de recevoir deux interprétations. Ainsi, celui qui livre une forteresse à l'ennemi, ou bien celui qui substitue *dix mille francs* à *mille francs* sur le billet dont il est porteur, aurait mauvaise grâce à sommer l'accusation de lui prouver qu'il a agi avec une intention criminelle. *Res ipsa in se dolum habet*, comme disaient les anciens criminalistes : les faits parlent d'eux-mêmes. Dès qu'ils ont été commis librement, ils supposent forcément une coupable intention,

sauf le cas de folie, qu'il faudrait démontrer (Rossi, *Droit pénal*, chap. XXIV). Si, au contraire, le fait n'est pas de nature à impliquer nécessairement cette intention, alors on devra établir qu'il a été commis sciemment. Ainsi, le pharmacien qui aura fourni une substance vénéneuse, de l'emploi de laquelle sera résulté un empoisonnement, ne sera pas présumé avoir agi avec connaissance de cause.

756. Il y a donc deux applications spéciales très-légitimes des présomptions légales aux matières criminelles. La première a lieu, quand on présume l'existence du fait illicite, à raison de la constatation d'un autre fait, qui le rend très-probable; mais alors il faut, en général, que le second fait soit lui-même imputable. La seconde a lieu, quand on présume l'intention à raison de la nature de l'acte, qui serait inexplicable, s'il n'avait pas un but criminel. Cette seconde nature de présomption est tellement conforme à la raison, que la conviction morale et la preuve légale s'y trouvent en parfaite harmonie. Il n'en est pas toujours de même de la première; mais la loi est impérative, et il faut s'y soumettre.

§ 2. *Présomptions du droit commun.*

757. Lorsque la loi civile conclut de certains points connus, à l'existence d'autres points qui sont inconnus, par exemple, du fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage, à la paternité du mari; ou bien, en sens inverse, lorsqu'elle présuppose la non-existence de certains faits, en défendant de les constater, comme elle le fait pour la paternité naturelle, et pour la filiation incestueuse ou adultérine; ces dispositions exorbitantes doivent-elles, en toute hypothèse, être appliquées devant les juridictions criminelles? On peut invoquer, en faveur de l'affirmative, le principe, constant aujourd'hui dans la jurisprudence de la cour de cassation et d'ailleurs parfaitement raisonnable, que les règles sur

la preuve doivent être partout les mêmes. C'est ainsi que la preuve testimoniale n'est pas plus admissible devant un tribunal correctionnel que devant un tribunal civil, lorsqu'il s'agit de constater un dépôt ou un mandat relatif à une valeur de plus de cent cinquante francs. Dès lors, dira-t-on, lorsque, déterminé par des motifs d'ordre supérieur, le législateur nous ordonne de croire certains faits, et nous défend d'en rechercher certains autres, il n'a pas en vue telle ou telle application particulière, mais les débats judiciaires en général. Nous sommes loin de contester le principe que les règles de la loi civile sur la preuve sont communes à toutes les juridictions, et c'est en vertu même de ce principe que nous venons de reconnaître, en matière pénale, la foi qui s'attache aux écrits en bonne forme. Mais, il faut en convenir, les présomptions légales, reposant sur une supposition faite *a priori*, sont toujours plus ou moins arbitraires, et ne font pas naître dans l'esprit du juge la même conviction que les preuves proprement dites. Or, peut-on se contenter au criminel d'une conviction imparfaite, fondée sur des considérations générales, et non sur les circonstances de la cause, du moins lorsqu'il s'agit de condamner? Dès lors, une distinction ne devient-elle pas nécessaire?

Toutes les fois que la présomption légale sera favorable à l'accusé, quand, par exemple, une recherche prohibée par le droit civil tendra à lui faire encourir une peine plus rigoureuse, comme si on voulait établir que celui qui a commis un simple meurtre, était le fils naturel de sa victime, afin de faire prononcer contre lui la peine du parricide, au lieu de celle des travaux forcés à perpétuité (C. pén. art. 299, 302 et 304), nul doute qu'une pareille prétention ne dût être repoussée. Ce n'est pas pour créer en quelque sorte arbitrairement des crimes et des coupables, qu'il convient de s'écarter de la marche ordinaire, et d'en revenir à des investigations, dont le législateur a supposé,

à tort ou à raison, que l'incertitude égalait le scandale. Mais les choses se présentent sous une tout autre face, si c'est contre l'accusé que milite la présomption légale, et que l'instruction révèle des circonstances de nature à faire moralement disparaître cette présomption, bien que l'on ne soit pas dans une hypothèse où la preuve contraire est admise. Ainsi, supposons que le meurtre dont nous parlons ait été commis sur le mari de la mère de l'accusé, présumé son père en vertu de l'article 312 du Code civil. Il peut ne se trouver dans aucun des cas de désaveu, il n'a pas qualité pour attaquer lui-même sa légitimité, enfin les délais seront presque toujours expirés. Mais la conduite et la position de la mère ne peuvent-elles pas être telles, qu'il soit moralement certain que l'enfant n'appartient pas au mari? N'est-il pas possible que la cause même de la haine qui existait entre l'enfant et son père putatif, tienne à la notoriété d'une filiation adultérine? Dans une législation qui, comme la nôtre, rend le désaveu fort difficile, le vice d'adultérinité peut trop souvent être flagrant, bien qu'il ne soit pas permis de le constater. Mais si, dans l'ordre civil, un désir peut-être exagéré d'assurer le repos des familles, et d'étouffer le scandale, a fait adopter des dispositions singulièrement restrictives en matière de désaveu, il faut convenir que transporter aveuglément ce système dans les questions criminelles, afin de créer un parricide fictif, ce serait revenir par une autre voie à l'ancienne théorie des preuves légales, dans ce qu'elle avait de plus déplorable.

Nous pensons donc, quelque hasardée que puisse paraître notre opinion, et en convenant qu'il ne faudra l'appliquer qu'avec une extrême réserve, que les présomptions légales, lorsque l'existence d'un des éléments du délit ne reposera que sur elles, ne seront jamais contre l'accusé des présomptions absolues, et qu'il sera toujours reçu *ex magna et probabili causa* à

administrer la preuve contraire. Il ne s'agira pas, après tout, de détruire complétement la présomption de la loi, mais seulement de faire naître des doutes assez graves pour qu'il ne soit plus moralement possible de condamner. On ne doit, il faut en convenir, s'écarter qu'à la dernière extrémité du principe qui met en harmonie la loi civile et la loi criminelle sous le rapport de la preuve; mais, quelque fâcheux que soit ce désaccord, il serait bien autrement déplorable de faire tomber une tête en vertu d'une fiction légale.

TROISIÈME SECTION.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

758. Une présomption légale qui est le principe fondamental de la jurisprudence, c'est celle qui fait considérer les jugements comme la vérité même, lorsque toutes les voies de recours pour les attaquer ont été épuisées. Le plus bel hommage qui ait jamais été rendu à cette règle salutaire, c'est la mort de Socrate, aimant mieux subir une condamnation injuste que de donner le funeste exemple de la désobéissance aux lois de son pays.

L'expression de *chose jugée* a ici un sens plus large que celui qu'on lui attribue en procédure, lorsqu'on dit qu'une décision est passée en force de chose jugée. On veut seulement dire alors que cette décision n'est plus susceptible de recours par les voies ordinaires, et que dès lors la partie adverse n'a plus aucun moyen d'en arrêter l'exécution (voy. cependant C. de proc. art. 478). Mais, en ce qui touche la présomption de vérité d'un jugement, il est clair que cette présomption n'est invincible qu'autant qu'il n'existe plus de mode de recours, soit ordinaire, soit extraordinaire, dont on puisse se prévaloir pour l'attaquer. Sans doute, un jugement, même susceptible d'opposition ou d'appel, a l'autorité de la chose jugée en ce sens qu'il n'est

pas permis de l'attaquer autrement que par les voies légales. Néanmoins, dans cette hypothèse, il n'y a point *res judicata* d'une manière absolue, puisqu'il n'y a point *finis controversiarum* (Modest. l. 1, ff. *de re jud.*).

Cette importante présomption se rattachant au fond du droit autant qu'à la preuve, les règles sur l'effet des jugements, c'est-à-dire sur les personnes et sur les objets auxquels elle s'applique, reposent sur les mêmes bases que les règles sur l'effet des conventions. On l'a souvent dit avec raison, *judiciis contrahimus* [1]. Les bornes et le plan de cet ouvrage ne comportent qu'une exposition succincte des doctrines sur la chose jugée, qui feraient à elles seules la matière d'un livre.

759. Nous nous occuperons, suivant notre usage, d'abord de la juridiction civile, puis de la juridiction criminelle; nous terminerons par l'examen de l'influence que peuvent exercer les jugements civils sur les jugements criminels, et réciproquement.

PREMIÈRE DIVISION.

Chose jugée au civil.

760. La fiction nécessaire à la conservation de l'ordre social, qui fait considérer la chose jugée comme étant la vérité, n'est légitime qu'à condition de ne jamais dépasser les limites de la question qui a été posée par le juge. Au delà, il n'y a plus d'autorité de la chose jugée, par cette raison bien simple qu'il n'y a plus de jugement. « L'autorité de la chose jugée, » dit l'article 1351, « n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'ob-

[1] *Judicio contrahere* s'entend en droit romain, non de la sentence du juge, mais de l'espèce de convention qui s'opère par le *litis contestatio*, d'où naît l'instance, *judicium*. Néanmoins l'idée est au fond la même, le jugement n'étant que le complément de l'instance, et puisant toute sa force dans la *deductio rei in judicium*.

jet du jugement; il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

761. La sagesse des jurisconsultes romains avait déterminé depuis longtemps les éléments auxquels il faut s'attacher, lorsqu'on veut comparer la question qui s'agite actuellement avec une question déjà résolue par une décision inattaquable. « Quum quæritur » (l. 12, 13 et 14, ff. *de except. rei jud.*) « hæc exceptio [1] no- « ceat, necne, inspiciendum est an idem corpus sit; « quantitas eadem, idem jus; et an eadem causa pe- « tendi, et eadem conditio personarum ; quæ nisi om- « nia concurrunt, alia res est. » C'est ce que Neratius résume d'une manière plus brève sous ces trois chefs : *Personæ, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis.* Ces règles en elles-mêmes sont incontestables, car elles ne sont que l'expression de la raison universelle. Mais leur application soulève quelquefois des difficultés assez graves. Nous allons reprendre successivement les conditions essentielles pour que la chose jugée soit applicable :

1° L'identité de la chose demandée;
2° L'identité de la cause de la demande;
3° L'identité des parties, et des qualités des parties.

§ 1er. *Identité de la chose demandée.*

762. Il importe de ne pas confondre, ainsi qu'on l'a fait trop souvent, l'identité de la chose demandée

[1] Dans le Digeste, le moyen que le défendeur tire de la chose jugée, n'est jamais présenté que comme une exception; tandis que, dans l'ancien droit, certains *judicia legitima* détruisaient directement l'action (Gaïus, comm. IV, § 107). Mais il n'y avait plus de *judicia legitima* du temps de Justinien, la procédure provinciale se trouvant généralisée; et les compilateurs n'ont admis dès lors qu'une *exceptio rei judicatæ*. Il eût été beaucoup plus simple, au contraire, de faire toujours produire à la chose jugée un effet direct, et c'est ce que nous devons admettre aujourd'hui, bien que beaucoup d'auteurs répètent encore, sans s'en rendre compte, la vieille expression d'*exception* de la chose jugée.

avec l'identité de la cause de la demande. Rien ne m'empêche de demander successivement le même objet d'abord en vertu d'une donation, puis en vertu d'une vente, puis en vertu d'un testament, etc. sans que le rejet de l'une de ces demandes soit de nature à préjuger en rien le sort des autres. Nous devons, en conséquence, rectifier une inexactitude qui nous avait échappé dans la première édition de ce livre (n° 685), où nous citions comme relatif à l'identité d'objet un arrêt de cassation du 14 février 1831. Cet arrêt a jugé, il est vrai, qu'on peut, après avoir échoué dans la demande d'un droit de propriété exclusif, réclamer sur le même bien un droit de propriété commune et indivise. Mais c'est que ce dernier droit, ainsi qu'on peut facilement le supposer, était fondé, dans l'espèce, sur un autre titre que le droit primitivement réclamé. L'arrêt de 1831 est donc étranger à la question de l'identité d'objet. Pour ne point sortir du sujet de ce paragraphe, nous devons toujours nous placer dans l'hypothèse où le doute porte sur l'identité d'objet, la cause de la demande demeurant la même.

765. Cette identité peut être physique ou purement intellectuelle. Dans le premier cas, il ne s'élève point de difficulté sérieuse. Il faut observer seulement, avec les jurisconsultes romains, que l'identité de la chose ne doit pas s'entendre trop littéralement. Ainsi, on n'exige pas l'identité absolue des éléments qui la composent, lorsqu'il s'agit d'un être moral. Les changements ou diminutions qui s'opèrent dans un troupeau, par exemple, n'en changent pas la substance, et ne permettent pas d'intenter une action nouvelle à celui qui a déjà succombé dans une demande en revendication (Pomp. l. 21, § 1^er^, ff. h. t.)

La partie est, du reste, contenue dans le tout. Ainsi, je ne serai pas reçu davantage, dans la même espèce, à revendiquer une tête de ce troupeau, si c'est comme propriétaire du troupeau que je la réclame (autrement,

il n'y aurait plus identité de cause). Et peu importe que l'animal auquel je prétends aujourd'hui, n'ait pu être positivement l'objet de ma première demande, parce qu'il n'était pas né ; il y était virtuellement compris. Car il est impossible de réclamer, sans violation de la chose jugée, les fruits qui proviennent ultérieurement d'un objet auquel il est légalement certain que je n'ai aucun droit (Ulp. l. 7, § 1^er^, ff. h. t.).

764. Il y a plus de difficulté lorsque la relation de tout à partie n'est pas matérielle, mais seulement intellectuelle, comme lorsqu'il s'agit d'un démembrement de la propriété. Il faut alors distinguer si la revendication d'un droit moins étendu par celui qui a échoué dans la réclamation de la propriété entière, ne fait que reproduire la même réclamation sous une autre forme, ou constitue une prétention toute nouvelle. Ainsi, après avoir été repoussé dans la revendication d'un immeuble, je ne pourrai revendiquer la jouissance de ce même immeuble, si je la réclame comme partie intégrante du droit de propriété, ce que les commentateurs ont appelé l'usufruit *causal*. Mais je serai reçu à revendiquer l'usufruit proprement dit, l'usufruit *formel*, sans que l'on puisse m'opposer ce qui a été jugé sur la propriété : bien que l'usufruit constitue en théorie un démembrement de la propriété, il n'y a aucune contradiction dans la pratique à reconnaître que tel titre ne m'a point conféré la propriété, et à soutenir en même temps qu'il m'a conféré un droit d'usufruit (voy. Pomp. l. 21, § 3, ff. *de except. rei jud.*). Autre chose est la réclamation partielle d'un droit déjà réclamé en totalité ; autre chose est la réclamation d'un droit distinct, bien que compris *in abstracto* dans le premier. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 30 mars 1837 a jugé que le non-succès de la demande du propriétaire d'un fonds, tendant à s'affranchir d'une servitude *non ædificandi*, ne faisait pas obstacle à ce que ce propriétaire

réclamât ultérieurement, par une demande spéciale, le droit d'exploiter son mur de clôture en y donnant de la profondeur et en y pratiquant des boutiques sur la voie publique : « Attendu, en droit, qu'il n'y a point de chose jugée toutes les fois que la demande sur laquelle a statué le second arrêt n'est pas la même que celle jugée par le premier ; que la demande générale par laquelle on réclame un droit absolu et sans bornes, est tout à fait différente de la demande spéciale par laquelle on réclame un droit déterminé distinct du premier, et dont il n'a été nullement question à l'occasion du premier arrêt ; qu'enfin, la disposition générale de cet arrêt qui rejette la demande générale, ne rejette aucunement la demande spéciale, à l'égard de laquelle les parties n'ont rien réclamé ; « sententia generalis « lata super petitione generali restringitur ope repli- « cationis ad prosecuta tantum [1]. »

765. Faut-il conclure de là que la maxime *pars in toto est* n'est point vraie en jurisprudence, comme elle l'est en géométrie, et qu'Ulpien a eu tort de vouloir en faire l'application en matière de chose jugée (l. 7, pr. ff. *de excepl. rei jud.*)? Ce serait bien étrange, il faut en convenir ; car, lorsqu'il s'agit d'objets matériels, personne ne conteste qu'il me soit impossible de réclamer une partie après avoir échoué en demandant la totalité. Au fond, la règle est la même partout, et Ulpien a raison de dire (*loc. cit.*) : « Nec interest utrum in cor- « pore hoc quæratur, aut in quantitate, vel in jure. » Si ma demande a été rejetée lorsque un billet portait une créance de vingt mille francs à mon profit, pourrai-je représenter le même billet en réduisant ma prétention à dix mille francs? De même, si j'ai complétement

