soit grand quand il s'agit de déterminer la portée ou les limites de l'interprétation extensive. Il faut donc nous arrêter au principe, afin de lui donner toute la précision possible. La cour de Montpellier remarque que l'article 46 ne dit pas que la preuve par papiers domestiques et par témoins *ne* sera admise *que* dans les deux cas prévus par la loi; les termes sont démonstratifs et n'excluent pas d'autres cas. Ainsi le veut aussi l'esprit de la loi. Peut-on croire, dit Merlin, que le législateur ait voulu mettre des citoyens dans l'impossibilité de prouver leur état, alors que l'impuissance où ils se trouvent de produire des actes inscrits sur des registres ne peut leur être imputée, puisque le seul coupable, après tout, c'est l'officier public (1)? Ce qui, à notre avis, est décisif en faveur de l'interprétation extensive, c'est qu'elle était admise dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1667, de même que l'article 46, ne parlait que du défaut et de la perte des registres. Elle ne parlait pas du cas où il y avait des registres, mais imparfaits, irréguliers, altérés. Est-ce à dire que, dans tous les cas non prévus par l'ordonnance, on rejetait la preuve par papiers domestiques ou par témoins? Non, dit Gilbert des Voisins : « dans une matière aussi importante en espèces bizarres, dont il est impossible de prévoir la diversité, la loi n'a pas eu l'intention de s'expliquer précisément sur ces cas singuliers, et n'a pas cru pouvoir le faire; elle les a laissés à la prudence du juge (2). » Il était donc admis comme principe que, si les juges devaient être très-difficiles à permettre la preuve par témoins, ils pouvaient néanmoins le faire dans tous les cas où les citoyens n'étaient pas en état de prouver par registres les mariages, naissances et décès. L'interprétation extensive était abandonnée à leur discrétion. Reste à savoir si l'article 46 doit être entendu dans le même sens.

Le code Napoléon ne fait que reproduire l'ordonnance de 1667; c'est donc cette ordonnance, avec l'interprétation qu'elle a reçue, qui doit servir à interpréter l'article 46.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Décès*, § 1 (t. V, p. 29).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *État civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 125).

On ne peut pas isoler cette disposition, et l'appliquer dans un sens littéral, sans tenir compte de la source d'où elle émane. Portalis dit que l'on ne fait pas les codes, qu'ils se font avec le temps. Quand il s'agit d'une règle traditionnelle, il faut, pour en saisir le sens et la portée, consulter la tradition. Or, l'histoire du droit nous dit que le législateur ancien voulait laisser une grande latitude au juge; dès lors on doit admettre que tel est aussi l'esprit du législateur moderne. Nous avons sur ce point un témoignage considérable dans la discussion du conseil d'Etat. Cambacérès dit que la cour de Lyon demandait si la preuve admise par l'article 46 dans le cas de non-existence ou de perte des registres, le serait également pour réparer l'omission des actes. Thibaudeau répondit qu'il serait très-dangereux de prévoir le cas d'omission, que mieux valait laisser ces questions dans le domaine des tribunaux, qui y statueraient *suivant les circonstances* (1). C'est dire que les tribunaux ont en cette matière un grand pouvoir d'appréciation, comme ils l'avaient dans l'ancien droit. Ils ne sont pas liés par un texte restrictif; il y a des circonstances qui ne rentrent pas dans les deux cas prévus par l'article 46, et où néanmoins le juge pourra admettre la preuve par papiers domestiques et par témoins. C'est la remarque de Merlin (2).

48. Il y a toutefois une raison de douter. Interpréter l'article 46 en ce sens que tout dans l'application est abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge, c'est, en définitive, admettre en principe que l'état civil dépend de la preuve par témoins. Or, le législateur se défie de la preuve testimoniale, à ce point qu'il la prohibe quand il s'agit d'intérêts pécuniaires dépassant la somme minime de cent cinquante francs. A plus forte raison doit-il la repousser quand l'état des hommes est en cause. Et c'est bien en ce sens que Thibaudeau et Siméon ont expliqué l'esprit de la loi. L'article 46, en déterminant les cas où la preuve par témoins est admissible, a voulu garantir les citoyens contre

(1) Séance du 6 fructidor an IX (Locré, t. II, p. 37. n° 24).
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Décès*, § 1 (t. V, p. 31).

les dangers de la preuve par témoins. S'écarter du texte, n'est-ce pas tomber sur l'écueil que le législateur a voulu éviter?

