

trop absolu. Un concordat était attaqué pour cause de fraude et de dol. Il y avait eu une plainte en banqueroute frauduleuse, sur laquelle était intervenu, après instruction, un arrêt de non-lieu de la chambre des mises en accusation. Suspendue à cause de la poursuite criminelle, l'action reprit son cours et les demandeurs persistèrent à soutenir que le concordat était le résultat de la fraude et du dol. Leur action fut rejetée par la cour de Paris, par le motif, entre autres, qu'ils ne produisaient et n'offraient de produire, pour établir le dol et la fraude, d'autres preuves que celles qui résultaient de l'instruction criminelle, et que les juges ne peuvent puiser leurs éléments de conviction dans les enquêtes d'une procédure criminelle. Cet arrêt fut cassé comme violant expressément l'article 1353 (1). Il a donc été décidé que les juges doivent prendre en considération les enquêtes criminelles quand les parties les allèguent comme preuve. Cela est de l'essence de toute preuve. Le pouvoir discrétionnaire qui appartient au juge en matière de preuve testimoniale et de présomptions reste entier, car il lui appartient d'apprécier la valeur de la preuve offerte.

88. La jurisprudence des cours de Belgique a aussi été hésitante. Il a été jugé d'abord par la cour de Bruxelles que le juge civil ne peut pas prendre une instruction criminelle pour base de ses décisions, parce que dans les instances civiles tout doit se faire contradictoirement (2); la cour de Liège, au contraire, a jugé qu'un incendie avait été le résultat de la malveillance, en s'appuyant sur les poursuites criminelles, sans, du reste, discuter la question (3). La cour de Bruxelles est revenue sur sa première jurisprudence en décidant que le juge pouvait puiser des présomptions dans une procédure criminelle (4), et la cour de cassation s'est prononcée pour la même opinion dans l'affaire Delaet. Il s'agissait d'une requête civile fondée sur le dol personnel de la partie qui avait

(1) Cassation, 2 juin 1840 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 597, 2°).

(2) Bruxelles, 6 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 68).

(3) Liège, 29 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 122).

(4) Bruxelles, 25 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 203).

obtenu gain de cause. Le dol pouvant se prouver par présomptions, le juge du fait peut puiser les éléments de sa conviction dans une procédure criminelle; la loi les abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat, d'où résulte qu'il est souverain appréciateur des circonstances dont il fait dériver ses convictions (1). On voit que la jurisprudence des cours de Belgique tend, comme la jurisprudence française, à permettre au juge civil de se prévaloir des procédures criminelles.

89. Le juge ne peut pas admettre les preuves légales pour toute espèce de faits; il faut qu'ils soient relevants, c'est-à-dire qu'ils soient de nature à influencer sur la décision du procès. A quoi bon prouver des faits qui, alors même que la preuve en serait faite, seraient sans influence sur la décision? Ce serait faire des frais frustratoires et traîner les procès en longueur sans utilité aucune. La loi le dit pour les enquêtes (code de procédure, art. 254); la règle doit être généralisée, parce qu'elle résulte de la mission du pouvoir judiciaire; le juge est appelé à distribuer la justice, donc la procédure doit être limitée aux preuves qui peuvent l'éclairer. Tel est le sens du vieil adage : *Frustra probatur quod probatum non relevat* (2).

90. Il y a deux parties en cause : qui doit prouver les faits dont dépend la décision du procès? est-ce le demandeur? est-ce le défendeur? On répond, dans le langage de l'école, que le fardeau de la preuve incombe à celui qui allègue le fait. Ce n'est pas sans raison que l'on appelle fardeau l'obligation de prouver en justice un fait contesté; nous avons parlé ailleurs de la preuve de la propriété et des difficultés auxquelles elle donne lieu. C'est donc une charge difficile que celle de prouver; il importe de savoir sur qui elle pèse. Puis, et ceci est le point capital, le juge décide contre celle des parties qui devait faire la preuve et qui ne la fait pas. Je réclame une créance contre Pierre, c'est à moi de prouver le fonde-

(1) Rejet, 29 décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 65).