[1] Cette maxime est tirée de la Glose (ad. leg. 2, Cod. *de judic.*). Le rapporteur, M. Lasagni, cite également, à l'appui de la doctrine de l'arrêt, ce passage des *Pandectes*, de Pothier (tit. *de except. rei jud.* § 5) : « Quod hic dicitur de tignis domus, tabulis navis, capitibus gregis ita li- « mitandum est, si tanquam partes ejus rei quæ petita fuerit petantur : alio- « quin recte peti possunt. »

échoué en réclamant la pleine propriété d'un domaine, me sera-t-il permis, après avoir donné à un tiers l'usufruit de tous mes biens, de réclamer la nue propriété de ce même domaine? Pas plus que je ne serais fondé à présenter comme une démarche nouvelle la revendication *ex eadem causa* d'une partie matérielle du même fonds. Que s'il en est autrement lorsque je réclame un droit distinct, tel qu'un usufruit ou une servitude, après avoir échoué quant à la propriété, ce n'est point que la maxime *pars in toto est* puisse être plus douteuse que l'axiome *deux et deux font quatre*; c'est que je ne réclame point le droit d'usufruit ou de servitude comme une partie intégrante du droit de propriété, et que je me trouve ainsi placé en dehors de l'application de la maxime. Il en est de même, ainsi que l'ont fait remarquer les jurisconsultes romains, quant aux parties matérielles d'un objet. Il est possible que le jugement rendu quant à l'objet total laisse intacte la question de la propriété des parties. « Is qui insulam petit, » dit Ulpien (même l. 7, § 2), « si cæmenta vel tigna vel « quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videa- « tur aliud petere. Et enim, cujus insula est, non uti- « que et cæmenta sunt[1]. » En toute matière, ce qu'il faut examiner, c'est, comme le dit Pothier (*Pandect. de except. rei jud.* § 5, déjà cité), si ce qui est demandé de nouveau, *tanquam pars ejus rei quæ petita fuerit, petatur*. Alors seulement on peut appliquer la maxime *pars in toto est*; mais, de ce que plusieurs commentateurs modernes, notamment Toullier, se sont quelquefois trompés quant à l'application de cette maxime, ce n'est pas un motif pour révoquer en doute une vérité aussi élémentaire.

[1] A cette espèce se réfère la citation de Pothier reproduite dans la note précédente. Ajoutons toutefois que, dans l'hypothèse où les matériaux seront réclamés par une action postérieure, ils le seront presque toujours, en fait, en vertu d'une autre cause que celle qui motivait la revendication de l'édifice.

766. Comme corollaire de la maxime *pars in toto est*, les anciens commentateurs ont imaginé de dire à l'inverse : *totum in parte non est*. Cette proposition, qui n'appartient point aux jurisconsultes romains, est loin d'être exacte, même dans les sciences physiques : car, lorsqu'un tout se compose de parties homogènes, ce qui est vrai de l'une des parties est vrai des autres, et par conséquent du tout. Telle est même, nous l'avons vu (n° 13), la base de l'induction, qui se fonde sur des observations concordantes pour s'élever de la connaissance des faits particuliers aux lois générales de la nature. En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, il faut distinguer trois hypothèses : 1° celle où le premier jugement a statué sur un droit partiel distinct du droit général actuellement réclamé ; 2° celle où il a été statué sur une partie de l'objet de la demande actuelle, mais sans rien préjuger sur le tout ; 3° celle où le premier jugement, en ne statuant dans ses termes que sur une partie de ce même objet, a virtuellement tranché la question pour la totalité.

Dans la première hypothèse, il n'y a point lieu de dire : *totum in parte non est*, il s'agit de droits complétement distincts. De même qu'après avoir vainement revendiqué la propriété, je pouvais revendiquer l'usufruit formel, de même que je pouvais revendiquer les matériaux pris isolément, après avoir vainement revendiqué l'édifice considéré dans son ensemble ; en supposant l'espèce inverse, je serai parfaitement recevable à présenter comme une demande nouvelle la revendication de la propriété, ou bien celle de l'édifice.

Dans la seconde hypothèse, il est vrai de dire que le jugement relatif à une partie laisse intacte la réclamation du tout, en ce sens qu'il demeure permis de réclamer le tout, moins la partie comprise dans le premier procès. Ainsi, lorsqu'il a été jugé que je ne suis point propriétaire d'une pièce de terre faisant partie

d'un domaine, je puis prétendre encore à la propriété du domaine, moins cette pièce de terre. C'est encore là une vérité mathématique, puisque le retranchement d'une quantité comprise dans une somme plus considérable laisse nécessairement intact tout ce qui excède cette quantité. Il faut supposer toutefois que les conclusions posées dans la première instance ont porté exclusivement sur la propriété de la pièce de terre, et non sur celle du domaine entier; autrement, nous retomberions dans l'hypothèse suivante.

Dans cette troisième hypothèse, qui est de nature à se présenter fréquemment, la décision relative à la partie ayant un caractère préjudiciel, il y aura chose jugée pour le tout. C'est ainsi qu'après avoir réclamé dix mille francs en vertu d'un billet, je ne pourrai en vertu du même billet réclamer vingt mille francs, ou même les dix mille francs d'excédant; car, en refusant de me reconnaître créancier de dix mille francs, les premiers juges ont évidemment refusé de me reconnaître créancier de vingt mille francs *ex eadem causa*. Ce caractère préjudiciel de certains jugements a été reconnu par les jurisconsultes romains, auxquels on prête mal à propos la maxime générale : *totum non est in parte*. Voici l'espèce élégante que pose Africain (l. 26, ff. *de except. rei jud.*) : « Egi tecum jus mihi « esse ædes meas altius tollere, post ago, jus mihi « esse usque ad viginti pedes altius tollere; exceptio « rei judicatæ procul dubio obstabit. Sed etsi rursus « ita agam, jus mihi esse altius ad alios decem pedes « tollere, obstabit exceptio, quum aliter superior pars « jure haberi non possit, quam si inferior quoque jure « habeatur. »

767. Entre le pétitoire et le possessoire il n'y a pas identité quant à l'objet, il n'y a même généralement point identité quant à la cause. En conséquence, la chose jugée au possessoire n'a pas d'effet au pétitoire. Si, dans l'espèce inverse, il n'est pas permis de revenir

au possessoire (C. de proc. art. 26), ce n'est pas que la question possessoire ait pu être jugée par le tribunal civil, mais c'est que je suis censé avoir renoncé à l'avantage de la possession, en plaidant sur le fond, supposition qui n'était pas admise à Rome (Ulp. l. 12, § 1, ff. *de adq. poss.*).

§ 2. *Identité de la cause de la demande.*

768. Je puis réclamer identiquement le même objet pour lequel j'ai déjà succombé, sans qu'on soit en droit de m'opposer la chose jugée, lorsque la cause de ma demande n'est plus la même. Bien des titres, en effet, sont de nature à justifier un droit de propriété ou de créance, et, de ce qu'un seul ne se trouve pas fondé, il n'y a aucune conclusion à tirer par rapport aux autres. Toutefois, dans la procédure romaine, il fallait distinguer, sous ce point de vue, entre les actions réelles et les actions personnelles. Celui qui avait intenté une action réelle sans faire aucune restriction (*si paret hanc rem ex jure quiritium Auli Agerii esse*), s'il intentait ensuite la même demande à un autre titre, était repoussé, parce qu'il avait été jugé d'une manière absolue que la chose ne lui appartenait pas. On ne courait pas le même danger dans les actions personnelles. La même chose pouvant n'être due plusieurs fois par la même personne pour des causes différentes, le rejet de la prétention du demandeur, quand il s'agissait d'une créance, n'avait jamais qu'un effet relatif : « Ac« tiones in personam,» dit Paul (l. 14, § 2, ff. *de except. rei jud.*), « ab actionibus in rem in hoc differunt : « quod, quum eadem res ab eodem mihi debeatur, sin« gulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla « earum alterius petitione vitiatur. At quum in rem ago « non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, « omnes causæ una petitione adprehenduntur. Neque « enim amplius quam semel res mea esse potest; sæ« pius autem deberi potest. »

La même difficulté ne peut guère s'élever aujourd'hui, puisque l'article 61 du Code de procédure exige que l'exploit d'ajournement contienne l'exposé sommaire des moyens, et que dès lors la nature de la cause alléguée se trouve toujours désignée dès le début de la procédure. Mais, lors même que les moyens n'auraient pas été mentionnés dans l'origine, et que la nullité de l'exploit aurait été couverte, faute d'être proposée *in limine litis*, il suffirait que les moyens ressortissent du jugement comparé aux conclusions, pour qu'on pût apprécier après coup quelle était la prétention du demandeur. L'opinion qui voudrait le considérer comme déchu de tout droit à la propriété, à quelque titre que ce fût, parce qu'il se serait dit propriétaire, sans énoncer dès l'abord le titre spécial qu'il devait faire valoir, serait rejetée aujourd'hui comme une pure subtilité.

769. La cause dont veut parler ici la loi, ce n'est pas la base générale de l'action, par exemple, si la contestation porte sur un testament, la nullité de ce testament, ce qui se confondrait avec l'objet, mais la cause spéciale sur laquelle on fonde l'action en nullité, l'incapacité du testateur, le vice de formes, etc. Ainsi, la cour de Pau a décidé, le 19 mars 1834, que celui qui avait vainement attaqué un testament fait par un Français naturalisé sans autorisation, en invoquant la confiscation prononcée par le décret de 1811, était recevable à attaquer ce même testament, comme fait par une personne privée, en vertu du même décret, de la faculté de tester (voy. aussi rej. 8 mai 1839).

770. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, et confondre avec la cause de la demande les moyens employés pour justifier de l'existence de cette cause : autrement, les procès se multiplieraient à l'infini. Il serait intolérable, par exemple, que celui qui demanderait la rescision pour vice du consentement, pût intenter un premier procès en alléguant l'erreur, un second en invoquant la violence, un troisième en

invoquant le dol ! Tous ces moyens rentrent dans une seule et même catégorie, le défaut de consentement régulier, lequel est, suivant la doctrine de Neratius *causa proxima actionis* (l. 27, ff. *de except. rei jud.*), par opposition aux divers moyens de détail, l'erreur, la violence, le dol, que les interprètes ont qualifiés de *causæ remotæ*. En conséquence, je dois être déclaré non recevable si, après avoir succombé dans la demande en nullité d'un acte notarié, fondée sur ce qu'un des témoins était mineur, je demande de nouveau la nullité par le motif qu'un des témoins n'était pas Français (rej. 3 février 1818). Car la cause de ma demande n'était pas un vice de forme spécial, mais l'irrégularité tenant au défaut de formes : c'était à moi à étudier le testament sous toutes ses faces. La jurisprudence se trouve placée ici entre deux écueils : il ne faut, ni s'attacher à la base générale de la demande, de manière à confondre l'identité d'objet avec l'identité de cause, et à retomber dans le système du droit romain au cas d'action réelle intentée *non adjecta causa* (n° 766) : ce qui donnerait une extension déraisonnable à l'autorité de la chose jugée ; ni pourtant considérer comme autant de causes diverses, les moyens de détail qui peuvent être employés à l'appui des conclusions : ce qui tendrait à multiplier indéfiniment les procès.

771. A plus forte raison ne doit-on pas hésiter à repousser une demande nouvelle, lorsqu'elle a pour but d'établir identiquement la même chose, en employant de nouvelles preuves, fût-ce des titres récemment recouvrés, sauf, en ce dernier cas, la ressource de la requête civile, s'il y avait eu dol de la part de l'adversaire (C. de proc. art. 480, 4°). C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 14 février 1839 ne permet pas d'articuler des faits nouveaux pour prouver la fraude de l'adversaire, quand la question de fraude a déjà été résolue négativement.

772. Si la diversité des preuves ou des moyens allé-

gués n'entraîne pas diversité de cause, il faut reconnaître aussi que l'on ne peut intenter une action nouvelle, lorsqu'elle tend au même but. Les jurisconsultes romains, qui attachaient cependant tant d'importance à la distinction des actions, ont bien reconnu qu'en pareille hypothèse, il faut s'attacher au fond des choses plutôt qu'à la forme. « De eadem re agere videtur, » dit Ulpien (l. 5, ff. *ibid.*), « et qui non eadem actione « agat, qua ab initio agebat : sed etiam si alia expe- « riatur, de eadem tamen re. Ut puta, si quis mandati « acturus, quum ei adversarius judicio sistendi causa « promisisset, propter eamdem rem agat negotiorum « gestorum, vel condicat, de eadem re agit. » C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris, du 17 janvier 1822, a repoussé la prétention de l'héritier du sang qui, après avoir succombé dans une inscription de faux relative à un testament olographe, arguait de nullité ce même testament comme n'étant pas écrit en entier de la main du défunt. Il ne faut pas conclure de là qu'on doive admettre aujourd'hui dans toute son étendue l'ancienne maxime : *electa una via, non datur regressus ad alteram.* Il en est ainsi, sans doute, quand les deux actions sont fondées sur la même cause; mais rien ne m'empêche d'arriver au même but par une autre voie, quand je me fonde sur une cause toute différente. C'est ainsi qu'un arrêt de cassation du 5 avril 1831 a jugé qu'on ne peut rejeter *de plano* la demande en collocation d'un créancier, qui, après avoir échoué en invoquant dans un ordre sa propre hypothèque, se présente de nouveau en invoquant l'hypothèque d'un tiers, à laquelle il se dit subrogé.

§ 3. *Identité des parties et des qualités,*

773. Rien de plus raisonnable que le principe posé par Paul, dans ce texte devenu célèbre (l. 16, ff. *qui pot. in. pign.*) : « Res inter alios judicata aliis prodesse « aut nocere non s[illegible]et. »

L'application de ce principe ne donne lieu à aucune difficulté, lorsqu'il s'agit d'une personne complétement étrangère à celle contre laquelle le jugement a été rendu. Et lors même que la personne physique qui plaide est la même, si la qualité a changé, comme si je réclame en mon propre nom ce que j'avais déjà réclamé vainement au nom de mon pupille, il est évident que je suis une partie nouvelle, et qu'on ne peut m'opposer ce qui a été jugé contre moi quand je n'agissais que comme représentant d'autrui. Il n'y aura question sérieuse que lorsqu'on prétendra que celui à qui on oppose le premier jugement, et qui n'y a pas figuré, s'y trouvait virtuellement partie, comme étant l'ayant cause de ceux qui ont succombé; ou, en sens inverse, lorsque celui qui invoque un jugement qui n'est pas rendu en sa faveur, se présentera comme l'ayant cause du demandeur qui a triomphé.

774. Le représenté peut incontestablement invoquer les jugements qui ont été rendus contre son représentant, par exemple, contre un mandataire, que le mandat soit conventionnel ou bien légal, tel que celui d'un tuteur ou autre administrateur. C'est pour ce motif qu'on peut appliquer activement et passivement aux successeurs à titre universel les jugements qui ont été rendus contre leur auteur.

775. Quant aux successeurs à titre particulier, ils ne peuvent invoquer, et on ne peut invoquer contre eux que ce qui a été jugé avec leur auteur antérieurement à l'événement qui leur a transféré ses droits en tout ou en partie (rej. 11 mars 1834 et 26 mars 1838). Il en est des décisions judiciaires comme des conventions, qui ne sauraient avoir d'effet à l'égard des tiers nantis d'un droit réel sur l'immeuble, que si elles sont antérieures à la constitution de ce droit réel.

