t-il que l'acte reçu par l'officier public soit faux? Là est, nous semble-t-il, le nœud de la difficulté. Merlin identifie les comparants et l'officier de l'état civil, tandis que, dans la réalité des choses, il y a un abîme entre eux : l'un a une mission sociale dont la confiance de la société l'a investi, les autres n'ont aucune mission. Aussi l'officier public ne s'approprie pas leurs déclarations, et il ne peut pas le faire; il se borne à constater ce qu'ils lui ont déclaré. C'est ce fait matériel qu'il atteste, et rien de plus. Donc il n'y a que ce fait matériel qui soit prouvé jusqu'à inscription de faux.

SECTION V. — Des cas où il n'y a pas de registre

43. La loi prescrit la tenue de registres, afin de donner aux hommes un moyen facile de prouver leur état. Mais comment prouveront-ils les naissances, les mariages et les décès, lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsque les registres sont perdus? L'article 46 décide qu'en ce cas « les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers des père et mère décédés que par témoins. » Ainsi deux espèces de preuves sont admises, les écrits émanés des père et mère et la preuve testimoniale. Mais pour que l'on puisse prouver de cette manière les faits de l'état civil, il faut que l'on fasse d'abord une preuve préalable, à savoir, qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. Pourquoi la loi subordonne-t-elle les preuves qu'elle admet à cette preuve préalable? Il est rare qu'il y ait des registres ou papiers domestiques; ce sera donc le plus souvent par témoins que l'on prouvera les naissances, les mariages et les décès, dans les cas prévus par l'article 46. Or, le législateur se défie de la preuve testimoniale; il la prohibe, en principe, en matière de conventions; il la repousse aussi quand il s'agit de l'état des personnes. « C'est pour écarter le danger des preuves testimoniales, dit le tribun Siméon, que la loi a institué les registres de l'état civil (1). »

(1) Siméon, Rapport au Tribunat (Locré, t. Ier, p. 94, n° 1).

Les registres sont donc, dans l'esprit du code Napoléon, la preuve par excellence de l'état civil des hommes. Si la loi admet la preuve testimoniale, c'est par nécessité, quand il n'y a ni registres ni papiers domestiques. Mais, même dans cette nécessité, le législateur cherche à diminuer les dangers que présente la preuve par témoins, en exigeant une preuve préalable qui donne quelque probabilité à la demande. C'est en ce sens que Thibaudeau a exposé les motifs de la loi. « Il n'y a, dit-il, que l'autorité des titres publics et de la possession qui rende l'état civil inébranlable... *La preuve testimoniale seule* n'est pas d'un poids ni d'un caractère qui puissent suppléer à ces espèces de preuves ni leur être opposée... L'incertitude de la preuve testimoniale a toujours effrayé les législateurs (1). »

44. Comment se fait la preuve préalable? « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, *la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins*. » Cette disposition est empruntée à l'ordonnance de 1667. Dans l'ancien droit, on décidait sans hésiter que l'expression *tant par titres que par témoins* signifiait que l'une ou l'autre de ces preuves suffisait, qu'il ne les fallait pas cumuler. Rodier faisait là-dessus cette remarque : « Tous les jugements qui ordonnent des preuves, en quelque matière que ce soit, sont conçus en ces termes : *prouvera tant par actes que par témoins;* cependant il suffit de prouver par témoins. » La locution a donc un sens technique, reçu dans le langage du droit; on la trouve dans l'article 232 du code de procédure; elle a le même sens dans l'article 46 du code Napoléon. Il est inutile d'insister davantage sur un point qui ne fait pas de doute (2).

45. Nous supposons que la preuve préalable est faite. Alors on pourra prouver les naissances, les mariages et les décès, *tant par* les papiers émanés des père et mère décédés *que par témoins*. La loi répète dans la seconde partie de l'article 46 l'expression dont elle s'est servie dans la première : *tant par... que par*. Il faut naturellement l'en-

(1) Thibaudeau, Exposé des motifs (Locré, t. Ier, p. 68, n° 7).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 2, n° 2.