(2) Bonnier, t. I, p. 59, n° 61. Aubry et Rau, t. IV, p. 324 et note 13, § 749. Gand, 29 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 292).

ment de la demande; si je ne parviens pas à faire la preuve que ce que je prétends m'est dû, le juge décidera que Pierre ne me doit rien. Je prouve que Pierre me doit mille francs. Pierre m'oppose qu'il est libéré, s'il ne parvient pas à prouver le fait de sa libération, le juge le condamnera à payer. C'est le sens de l'adage : *Actore non probante, reus absolvitur*. On entend par *actor* ou *demandeur* tous ceux qui allèguent un fait et qui doivent le prouver; si cette preuve n'est point administrée, le juge donne gain de cause à la partie adverse. C'est la conséquence du principe que la loi établit sur le point de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve (1).

91. L'article 1315 porte : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » La loi ne décide la question du fardeau de la preuve que pour les obligations; elle doit être généralisée et formulée de manière qu'elle reçoive son application à toutes les demandes qui sont portées en justice et à tous les moyens que le défendeur y oppose. Celui qui intente une action ou qui oppose un moyen de défense au demandeur doit prouver les faits qui servent de fondement à sa demande ou à sa défense. C'est donc à celui qui allègue un fait qu'il incombe de le prouver, peu importe qu'il soit demandeur ou défendeur, car le défendeur devient demandeur quant à la défense qu'il oppose; c'est le sens des vieux adages qui sont conçus en termes plus généraux que la disposition de l'article 1315 : *Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor*.

Ce principe est fondé en raison. Pourquoi dois-je prouver l'obligation dont je réclame l'exécution? Parce que la liberté est la condition générale des hommes : l'un n'est lié à l'égard de l'autre que par exception, lorsque par la loi, par une convention, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit il se trouve obligé envers une autre personne,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 53, n° 40. Colmet de Santerre, t. V, p. 523, n° 2.6 bis III et p. 526, n° 276 bis VII.

donc c'est à celui qui prétend que je suis obligé de prouver le fait qui a créé une obligation à ma charge. Je revendique la propriété d'un immeuble contre le possesseur : pourquoi dois-je prouver que je suis propriétaire? Parce que, en général, ceux qui possèdent ont aussi la propriété de la chose; si je prétends évincer le possesseur, je dois prouver que moi je suis le propriétaire.

Le défendeur oppose-t-il une exception au demandeur, il doit prouver le fondement de cette exception, pourquoi? En général, le défendeur n'a rien à prouver; c'est le demandeur qui doit établir l'existence du droit qu'il réclame en justice; ne parvient-il pas à faire cette preuve, le défendeur obtient par cela seul gain de cause, sans qu'il doive prouver quoi que ce soit. Mais quand le demandeur a établi son droit, le défendeur est tenu, s'il veut éviter une condamnation, de prouver qu'il est libéré, s'il s'agit d'une obligation. Il résulte de la preuve faite par le demandeur que le défendeur est lié; pour se dégager de ce lien, il doit prouver qu'il est délié, c'est-à-dire établir le fait qui a éteint son obligation; jusque-là il reste obligé et il est tenu de prêter ce à quoi il s'est obligé. S'agit-il d'une action réelle, le demandeur en revendication doit prouver qu'il est propriétaire; le possesseur n'a aucune preuve à faire. Si le revendiquant ne prouve pas son droit, le possesseur obtient par cela même gain de cause. Mais si le demandeur établit son droit de propriété, le possesseur ne peut échapper à l'éviction qu'en prouvant que le demandeur n'est plus propriétaire et que lui a acquis la propriété; de défendeur il devient demandeur et, il est soumis comme tel, à la loi qui impose la preuve au demandeur (1).