776. Il y a au fond même raison de décider en ce

qui touche les créanciers dont l'hypothèque[1] est antérieure au jugement qui a évincé leur débiteur. L'hypothèque, lors même que l'on ne consentirait point à y voir un démembrement de la propriété, est incontestablement un droit réel (C. civ. art. 2114), dont la conservation ne saurait dépendre du plus ou moins d'habileté et de zèle du débiteur dans la défense de ses intérêts. Invoquer, ainsi qu'on l'a fait trop souvent, la maxime *resoluto jure donnatis, resolvitur jus accipientis*, c'est faire évidemment une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si le débiteur était ou non propriétaire, avait ou non le droit de constituer une hypothèque. Telle était la doctrine des jurisconsultes romains. Ainsi, Papinien dit formellement (l. 29, § 4, ff. *de except. rei jud.*) : « Creditor in locum victi suc-
« cessisse non videbitur, quum pignoris conventio sen-
« tentiam præcesserit. » Cette décision est reproduite par Pothier (*Oblig.* n° 905). Mais on trouve, dans la pratique, que l'obligation de mettre en cause tous les créanciers hypothécaires du défendeur est extrêmement gênante. Bien plus, elle est souvent impossible à accomplir dans une législation où les droits hypothécaires ne sont pas tous soumis à la publicité. Sans aller aussi loin que Merlin (*Question de droit*, v° *Tierce opposition*, § 1) qui a qualifié d'*absurde* l'opinion contraire à celle qu'il a fait prévaloir dans la jurisprudence (voy. de nombreuses décisions de la cour de cassation, depuis l'arrêt de cassation du 12 fructidor an IX jusqu'à l'arrêt de rejet du 26 mai 1841), nous persistons à croire que l'utilité pratique est ici en opposition avec la rigueur des principes (voy. toutefois rej. 26 août 1849). Dira-t-on qu'il est également incommode de mettre en cause un grand nombre de petits propriétaires, lorsque l'immeuble, objet du litige, aura été morcelé? Mais c'est là un cas exceptionnel, tandis qu'une immense

[1] Voy., sur cette question, la dissertation spéciale de M. Valette (*Revue du droit français et étranger*, ann. 1844, p. 27).

quantité d'immeubles se trouvent grevés d'hypothèques. Nous sommes porté à croire qu'à Rome également on n'appliquait point dans toute sa rigueur la théorie qui accorde au créancier hypothécaire un droit parfaitement indépendant. Nous lisons, en effet, dans un rescrit de Caracalla (l. 5, Cod. *de pign. et hypoth.*) : « Præses pro-« vinciæ vir clarissimus jus pignoris tui exequentem « te audiet, nec tibi oberit sententia adversus debito-« rem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, « aut (ut dicis) non causa cognita, sed præscriptione « superatum esse constiterit. » Il résulte évidemment de ce texte qu'un jugement sérieux, rendu sur le fond de droit, eût été opposable au créancier hypothécaire.

777. Ce qui est incontestable, c'est qu'au cas de collusion, les créanciers hypothécaires, comme tous autres créanciers (n° 784), peuvent former tierce opposition au jugement rendu contre leur débiteur. Enfin, on leur accorde sans difficulté le droit de faire valoir des moyens personnels que leur débiteur n'eût pu opposer (rej. 9 décembre 1835) : alors la demande repose sur une cause nouvelle.

778. Nous avons supposé, soit quant aux tiers détenteurs, soit quant aux créanciers hypothécaires, l'acte constitutif d'un droit réel postérieur au jugement rendu vis-à-vis de celui qui a constitué ce droit. Suivant certains auteurs, il faudrait aller plus loin encore, et en vertu du vieil adage : *judiciis quasi contrahimus*, appliqué, dans le sens du droit romain, à l'action intentée [1] (*judicium*), considérer l'ayant cause comme lié par le jugement rendu vis-à-vis de son auteur, lorsque la constitution du droit réel a eu lieu entre la demande et le jugement. C'est là, suivant nous, abuser de la fiction par laquelle on fait remonter le jugement au jour de la demande. En droit romain, où la *litis contestatio* produisait un effet tout spécial, puisqu'elle emportait nova-

[1] Telle est effectivement la véritable signification de cet adage (voy. p. 708, not. 1).

tion, on comprend qu'il y ait eu lieu de se référer à cette époque, en considérant les plaideurs comme liés par un véritable contrat, dont les effets devaient se réaliser postérieurement (Ulp. l. 11, § 9 et 10, ff. *de except. rei jud.*). Et cependant nous avons vu Papinien s'attacher à l'époque du jugement, *quum pignoris conventio sententiam præcesserit.* Merlin (*Rép.* v° *Question d'état*, § III, art. 2, n° 3), après avoir rappelé la règle, puisée dans le droit romain, suivant laquelle, dès qu'une contestation était engagée entre deux parties, elle ne pouvait plus être jugée qu'entre elles, ajoute, en citant l'autorité des anciens arrêts : « Mais cette règle du droit romain est depuis longtemps tombée en désuétude. » Il nous semble bien dangereux, en effet, d'attribuer la faculté de représenter le véritable intéressé à une personne qui souvent n'aurait plus d'intérêt dans l'affaire, n'étant point tenue à la garantie, par exemple, s'il s'agit d'une donation, ou ayant dissipé le prix de la cession, si elle a eu lieu à titre onéreux. Aucun texte de nos lois ne donne à la demande judiciaire l'effet d'un contrat qui soit de nature à lier les tiers. Il convient donc de considérer comme *res inter alios acta* vis-à-vis du cessionnaire de l'objet en litige ce qui a été jugé vis-à-vis du cédant postérieurement à la cession (rej. 26 mars 1838; Bordeaux, 19 août 1840). Ajoutons toutefois, avec Thomire Desmazures (*Commentaire sur le Code de procédure*, n° 526), qu'il en serait autrement si le cessionnaire, ayant eu connaissance du procès, avait eu le dessein d'essayer, en quelque sorte, de la justice, afin de se donner la chance de profiter du jugement, s'il était favorable, et de l'attaquer, s'il était contraire.

779. Si l'acheteur est tenu des décisions rendues contre son vendeur, antérieurement à la date de l'acte translatif, il n'est pas vrai, à l'inverse, que le vendeur soit tenu des décisions rendues contre l'acheteur, au cas, par exemple, où il obtiendrait ultérieurement la

résolution de la vente pour défaut de payement du prix ; car le jugement rendu contre le successeur n'est pas rendu contre l'auteur. « Julianus scribit (l. 9, § 2, *ibid.*) excep- « tionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem « transire solere, retro contra, ab emptore ad auctorem « reverti non debere » (voy. rej. 16 novembre 1836). Et l'on ne peut pas dire que le vendeur, en reprenant l'immeuble, se soit rendu l'ayant cause de l'acheteur, puisque la condition résolutoire efface tous les droits qui ont pu naître du chef de ce dernier. Toutefois cette résolution ne saurait profiter qu'à celui en faveur de qui elle a été établie. Le vendeur peut très-bien s'emparer des décisions favorables rendues vis-à-vis de l'acheteur, et sous ce rapport, se considérer comme son ayant cause. C'est à la partie qui veut obtenir un succès solide, à faire mettre en cause le vendeur non payé. Cette nécessité de faire rendre une déclaration de jugement commun, comprenant tous ceux qui peuvent avoir sur le bien des droits, même conditionnels, peut donner lieu à de graves embarras dans la pratique, quant aux droits qui ne sont pas connus, et qu'il est souvent même impossible de connaître, tels que les servitudes non apparentes. C'est là un nouvel argument en faveur du système qui exige la publicité des droits réels.

780. Il est vrai qu'on arriverait à d'autres conséquences, en adoptant la jurisprudence qui, préoccupée de l'utilité pratique plutôt que de la déduction rigoureuse des principes, considère comme valables les actes d'aliénation consentis par un héritier apparent (voy. deux arrêts de cassation et un de rejet, en date du 16 janvier 1843). On étendrait peut-être l'application de cette doctrine exorbitante, créée d'abord pour le prétendu héritier, à tout propriétaire apparent, et on en viendrait à décider, comme l'ont fait plusieurs arrêts (voy. notamment Pau, 4 juillet 1823, et Paris, 3 mars 1829), que la chose jugée avec le propriétaire apparent peut être opposée au véritable

propriétaire. En s'attachant à ce système, on pourrait à plus forte raison maintenir vis-à-vis du propriétaire sous condition suspensive, la décision rendue contre le propriétaire sous condition résolutoire, puisqu'on admet que celui-là même qui n'a aucune espèce de droit, peut plaider, pourvu qu'il ait des droits apparents.

Mais, tout en reconnaissant les vices de la législation existante, vices qu'on a voulu atténuer en faisant du propriétaire apparent un propriétaire incommutable vis-à-vis des tiers, nous ne voyons rien dans la loi qui justifie cette transformation du fait en droit. Il nous semble d'ailleurs que, les caractères légaux auxquels on peut reconnaître l'héritier ou le propriétaire apparent, n'étant définis nulle part, les tiers détenteurs n'obtiennent pas, même sous l'empire de la jurisprudence actuelle, la sécurité qu'on veut leur assurer, puisqu'on ne valide pas indistinctement tous les actes faits par un possesseur quelconque, mais seulement ceux qui émanent d'un possesseur dont le titre est plus ou moins *coloré* (Rouen, 16 juillet 1834; Paris, 14 août 1840). Repoussant le principe, nous repoussons la conséquence, et nous ne pouvons accorder au possesseur le pouvoir de représenter le propriétaire, pas plus lorsqu'il plaide que lorsqu'il contracte [1]. Seulement, lorsque le propriétaire aura traité avec le possesseur, notamment lorsqu'il s'agira d'une condition résolutoire, il aura la faculté de se faire considérer comme son ayant cause, à l'effet de profiter des décisions rendues en sa faveur; tandis que, si aucun lien ne rattache le propriétaire à celui qui occupe le fonds, la chose jugée à l'égard de ce dernier sera complétement *res inter alios acta* à l'égard du propriétaire.

[1] Il en serait autrement, s'il y avait eu une contre-lettre; c'est qu'alors la condition résolutoire, précisément parce qu'elle a été dissimulée à dessein, ne produit aucun effet à l'égard des tiers, qui ne doivent pas être induits en erreur par le fait de celui qui prétend aujourd'hui l'invoquer à leur préjudice (voy. n° 442).

781. Ce qui est incontestable, c'est que les créanciers chirographaires, en matière de jugements comme en matière de conventions, sont tenus des faits de leur débiteur. Ils peuvent cependant former tierce opposition aux décisions qui auraient été rendues en fraude de leurs droits, en vertu du principe (C. civ. art. 1167) qui les autorise en général à faire tomber les actes frauduleux. Mais cette exception ne fait que confirmer la règle.

782. Lorsque plusieurs personnes sont intéressées dans une même affaire, comme plusieurs copropriétaires ou plusieurs codébiteurs, ce qui est jugé à l'égard de l'un ne l'est pas à l'égard des autres; car ils ne sont pas ayant cause les uns des autres, il n'y a pas entre eux filiation, mais seulement juxtaposition d'intérêts.

783. Il en est autrement si l'un des intéressés s'est rendu responsable des faits de l'autre. Telle est la position de la caution relativement au débiteur principal. On reconnaissait, en effet, à Rome, que la chose jugée vis-à-vis du débiteur avait effet vis-à-vis de la caution [1] (Pomp. l. 21, § 4, ff. *de except. rei jud.* Marc. l. 5, pr. ff. *de appell.*). Telle était aussi la doctrine de l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'attestent Pothier (*Oblig.* n° 905) et le nouveau Denisart (v° *Chose jugée*, § 3). Il n'est pas à croire que le législateur moderne ait innové à cet égard. On peut, au contraire, invoquer en faveur du principe qui étend à la caution l'autorité des décisions rendues contre le débiteur, l'article 123 du Code d'instruction criminelle, suivant lequel, quand le prévenu mis en liberté provisoire sous caution a été condamné par un jugement devenu

[1] Il peut paraître étrange qu'on ait pu agiter la question de la chose jugée dans les rapports du débiteur et de la caution, avant la promulgation de la loi 28, au Code, *de fidejussoribus*, lorsque la *litis contestatio* vis-à-vis de l'un opérait immédiatement la libération de l'autre, quelle que fût l'issue du procès. C'est que déjà la convention contraire était générale dans la pratique. « Invenimus, » dit Justinien (même l. 28), « plerumque ex pacto hujusmodi causæ prospectum. »

irrévocable, le juge d'instruction délivre une ordonnance de contrainte contre la caution. Il faut donc reconnaître que les jugements rendus vis-à-vis du débiteur doivent non-seulement profiter, mais même nuire à la caution (cass. 27 novembre 1811). Pour attaquer ce système, certains auteurs modernes ont fait remarquer que la caution ne serait point liée par les aveux du débiteur, et que dès lors elle n'est point véritablement son ayant cause, comme l'héritier est l'ayant cause du défunt. Sans doute, nous ne voudrions pas aller aussi loin qu'un arrêt de rejet du 12 février 1840, qui permet d'invoquer contre la caution les déclarations extrajudiciaires du débiteur. Mais autre chose est le mandat de défendre en justice, autre chose est le mandat de faire des aveux, ainsi que le prouvent suffisamment les règles du Code de procédure sur le désaveu des officiers ministériels (art. 352). Ce qui est incontestable, c'est que la caution peut toujours opposer les moyens qui lui sont personnels (voy. n° 777), comme la nullité du cautionnement, moyens que le débiteur principal ne pouvait opposer (même arr. du 27 novembre 1811; Grenoble, 18 janvier 1832). On doit reconnaître, à l'inverse, que les jugements rendus contre la caution ne peuvent nuire au débiteur principal, qui n'est nullement garant, vis-à-vis du créancier, de la conduite que peut tenir la caution. Seulement, puisque le serment déféré à la caution, lorsqu'il est déféré sur la dette, profite au débiteur principal (C. civ. art. 1365), il semble raisonnable de lui permettre également d'invoquer les décisions favorables rendues, sur le fond de la dette, au profit du fidéjusseur. Celui-ci est le mandataire du principal obligé, non pour empirer sa condition, mais pour l'améliorer. Toutefois cette dernière décision ne doit être admise qu'avec précaution, le litige entre le créancier et la caution pouvant être purement personnel.

784. Un créancier solidaire est également un mandataire dont le mandat peut profiter à ses cocréanciers solidaires, mais ne saurait leur nuire. Il faut donc distinguer, de la même manière, si le jugement a été rendu contre lui ou en sa faveur.

Quant aux débiteurs solidaires, on se demande jusqu'à quel point le jugement rendu à l'égard de l'un d'eux produit effet à l'égard des autres. Si le codébiteur actionné a été renvoyé de la demande pour un motif qui ne lui était pas purement personnel, on convient volontiers que les autres codébiteurs peuvent se dire libérés, de même qu'ils profitent du serment déféré à leur codébiteur sur la dette, et non simplement sur le fait de la solidarité (C. civ. art. 1365). Mais il y a plus de difficulté quand le codébiteur solidaire a été condamné. Il n'est pas possible d'admettre d'une manière absolue que le jugement rendu contre lui ait effet contre les coïntéressés, puisqu'ils peuvent fort bien nier l'engagement solidaire, et qu'on ne saurait alors, sans tomber dans un cercle vicieux, leur opposer le jugement rendu contre leur prétendu codébiteur. Aussi est-on d'accord pour reconnaître (rej. 29 novembre 1836) que le débiteur solidaire, comme la caution, peut toujours invoquer les moyens de défense qui lui sont personnels. D'un autre côté, l'opinion qui isolerait complétement les codébiteurs les uns des autres, serait contraire, soit à l'esprit de la solidarité, qui tend à éviter au créancier la multiplicité des poursuites, soit surtout au principe qui les considère comme étant réciproquement cautions les uns des autres. Toutefois la question est vivement controversée, au cas où il s'agit de moyens communs à tous les codébiteurs. Pour réserver à chacun la faculté de défendre la cause comme entière, on invoque le danger d'une collusion dont il serait difficile d'administrer la preuve (Limoges, 19 décembre 1842 [1]). Mais alors il ne faudrait pas permet-

[1] C'est mal à propos que l'on invoque dans le même sens un arrêt rendu

tre d'invoquer contre la caution le jugement rendu vis-à-vis du débiteur : et c'est cependant ce qui est admis dans la pratique. L'opinion qui considère les débiteurs solidaires comme mandataires les uns des autres en ce qui touche les moyens communs à tous, a été consacrée dans l'ancien droit par un arrêt du conseil du 13 juillet 1709, et dans le droit moderne par un arrêt de la cour de Paris du 20 mars 1809.