Nous avouons que tel serait le sens de l'article 46, si on pouvait l'isoler des précédents. Mais quand on le met en rapport avec l'ancien droit, il prend une tout autre signification. Nous avons déjà cité le remarquable réquisitoire de Gilbert des Voisins; consultons-le encore. Il répond directement à l'objection très-sérieuse que nous venons de soulever. Non, le législateur ne suit pas, en matière d'état, les principes qu'il a établis pour les preuves en général. S'agit-il de conventions, la loi prohibe la preuve testimoniale; elle ne l'admet que par exception, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, lorsqu'il y a un accident imprévu où il ne pourrait avoir été fait d'actes. « Il n'en est pas de même, dit Gilbert, pour la preuve de l'état. L'ordonnance dit bien que cette preuve sera reçue par des registres publics qui feront foi; elle prévoit le cas de leur inexistence, elle indique une route à suivre en ce cas, et elle désigne d'autres sortes de preuves. Du reste, nulle part elle ne défend expressément la preuve testimoniale; elle ne parle ni de commencement de preuve par écrit, ni d'accident imprévu ; il semble même qu'elle évite d'employer des termes trop impératifs ; elle ne dit pas que la preuve de l'état *ne* sera reçue *que* par des registres publics, mais seulement qu'elle *sera reçue* par des registres qui feront foi. Dans le cas de l'inexistence des registres, elle ne dit pas que l'état *sera* justifié tant par les papiers domestiques des père et mère que par témoins, mais seulement qu'il *pourra l'être*. Enfin, elle ne dit pas que, en ce cas, les papiers domestiques seront nécessaires, elle ne dit pas non plus que la preuve testimoniale toute seule suffira ; elle dit que l'état pourra être justifié tant par l'une que par l'autre preuve : expression mitoyenne qui semble choisie exprès pour laisser quelque sorte d'indécision, et pour donner quelque liberté médiocre à la prudence des juges (1). »

Ces paroles s'appliquent à la lettre au code Napoléon,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, § 2, n° 3 (t. XI, p. 125)

car il reproduit textuellement l'ordonnance. Il en résulte que le juge a une plus grande latitude en matière d'état qu'en matière de conventions, pour l'admission de la preuve testimoniale. Tandis que tout est restrictif dans la preuve des conventions, tout est, à dessein, vague et indécis quand il s'agit de l'état des personnes. Nous en avons déjà dit la raison, c'est la nécessité. « Ce n'est qu'avec regret sans doute, dit l'orateur du Tribunat, que le législateur autorise, dans une matière si importante, la preuve testimoniale, mais elle est *nécessaire;* elle est le seul moyen que puissent invoquer une foule d'individus qu'il serait aussi trop injuste de priver de leur état, parce que les registres où il aurait été constaté seraient perdus (1). » Si la *nécessité* est le principe de la loi, il serait peu logique d'en limiter l'application à un ou deux cas. La nécessité est une question de fait; ce n'est pas le législateur, c'est le juge qui la constate. Et dès qu'il reconnaît qu'il est nécessaire d'admettre la preuve par témoins, il faut qu'il puisse l'ordonner. Ainsi le veut la logique des principes.

On dira : A quoi bon alors indiquer deux cas dans l'article 46? Pourquoi ne pas dire tout simplement que tout, en cette matière, est abandonné à l'appréciation du juge? C'est que, dans l'esprit de la loi, le pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir arbitraire. Le législateur ne veut pas que la preuve testimoniale soit admise à tort et à travers; il exige une preuve préalable, c'est-à-dire une probabilité, une certaine vraisemblance en faveur de la demande. Il indique ensuite deux cas dans lesquels cette vraisemblance existe. Ce sont donc des exemples qu'il donne, c'est une explication de sa pensée, ce n'est pas une restriction qu'il impose. Le législateur ne pouvait pas prévoir tous les cas où la demande serait probable, parce que, encore une fois, cela est une question de fait, et il serait très-illogique, très-imprudent de vouloir d'avance prévoir tous les cas où la vraisemblance de la demande autorise la preuve testimoniale ; il s'en présenterait toujours de nouveaux, et s'ils étaient exclus, la loi serait injuste pour le citoyen qu'elle

(1 Discours de Chabot de l'Allier (Locré, t. II, p. 105, n° 11).

mettrait dans l'impuissance de prouver son état. Donc il fallait se borner à des exemples qui fissent connaître l'esprit de la loi. Vainement dira-t-on que ce vague est dangereux; il y a un plus grand danger, c'est de compromettre l'état des hommes, en rendant impossible la preuve de leur état.