tendre dans le même sens. Cependant il y a un motif de douter. Thibaudeau dit assez clairement dans l'Exposé des motifs que la preuve testimoniale seule ne sera pas admise; le vœu de la loi est, d'après lui, que l'on ait recours aux registres et papiers domestiques « pour ne pas faire dépendre uniquement l'état, la filiation, l'ordre et l'harmonie des familles, de preuves équivoques et dangereuses. » Malgré ces paroles qui semblent exiger le concours des deux preuves, les auteurs enseignent tous que l'une ou l'autre suffit. En effet, les discours des orateurs du gouvernement ne peuvent pas l'emporter sur le texte. Or, le texte est formel. C'est ainsi que l'on interprétait l'ordonnance de 1667; et Thibaudeau lui-même dit que le code civil ne fait que reproduire les dispositions de l'ordonnance, telle que la jurisprudence l'entendait (1). Cela est décisif. S'il restait quelque doute, l'esprit de la loi le dissiperait. Pourquoi, malgré les dangers de la preuve testimoniale, le législateur l'admet-il? Parce qu'il y a nécessité. Or, il peut se faire qu'il n'y ait pas d'autre preuve, qu'il n'y ait ni registres ni papiers domestiques. Rejeter, en ce cas, la preuve par témoins, ce serait mettre les hommes dans l'impossibilité de prouver leur état. Une pareille doctrine est inadmissible.

Est-ce à dire que l'état des personnes soit livré à la merci de faux témoignages? Non, la loi donne une garantie aux citoyens, c'est le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. L'article 46 ne dit pas que les mariages, naissances et décès *seront prouvés* par témoins; il dit qu'*ils pourront être prouvés*. Ces termes laissent une certaine latitude au juge. Nous avons dit que le législateur prescrit une preuve préalable, afin qu'il y ait une probabilité en faveur de la demande. L'esprit de la loi est donc que la preuve testimoniale ne soit admise que si la demande est probable. Qui décidera s'il y a probabilité? Naturellement le juge. Si donc il a la conviction que la demande n'est pas fondée, s'il craint que la preuve par témoins ne présente des

(1) Voyez le témoignage de l'avocat général Gilbert des Voisins, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 124 et suiv.).

dangers, il la repoussera. Ainsi jugé par la cour de cassation (1). Le devoir des tribunaux, dit la cour suprême, est d'apprécier les faits et les circonstances (2). Ce pouvoir d'appréciation était aussi admis dans l'ancien droit, et comme le dit fort bien l'avocat général Gilbert des Voisins il justifie la disposition qui permet de prouver l'état civil par témoins. Dire que le juge est forcé de l'admettre sans discernement, sans connaissance de cause, ce serait aller au-devant des dangers qu'offre ce genre de preuves. Tandis que tous les intérêts sont sauvegardés, si l'on s'en rapporte à la prudence du juge : les citoyens ne seront pas dans l'impossibilité de prouver leur état, mais aussi il y aura une garantie contre les faux témoignages.

46. C'est dans cet esprit, tout ensemble large et prudent, qu'il faut interpréter l'article 46. La loi place en première ligne parmi les preuves qui peuvent suppléer le défaut de registres, les registres et papiers émanés des père et mère décédés. Gilbert des Voisins disait que c'est la meilleure des preuves; mais pour qu'elle ait cette autorité, il faut que les parents soient décédés. En ce cas, leur témoignage mérite toute confiance; car on ne peut pas supposer qu'ils aient fait de fausses énonciations sur leurs registres en vue d'un procès futur qu'ils ne pouvaient pas prévoir. S'ils vivent encore, leur déclaration peut être suspecte. Est-ce à dire que le juge n'en puisse tenir aucun compte? La question doit encore être posée en termes plus généraux. En disant que l'état civil pourra être prouvé par registres et papiers émanés des père et mère, le code exclut-il toute autre preuve littérale? Il y a un motif de douter. Le Tribunat proposa d'ajouter à l'article 46 ces mots : « ou autres écritures publiques et privées. » Le but de la proposition était précisément d'écarter le doute que fait naître le texte en apparence restrictif de l'article 46. Pourquoi, disait le Tribunat, rejetterait-on des écrits qui se trouveraient chez d'autres personnes que les père et mère? Quand on

(1) Arrêt du 12 décembre 1827 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, n° 129).
(2) Arrêt du 24 mars 1829 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 145).