785. Que faut-il décider s'il s'agit d'un objet indivisible? Plusieurs lois romaines, et notamment le texte de Marcien, qui forme la loi 19, au Digeste, *si servitus vindicetur*, décident que l'effet de l'indivisibilité est de rendre commun à tous les ayant droit le jugement rendu contre un seul, sauf la preuve de la collusion. Pothier reproduit cette doctrine, mais il en affaiblit singulièrement la portée, puisqu'il réserve la voie de la tierce opposition aux parties qui n'ont pas figuré dans le procès (*Oblig.* n° 908). Aujourd'hui, dans le silence du Code civil, on ne voit aucune raison pour étendre à l'indivisibilité ce que nous avons décidé pour la solidarité. Jamais on n'a considéré, par exemple, les codébiteurs d'une obligation indivisible comme cautions les uns des autres; ils ne répondent pas de leurs faits respectifs, ils sont rapprochés par leur position, et non par les liens d'une obligation commune. Il convient donc de laisser au copropriétaire ou au codébiteur d'une chose indivisible la faculté de repousser l'autorité d'une sentence qui lui est complétement étrangère. Quant à la difficulté pratique, qui résulte de ce qu'en cas de décisions opposées, on ne peut or-

par la cour de cassation le 15 janvier 1839. Bien que l'expression de *solidarité* se trouve dans les considérants de cet arrêt à côté de celle d'indivisibilité, il ne s'agissait dans l'espèce que d'indivisibilité, et nullement d'une véritable dette solidaire. En décidant dès lors que *l'indivisibilité de certaines obligations n'entraîne pas comme conséquence l'indivisibilité des procédures et des jugements*, la cour de cassation a rendu une décision fort rationnelle en soi, mais qui ne préjuge rien en ce qui concerne les débiteurs vraiment solidaires.

donner pour partie l'exercice d'un droit indivisible, elle peut exister dans toutes les opinions, puisqu'au cas de collusion, où la tierce opposition est évidemment recevable, le coïntéressé victime de cette collusion pourrait seul faire tomber le jugement, qui subsisterait au regard de son coïntéressé. En pareille hypothèse, il faut voir si le droit est de nature à pouvoir s'exercer sans nuire aux autres parties intéressées. Ainsi, s'il s'agit d'un droit de passage sur un fonds indivis, la partie qui aura triomphé vis-à-vis d'un des copropriétaires seulement, ne pourra point passer, si l'autre copropriétaire justifie qu'il a le droit de s'opposer à l'exercice de la servitude; c'est là une difficulté invincible qui tient à la nature des choses. Mais, après tout, cette partie a toujours l'avantage d'avoir diminué le nombre de ses adversaires. On arrivera à une solution plus satisfaisante, s'il s'agit d'un droit qui, bien qu'indivisible, peut être exercé en totalité, sans nuire aux coïntéressés, par exemple, de l'obligation de construire une maison; en ce cas la marche est indiquée par la loi; on exigera la totalité du codébiteur seul condamné, en lui payant une indemnité pécuniaire, correspondant à la part des codébiteurs qui ont triomphé (C. civ. art. 1224 [1]). Un arrêt de rejet du 19 décembre 1832 consacre la doctrine de Pothier, c'est-à-dire la faculté d'exécuter le jugement contre les copropriétaires ou codébiteurs, mais en leur réservant la tierce opposition.

786. Signalons enfin, pour terminer cet exposé

[1] On a quelquefois soutenu que la qualité d'héritier est indivisible, pour expliquer la disposition de l'article 800 du Code civil, qui semble faire dépendre la qualité d'héritier vis-à-vis de tous les créanciers, du jugement obtenu par un seul. Mais on reconnaît volontiers aujourd'hui que cet article, ainsi que cela résulte évidemment de la discussion, n'a voulu établir aucune règle spéciale, en ce qui touche les effets de la chose jugée. Quant à l'opinion ingénieuse qui voit dans ce jugement une limite au delà de laquelle l'acceptation bénéficiaire devient impossible, nous avons peine à l'admettre; mais ce n'est pas ici le lieu de la discuter (voy. nos *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. II, n° 892).

sommaire des principes sur la chose jugée en matière civile, une doctrine admise autrefois sans difficulté, et contestée aujourd'hui, celle du *contradicteur légitime*, en ce qui touche les questions d'état. Habituellement, ce qui est jugé avec le père n'est pas jugé avec les enfants. Ainsi, une personne à qui on dénierait la qualité de Français, et qui aurait fait juger, dans une première affaire, que cette qualité lui appartient, serait obligée de plaider de nouveau contre les fils de son premier adversaire, s'ils venaient à la lui contester dans un autre procès. L'intérêt de la stabilité de l'état des personnes a fait décider, au contraire, par les anciens auteurs, en matière de filiation, qu'il suffit de triompher vis-à-vis des parents du premier degré, réputés contradicteurs légitimes, pour que tous ceux des degrés subséquents soient liés par la décision rendue avec les chefs de la famille. Julien dit, en effet, en supposant la question de paternité soumise à la justice, que celui qui est déclaré héritier sien vis-à-vis de son père, l'est vis-à-vis de tous : « Et fratribus suis consanguineus erit. Placet « enim, » ajoute Ulpien, « ejus rei judicem jus facere » (l. 2 et 3, ff. *de agn. lib.*). On cite, dans le même sens, un arrêt du parlement de Paris du 4 février 1689. Enseignée encore par beaucoup d'auteurs dans le droit moderne, cette doctrine a été vivement combattue, notamment par Merlin (*Répert.* v° *Question d'état*, § III). Cet auteur judicieux ne va pas toutefois jusqu'à enseigner que chaque génération peut remettre en question ce qui a été jugé avec la génération précédente, de manière à éterniser les procès sur l'état des personnes. Tout ce que l'on peut raisonnablement soutenir, c'est que les enfants nés doivent être mis en cause, dans les procès qui s'agitent avec leur père sur des droits de famille. C'est ce qui paraîtrait résulter des considérants d'un arrêt de cassation du 9 mai 1821, qui déclare « que les droits de famille sont acquis aux enfants par le seul fait de la naissance en mariage légitime; que, respec-

tivement à ces droits, leurs auteurs ne peuvent ni les obliger par leur fait, ni les représenter dans les instances où ces enfants n'ont pas été personnellement appelés. » Mais, lorsqu'on examine l'espèce dans laquelle a été rendu cet arrêt, on voit qu'il s'agissait de revenir sur une décision scandaleuse obtenue d'un tribunal de famille, en 1793, décision qui attribuait la légitimité à un enfant dont la bâtardise était manifeste. C'est donc là évidemment un arrêt d'espèce, et il faut remarquer de plus que l'enfant légitime qui n'avait pas été mis en cause, était donataire de tous les biens présents du *de cujus*, et que dès lors il avait un intérêt tout spécial dans le procès jugé hors de sa présence. Habituellement, au contraire, dans les questions d'état, la réclamation entraîne un scandale qu'il est dans l'esprit de notre législation d'étouffer promptement : de là les délais si brefs pour le désaveu. Nous pensons donc que la théorie du contradicteur légitime rentre complétement dans les principes de droit moderne. Ce qui est incontestable, c'est qu'il faut que toutes les parties principales aient été mises en cause : ainsi, un enfant déclaré légitime vis-à-vis de sa mère, ne le serait point pour cela même vis-à-vis de son père, et réciproquement. Quelque indivisible que soit l'état des personnes dans la nature des choses, il doit cependant être considéré comme divisible dans la pratique; et l'on peut être fils légitime d'une femme sans être légalement le fils de son mari (n° 167).

DEUXIÈME DIVISION.

Autorité de la chose jugée au criminel [f].

787. Le principe qu'il n'est plus permis de remettre en question un point souverainement jugé, est plus

[f] Voy., sur tout ce qui concerne la chose jugée au criminel, les excellents développements contenus dans le *Traité de l'action publique et de l'action civile* de M. Mangin (ch. IV, sect. III).

sacré encore en matière criminelle qu'en matière civile. Que deviendraient la liberté individuelle et la sécurité de chaque citoyen, si les accusations pouvaient se renouveler indéfiniment? Le système contraire est de nature à entraîner de trop graves perturbations, pour n'être pas repoussé par la raison politique aussi bien que par l'équité. « Qui de crimine publico » (Diocl. l. 9, Cod. *de accus.*) « in accusationem deductus est, ab « alio super eodem crimine deferri non potest. » Et notre ancienne jurisprudence a reproduit la même règle, connue dans la pratique sous le nom de *non bis in idem*. Seulement, la requête civile était admise pour cause de dol de l'accusé, ou de fausseté des pièces produites, tandis qu'il n'existe plus aujourd'hui de requête civile en matière criminelle.

788. Le respect de ce principe a une telle influence en matière criminelle, que ce n'est plus alors aux parties seules, comme en matière civile (rej. 5 décembre 1842, et 16 mars 1843), à se prévaloir des jugements rendus en leur faveur, si elles les connaissent et si elles jugent à propos de les invoquer; ce moyen péremptoire doit être suppléé d'office (cass. 12 juillet 1806) dans l'intérêt de l'accusé. Il en est de la chose jugée comme de la prescription, qui n'est pas abandonnée à la discrétion des parties en matière criminelle.

789. Quant à l'application de la maxime *non bis in idem*, il faut distinguer trois degrés dans la juridiction criminelle. Si le prévenu a été relâché par le juge d'instruction, qui a estimé la preuve insuffisante, il n'y a rien là qui ressemble à un jugement; c'est, comme le disait l'article 67 du Code du 3 brumaire an IV, une *décision provisoire de police*, qui ne préjuge rien, et qui permet de recommencer les poursuites, quand même aucun élément nouveau n'aurait été acquis à l'instruction. Lorsqu'un arrêt de non-lieu a été rendu par la chambre des mises en accusation[1], le prévenu ne peut

[1] Il en serait de même des ordonnances de non-lieu rendues par la

plus être traduit en justice à raison des mêmes faits, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges (C. d'inst. art. 246). Il y a autorité de la chose jugée, mais seulement en ce qui touche les charges soumises à la chambre. Enfin l'autorité de la chose jugée protége complétement l'accusé, s'il y a eu jugement définitif, c'est-à-dire non-seulement dans le cas d'acquittement, dont s'est occupé le Code d'instruction criminelle (art. 360), mais en cas d'absolution, ou même de condamnation, au cas où l'on prétendrait que la peine prononcée n'était pas suffisante.

De plus, les arrêts de la chambre des mises en accusation ont un caractère définitif, en tant qu'ils tranchent des questions de droit, à l'égard desquelles la survenance de nouvelles charges est une circonstance indifférente. Ainsi, la décision de cette chambre, qui déclare n'y avoir lieu à renvoi, parce que le fait poursuivi n'est pas punissable aux termes des lois pénales, a une autorité aussi irréfragable que celle d'un arrêt d'absolution. La cour de cassation a jugé, en conséquence (cass. 9 mai 1812), que la découverte de charges nouvelles ne peut détruire l'autorité d'un arrêt de non-lieu, fondé sur ce que le bénéfice de la prescription est acquis au prévenu.

Il n'y a chose jugée au criminel qu'autant que la décision tranche ainsi la question irrévocablement, et non lorsque, motivée uniquement sur le manque de preuves, elle écarte certaines charges, sans purger l'accusation.

790. Les caractères que doit avoir la chose jugée sont sans doute ici les mêmes au fond qu'en matière civile. L'identité d'objet, de cause et de personne est également nécessaire pour rendre non recevables de nouvelles poursuites ; nous allons voir cependant que chambre du conseil, qui n'auraient pas été attaquées dans les délais, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, notamment le 22 août 1847 et le 25 juillet 1849.

l'application de ce principe peut subir quelques modifications en matière criminelle.

§ 1er. *Identité d'objet.*

791. Il est évident que, si le fait poursuivi est différent de celui qui a donné lieu à un premier jugement, on ne peut opposer à l'accusation la maxime *non bis in idem*. C'est ainsi que celui qui est acquitté de l'accusation de meurtre suivi de vol, peut être poursuivi de nouveau pour le fait postérieur et distinct de recel des effets provenant du vol (cass. 5 février 1829).

La circonstance même que les deux délits n'étaient, pour ainsi dire, que la répétition l'un de l'autre, n'aurait pas pour effet de les confondre. Aussi a-t-on validé (rej. 31 juillet 1823) les poursuites pour faux témoignage contre un individu qui avait déjà subi une condamnation pour dénonciation calomnieuse, dans une espèce où l'imputation mensongère avait été d'abord communiquée à un maire, puis réitérée en face de la justice.

Toutefois il ne faudra pas prendre pour des faits distincts tous les éléments particuliers d'un même délit. Celui qui aura commis plusieurs vols dans une même maison pourra bien être poursuivi autant de fois qu'il aura volé de personnes différentes; mais il ne pourra l'être plus d'une fois, à raison des vols qu'il aurait commis en même temps au préjudice d'une seule personne.

792. Les délits peuvent être connexes, c'est-à-dire que les uns peuvent avoir été commis (C. d'inst. art. 227) pour procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, pour en assurer l'impunité. Il faut examiner alors s'il y a une indivisibilité réelle entre le fait jugé et le fait poursuivi. Cette indivisibilité existe, lorsque la culpabilité de l'un des faits tient nécessairement à l'existence de l'autre. Ainsi, quand une personne accusée d'avoir fait un faux pour parvenir à commettre

des concussions, a été reconnue non coupable de faux, comme ayant agi sans dessein de nuire, elle ne peut être ultérieurement inquiétée, quant aux prétendues concussions dont le faux devait être le moyen, puisque l'intention criminelle a été irrévocablement écartée par le jury (cass. 23 frimaire an XIII). Mais les faits, bien que connexes, peuvent être parfaitement divisibles, et dès lors ils sont imputables isolément à l'accusé. Par exemple, la décision négative sur la question de viol n'empêchera pas les poursuites pour excès et mauvais traitements qui auraient été simultanément exercés sur la prétendue victime (arr. de la cour de cass. du 30 mai 1812).

§ 2. *Identité de cause.*

793. On est loin de s'accorder pour admettre en matière criminelle le principe constant en matière civile, suivant lequel le même fait peut donner lieu à plusieurs procès successifs, lorsqu'on invoque chaque fois une cause nouvelle, comme au cas où l'on attaque successivement un testament comme nul dans la forme, comme fait au profit d'un incapable, et comme dépassant la quotité disponible. A Rome, ce principe était admis incontestablement, même au criminel. « Si ta-« men, » dit Dioclétien (l. 9, Cod. *de accus.*), « ex eodem « facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine « in accusationem fuerit deductus, de altero non pro-« hibetur ab alio deferri. » Nos anciens criminalistes ont constamment professé la même doctrine. Mais la législation intermédiaire introduisit un système tout nouveau. Ce qui était soumis au jury, d'après la loi du 29 septembre 1791, et d'après le Code du 3 brumaire an IV, ce n'était pas seulement tel délit, par exemple, tel meurtre, tel vol, c'était le fait même, dont la matérialité et la moralité devaient être spécialement appréciées par le jury. Dès lors, l'accusé acquitté pour meurtre ne pouvait plus être poursuivi

pour homicide par imprudence, puisque l'accusation d'homicide et celle de meurtre se rattachent toutes deux à un même fait, qui avait été généralement apprécié sous toutes ses faces, et déclaré non coupable. C'est en ce sens qu'on interprétait constamment alors les dispositions légales qui ne permettaient pas de reprendre ou d'accuser le même individu *à raison du même fait* (loi de 1791, part. II, tit. VIII, art. 3; C. de brum. art. 426).

794. Or, les mêmes expressions se retrouvent dans l'article 360 du Code d'instruction criminelle ainsi conçu : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée, *à raison du même fait.* » D'après la maxime *non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur* (Paul, l. 26, ff. *de legib.*), plusieurs auteurs et plusieurs cours d'appel ont soutenu que ces expressions doivent s'interpréter de même aujourd'hui, s'attachant à cette idée qu'en matière criminelle, on doit faire prévaloir la solution la plus favorable à l'accusé. Mais la cour régulatrice s'est depuis longtemps prononcée pour l'opinion contraire, et un arrêt de cassation, rendu en ce sens, sections réunies, le 25 novembre 1841, a fixé irrévocablement sa jurisprudence. Si la législation nouvelle doit s'éclairer par celle qui l'a précédée, cela n'est vrai qu'autant qu'il n'y a pas entre elles opposition de principes, *nisi contrariæ sint* (Paul, l. 28, *ibid.*), et cette opposition existe réellement dans l'espèce. Le Code d'instruction criminelle (art. 337) a substitué aux opérations multiples et compliquées du système antérieur, la position de cette simple question : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation[1] ? » Le jury ne prononce donc plus sur le fait, mais sur le délit.

[1] Tel était le texte du Code d'instruction de 1808, et même de ce Code revisé en 1832. Mais aujourd'hui, aux termes de l'article 1er de la loi du 13 mai 1836, les questions relatives aux circonstances aggravantes

Pour que son appréciation s'étende plus loin, il faut qu'on lui ait posé des questions subsidiaires. Il n'est donc plus vrai aujourd'hui que toute accusation relative au fait matériel soumis au jury se trouve purgée par son verdict. Ainsi, lorsqu'il a résolu négativement la question d'infanticide, on ne saurait admettre qu'il ait résolu implicitement celle d'homicide par imprudence, qui ne lui était pas soumise, et qui a pu ne pas même se présenter à sa pensée. Le *même fait* doit donc s'entendre dans la loi actuelle du *même délit*. L'opinion contraire, rationnelle dans un système d'instruction où l'examen du jury devait porter sur le fait envisagé sous toutes ses faces, amènerait aujourd'hui ce singulier résultat qu'un délit correctionnel qui n'aurait été ni discuté, ni jugé, se trouverait impuni, parce que l'auteur de ce délit aurait été mal à propos accusé d'un crime. Il est vrai que le président de la cour d'assises peut toujours poser subsidiairement la question de savoir s'il a été commis un simple délit; mais on sent combien ce serait énerver la répression que de faciliter ainsi les voies à l'indulgence du jury, en posant des questions subsidiaires, auxquelles il s'arrêterait souvent pour prendre un moyen terme entre l'acquittement et la condamnation complète.