C'est cette interprétation que la jurisprudence a consacrée. On peut dire que les tribunaux ont le plus souvent décidé sous la pression de la nécessité. Tel est précisément le principe de la loi. Si les auteurs ne sont pas toujours d'accord avec les arrêts, c'est qu'ils ne subissent pas l'influence des faits; ils manient les principes comme des formules mathématiques. Nous croyons qu'en cette matière la jurisprudence est dans le vrai, et que la doctrine a tort de vouloir établir des principes absolus là où tout est nécessairement indécis et flottant.

49. Cela est si vrai que les auteurs se sont vus forcés d'admettre la preuve de l'état par papiers domestiques et témoins, en dehors du texte de l'article 46. Ainsi tout le monde s'accorde à dire que s'il y a des registres, mais qu'une feuille y manque, la preuve testimoniale sera admise. Il est évident que ce cas n'est pas prévu par le texte de la loi. Mais, dit la cour de cassation, la disposition de l'article 46 n'est pas limitée au seul cas de la perte totale et absolue des registres; la soustraction d'une seule feuille peut, *selon les circonstances*, être considérée par les juges comme équivalente à l'absence totale des registres, si le demandeur soutient que son acte de naissance, mariage ou décès a dû être inscrit sur la feuille perdue ou soustraite. C'est là un fait dont les conséquences appartiennent à l'arbitrage du juge, qui peut, en pareil cas, ou admettre la partie à la preuve testimoniale de l'acte dont elle a intérêt d'établir l'existence, ou lui refuser cette preuve (1). Cette opinion est admise par tous les auteurs (2).

On le décidait déjà ainsi dans l'ancien droit. L'interprétation que Rodier donnait à l'ordonnance est suivie, sous l'empire du code Napoléon, par tous les auteurs. Pourquoi s'écartent-ils du texte? Rodier en donne une raison péremptoire : « Si, dans un registre, dit-il, il se trouvait manquer une feuille, ce serait comme si tout le registre manquait; car chaque partie n'a intérêt qu'à la feuille qui regarde le baptême, le mariage ou le décès dont il s'agit; et puisque l'ordonnance permet la preuve quand le registre entier est perdu, pourquoi ne l'admettrait-on pas quand une partie du registre est perdue? » On le voit, la doctrine procède ici par interprétation extensive, et avec raison. On suppose qu'une feuille a été arrachée par un tiers. Si l'acte que le demandeur a intérêt de produire se trouvait sur cette feuille, lui dira-t-on qu'il n'est pas admis à la preuve par témoins parce qu'il y a un registre? Il lui est tout aussi impossible de représenter un seul acte détruit que de représenter tout un registre détruit. Il y a donc nécessité d'admettre une autre preuve que les registres. Cette preuve ne sera cependant pas reçue de plein droit : le juge décidera d'après les circonstances, comme le dit la cour de cassation, si la demande est vraisemblable (1).

50. La tenue des registres a été interrompue. Sera-t-on admis à prouver les mariages, les naissances et les décès qui se rapportent à l'époque de l'interruption? Oui, disent tous les auteurs. Cependant il y a un registre, nous ne sommes donc pas dans le texte. Mais qu'importe? Si la naissance du demandeur a eu lieu pendant le mois où il n'a pas été tenu de registre, exigera-t-on de lui qu'il prouve sa naissance par un acte inscrit sur les registres de l'état civil? Ce serait demander l'impossible; il y a donc nécessité d'admettre une autre preuve. Est-ce à dire qu'il sera reçu à faire preuve de sa naissance par témoins, par cela seul que le registre n'a pas été tenu pendant un mois? Non, le juge décidera, d'après les circonstances, s'il y a quelque probabilité que la naissance coïncide avec l'époque

(1) Arrêt du 21 juin 1814 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 143, t. II, p. 528).

(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 141.

(1) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. Ier, p. 190, n° 2, Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 137.

où les registres n'ont pas été tenus. C'est encore une application du principe tel que nous l'avons formulé : nécessité d'une part, probabilité de l'autre.