92. Des principes aussi élémentaires ne peuvent guère donner lieu à des débats en justice. Mais les faits de la vie réelle n'ont jamais la simplicité de la théorie. Voilà comment il arrive que les principes les plus simples sou-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 524, n° 276 bis V et VI. Mourlon, t. II, p. 799, n° 1515.

lèvent des difficultés dans l'application (1). Une obligation est contractée en 1785. En 1813, une action est intentée, elle se poursuit, à travers bien des vicissitudes, jusqu'en 1841. Les défendeurs opposent au demandeur qu'il doit prouver le fondement de son droit; tout en paraissant convenir que l'obligation a existé autrefois, ils prétendent qu'il n'est pas prouvé qu'elle existe encore, le demandeur ne produisant pas de titre. La cour de Bruxelles répond que l'existence de l'obligation est prouvée de la manière la plus complète, et que la preuve d'une obligation faite à n'importe quelle époque subsiste contre le débiteur aussi longtemps que celui-ci ne prouve pas que l'obligation a été éteinte, soit par la prescription, soit par une autre cause légale d'extinction; il ne suffit pas que le créancier ne représente pas son titre, il ne suffit pas que le débiteur allègue de fortes présomptions de paiement. D'une part, l'obligation peut être prouvée sans que le titre soit représenté et, d'autre part, le juge ne peut décider la contestation par des présomptions que lorsque la preuve testimoniale est admissible. Cela décidait la question contre les défendeurs (2).

Un créancier hypothécaire élit domicile chez un avoué; celui-ci, à ce qu'il paraît, ne fut pas prévenu de ce fait. L'immeuble est exproprié, un ordre s'ouvre et sommation de produire est faite au créancier par exploit signifié au domicile élu. Il ne fut donné aucune suite à cette sommation. De là action du créancier contre l'avoué. Une première question s'élève. Y avait-il mandat dans l'espèce, donné par le créancier et accepté par l'avoué? La cour de cassation décida que l'officier ministériel auquel sont transmises des pièces pour une affaire qui rentre dans son ministère est tenu de contredire le mandat que cette transmission lui confère s'il ne veut pas l'accepter; son silence, joint à la réception des pièces, constitue une présomption d'acceptation qu'il ne peut faire tomber que

(1) Un arrêt récent de la cour de cassation a cassé un jugement du tribunal de Marseille pour violation de l'article 1315 (Cassation, 19 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 141).

(2) Gand, 12 juin 1840 (*Pasicriste*, 1841, 2, 143).

par la preuve de son refus. Une fois l'offre de mandat établie, il fallait appliquer l'article 1315 et décider que c'est à l'avoué de prouver les faits constitutifs de son refus s'il veut échapper aux conséquences de l'acceptation du mandat (1).

93. L'application de ces principes aux droits réels soulève de grandes difficultés; nous les avons examinées en traitant de la revendication et des servitudes. Nous nous bornons, pour compléter l'exposition des principes qui régissent cette matière, à rapporter une décision de la cour de cassation rendue en matière d'actions possessoires.

Une action possessoire est intentée en 1847; elle avait pour cause un trouble apporté à la prétendue possession du demandeur par des travaux du défendeur. Le jugement déclare l'action possessoire mal fondée, le demandeur n'ayant justifié d'aucun fait de possession dans l'année du trouble. En 1851, le défendeur primitif forme à son tour une action possessoire, à raison d'un trouble résultant de constructions élevées par le demandeur primitif. C'était au demandeur de prouver sa possession dans l'année du trouble; il prétendit qu'il n'avait pas de preuve à faire; le premier jugement, disait-il, en rejetant l'action possessoire de son adversaire, avait reconnu par cela même que lui était possesseur. En supposant, répond la cour de cassation, que ce jugement reconnaisse implicitement la possession du défendeur en complainte, il n'aurait statué, en tout cas, que sur l'état de choses préexistant et non sur l'avenir; le prétendu possesseur de l'année 1847 n'était pas nécessairement le possesseur en 1851, il devait prouver sa possession dans l'année du trouble. Mais le premier jugement ne reconnaissait pas même la possession du défendeur, il se bornait à déclarer le demandeur non recevable dans sa demande en complainte, par le seul motif qu'il ne justifiait d'aucun fait de possession dans l'année du trouble; il n'avait pas à reconnaître, ni à maintenir une possession contraire en faveur du défendeur, lequel alors n'alléguait pas être possesseur et ne

(1) Rejet, 18 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 299).

formait à cet effet aucune demande reconventionnelle. De là suivait que le jugement fondé sur le défaut de preuve du demandeur n'impliquait pas la preuve d'une possession quelconque du défendeur; le défendeur à l'action possessoire, comme tout défendeur, n'a rien à prouver; n'eût-il exercé lui-même aucun acte de possession avant le fait qualifié trouble par son adversaire, il lui suffisait d'opposer au demandeur le défaut de justification d'une possession annale; donc le rejet de la plainte ne formait aucune preuve de la possession du défendeur. Les parties restaient dans les termes de l'article 1315; c'était au demandeur, dans la seconde instance, à prouver sa possession annale (1).