On croit vulgairement que le ministère public a un moyen facile de trancher la question, en faisant des réserves à fin de poursuites, avant la clôture des débats (C. d'inst. art. 361). Mais ces réserves ont simplement pour but, d'après le texte et l'esprit de la loi, d'empêcher la mise en liberté du prévenu acquitté; les faits qui donnent lieu à ces réserves, peuvent être tout à fait indépendants de ceux sur lesquels le jury va prononcer. Après tout, la valeur légale du verdict doit dé-

doivent toujours être posées séparément. La question principale n'en a pas moins conservé un caractère complexe; ce qui justifie la jurisprudence de la cour de cassation.

pendre de règles fixes, et non de la circonstance que le procureur général aura pris telles ou telles conclusions.

En matière correctionnelle, il faudra étudier les motifs du jugement, pour reconnaître s'il a statué sur un seul délit, ou sur le fait dans son ensemble, et pour en déterminer en conséquence la portée.

795. Dans le cas d'absolution, qui donne lieu également à l'application de la maxime *non bis in idem*, bien qu'il ne soit pas compris dans la lettre du Code d'instruction (voy. art. 360), il faut décider, au contraire, que le fait se trouve à l'abri de toute accusation à l'avenir, sous toutes ses faces. L'absolution déclare, en général, que le fait dont l'existence a été reconnue par le jury n'est pas défendu par une loi pénale (*ibid.* art. 364). Toute poursuite devient donc impossible à raison de ce fait. Il faut en dire autant des arrêts de non-lieu, lorsqu'ils sont motivés, non sur l'absence de charges suffisantes, mais sur le silence des lois pénales.

§ 3. *Identité de personne.*

796. On ne peut douter que le même meurtre, le même vol, ne soit susceptible de donner lieu à des poursuites successives contre diverses personnes soupçonnées de l'avoir commis, sans que l'acquittement de l'une puisse profiter à l'autre. Il n'est arrivé que trop souvent jadis qu'on ait poursuivi le véritable meurtrier, après que le faux meurtrier avait été non-seulement condamné, mais même exécuté. Il y a, sous ce point de vue, identité parfaite entre le droit criminel et le droit civil.

797. Mais le principe *res inter alios judicata aliis nec prodesse nec nocere solet*, ne s'applique pas toujours avec la même rigueur, lorsqu'il s'agit de codélinquants ou de complices. « Quoique une chose passée entre certaines personnes, » dit Jousse (*Inst. crim.* t. III, p. 21), « ne puisse, en général, profiter à d'autres, cela n'a lieu néanmoins que dans le cas où les droits de ces personnes

différentes sont distincts et séparés, mais non quand ces droits tirent leur origine d'un seul et même fait, et que les défenses que les accusés peuvent y opposer, sont les mêmes. » Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un délit inhérent à la personne de l'accusé, qui doit avoir été commis par lui ou n'avoir pas été commis du tout, comme en matière de bigamie, d'adultère, de désertion, etc., la décision négative de la justice profite à tout prétendu codélinquant ou complice, que l'on voudrait poursuivre à raison du même fait (voy. arr. de la cour de cassation du 17 mars 1831 et du 5 mars 1841). Il ne faut pas dire seulement, en pareille hypothèse, que l'acquittement du prétendu auteur principal profite à ceux qui seraient ultérieurement accusés de complicité. Lors même que ce serait le prétendu complice qui seul aurait été mis en jugement, s'il a été décidé *in rem* qu'il n'y a point de délit, par exemple, si, à l'égard du prétendu complice d'une femme mariée, le tribunal correctionnel a nié l'existence de l'adultère, cette décision profitera ultérieurement à la femme, bien que qualifiée dans les nouvelles poursuites d'auteur principal. Que s'il s'agissait d'une décision affirmative, on rentrerait dans le droit commun, et un nouveau jugement serait nécessaire pour le codélinquant ou pour le complice. Les mêmes principes cessent d'être applicables si l'accusation n'a échoué qu'à raison de circonstances personnelles au premier accusé. C'est ainsi qu'on n'a jamais songé à faire profiter les personnes poursuivies pour complicité, du bénéfice de l'acquittement prononcé en faveur de l'auteur principal, qui serait déclaré avoir agi sans discernement (C. pén. art. 66). Il en serait de même si, dans la première cause, l'acquittement n'avait été amené que par l'insuffisance des charges. Au surplus, les décisions du jury n'étant point motivées, la doctrine qui permet de se prévaloir ainsi de l'acquittement d'un codélinquant, recevra rarement son application en matière criminelle proprement dite.

798. L'identité de personne peut être considérée non-seulement passivement, mais même activement, c'est-à-dire au point de vue des parties poursuivantes, en tant que le même fait peut donner lieu à une action publique et à une action civile. Ceci nous conduit à notre dernière division, à l'influence de la chose jugée au civil sur le criminel, et réciproquement.

TROISIÈME DIVISION.

Influence respective des jugements civils et des jugements criminels.

799. L'action publique, reposant sur des motifs d'ordre supérieur, doit être en général indépendante des décisions rendues dans une procédure purement civile. On conçoit, au contraire, que l'action civile, qui ne protége que des intérêts privés, puisse être subordonnée au résultat de l'action publique. Parlons d'abord de l'influence du civil sur le criminel, qui donne lieu à peu de controverses.

§ 1er. *Influence de la chose jugée au civil sur les poursuites criminelles.*

800. Le seul effet que produisent habituellement les jugements civils qui se rattachent à un délit, c'est d'éteindre l'action civile, qui ne peut plus être portée incidemment devant les tribunaux de répression, lorsqu'elle a été intentée directement. Mais l'exercice de l'action publique est complétement indépendant du sort de l'action civile. C'est ainsi qu'il est de jurisprudence (cass. 28 octobre 1813) que le rejet ou l'admission d'une inscription de faux incident n'empêche pas le juge criminel de déclarer le faux constant, ou de le nier. On a même jugé par arrêt de cassation, le 23 novembre 1827, que la déclaration de faillite émanée d'un tribunal de commerce et passée en force de chose jugée, n'imprime pas irrévocablement la qualité de commerçant à une personne accusée de banqueroute frauduleuse, et que la

juridiction criminelle doit constater elle-même cette qualité pour être autorisée à appliquer la peine légale.

801. La décision des tribunaux civils ne rejaillit sur celle des tribunaux criminels que dans les cas où soit certains textes, soit du moins les inductions tirées de ces textes (nos 179 et suivants), font considérer la question civile comme préjudicielle, en ce qui touche, par exemple, la propriété des immeubles ou l'état des personnes. Alors il est évident que le ministère public, bien qu'il ne soit pas partie principale devant la juridiction civile, où se porte la question préjudicielle, est lié par la sentence définitive émanée de cette juridiction : ce qui est encore une exception à la règle qui veut que l'autorité de la chose jugée n'ait lieu qu'à l'égard des personnes qui ont été parties dans le premier jugement (voy. n° 797).

802. Si, à part ces cas exceptionnels, le jugement civil est sans effet, il doit en être de même, à plus forte raison, des simples actes d'instruction. Les aveux les plus formels reçus par le juge civil ne sauraient faire preuve vis-à-vis du juge criminel. Ce serait un dangereux abus que de considérer comme acquises à l'accusation les déclarations que le défendeur a pu faire avec trop de légèreté, dans une instance où il ne s'agissait que d'intérêts pécuniaires.

§ 2. *Influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile.*

803. Faut-il également poser en principe que la chose jugée au criminel est sans influence sur l'action civile ?

Écartons d'abord le cas où la personne lésée par le délit s'est portée partie civile devant le tribunal de répression. Il est évident qu'alors l'action civile elle-même a été irrévocablement jugée. Lorsque la même question s'élève entre les mêmes parties (voy. n° 772), peu importe, dit fort bien Ulpien (l. 5, ff. *de except. rei jud.*), qu'on agisse *diverso genere judicii*.

Il faut supposer que le ministère public a seul agi au criminel. C'est alors qu'on se demande si la sentence rendue sur ses conclusions pour ou contre l'accusé doit avoir effet quant aux intérêts civils. Toullier (t. VIII, nos 30 et suiv. et t. X, nos 240 et suiv.) soutient avec énergie la négative, en s'attachant au principe posé par l'article 1351 du Code civil, d'après lequel l'autorité de la chose jugée ne peut avoir lieu qu'autant que la demande a le même objet et est entre les mêmes parties. Or, dit-il, l'objet de l'action civile est essentiellement différent de celui de l'action publique, bien que toutes deux se rattachent au même fait, puisque dans l'une, il s'agit de la réparation d'un dommage, et dans l'autre, de l'application d'une peine. Quant aux parties, il est clair qu'elles ne sont pas les mêmes; car le ministère public représente bien la société, mais il ne représente pas spécialement la partie civile, il n'a même point qualité pour défendre ses intérêts pécuniaires. Les tribunaux civils doivent donc, suivant Toullier, considérer comme *res inter alios acta* les décisions rendues par les tribunaux criminels.

Merlin, au contraire, a soutenu (voy. surtout ses *Questions de droit*, v° *Faux*, § VI) et fait prévaloir dans la jurisprudence le principe que la chose jugée au criminel doit être considérée comme jugée au civil. Il oppose aux raisonnements de Toullier cette grave considération, qu'il serait déplorable qu'on pût faire déclarer au civil l'innocence d'un homme qui aurait péri sur l'échafaud. Et lorsque Toullier répond que l'innocence peut avoir été reconnue, il prouve trop; car, pour être conséquent alors, on devrait permettre au condamné de demander la révision de la sentence qui l'a frappé, révision qui n'est admise que dans des cas exceptionnels. On doit, suivant Merlin, considérer le ministère public, lorsqu'il intente l'action criminelle, comme représentant tous les intérêts, tant généraux que privés, en tant

qu'il s'agit de faire constater judiciairement l'existence du délit.

Suivant une troisième opinion, qui a été émise par Zachariæ (§ 769, 2°, n° 4), le ministère public, il est vrai, ne représente point la partie civile; mais, ce qui revient au même, les tribunaux criminels ont, exclusivement à toute autre juridiction, mission pour décider s'il existe un corps de délit, et si l'accusé ou le prévenu est l'auteur des faits qui lui sont reprochés. Cette opinion, à laquelle certains auteurs affectent d'attacher une extrême importance, revient au fond à celle de Merlin. Peu importe que l'on ne considère point, en théorie, le ministère public comme représentant la partie civile, si, en définitive, la question civile se trouve préjugée par le jugement qu'a rendu, sur ses conclusions, la juridiction criminelle?

804. Quelle que soit l'opinion la plus raisonnable, lorsqu'on se place sur le terrain de la pure théorie, il est difficile de nier qu'en droit positif, une foule d'arguments ne viennent à l'appui de la doctrine suivant laquelle le criminel préjuge le civil. Comment expliquer d'abord, dans l'opinion opposée, la disposition (C. d'inst. art. 3) qui suspend l'exercice de l'action civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile? Dira-t-on que le législateur ne s'est pas préoccupé du juge civil, mais du juge criminel, qu'il a craint le préjugé moral que pourrait faire naître dans l'esprit de ce dernier le jugement civil? Mais alors, pour être conséquent, il eût fallu, à l'inverse de ce qui se pratique dans les questions d'état (C. civ. art. 327), dire que l'action civile ne pourrait jamais commencer avant le jugement définitif sur l'action publique. Car, toutes les fois qu'il y a un jugement civil rendu avant que l'action criminelle ait pris naissance, on retombe dans ce même inconvénient dont le législateur a été, dit-on, si vivement frappé. Il est plus na-

turel de voir dans l'article 3 la réciproque du principe suivant lequel la solution des questions préjudicielles civiles lie le tribunal criminel; c'est-à-dire la consécration de la règle que les décisions des tribunaux criminels préjugent l'action civile (voy. rej. 17 mars 1813).

Il y a des textes formels qui supposent l'existence de cette règle. Ainsi, l'article 198 du Code civil veut que, la preuve d'une célébration légale du mariage une fois acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure tous les effets civils au mariage. Pourquoi les poursuites criminelles auraient-elles, en matière de mariage, une portée qu'on leur refuserait partout ailleurs? Dira-t-on que le Code civil suppose nécessairement que les intéressés se sont portés parties civiles devant la juridiction criminelle? Mais le texte est on ne peut plus général, et c'est tout à fait gratuitement qu'on veut distinguer quant à son application.

L'article 235 du Code civil, que Toullier invoque en sa faveur, fournit, au contraire, contre lui un argument décisif, quand on remonte à l'historique de cet article. Il s'agissait de déterminer ce qui devait arriver, quand les faits allégués par l'époux demandeur en divorce pour cause déterminée donneraient lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public. On proposa au conseil d'État de faire précéder le jugement criminel par le jugement civil. Mais il fut répondu qu'il y aurait de graves inconvénients à subordonner la procédure criminelle au résultat du divorce. M. Portalis proposa, pour concilier les diverses opinions, de décider que le jugement criminel ne serait point préjudiciel, du moins en ce qui touche le demandeur; car il pourrait y avoir assez de faits pour prononcer le divorce, sans qu'il y en eût assez pour prononcer une peine. De là, la rédaction de l'article 236 : « Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la

part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'à l'arrêt de la cour d'assises; alors elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur. » Cette disposition, introduite en matière de divorce, et encore applicable aujourd'hui, par identité de motifs, à la séparation de corps, ne fait que confirmer le principe général de l'influence des jugements criminels sur les intérêts civils; principe qui subsiste dans toute sa force contre l'époux défendeur, vis-à-vis de qui les faits sont définitivement prouvés, par cela seul qu'il a subi une condamnation criminelle.

Enfin on cite, pour confirmer ce même principe, l'article 463 du Code d'instruction, qui veut que, lorsque des actes authentiques ont été déclarés faux en tout et en partie, le tribunal criminel qui a connu du faux, ordonne qu'ils soient *rétablis, rayés ou réformés* : ce qui suppose évidemment que les intérêts civils ne demeurent pas intacts après la décision criminelle. Toutefois c'est là une disposition dont il ne faut pas exagérer la portée. En ce qui concerne la partie condamnée, il lui est interdit à jamais de faire usage de la pièce déclarée fausse, et elle peut être condamnée à des dommages-intérêts par la juridiction civile sur le seul vu de la décision criminelle. Mais les tiers auxquels cette pièce peut servir de titre, ne sauraient être atteints par le résultat d'une condamnation à laquelle ils sont demeurés étrangers : ou bien il faudrait admettre leur intervention, ce qui compliquerait singulièrement la marche de la procédure devant les cours d'assises. C'est ce qu'a décidé la cour suprême par les arrêts de cassation du 28 décembre 1849, et de rejet du 24 janvier 1850 (voy. dans le même sens Merlin, *Répert.* v° *Testament*, sect. v, § II). Il ne faut donc pas attribuer au jugement criminel un effet trop absolu. Il ne préjuge la question civile que contre le condamné. Autrement, comme le

dit fort bien Merlin, je perdrais irrévocablement la propriété d'un objet, parce qu'il aurait été jugé au criminel, entre Pierre et Paul, que Pierre est propriétaire de cet objet, et que Paul le lui a volé. Aussi l'article 463 ne reproduit-il point la faculté d'ordonner la destruction matérielle de l'acte, la *suppression*, la *lacération*, qu'autorise en matière civile l'article 244 du Code de procédure. En conséquence, la cour de cassation décide (arr. du 28 décembre 1849) que la radiation ou réforme « n'a pas pour résultat de détruire ou d'anéantir l'existence matérielle des actes authentiques qui ont été déclarés faux, mais qu'il a pour effet de les frapper d'un signe de réprobation qui avertisse de leur fausseté et leur enlève le caractère authentique et obligatoire en faveur du condamné. »

805. Même en ce qui concerne le condamné, l'influence sur le civil de la chose jugée au criminel doit se combiner avec le principe de raison qui veut que l'autorité de la chose jugée soit limitée à ce qui a été formellement décidé par le jugement. On a donc établi dans la pratique certaines distinctions, que la discussion entre Merlin et Toullier a contribué à faire ressortir, et d'après lesquelles le premier a lui-même modifié sa doctrine. On peut concevoir en effet trois hypothèses :

Ou bien la décision judiciaire a déclaré la culpabilité de l'accusé ;

Ou bien elle a déclaré la non-existence du fait à lui imputé ;

Ou bien elle a simplement déclaré sa non-culpabilité.