admet la preuve par témoins, on peut, sans danger aucun, admettre toute espèce de preuve littérale (1). Le conseil d'Etat retrancha les mots : « ou autres écritures publiques et privées. » Pourquoi? Nous l'ignorons, car il n'y eut aucune discussion sur ce point au sein du conseil. On aurait tort d'induire de cette suppression que le législateur n'a pas voulu d'autres écrits que ceux qui émanent des père et mère décédés. Une pareille restriction n'aurait pas de raison d'être, comme l'a très-bien dit le Tribunat. Il est plus naturel de supposer que le conseil d'Etat a cru inutile d'ajouter que toute écriture serait admise, d'abord parce que tel est le droit commun, ensuite parce que l'ordonnance de 1667 était interprétée en ce sens. Cette dernière considération nous paraît décisive (2). Par la même raison, nous croyons que le juge peut tenir compte des papiers domestiques, alors même que les père et mère seraient encore en vie, sauf à apprécier la confiance que ces écrits méritent.

Rodier disait que les papiers domestiques étaient la meilleure des preuves, après les registres de l'état civil. S'il n'y en a pas, la preuve des mariages, naissances et décès pourra se faire par témoins. Il suit de là que le juge peut aussi se fonder sur des présomptions. La cour de Rennes l'a décidé ainsi pour le mariage (3). C'est l'application d'un principe général. D'après l'article 1353, le juge peut admettre les présomptions dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Seulement il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes : ce qui est une question de fait abandonnée à la prudence du magistrat. L'on voit, en définitive, qu'en cette matière, le législateur, tout en posant des principes, s'en rapporte, pour l'application, à la discrétion du juge. C'est nécessité. La preuve que le législateur préfère, celle qu'il prescrirait à l'exclusion de toute autre, si la chose était possible, ce sont les registres. Mais quand cette preuve fait défaut,

(1) Observations de la section de législation du Tribunat (Locré, t. II, p. 85, n° 2).
(2) Voyez le passage de Rodier, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 2 (t. XI, p. 124).
(3) Arrêt du 25 mars 1820 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*).

l'intérêt des citoyens demande que l'on en admette d'autres. C'est en quelque sorte malgré lui que le législateur fait cette concession; il veut que les tribunaux soient en garde contre le danger des preuves équivoques, mais il ne trouve d'autre remède contre le mal qu'il redoute que la conscience éclairée du juge. Tel était l'avis d'un magistrat distingué sous l'ancien droit (1); et tel est encore l'esprit de la jurisprudence moderne.

17. C'est d'après ces principes, croyons-nous, qu'il faut décider les nombreuses difficultés auxquelles donne lieu l'application de l'article 46. Il permet de prouver par témoins les mariages, les naissances et les décès dans deux cas : lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. On demande si la loi est restrictive? n'y a-t-il pas d'autres cas que ceux qui sont prévus par la lettre de la loi, dans lesquels la preuve de l'état civil peut se faire par papiers domestiques ou par témoins? A s'en tenir au texte, la question est très-douteuse; pour mieux dire, on pourrait soutenir qu'il n'y a pas de doute; la loi étant claire et formelle, n'est-ce pas le cas de dire qu'il faut s'en tenir à la lettre? A l'appui de cette interprétation restrictive, on peut citer les paroles des orateurs du gouvernement et du Tribunat, qui manifestent une crainte extrême des dangers qu'entraîne la preuve testimoniale. Si le législateur l'a admise, c'est parce qu'il voit un commencement de preuve, une probabilité dans le fait de la non-existence ou de la perte des registres. Cette probabilité n'est-elle pas la condition sous laquelle la loi admet d'autres preuves que les registres? Dès lors, si cette preuve préalable vient à manquer, ne faut-il pas dire qu'il n'y a pas lieu à appliquer l'article 46?

Cependant la jurisprudence et la doctrine admettent que l'article 46 n'est pas restrictif. La cour d'Aix l'a décidé en termes formels, ainsi que la cour de Montpellier (2). C'est un principe qui n'est plus contesté, bien que le dissentiment

(1) Voyez le réquisitoire de Gilbert des Voisins, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 124-126).
(2) Arrêts du 28 mars 1811 et du 12 février 1825 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n°s 138 et 139).