94. Le principe établi par l'article 1315 reçoit-il des exceptions? Il y en a une première que la jurisprudence a consacrée. Le défendeur n'a rien à prouver, il peut rester dans l'inaction en niant simplement le droit que le demandeur réclame contre lui. Au lieu de conserver cette position en restant sur la défensive, il oppose une exception et en offre la preuve; les rôles se trouveront-ils intervertis par là? la preuve sera-t-elle à sa charge? et succombera-t-il s'il ne parvient pas à la faire? Proposer une exception, alors que le demandeur n'a pas établi le fondement de sa demande, c'est renoncer à un droit que la loi donne au défendeur; la question est donc de savoir si cette renonciation est valable. L'avantage de la défensive est un bénéfice attaché à la défense; le défendeur y peut renoncer, car ce bénéfice n'a rien de commun avec l'ordre public ni les bonnes mœurs. Dès lors rien n'empêche que le défendeur ne devienne demandeur par son fait; s'il succombe, il doit s'en prendre à son imprudence. Le juge est obligé de statuer sur les conclusions qui lui sont soumises, il ne peut pas d'office rendre au défendeur le rôle que celui-ci a abdiqué.

Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens. L'acheteur demande la nullité d'une vente par le motif que la

(1) Rejet, chambre civile, 21 mars 1854, sur le rapport de Laborie (Daloz, 1854, 1, 278).

chose vendue n'a pas la qualité promise par le vendeur. Il est tenu d'en faire la preuve. Mais si le vendeur oppose immédiatement l'exception et demande à prouver que la chose avait la qualité qui lui était attribuée par la convention, l'acheteur n'a plus rien à prouver; le vendeur a pris sur lui le fardeau de la preuve et il doit subir les conséquences de son fait. Dans l'espèce, on soutenait que le vendeur avait renoncé au bénéfice de l'article 1315; la cour de cassation admet la validité de la renonciation et la conséquence que nous en avons déduite. Mais, en fait, le vendeur n'avait pas renoncé à l'avantage de la défensive, de sorte qu'il restait sous l'empire de l'article 1315 (1). Il en sera régulièrement ainsi; peu de défendeurs feront la folie de renoncer à un droit qui leur assure gain de cause, en supposant que le demandeur ne parvienne pas à établir le fondement de sa demande.

95. Si l'on en croit un vieil adage, il y aurait une seconde exception à la règle de l'article 1315 : la négative, dit-on, ne se prouve pas, donc celui qui allègue un fait négatif n'est pas tenu d'en faire la preuve. Les glossateurs avaient imaginé ce prétendu principe par suite d'une fausse interprétation de textes romains; leur erreur est reconnue par tous les auteurs; on peut, en général, prouver un fait négatif en prouvant le fait positif contraire. Je prouve que vous n'êtes pas Belge, en prouvant que vous êtes Français, ou que vous avez perdu votre qualité de Belge. Il est vrai qu'il y a des propositions négatives qui ne peuvent pas se prouver, telle serait la proposition que je ne suis pas votre débiteur; il faudrait prouver qu'à aucun titre je ne suis votre débiteur, ce qui est à peu près impossible. Mais l'impossibilité ne vient pas de ce qu'il s'agit d'un fait négatif, elle vient de ce que le fait est indéfini; il en serait de même d'un fait affirmatif indéfini.