806. Lorsque l'accusé est déclaré coupable, la règle qui voit dans le ministère public le représentant de tous les intérêts, tant publics que privés, s'applique dans toute sa force. « Un jugement rendu au criminel, » disait le 19 mars 1817, M. Mourre, successeur de Merlin au parquet de la cour de cassation, et fidèle sur ce point à ses doctrines, « n'est pas un acte ordinaire de l'autorité publique, n'embrassant, comme la plupart

des jugements civils, que quelques intérêts privés, et ne se rapportant qu'à quelques individus. C'est un monument élevé dans le sein de la société, qui doit fixer tous les regards et enchaîner toutes les pensées; c'est un monument sur lequel s'imprime une vérité publique[1].» Un arrêt de rejet du 5 mai 1818 s'est prononcé dans le sens de cette doctrine.

807. Il en est de même, en sens inverse, dans la seconde hypothèse, lorsqu'il est formellement jugé que le fait inculpé n'existe pas, ou qu'il a été commis par une autre personne. Cette hypothèse se présentera difficilement aujourd'hui au grand criminel, le verdict du jury dans sa forme ordinaire prononçant sur la culpabilité de l'accusé en général, et non sur l'existence du fait incriminé, comme cela avait lieu dans le droit intermédiaire. Mais les jugements de police correctionnelle, qui sont motivés, peuvent déclarer, par exemple, non-seulement que le prévenu n'est pas coupable de vol, mais même que le vol n'a pas eu lieu. En pareil cas, la cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet du 17 mars 1813, que l'action civile pour vol n'est plus recevable. C'est la réciproque nécessaire de la règle suivant laquelle les condamnations obtenues par le ministère public seul profitent aux parties intéressées.

808. Mais lorsque l'accusé est simplement déclaré non coupable, suivant la formule habituelle du verdict du jury, cette décision négative s'explique par cela seul qu'il y a doute dans l'esprit des jurés, soit sur l'existence du fait, soit sur la culpabilité de l'agent. S'il n'est pas permis aux juges civils de se mettre en contradiction avec ce qui a été décidé par les juges criminels, il ne leur est pas défendu de se livrer à la re-

[1] Il faut reconnaître pourtant, en présence des arrêts de 1849 et de 1850 que nous venons de citer, que la doctrine de M. Mourre est trop absolue. Ce n'est que relativement au condamné que la question civile est préjugée par la décision de la justice criminelle. Il n'y a donc exagération à voir dans cette décision *un monument sur lequel s'imprime une vérité publique.*

cherche de la vérité, quand ceux-ci l'ont laissée incertaine. D'ailleurs, la non-culpabilité d'après la loi pénale, qui ne punit habituellement que le dol, n'entraîne nullement l'absence de culpabilité aux yeux de la loi civile [1], qui tient compte des fautes, même légères, lorsqu'elles portent préjudice à autrui (C. civ. art. 1382). C'est ce qui résulte formellement des dispositions du Code d'instruction criminelle (art. 358, 359, 366), qui autorisent expressément la cour, dans le cas d'acquittement comme dans celui d'absolution, à statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la partie civile. Ce que peut faire la cour d'assises, qui fonctionne en pareil cas comme une sorte de juridiction civile annexée à un tribunal criminel, pourquoi les tribunaux civils ne pourraient-ils pas le faire ultérieurement, lorsque la partie lésée, qui ne s'est pas constituée partie civile, vient à les saisir plus tard de sa réclamation? Il est impossible d'apercevoir une raison de distinguer entre les deux hypothèses. La cour de cassation a rendu un grand nombre d'arrêts dans le sens de cette doctrine, qui n'est plus contestée aujourd'hui dans la pratique. Ainsi, un arrêt de cassation du 27 mai 1840 a jugé que la solution négative de la question de faux par le jury n'entraîne nullement preuve légale de la sincérité de la pièce arguée de faux. Si, au contraire, le verdict du jury a prononcé, non-seulement sur l'absence de culpabilité aux yeux de la loi pénale, mais sur l'absence complète d'imputabilité, alors les principes que nous avons posés sur l'autorité de la chose jugée au criminel reprennent tout leur empire. Si le jury, par exemple, a déclaré que l'accusé se trouvait dans un cas

[1] Néanmoins il ne faudrait pas que les dommages-intérêts fussent motivés, non par une faute, mais par la culpabilité caractérisée, telle que la prévoit la loi pénale. On se rappelle la fameuse affaire Souesme, où l'accusé, ayant été déclaré par le jury non coupable de meurtre, avait été ensuite condamné à cinq mille francs de dommages-intérêts comme ayant *volontairement et hors le cas de légitime défense* porté un coup qui avait donné la mort. L'arrêt de la cour d'Orléans qui s'était mis ainsi en opposition avec le verdict du jury, a été cassé le 24 juillet 1841.

de légitime défense, il n'est plus au pouvoir, ni de la cour d'assises, ni d'aucune juridiction civile, d'accorder des dommages-intérêts pour un fait jugé licite. On ne doit pas, sans doute, tirer d'un verdict des conséquences qui n'y sont pas contenues; mais on doit le respecter scrupuleusement, toutes les fois qu'il est positif. Une cour d'assises s'étant écartée de cette règle, dans l'espèce même que nous venons de poser, son arrêt a été cassé le 19 décembre 1817 [1].

809. On voit que nous admettons, d'une part, d'après l'ensemble des textes, que la chose jugée au criminel est souverainement jugée même au profit ou au préjudice de ceux qui intenteraient ultérieurement l'action civile; mais, d'autre part, que, pour qu'il y ait ainsi chose jugée au criminel, il faut qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la portée de la décision. Or, ce doute ne saurait exister : 1° s'il y a solution affirmative sur la question de culpabilité; 2° au cas d'une solution négative, si elle est de nature à exclure formellement, soit la matérialité, soit l'imputabilité, même civile du délit. Une solution négative, motivée en général sur la non-culpabilité, s'entend de la non-culpabilité pénale, et laisse intact le droit aux réparations civiles, s'il y a lieu.

810. L'autorité irréfragable qui s'attache aux déci-

[1] On a critiqué cette jurisprudence, en disant qu'il peut y avoir légitime défense aux yeux de la loi pénale, et excès dans la défense, motivant des dommages-intérêts, aux yeux de la loi civile. Cette doctrine se trouve consacrée dans les considérants d'un arrêt de la cour d'assises de l'Aveyron, du 13 novembre 1835, arrêt qui n'est toutefois pas au fond contraire à la jurisprudence de la cour de cassation; car, la question de légitime défense n'ayant pas été posée dans l'espèce, le verdict négatif du jury pouvait reposer sur des motifs qui ne fussent pas de nature à exclure l'imputabilité au point de vue de la loi civile. Après tout, il nous semble impossible de déclarer non coupable, comme étant dans le cas de légitime défense, celui qui a tué sans nécessité absolue; celui-là est simplement excusable à raison de la circonstance de la provocation. Il n'y a point lieu dès lors à allouer des dommages-intérêts là où il y a eu véritablement légitime défense.

sions souveraines de la juridiction criminelle, ne s'attache pas également aux simples documents émanés de cette juridiction. Il est certain que les procès-verbaux les plus réguliers, dressés par un officier de police ou par un greffier, ne sont pas des preuves légales devant les juridictions civiles. Un juge civil peut donc, sans excès de pouvoir, refuser d'entendre la lecture des dépositions recueillies dans une instance criminelle (rej. 2 juin 1832). Mais faut-il aller plus loin, et lui refuser d'une manière absolue la faculté de puiser ses éléments de conviction dans des documents de cette nature? Un arrêt de cassation du 22 messidor an VII s'était prononcé dans le sens de cette opinion. Il semble au premier abord que, le mode d'instruction étant différent, et le but qu'on se propose bien distinct dans chacune des juridictions, de même qu'on ne peut employer dans les cours d'assises une enquête civile, on ne doit pas être reçu à employer au civil un procès-verbal d'information ou un procès-verbal des débats. Mais la jurisprudence paraît aujourd'hui (rej. 27 janvier 1830 et 26 novembre 1839) reconnaître au juge civil un pouvoir plus large. Aucune disposition légale, en effet, ne limite ses moyens d'information : il peut les puiser dans une autre instance civile; pourquoi ne pourrait-il pas les puiser aussi dans une instruction criminelle relative aux mêmes faits? En l'absence de toute prohibition spéciale, ne doit-on pas rechercher la vérité par tous les moyens possibles? Si on décide le contraire au criminel quant aux documents civils, c'est que la loi a voulu que la conviction de la culpabilité se formât, en général, sur des preuves orales, d'après un débat contradictoire, et non d'après l'examen des pièces d'un dossier. Rien de pareil en ce qui touche la juridiction civile. Il convient donc de laisser à cette juridiction toute latitude pour la recherche des preuves. Il est bien entendu néanmoins, qu'on ne pourrait se prévaloir, au civil, de dépositions reçues devant un tribu-

nal criminel, si ces dépositions, à raison de la plus grande latitude qui est laissée aux témoins dans l'administration de la justice criminelle, se trouvaient porter sur des points que le Code civil défend de prouver par témoins. Lorsque, au contraire, la loi civile exige une enquête, comme en matière de séparation de corps, il ne sera pas permis de suppléer à cette enquête au moyen d'un procès-verbal d'information, dressé par un juge d'instruction sur les mêmes faits.

QUATRIÈME PARTIE.

DE L'EFFET RÉTROACTIF ET DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE PREUVES.

814. L'application aux preuves des règles sur la non-rétroactivité des lois et sur les rapports de nation à nation, ne donne pas lieu généralement à de sérieuses difficultés. Lorsqu'il s'agit de savoir laquelle doit être appliquée de deux législations successives dans un même pays, ou bien de deux législations de pays divers, on a depuis longtemps établi une distinction essentielle. « Il y a, » dit Merlin (*Répert.* v° *Effet rétroactif*, sect. III, § VIII) « deux sortes de formalités judiciaires : les unes, qui appartiennent seulement à l'instruction et ne sont relatives qu'à la procédure, raison pour laquelle les jurisconsultes les appellent *ordinatoria litis;* les autres, qui appartiennent au fond même de la cause, dont l'omission ou l'absence neutralise ou anéantit l'action, et que les jurisconsultes désignent par les mots *decisoria litis.* » On pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il faut ranger dans le premier chef tout ce qui est relatif à la preuve, à raison de l'intime connexion qui unit la preuve avec la procédure. Il est vrai que les lois sur la preuve rentrent dans les moyens d'application du droit, et constituent ce que Bentham appelle des *lois adjectives* (voy. n° 3). Mais la preuve est, par sa nature, contemporaine du fait à prouver, tandis que la procédure est essentiellement postérieure et soumise à des règles

à part. Il faut dès lors s'attacher, en principe, quant à l'admissibilité de la preuve (*decisorium litis*), à la loi du temps et du lieu où est intervenu le fait qu'il s'agit de prouver. Au contraire, pour la procédure de la preuve (*ordinatorium litis*), on s'attachera, en principe, comme pour toute autre procédure, à la loi du temps et du lieu où siége le tribunal saisi de la contestation. Un arrêté consulaire du 5 fructidor an IX consacre implicitement cette distinction, lorsqu'il statue en ces termes : « Tout ce qui touche à l'instruction des affaires tant qu'elles ne sont pas terminées, se règle d'après les formes nouvelles, sans blesser le principe de non-rétroactivité que l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit [1]. »

842. M. Mittermaïer (*Archives de la jurisprudence en matière civile*, tome XIII, p. 315) est le seul jurisconsulte un peu grave, à notre connaissance, qui veuille qu'on applique toujours la loi du temps et du lieu où siége le tribunal saisi de la contestation. Le principal motif sur lequel il se fonde, c'est que la preuve n'a pour but que de convaincre le juge, et que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les élé-

[1] Il y a cependant un arrêt de cassation, rendu le 4 octobre 1817, aux termes duquel les crimes commis sous une législation antérieure devraient être jugés avec les anciennes formes d'instruction et les garanties qui en résultaient pour les accusés. Mais il ne faut voir là qu'une décision de circonstance, tendant à limiter la juridiction des cours prévôtales instituées en 1815. Depuis cette époque, la cour suprême a jugé à plusieurs reprises, notamment par un arrêt de rejet du 12 octobre 1848, qu'en toute matière « les lois de procédure et d'instruction sont obligatoires du jour de leur promulgation, en ce qui concerne les procès commencés comme les procès à naître. » Ainsi que l'a fort bien dit M. Dupin, dans la discussion de l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt: « lorsqu'en 1790 on a supprimé tous les anciens tribunaux, et qu'on a établi le jury en matière criminelle, un homme accusé d'un fait commis avant ce changement n'aurait pas été recevable à prétendre qu'il aimait mieux être jugé par l'ancienne Tournelle criminelle du parlement. Lorsqu'on a supprimé le jury d'accusation, ceux qui étaient alors en prévention n'auraient pas pu réclamer qu'on voulût bien l'employer encore une fois pour eux » (voy. dans le même sens le décret de l'Assemblée constituante, en date du 22 janvier 1849).

ments autorisés par les lois de son pays. M. Mittermaïer a raison en ce sens qu'il n'est pas permis d'emprunter au droit ancien, ou aux lois étrangères, des modes de vérification absolument réprouvés par la loi en vigueur dans le pays où siége le tribunal. Ainsi, lorsque le *congrès* a été aboli en France (n° 84), on n'aurait pu en demander l'application aux causes antérieures à cette abolition; et alors même qu'il subsistait en France, une femme française n'eût pu le réclamer contre son mari, dans un pays où il était repoussé, sous prétexte que son statut personnel l'y autorisait formellement. Et il y avait évidemment lieu d'appliquer la même décision lors de l'abolition par nos rois du combat judiciaire. Mais ce sont là des hypothèses tout à fait exceptionnelles. En général, les dispositions de la loi qui proscrivent certaines preuves, n'ont qu'une force toute relative; elles rejettent ces preuves comme dangereuses dans certains pays et dans certains temps, et non comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il n'y a donc rien qui contrarie le système de la loi, dans l'application de ces mêmes preuves à une époque où ces restrictions n'avaient pas été jugées nécessaires, ou bien à des étrangers dans le pays desquels ces restrictions sont inconnues. M. Mittermaïer a pris l'exception pour la règle, en adoptant cette doctrine nouvelle, opposée à une jurisprudence constante, et manifestement contraire à l'équité. Car est-il raisonnable de soumettre celui qui contracte aujourd'hui aux lois qui régiront l'avenir, ou celui qui contracte en Angleterre aux lois qui régissent la France?

843. Voyons avec quelles modifications doivent s'appliquer les principes que nous venons de poser, d'abord aux faits passés sous l'empire des lois anciennes; puis aux relations internationales.

PREMIÈRE SECTION.

EFFET RÉTROACTIF.

314. D'après la distinction que nous avons établie entre les points qui touchent le fond de procès et ceux qui ont trait seulement à la forme, lorsqu'il s'agit de l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve, notamment de la preuve testimoniale, il faut se reporter à l'époque où sont intervenus les faits dont on veut établir l'existence. L'adoption virtuelle par les parties de certains modes de preuve pour constater ce qui s'est passé, est elle-même une convention implicite, sur laquelle la loi nouvelle ne doit pas réagir. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans une foule de cas, notamment par un arrêt de rejet du 16 août 1831, où elle pose en principe « que le mode de preuve d'une convention ne tient point à la forme de procéder; qu'il se rattache essentiellement au fond; que, par conséquent, c'est la loi du temps où les parties font remonter cette convention qui doit être consultée. » Dans une autre espèce, où il pouvait y avoir plus de doute, puisqu'il s'agissait de prouver non plus une convention, mais la possession d'un droit d'usage, la même cour a également décidé (rej. 23 mai 1832), que « le mode de preuve de faits de possession, tenant au fond du droit, devait se régler par la loi du temps auquel ces faits se rapportaient. » La cour de Bruxelles a appliqué le même principe (arr. du 15 février 1810) à la preuve même d'un point de droit, en autorisant les parties à faire preuve par actes de notoriété de l'ancienne jurisprudence du comté de Namur, sur un point contesté sous l'empire de la coutume de ce comté. Quelque étrange que paraisse ce mode de preuve dans nos habitudes modernes, on n'eût pu en refuser l'administration, dans l'espèce, sans commettre un déni de justice (voy. aussi Bruxelles, 24 juillet 1810).