La jurisprudence applique le même principe au cas où les registres sont tenus sans ordre de date, et avec une telle irrégularité que leur seule inspection prouve que les actes n'y ont pas été inscrits jour par jour, mais plutôt après coup. Ainsi décidé par la cour d'Agen (1). Les registres, dans l'espèce, contenaient une foule d'actes placés hors de leur ordre chronologique et à la suite d'autres actes qu'ils auraient dû précéder. En réalité, les registres qui étaient destinés pour 1793 n'avaient été remplis qu'en 1794, ce qui prouve que l'officier public les avait rédigés de mémoire, ou sur des notes prises par lui. De pareils registres, dit l'arrêt, ne sont pas des registres; et il serait bien malheureux pour les citoyens que l'imprévoyance, l'incurie ou l'ignorance d'un officier de l'état civil les privât de l'état que la loi leur assure.

Même décision de la cour de Riom. Les registres, dit-elle, n'offrent partout que confusion, désordre, mensonge, contradiction; il est évident qu'ils ont été faits après coup et copiés sur de faux documents, même avec des blancs laissés au milieu des actes, qu'on a remplis ensuite d'une écriture différente du corps des actes. Si, continue l'arrêt, la loi accorde pleine foi aux registres de l'état civil, elle a supposé des registres réguliers, vrais en eux-mêmes et tenus selon les formes qu'elle prescrit. Des registres évidemment et matériellement faux ne peuvent être considérés que comme une absence de registres, car c'est la même chose de n'exister point ou de n'exister que dans une forme contraire à la raison et à la loi. Dans cet état de choses, la cour décida qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 46 (2).

51. Les registres sont tenus, en apparence, avec régularité; mais le demandeur prétend qu'un acte qui l'intéresse y a été omis. Sera-t-il admis à la preuve testimoniale? Sur cette question, la doctrine et la jurisprudence sont divisées. La plupart des auteurs soutiennent que l'article 46 est inapplicable. Duranton dit qu'il n'oserait pas admettre la preuve testimoniale en ce cas, parce que ce serait ouvrir la porte à un arbitraire sans bornes. Marcadé, à sa façon, est plus catégorique; il déclare que c'est une *erreur certaine* d'étendre à l'hypothèse de l'omission ce que la loi dit de la non-existence ou de la perte des registres. Si l'on pouvait, dit-il, prouver l'état par témoins, sur la seule allégation d'une omission que rien ne constate, on pourrait *toujours* prétendre qu'il y a omission, et il faudrait dire, d'une manière absolue et sans aucune restriction, que les mariages, naissances et décès pourront *toujours* se prouver par témoins. En définitive, l'exception deviendrait la règle. M. Demolombe s'exprime avec la même fermeté, c'est son expression, et il proclame que sa conviction à cet égard est absolue (1). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens, mais il est isolé. La jurisprudence admet la preuve testimoniale en cas d'omission (2).

C'est s'écarter, il est vrai, du texte de l'article 46. Mais les auteurs qui critiquent cette interprétation de la loi n'en ont-ils pas eux-mêmes donné l'exemple, en appliquant l'article 46 à des cas que certainement il ne prévoit pas? Si l'on peut prouver l'état par témoins lorsque la tenue des registres a été interrompue ou irrégulière, quoique la lettre de la loi ne le permette pas, pourquoi ne le pourrait-on pas quand un acte a été omis? On dira que l'irrégularité, que l'interruption sont des faits qui se constatent par l'inspection des registres, tandis que rien ne prouve l'omission. Cela est vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le juge admettra plus difficilement la preuve testimoniale en cas d'omission. Il n'est pas exact de dire que la preuve testimoniale deviendra la règle. Non;

(1) Arrêt du 9 germinal an XIII Dalloz. *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 149).

(2) Arrêt du 30 janvier 1810 (Dalloz, *Répertoire*. au mot *Actes de l'état civil*, n° 149, t. II, p. 533). Comparez arrêt de la cour de Bordeaux du 9 mars 1812 (Merlin, *Répertoire*. au mot *Etat civil*, § 3, n° 4, t. XI, p. 147).

(1) Duranton, t. Ier, p. 220, n° 297; Marcadé, t. Ier, p. 190, n° 2; Demolombe, t. Ier, p. 530, n° 324.