Peu importe que la preuve soit plus ou moins difficile, impossible même, cela ne dispense pas celui à qui la preuve incombe de prouver le fait. En effet, la loi n'apporte

(1) Rejet, 27 mai 1862 (Daloz, 1862, 1, 433).

aucune exception à la règle de l'article 1315 pour ce qui concerne les faits négatifs. Il y a plus, le code exige la preuve de faits négatifs, alors même qu'ils ne peuvent être établis au moyen de la justification d'un fait positif contraire. Celui qui demande la déclaration d'absence doit prouver que la personne présumée absente n'a pas donné de ses nouvelles depuis quatre ans. Celui qui agit en répétition de l'indû doit prouver qu'il n'est pas débiteur; nous reviendrons sur cette dernière question qui est toujours controversée. Malgré l'évidence des principes que nous venons d'exposer, et quoiqu'ils soient reconnus par tous les auteurs, le vieil adage est toujours cité quand le besoin de la cause l'exige. Toullier, après avoir très-bien établi la fausseté de l'adage, s'écrie : « Bannissons donc de l'école, et pour toujours, la subtile et inutile doctrine des glossateurs; bannissons du barreau la fausse et triviale maxime que l'on ne prouve pas une négative. » Les maximes traditionnelles ont une puissance incroyable; il faut les combattre à chaque occasion, jusqu'à ce qu'il se forme une tradition contraire (1).

SECTION II. — De la preuve littérale.

96. La preuve littérale est celle qui résulte d'un écrit authentique ou sous seing privé. Quand l'écrit a été dressé pour servir de preuve, on l'appelle *acte* ou *titre*. Ces deux mots ont encore un autre sens; de là le danger de confusion. Il importe de l'éviter dans une matière qui par elle-même est déjà très-difficile.

L'écrit qui est destiné par les parties à servir de preuve s'appelle indifféremment *acte* ou *titre*. La section première de notre chapitre est intitulée : *De la preuve littérale*. Le § 1^{er} traite du *titre* authentique; le § 2, de l'*acte* sous seing privé; le § 4 est intitulé : « *Des copies des titres* », et il n'y est question que de titres authentiques. D'après cela, on pourrait croire que la loi se sert de préférence

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 12, n^{os} 17 et 18. Colmet de Santerre, t. V, p. 524, n^o 276 bis VII. Aubry et Rau, t. VI, p. 326 et notes 16-18, § 749 (3^e édit.).

du mot *titre* pour désigner des écritures authentiques. Il n'en est rien; les articles 1317-1319, qui parlent des écritures authentiques, se servent du mot *acte*, et l'article 1320 dit : « L'*acte*, soit authentique, soit sous seing privé. »

Telle est la première signification du mot *acte* ou *titre*. Les écrits qui ne sont pas dressés pour servir de preuve ne sont pas des *actes*; l'article 1332 leur donne le nom d'*écritures*. Toutefois l'article 1331 emploie aussi le mot *titre* en parlant d'écritures qui ne sont pas dressées pour servir de preuve. L'expression *titre* a donc un sens plus général que le mot *acte*: il désigne toute écriture pouvant servir de preuve.

97. Le mot *titre* a encore un autre sens. Il désigne le fait juridique, notamment la convention que l'écrit est destiné à prouver. L'article 893 dit : « On ne pourra disposer de ses biens à *titre gratuit* que par donation entre-vifs ou par testament. » Dans cette disposition, le *titre gratuit* est opposé au *titre onéreux*; il comprend des faits juridiques qui ne sont pas des conventions, les testaments, que l'article 895 qualifie d'*actes*; c'est aussi le nom que la loi donne aux donations qui sont de vrais contrats (article 894). C'est dans ce sens du mot *titre* que l'article 2265 exige un *juste titre* comme condition de la prescription par dix ou vingt ans, que l'on appelle usucapion; le juste titre est celui qui aurait transféré la propriété à l'acquéreur si celui de qui il émane avait été propriétaire; c'est donc un fait juridique, convention ou testament qui a pour objet de transférer la propriété. C'est encore en ce sens que l'article 2267 dit que le *titre nul* par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans; il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'écrit, mais du fait juridique qui exige une solennité pour sa perfection, comme nous le dirons au titre de la *Prescription*.

Le mot *acte* désigne aussi un fait juridique; nous venons de citer les articles qui emploient cette expression pour désigner la donation et le testament. Dans l'article 778, la loi se sert du mot *acte*, d'abord comme synonyme d'écrit, en disant que l'acceptation d'une succession est expresse quand on prend la qualité d'héritier dans un *acte authen-*