815. Au contraire, lorsqu'il s'agit de règles qui régissent la procédure de la preuve, la loi nouvelle est seule applicable, quant aux demandes formées depuis sa promulgation (voy. p. 760, not. 1). C'est ainsi que le mode d'administration de la preuve testimoniale, pour des faits qui se sont passés sous l'empire des lois antérieures, doit être régi par le Code de procédure, lorsque l'enquête s'ouvre sous l'empire de ce Code. Quant aux procès intentés antérieurement [1], une disposition formelle du Code de procédure civile (art. 1041) maintient l'application des lois anciennes, et la loi du 28 mai 1838 (disp. prélim.) est conçue dans le même esprit, lorsqu'elle n'applique le nouveau mode de règlement des faillites qu'à celles qui seraient déclarées depuis sa promulgation. Si des convenances pratiques peuvent justifier de pareilles décisions transitoires, il faut néanmoins le reconnaître, ce n'est point là l'application rigoureuse des principes de la matière, les procès commencés ne constituant point un droit acquis à telle ou telle forme d'instruction [2], et, comme le dit

[1] Toutefois, aux termes d'un avis du conseil d'État du 16 février 1807, les appels, saisies, etc., formés depuis la mise en vigueur du Code de procédure, sont le *principe d'une nouvelle procédure qui s'introduit à la suite d'une précédente*, et doivent dès lors être exclusivement régis par ce Code.

[2] Nous ne saurions souscrire à la doctrine soutenue par Réal, dans l'exposé des motifs de la loi transitoire du 26 germinal an XI, doctrine suivant laquelle *le droit est acquis à celui qui a formé la demande.* Le jugement seul constitue un droit acquis. Aux termes de la Novelle 19, la loi nouvelle doit seulement respecter ce qui a été terminé *decreto judicum*, et la jurisprudence ancienne et moderne est en ce sens (voy. loi du 14 floréal an XI, art. 3; C. civ. art. 1214; 1262, 1263). En décidant que les demandes en divorce formées antérieurement à la publication du Code civil continueraient à être instruites *conformément aux lois qui existaient lors de la demande*, lois si faciles pour le divorce, la loi du 26 germinal avait pour but, non de consacrer un principe, mais de ménager la transition entre la législation révolutionnaire et celle du Code civil. Y eût-il un droit acquis au divorce, il ne pouvait certes y avoir droit acquis à l'instruction de la demande en divorce suivant telle ou telle forme. La loi abolitive du divorce nous paraît, au contraire, n'avoir fait qu'user du droit qui appartient au législateur, lorsqu'elle a converti les instances en divorce pour causes déterminées en instances en sépara-

Merlin (*Répert.* v° *Effet rétroactif*, sect. III, § VII, n° 1), « si la loi nouvelle n'en dispose pas autrement, c'est par elle que doivent être réglés, dans les procédures commencées avant sa publication, tous les actes qui se font postérieurement. » C'est ce qu'a décidé effectivement la cour de cassation, en appliquant aux instances déjà commencées les formes introduites par le Code civil quant à l'expertise en matière de rescision de vente pour cause de lésion (rej. 23 février 1807 et 25 juillet 1831). Il en serait autrement, aux termes d'un arrêt de rejet du 22 juillet 1806, si l'expertise même était déjà commencée, parce qu'alors, ainsi que l'a dit le ministère public à la cour de cassation, « un acte de procédure composé de plusieurs procédés, comme l'acte le plus simple, doit être achevé selon les lois qui ont présidé à son commencement, sans quoi il y aurait *destruction de choses faites*, et sous ce rapport altération de droits acquis. »

846. Toutefois, ainsi que nous l'avons remarqué (n° 842), certaines preuves peuvent être repoussées par la loi d'une manière absolue, comme présentant plus de scandale que d'avantage réel; et alors la loi nouvelle reçoit son application, même aux intérêts qui avaient pris naissance avant qu'elle fût promulguée. C'est ce qui est incontestable au cas où le mode de preuve lui-même est supprimé comme immoral, ainsi que cela est arrivé lors de l'abolition du congrès par le parlement de Paris. De même, dans le système que nous avons adopté avec la cour de cassation, et suivant lequel on n'est point reçu à rechercher une filiation incestueuse ou adultérine, même à l'effet d'obtenir des aliments (n^os^ 168 et 491), il n'est point permis de faire constater par les tribunaux civils les incestes ou adultères même commis sous l'empire des anciennes lois, pas plus qu'il ne le serait, en pareille hypothèse, de division de corps, et annulé tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel (loi du 8 mai 1816, art. 2 et 3).

riger contre l'inceste des poursuites criminelles. La cour de Grenoble s'est prononcée en ce sens le 12 juin 1831; en rejetant le pourvoi contre cette décision (le 6 février 1833), la cour de cassation, sans aborder la difficulté au fond, s'est attachée à une fin de non-recevoir, puisée dans la législation transitoire dont nous allons nous occuper.

817. Quant à la filiation simplement naturelle, le scandale est moins grave, et l'on comprendrait que la preuve, à cet égard, demeurât régie par la loi de l'époque à laquelle remonte la filiation qu'il s'agit de constater. Telle est aussi la doctrine admise en principe par Merlin (*Questions de droit*, v° *Légitimité*, § II). Mais, en ce qui touche la transition du droit antérieurement existant au Code civil, la question a reçu une solution différente aux termes de la loi du 12 brumaire an II[1]. Les dispositions de cette loi, qui la première a prohibé la recherche de la paternité naturelle (n° 175), distinguent trois classes d'enfants naturels : 1° ceux dont le père était mort avant la publication des lois qui ont donné à ces enfants des droits de succession : à leur égard, point de rétroactivité[2]; ils n'ont droit qu'à des aliments, mais ils peuvent rechercher la paternité par tous les moyens admis dans l'ancienne jurisprudence (cass. 14 thermidor an VIII); 2° ceux dont le père a survécu à la publication des mêmes lois, mais était mort lors de la promulgation du Code civil; pour ceux-là, ils profitent du bénéfice du droit intermédiaire, mais à condition de prouver leur filiation, soit par des écrits pu-

[1] Cette loi devait faire partie du Code civil, dont s'occupait alors la Convention. C'est ce qui explique pourquoi on y renvoyait au Code civil, dont on regardait la promulgation comme prochaine, et qui n'a été publié, par le fait, que dix ans plus tard. Ce retard, qu'était loin de prévoir le législateur, a tenu en suspens bien des intérêts, qui se sont trouvés déterminés après coup, non-seulement quant à leur quotité, mais quant à leur preuve même, par la législation nouvelle.

[2] Du moins d'après la loi du 15 thermidor an IV, abolitive des dispositions qui faisaient remonter l'effet de la législation révolutionnaire au 14 juillet 1789.

blics ou privés, soit par la possession d'état (loi de brumaire, art. 8). Par une sorte de compensation, peu conforme aux principes d'une stricte justice, la loi de brumaire a été plus sévère pour la preuve de la filiation, en même temps qu'elle attachait à cette filiation des avantages considérables. Il y aurait eu contradiction à accorder des aliments, conformément aux principes de l'ancien droit, à l'enfant qui aurait établi la paternité au moyen de la preuve testimoniale, et à refuser à ce même enfant les droits successifs[1]; or, précisément on n'a pas voulu aller jusque-là (Merlin, *loc. cit.* cass. 25 mars 1806); 3° ceux dont le père a survécu à la promulgation du Code civil, et dont le sort est entièrement réglé par ce Code, tant pour l'étendue que pour la preuve de leur droit (loi de brumaire, art. 10; loi du 14 floréal an XI, art. 1er). Néanmoins la promulgation du Code civil n'a pu porter atteinte aux conventions et aux jugements passés en force de chose jugée (même loi du 14 floréal an XI, art. 3).

Il faut remarquer de plus, quant à la condition prescrite par le Code civil pour la reconnaissance des enfants naturels, l'authenticité, qu'il suffit qu'elle existe suivant les formes usitées à l'époque de la rédaction de l'acte. De même qu'on dit dans les relations internationales : *locus regit actum*, il faut dire ici : *tempus regit actum*. C'est ce que la cour de cassation a décidé par un arrêt de rejet rendu, sections réunies, le 14 floréal an XII, dans une espèce où le titre de reconnaissance de l'enfant était son acte de naissance, dressé, en 1787, par le prêtre qui remplissait alors les fonctions d'officier de l'état civil (voy. en ce sens une dissert. dans Sirey, 1831, part. I, p. 132).

[1] Si l'enfant avait déjà intenté l'action en recherche de la paternité avant la publication de la loi de brumaire, la Convention a décidé, par un décret du 4 pluviôse an II, qu'il conservait le droit de suivre cette action. Cette décision, sans être conforme à la rigueur du principe (p. 757, not. 2), se conçoit comme tempérament à une législation véritablement entachée de rétroactivité.

818. En matière criminelle, le principe que la preuve doit être celle du temps où les faits se sont passés, reçoit son application toutes les fois qu'il s'agit de questions civiles préjudicielles. Mais la preuve d'un délit, soit devant les tribunaux criminels, soit même devant les tribunaux civils, ne peut être régie que par la loi nouvelle. Il ne s'agit pas ici de savoir quelle preuve les parties ont dû avoir en vue. La loi nouvelle, lorsqu'elle rend la preuve plus facile pour le ministère public ou pour la partie lésée, ne tient pas compte de l'espoir illicite qu'a pu concevoir le coupable de n'être pas découvert, d'après les dispositions de la loi existante. Ainsi, la maxime *testis unus, testis nullus*, n'a pu être invoquée par ceux qui avaient commis un délit en présence d'un seul témoin, depuis que le droit moderne l'a complétement repoussée. Si, au contraire, on interdit à l'accusation des moyens de preuve regardés jusqu'alors comme suffisants, on ne devra pas les employer pour les faits passés, plus que pour les faits présents. Et ici l'intérêt de l'accusé est d'accord avec la raison, pour rendre la loi nouvelle applicable. Ainsi, la règle qui ne permet d'invoquer contre le prévenu de complicité en matière d'adultère que le flagrant délit ou la correspondance (C. pén. art. 338), a dû recevoir son application même aux adultères commis avant la promulgation du Code pénal.

DEUXIÈME SECTION.

DROIT INTERNATIONAL[1].

819. On a admis depuis longtemps en France que, les règles sur la preuve quant au fond, tendant *ad litis*

[1] Voyez le livre II, titre III, du *Traité du droit international privé*, par M. Fœlix, ouvrage déjà cité, que doit consulter quiconque veut approfondir les rapports de la France avec les autres pays de l'Europe sous le point de vue du droit privé.

decisionem (n° 844), il faut suivre, à cet égard, la loi du pays où les parties ont contracté. C'est ainsi que Danty (add. sur le chap. Ier de Boiceau, § 11) nous rapporte que deux arrêts autorisèrent, dès le XVIe siècle, des Anglais plaidant en France à prouver par témoins un contrat passé en Angleterre[1], dont l'objet avait une valeur de plus de cent livres. Il en eût été autrement, suivant le même auteur, s'il s'était agi de deux Anglais qui eussent contracté en France, parce qu'ils eussent contracté suivant la loi du pays où ils faisaient leurs conventions. « Chaque pays, » dit Merlin (*Répert.* v° *Preuve*, sect. II, § III, art. 1, n° 3), « a ses lois pour les formes probantes des actes, et ces lois sont toutes fondées sur des motifs différents. Ici, la preuve testimoniale est admise indistinctement, parce que le législateur a présumé beaucoup de la véracité de ses sujets; là, elle est restreinte dans de certaines bornes, parce que l'expérience a prouvé que les habitants s'écartent souvent de la vérité; dans un autre pays, elle est presque réduite à rien, parce qu'on s'est aperçu que la bonne foi y était encore plus rare. Ainsi, tout dépend en cette matière de l'opinion que chaque législateur a eu de ses sujets, et par conséquent les lois relatives à la forme probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte a été passé qui puisse en attester la vérité; celles du domi-

[1] Il y aurait plus de doute si c'était en Angleterre qu'un Anglais voulût se prévaloir d'une convention passée en France conformément à la loi française, mais non admise par la loi de son pays. Dans le passage du Répertoire indiqué au texte, Merlin nous apprend que les auteurs étaient autrefois partagés sur cette question, et il décide, même dans cette espèce, qu'il faut s'attacher à la loi de lieu où l'acte a été passé, loi qui commande souverainement à tout ce qui se passe dans son ressort. « Les actes, dit-il, reçoivent l'être dans le lieu où ils sont passés; c'est la loi de ce lieu qui leur donne la vie; c'est elle, par conséquent, qui doit les affecter, les modifier, en régler la forme. C'est la réflexion de Paul de Castre, dans son Conseil 13 : *Statutum afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi oriri et nasci.* »

cile des parties ou de la situation des biens n'ont pas ce pouvoir, parce que les raisons qui ont déterminé leurs dispositions sont toutes différentes de celles qui ont dicté les formalités prescrites dans le lieu du contrat.» Telle était la doctrine de Dumoulin (Consult. 43) : « Est « omnium doctorum sententia, ubicumque consuetudo « vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma « actus, ligari etiam exteros actum illum gerentes. »

820. Occupons-nous d'abord de ce qui concerne la preuve littérale. Lors de la rédaction du Code civil, on avait proposé d'y insérer ce principe général : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Si cette disposition n'a pas été convertie en loi, ce n'est pas qu'on l'ait contestée au fond, c'est que, d'une part, on l'a jugée inutile en France où la même législation régit aujourd'hui tout le territoire; et que, d'autre part, dans les relations internationales, on a craint, si on la posait ainsi d'une manière générale, qu'elle ne fût appliquée abusivement, même aux conditions de validité intrinsèque, lesquelles ne sauraient être régies par le statut local. Au surplus, le Code a fait lui-même l'application de cette règle, en ce qui concerne les actes de l'état civil (art. 47) et les testaments (art. 999). Voyons dès lors ce qu'il faut décider quant aux actes, soit authentiques, soit sous seing privé, qui ont été faits en pays étranger.

821. « Les actes passés en pays étranger, » dit Merlin (*Répert.* v° *Conventions matrimoniales*, § 1), « devant les officiers publics des lieux..., sont considérés, en France même, comme des écritures publiques : ils y font foi jusqu'à inscription de faux. » Il n'est donc pas exact de dire d'une manière absolue, avec Mornac (sur la loi dern. ff. *de jurisd.*, n° 11) : « Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia [1]. » Cela n'est vrai que de la

[1] La même confusion se retrouve dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629, aux termes duquel les contrats reçus ès royaumes étrangers

force exécutoire, force qui n'a rien de commun (n° 395) avec l'authenticité intrinsèque, reconnue, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, aux actes reçus à l'étranger suivant les formes du pays [1].

Il s'est élevé toutefois une grave difficulté au cas où la loi française n'exige point seulement l'authenticité, mais certaines formes spéciales, par exemple, l'assistance de notaires, lorsqu'il s'agit d'un testament par acte public (C. civ. art. 971). Nous l'avons déjà remarqué (n° 392), l'institution du notariat, tel qu'il est organisé chez nous, est loin d'être universelle en Europe. Ainsi, en Angleterre, il n'y a pas d'officiers publics pour la rédaction des testaments ; il suffit de la signature du testateur et de deux témoins, qui viennent déposer, après le décès, devant la cour ecclésiastique, qu'ils ont entendu le testateur manifester ses dernières volontés (Stat. I de Vict. chap. 26, sect. 9). Néanmoins la cour de cassation a reconnu (rej. 6 février 1843) la validité du testament d'un Français fait en Angleterre, dont la preuve avait été ainsi établie [2].

Suivant cet arrêt, il faut entendre par l'authenticité, non les formes propres à nos actes notariés, mais les solennités, quelles qu'elles soient, usitées dans le lieu où le Français a disposé. Reste une question préalable fort grave, qui n'a pas été résolue dans l'espèce [3] ; ne doivent avoir aucune hypothèque ni exécution en France (voy. la note suiv.), et *tiennent lieu de simples promesses*.

[1] C'est en confondant ainsi l'authenticité avec la force exécutoire, que l'article 2128 du Code civil ne veut point que les contrats passés en pays étranger puissent donner hypothèque sur les biens de France. Cette disposition, rationnelle dans l'ancien droit, suivant lequel une hypothèque générale résultait de la forme seule des actes notariés, ne se comprend plus aujourd'hui que l'hypothèque est spéciale, et ne résulte que d'une convention expresse, qu'un officier étranger a qualité pour recevoir, aussi bien que s'il s'agissait d'une vente ou d'un échange.

[2] Cette affaire se trouvait régie par un statut plus ancien, qui exigeait trois ou quatre témoins : différence qui n'a aucune importance quant au fond de la question. L'arrêt de 1843 a rejeté le pourvoi contre la décision de la cour de Rouen citée dans notre première édition (n° 761).