(2) Voyez les arrêts cités par Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 31, n° 20.

dans l'esprit de la loi, le juge n'admettra la preuve par témoins que si la demande est probable. Question de circonstances, comme l'a dit Thibaudeau au conseil d'Etat, précisément pour le cas d'omission. Or, les circonstances peuvent être telles, qu'il serait inique de refuser la preuve par témoins. Un homme disparaît dans la guerre de la Vendée, alors que l'insurrection est dans toute sa fureur. N'admettra-t-on pas la preuve du décès par témoins? La guerre civile qui sévit et qui moissonne les Vendéens n'est-elle pas une probabilité aussi grande pour le demandeur que l'inexistence ou la perte des registres? Il y a donc nécessité et il y a probabilité. Dès lors on est dans l'esprit de l'article 46. C'est ce qu'a décidé la cour de Toulouse (1). La cour de Gand a porté la même décision dans des circonstances plus ordinaires. Un mari déclare le décès de sa femme; l'officier de l'état civil promet de dresser l'acte de décès; il le néglige. Mais il délivre la permission d'inhumer. Il y a là, dit l'arrêt, un commencement de preuve par écrit, en quelque sorte; ce qui rend la demande probable et autorise, par suite, l'admission de la preuve testimoniale (2). On voit qu'il n'est pas exact de dire que la jurisprudence admet la preuve par témoins comme règle. Il ne suffit pas qu'un individu vienne prétendre qu'un acte de l'état civil a été omis sur les registres, pour que le juge lui permette cette preuve. Non, il faut de graves probabilités (3). Où le magistrat les puise-t-il? Tantôt dans des faits non contestés, tantôt dans des écrits. La garantie contre les abus que l'on redoute se trouve dans la prudence des tribunaux (4).

52. Il se présente une dernière question et qui est la

(1) Arrêt du 21 mars 1810 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Actes de l'état civil*, n° 152).

(2) Arrêt du 22 mai 1840 Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 152, t. II, p. 535. Comparez arrêt de la cour de Bruxelles du 9 avril 1832 (*Jurisprudence du* XIX^e^ *siècle*, 1832, 3, p. 158).

(3) « Des présomptions graves et imposantes, » dit l'arrêt de la cour de cassation du 22 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 150, t. II, p. 534).

(4) L'opinion que nous enseignons est celle de Merlin, de Coin-Delisle et de Dalloz (Coin-Delisle, *Commentaire analytique du titre II*, p. 30, n° 20).

plus douteuse. L'article 46 est-il applicable quand l'acte a été inscrit sur une feuille volante? En apparence, ce cas rentre dans celui de l'omission. En effet, il n'y a point d'acte inscrit sur les registres, et d'un autre côté l'écrit informe dressé par l'officier public ne donne-t-il pas de la vraisemblance à la demande? Il y a cependant un motif de douter. On ne peut pas dire, dans l'espèce, que l'officier de l'état civil n'a pas dressé d'acte, il n'y a pas d'omission proprement dite. L'omission suppose que rien n'a été fait. Or, l'officier public a fait quelque chose, il a rédigé un acte, seulement cet acte est irrégulier; on peut dire, et c'est notre opinion, que ce n'est pas un acte. La voie légale, nous semble-t-il, serait de poursuivre l'officier public, et d'insérer le jugement sur les registres. Le résultat, en définitive, est le même, puisque dans tous les cas il faut recourir à la preuve testimoniale. Si nous ne l'admettons pas directement en vertu de l'article 46, c'est que nous ne sommes pas dans le cas prévu par la loi (1).

53. Il reste encore des difficultés dans cette matière si difficile. Merlin admet l'interprétation extensive de l'article 46; mais il fait une restriction pour le cas de décès. Une femme demande à faire preuve, par témoins, du décès de son mari, dans le but de se remarier. Le peut-elle? Il nous semble que la question n'est pas même douteuse. L'article 46 permet de prouver le décès par témoins, et dès qu'il est prouvé que le mari est décédé, la femme peut se remarier. Merlin est effrayé des dangers que présente cette doctrine. Ne risque-t-on pas d'autoriser la bigamie, sur une preuve équivoque et chanceuse? Il voudrait que l'on restreignît l'article 46 aux cas où il ne s'agirait que d'intérêts pécuniaires. Cela est inadmissible. C'est scinder la loi, scinder la preuve qu'elle admet. Quoi! une personne sera décédée ou ne sera pas décédée, selon qu'il s'agira de tels ou de tels intérêts! Merlin n'est pas même conséquent, comme cela arrive aux meilleurs esprits quand ils sont engagés dans une voie illogique. Il devrait re-

(1) Demolombe dit qu'il n'y a pas lieu à admettre l'article 46 (t. I^er^, p. 526, n° 323). Dalloz professe l'opinion contraire (au mot *Actes de l'état civil*, n° 147).