[3] On a décidé, en fait, que les énonciations de l'acte prouvaient qu'il avait eu lieu à Londres.

c'est celle de savoir si en pareil cas la date du testament ne doit pas contenir la mention du lieu où il a été fait : autrement, dit-on, on pourrait tester en France en employant les formes étrangères. Il est vrai que chez nous la loi du 25 ventôse an XI (art. 12) exige la mention du lieu où les actes sont passés. Mais, puisque nous partons du principe *locus regit actum*, si le statut local n'exige point la mention du lieu (ce qui arrivait pour la loi anglaise quant au testament), il n'est pas possible d'exiger cette mention en vertu de la loi française, sauf pour les juges la faculté de rechercher si effectivement l'acte a été passé en pays étranger.

822. L'application des formes locales est plus contestable en ce qui touche les actes sous seing privé. Chacun pouvant faire de pareils actes par soi-même, sans l'assistance d'officiers publics, on pourrait soutenir qu'ils doivent être régis par la loi du domicile des parties contractantes. Telle était autrefois, quant au testament olographe, la doctrine de certains auteurs, notamment du président Bouhier (*Cout. de Bourgogne*, ch. 28, n° 20), doctrine qui semble confirmée par l'article 999 du Code civil, aux termes duquel le Français qui se trouve en pays étranger, est autorisé, quel que soit le statut local, à faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée. Mais ce système, en le supposant applicable aux testaments, ne saurait être appliqué d'une manière générale aux actes sous seing privé; car, s'il s'agissait d'un contrat synallagmatique fait à Paris entre un Anglais et un Allemand, à quelle législation se référer pour la preuve? Il faut bien s'attacher au *forum contractus*. Quant au testament olographe même, la règle de l'article 999 est une faveur toute spéciale pour le Français qui se trouve en pays étranger. Dans les rapports des diverses provinces de l'ancienne France, on appliquait constamment autrefois la règle *locus regit actum*, quand celui qui testait dans un ressort se trouvait domicilié dans

un autre (arr. du parlement de Paris du 15 juillet 1777, rej. sect. réunies, 15 pluviôse an II). En conséquence, on doit permettre à l'étranger qui teste en France, d'employer la forme olographe, alors même qu'elle n'est point reçue dans la législation de son pays (Paris, 7 juillet 1845).

823. La preuve testimoniale est régie par les mêmes principes que la preuve écrite. « Celui qui offre la preuve testimoniale d'un engagement ou d'une disposition de dernière volonté[1], » dit M. Fœlix (n° 233), « prétend employer ce moyen de preuve pour remplacer la preuve plus claire et plus précise qui résulte d'actes écrits : il prétend, pour ainsi dire, construire par les dépositions des témoins, un acte identique à celui qui existerait par écrit, si la partie qui a pris l'engagement, ou qui a fait la disposition, l'avait immédiatement rédigé par écrit. » D'où la conséquence qu'il faut se référer au statut local, quant à l'admissibilité de la preuve par témoins. Néanmoins cette règle doit se combiner avec celle suivant laquelle tout ce qui concerne la forme et l'instruction est régi par la loi du pays où l'affaire est pendante. Ainsi, quand une commission rogatoire est adressée par un tribunal étranger à un juge français, ce juge doit diriger l'enquête d'après les formes de la loi française, et quant au fond, il doit s'attacher aux prescriptions de la loi qui régit les conventions des parties.

824. La prestation de serment donne aussi lieu assez fréquemment, dans le droit international, à la délivrance de commissions rogatoires. Nul doute que la question de l'admissibilité du serment ne doive être réglé par la loi qui régit au fond la contestation et non

[1] Le Code bavarois (liv. III, ch. III, art. 10) admet un testament nuncupatif en présence de sept témoins; et le Code prussien (tit. XII, part. I, art. 172) la faculté d'engager valablement son héritier, de vive voix et devant témoins, à payer des legs jusqu'à concurrence du vingtième de la succession.

par celle du pays où siége le juge appelé à le recevoir. Mais la formule du serment doit-elle être considérée comme *decisoria litis?* Dira-t-on que la forme et le fond sont inséparables, la législation étrangère ne regardant certaines déclarations comme probantes qu'autant qu'elles sont reçues suivant un mode déterminé? Il est certain que l'autorité du serment, dépendant de l'opinion religieuse des parties, peut se trouver plus ou moins affaiblie, suivant que la formule sera conçue dans tel ou tel sens. Ainsi, en Belgique, le mode de serment est pour les catholiques : « Ainsi Dieu m'aide et ses saints ! » et pour les protestants : « Ainsi Dieu m'aide et son saint Évangile ! » Quand un tribunal français est chargé par un tribunal de Belgique de recevoir le serment suivant les formes de ce pays, doit-il y substituer la formule générale de la loi française? Le tribunal de commerce de la Seine l'a décidé en principe le 6 août 1833 : « Attendu, en droit, que les tribunaux français ne peuvent être assujettis à recevoir un serment que dans les formes ordinaires et accoutumées, et suivant l'usage du royaume. » En fait, le serment fut prêté suivant la forme belge, du consentement de la partie à qui on le déférait. Mais, si cet accord n'avait pas eu lieu, la décision du procès pouvait devenir impossible au cas où la formule française eût été jugée insuffisante en Belgique. Lorsque nos juges procèdent d'après une délégation des juges étrangers, il convient généralement d'adopter la formule qui est la seule probante dans le pays des plaideurs. Mais, en principe, nos tribunaux ne sauraient être astreints à recevoir toute espèce de serment : ce serait manquer à la dignité de la justice que de consacrer ainsi toute espèce de superstition, jusqu'au fétichisme le plus grossier. Dans une autre décision, du 29 octobre 1829, le tribunal de commerce de la Seine a adopté un moyen terme entre la formule française et celle dont on lui demandait l'emploi. Invité par le tribunal de commerce de Co-

logne à recevoir le serment de négociants israélites *more judaico* (voy. n° 352), il a déclaré dans son jugement « que s'il est dit (dans la commission rogatoïre), que le serment sera prêté dans les formes prescrites par la religion juive, ces formes ne peuvent s'entendre que de celles qui sont susceptibles d'être pratiquées dans l'enceinte de l'audience; par ces motifs, le tribunal ordonne que, conformément aux prescriptions de la loi juive, MM..... prêteront le serment exigé d'eux, la main placée sur le Décalogue à l'usage de cette religion. » Le tribunal de Cologne s'est contenté du serment ainsi prêté.

825. Nous pensons aussi que, lorsqu'une recherche est repoussée comme scandaleuse par la loi française, on ne doit pas l'admettre, même à l'égard des étrangers. Par une conséquence naturelle de ce que nous avons décidé en matière de rétroactivité, la recherche de la paternité ne nous semble pas admissible contre ceux qui ne sont pas regnicoles, fût-elle autorisée par la loi de leur pays. Il est vrai que l'article 196 du Code du canton de Vaud n'admet l'action en paternité d'une Vaudoise contre un étranger qu'autant que l'adjudication serait valable dans le pays auquel cet étranger appartient. Mais cette disposition n'est point l'application rigoureuse des principes de la matière, et l'on pourrait fort bien considérer les lois protectrices de l'honneur des femmes comme des lois de police et de sûreté, obligeant tous ceux qui habitent le territoire (C. civ. art. 3). Quoi qu'il en soit, de ce que le Code vaudois est plus favorable aux étrangers qu'aux nationaux, il ne s'ensuit pas que l'inverse doive être admis chez nous, et qu'une Française puisse, quand elle ne pourrait s'attaquer à un Français, déclarer avec effet un étranger comme l'auteur de sa grossesse, parce que la loi de l'étranger autoriserait de pareilles réclamations. L'esprit de notre législation, qui proscrit de semblables recherches, en les considérant, à tort ou à raison, comme

aussi inutiles que scandaleuses, doit faire appliquer la règle d'une manière absolue.

826. Enfin, en matière criminelle, la justice étant en général territoriale et non personnelle, les délits qui donneront lieu à des poursuites contre des étrangers, auront presque toujours été commis sur notre territoire, et les preuves seront en conséquence celles qui sont établies par la loi française. On ne conçoit guère l'application d'une loi étrangère, en pareille hypothèse, qu'en tant qu'il s'agirait d'une question préjudicielle, relative à des conventions passées en pays étranger. Il faut remarquer au surplus que soumettre à la loi pénale française pour la preuve, aussi bien que pour le reste de l'instruction, les étrangers qui commettent un délit sur le territoire, ce n'est qu'appliquer le principe général, suivant lequel la preuve est régie par la loi du pays où les faits se sont passés. Il n'en est plus de même au cas où il s'agit de crimes commis en pays étranger, soit par un Français, soit par un étranger, lorsque la loi française (C. d'inst. art. 5-7) en autorise exceptionnellement la poursuite devant les tribunaux français. Mais l'adage *locus regit actum*, supposant une convention implicite, ne s'est jamais appliqué aux crimes. L'étranger qui attaque la sûreté ou la fortune de la France, et, dans tous les cas, le Français qui commet un crime à l'étranger, devaient connaître nos lois; dès lors ici, comme en matière d'effet rétroactif, les juridictions criminelles ne sauraient appliquer d'autre législation que la loi actuellement en vigueur.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages

PRÉFACE 1

INTRODUCTION 1

I. Des divers modes de preuves en général 4

II. Des divers modes de preuves en malière judiciaire 5

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA MARCHE DE LA PREUVE 25

I. Qui doit prouver ? 26

1er point. La preuve d'un fait négatif est-elle impossible ? 29

2e point. Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme ? 33

II. Que décider en l'absence de preuves suffisantes 38

III. Que peut-on prouver ? 44

PREMIÈRE PARTIE.

EXPÉRIENCE PERSONNELLE 71

1re section. — Descente sur les lieux 74

1° En matière civile ..... *ib.*

2° En matière criminelle 77

2e section, — Expertise (complément de l'expérience personnelle). 81

I. Civile 83

1° Sa marche 85

2° Sa foi 90

II. Criminelle 92

DEUXIÈME PARTIE.

FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES 97

PREMIER LIVRE. — Preuves simples, — orales 103

PREMIER MODE DE PREUVE ORALE. — Preuve par témoins 104

1re section. — Admissibilité de cette preuve ..... *ib.*

1re règle. — Exclusion de la preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes 105

2e règle. — Exclusion totale en certaines matières 116

1re division. — En matière de conventions 118

§ 1. Application de la règle 123

§ 2. Exceptions 126

1er motif. — Modicité de la valeur ..... *ib.*

2e motif. — Commencement de preuve par écrit 134

3e motif. — Impossibilité de la preuve littérale 138

4e motif. — Consentement de l'adversaire 146

§ 3. Extension de la règle 148

2e division. — Dans les questions d'état 156

§ 1. Naissance et décès 158

§ 2. Mariage 162

Pages

§ 3. Filiation..... 171
1° Légitime..... 173
2° Naturelle..... 182
3e division. — En matière criminelle..... 193

APPENDICE. — Preuve testimoniale au deuxième degré.—Commune renommée..... 208
2e section. — Administration de la preuve testimoniale..... 214
1re forme. — Enquête écrite..... 218
§ 1. Marche générale..... 219
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins..... 234
§ 3. Exclusion de certains témoins..... 240
§ 4. Appréciation des témoignages..... 254
§ 5. Influence de l'enquête sur la décision définitive..... 263
2e forme. — Enquête orale..... 267
I. Au civil, dite sommaire..... 268
II. Au criminel..... 272
§ 1. Marche générale des débats..... 274
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins..... 282
§ 3. Exclusion de certains témoins..... 291
§ 4. Appréciation des témoignages..... 297

DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE. — Aveu exprès ou tacite..... 303
I. Aveu proprement dit..... 304
1re section. — Force de l'aveu..... *ib.*
1re division. — En matière civile..... 305
§ 1. Aveu judiciaire..... *ib.*
§ 2. Extrajudiciaire..... 314
2e division. — En matière criminelle..... 317
2e section. — Provocation de l'aveu..... 325
1re division. — En matière civile..... 326
1° Interrogatoire sur faits et articles..... 329
2° Comparution des parties..... 338
2e division. — En matière criminelle..... 339
§ 1. Interrogatoire lors de l'instruction préparatoire..... 346
§ 2. Lors des débats..... 352
II. Aveu tacite. — Serment décisoire..... 356
1re section. — Au civil..... 360
§ 1. Délation du serment..... 361
§ 2. Prestation du serment..... 367
§ 3. Effet de la prestation..... 371
§ 4. Refus de le prêter ou de le référer..... 376
2e section. — Rejet de ce serment au criminel..... 377

TROISIÈME MODE DE PREUVE ORALE. — Déclaration du demandeur.. 378
1re section. — Foi exclusive attachée à la déclaration d'une partie. 379
2e section. — Serment supplétif..... 384
1re division. — Emploi au civil..... 385
2e division. — Rejet au criminel..... 389

DEUXIÈME LIVRE. — Preuves préconstituées. — Écrites..... 393
PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Acte authentique..... 400
1re section. — En matière civile..... 401
1re division. — Des actes notariés..... 402
1er point. — Forme de ces actes..... 409

Pages
§ 1. Conditions essentielles à leur validité intrinsèque.... 411
§ 2. Effet de l'absence de ces conditions..... 430
§ 3. Formes extrinsèques..... 435
2e point. — Foi des actes authentiques..... 441
§ 1. Que prouvent ces actes..... 442
§ 2. Foi des contre-lettres..... 452
2e division. — Foi des actes de l'état civil..... 462
§ 1. Naissance et décès..... 473
§ 2. Mariage..... 478
§ 3. Filiation..... 480
1° Légitime..... 484
2° Naturelle..... 494
2e section. — En matière criminelle..... 503
1re division. — Procès-verbaux..... 505
§ 1. Conditions essentielles pour leur validité..... 509
§ 2. Foi qui y est attachée..... 516
2e division. — Emploi au criminel des actes authentiques ordinaires..... 522
3e section. — Inscription de faux..... 527
1re division. — Faux civil..... 536
§ 1. Procédure à fin d'être admis à l'inscription..... 538
§ 2. — à fin d'être admis à la preuve des moyens. 544
§ 3. — tendant à la preuve du faux..... 549
§ 4. Issue de la procédure..... 557
2e division. — Faux incident criminel..... 563
DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Écritures privées..... 568
1re section. — Acte sous seing privé..... 569
1re division. — Foi de cet acte..... 572
§ 1. Entre les parties..... *ib.*
§ 2. A l'égard des tiers..... 594
2e division. — Vérification des écritures..... 601
§ 1. Procédure tendant à la reconnaissance de l'écrit..... 603
§ 2. Vérification de l'écrit..... 606
§ 3. Jugement définitif..... 617
§ 4. Inscription de faux quant aux écrits privés..... 621
2e section. — Écritures non signées..... 623
3e section. — Tailles..... 632
4e section. — Foi des écrits privés au criminel..... 634
TROISIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Livres des marchands.. 639
1re section. — Foi entre commerçants..... 641
2e section. — Foi à l'égard des particuliers..... 643
APPENDICE. — Preuve de preuve littérale..... 648
§ 1. — Actes récognitifs..... 649
§ 2. — Copies..... 656

TROISIÈME PARTIE.

PRESOMPTIONS..... 667
PREMIER LIVRE. — Présomptions simples..... 671
1re section. — En matière civile..... 672
2e section. — En matière criminelle..... 675
§ 1. Admissibilité des indices..... *ib.*
§ 2. Leur classification..... 681
§ 3. Leur discussion..... 684

Pages

DEUXIÈME LIVRE. — Présomptions légales..... 687
1re section. — En matière civile..... 688
2e section. — En matière criminelle..... 697
§ 1. Présomptions propres au droit pénal..... 702
§ 2. — empruntées au droit commun..... 704
3e section. — Autorité de la chose jugée..... 707
1re division. — Au civil..... 708
§ 1. Identité de la chose demandée..... 709
§ 2. — de la cause de la demande..... 716
§ 3. — des parties et des qualités..... 719
2e division. — Au criminel..... 732
§ 1. Identité d'objet..... 735
§ 2. — de cause..... 736
§ 3. — de personne..... 739
3e division. — Influence respective du civil et du criminel..... 741
§ 1. Du civil sur le criminel..... *ib.*
§ 2. Du criminel sur le civil..... 742

QUATRIÈME PARTIE.

EFFET RÉTROACTIF ET DROIT INTERNATIONAL..... 753
1re section. — Effet rétroactif..... 756
2e section. — Droit international..... 761

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

DE L'IMPRIMERIE DE CRAPELET, RUE DE VAUGIRARD, 9.