

dans le domaine exclusif des tribunaux; donc on ne peut se pourvoir en cassation contre un arrêt qui déclare les faits non pertinents et inadmissibles, et qui rejette l'offre d'en fournir la preuve (1).

La cour de cassation a encore jugé qu'il est loisible aux tribunaux de ne point admettre la preuve testimoniale, lorsqu'ils déclarent que le fait offert en preuve ne se trouve appuyé d'aucune présomption satisfaisante (2). Au premier abord cela paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi; en effet, elle ne subordonne pas, comme semble le faire la cour, l'admission de la preuve testimoniale à l'existence de présomptions qui rendent probable le fait allégué; si une cour jugeait ainsi en droit, l'arrêt serait certainement cassé. Mais telle n'était pas, dans l'espèce, la pensée du premier juge; s'il rejeta l'enquête, c'est qu'elle lui paraissait frustratoire, et une telle décision échappe à la censure de la cour de cassation.

Il en est de même, et pour la même raison, quand une cour rejette l'enquête parce que les faits lui paraissent invraisemblables et même impossibles. On dira : Qu'importe? pourvu qu'ils soient pertinents; c'est l'enquête qui établira si les faits sont vrais, quoiqu'ils ne soient pas vraisemblables. En fait, on peut faire valoir cette considération, mais devant la cour de cassation on ne peut pas l'invoquer. La cour suprême répond, le texte du code de procédure à la main, que l'appréciation des faits appartient exclusivement aux cours d'appel (3); l'article 253 dit que la preuve par témoins *pourra* être ordonnée; donc le juge peut aussi ne pas l'ordonner, tout dépend de son appréciation. Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation (4).

La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens. Nous citerons un arrêt de la chambre de cassation de Bruxelles qui implique un blâme tacite de l'ar-

(1) Cassation, 16 décembre 1823, et Rejet, 11 mai 1824 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4619, 3°).

(2) Rejet, chambre civile, 10 novembre 1852 (Daloz, 1852, 1, 307).

(3) Rejet, 15 novembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 381).

(4) Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Daloz, au mot *Obligations*, n° 4619.

rêt, qui a été néanmoins confirmé. Les parties étaient en désaccord sur un fait d'où dépendait la décision du litige: l'état de la contestation, dit la cour de cassation, semblait exiger qu'avant de faire droit les défendeurs fussent admis à la preuve du fait litigieux. Pourquoi donc la cour prononça-t-elle un arrêt de rejet? C'est que, loin d'astreindre le juge à ordonner l'enquête, l'article 253 dispose que le juge *pourra* le faire; donc le juge n'est jamais tenu d'ordonner la preuve testimoniale, il a un pouvoir discrétionnaire, ce qui exclut toute possibilité de cassation (1).

ARTICLE 2. Les deux principes.

§ 1^{er}. Le premier principe.

N° 1. SENS DU PRINCIPE.

I. Faits juridiques et faits purs et simples.

405. D'après l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1341 (n° 402), le principe qu'il pose doit être formulé comme suit : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 150 fr., même pour dépôts volontaires. » Qu'est-ce que la loi entend par ces mots : *toutes choses*? L'expression est empruntée aux anciennes ordonnances; il y a toutefois, entre l'ordonnance de Moulins et celle de 1667, une différence de rédaction qu'il importe de noter, parce qu'elle explique le sens de l'article 1341. L'ordonnance de Moulins dit : « Ordonnons que de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 100 livres seront passés *contrats*. » L'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 2) dit : « Seront passés *actes* de toutes choses excédant la valeur de 100 livres. » C'est cette dernière rédaction qui a été admise par les

(1) Bruxelles, chambre de cassation, 24 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 165); 27 mars 1827 (*ibid.*, 1827, p. 113); 8 juillet 1831 (*ibid.*, 1831, p. 192). Rejet de la cour de cassation de Belgique, 13 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 243) et 26 avril 1849 (*ibid.*, 1849, 1, 389).

auteurs du code civil. Pourquoi le législateur a-t-il remplacé le mot *conventions* par le mot *actes*? Pothier nous en dit la raison. Les commentateurs de l'ordonnance de Moulins soutenaient qu'elle ne s'appliquait qu'aux *conventions*, parce que l'ordonnance portait qu'il serait passé *contrat*, et ce terme ne s'emploie que des *conventions*. L'interprétation était erronée, car l'ordonnance disait en termes généraux qu'il serait passé *contrats* de toutes choses, le mot *contrats* y était pris comme synonyme d'*actes*. Pour éviter tout doute, l'ordonnance de 1667 s'est servie du mot *actes*. Pothier en conclut que le principe s'applique non-seulement aux *conventions*, mais généralement à « toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu se procurer une preuve par écrit. » Par exemple, ajoute Pothier, quoique le paiement d'une dette ne soit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant s'en procurer un acte par écrit, c'est-à-dire une quittance, il n'est pas admis à faire la preuve par témoins lorsque le paiement excède 100 livres (1).

406. C'est le principe, tel que Pothier l'a formulé, que les auteurs du code ont consacré dans l'article 1341. On a donné aux paroles de Pothier un sens trop restreint en disant que, d'après lui, « les mots *toutes choses* désignent non-seulement les faits juridiques par lesquels les conventions se forment, mais encore ceux par lesquels les obligations s'éteignent (2). » Pothier ne cite le paiement que comme exemple. Le principe tel qu'il l'explique reçoit son application à tous les faits dont on peut se procurer une preuve littérale. Cette formule est trop large, car elle comprend même les faits matériels qui, dans l'opinion commune, sont exclus de la prohibition prononcée par l'article 1341. Il est donc évident qu'elle comprend au moins tous les faits *juridiques*. On entend par là les faits qui produisent un effet juridique, c'est-à-dire qui créent un droit, le modifient, le confirment ou l'éteignent (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 785.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 425, note 1, § 761, et les autorités qu'ils citent.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 427, note 4. Colmet de Santerre, t. V, p. 592, n° 315 bis VI et 315 bis VII.

Pourquoi tout fait juridique doit-il être prouvé par écrit, en ce sens que la preuve testimoniale n'en est pas admissible? Pothier en indique la raison en disant que l'on a pu s'en procurer une preuve littérale, et il faut ajouter que l'on a dû en dresser acte, parce que l'on doit s'attendre à ce qu'un fait juridique soit contesté en justice, et la loi dit que ce fait ne peut être prouvé par témoins que si sa valeur pécuniaire ne dépasse point 150 francs.

Cette interprétation de l'article 1341 est en quelque sorte officielle, puisqu'elle repose sur la tradition, sur le texte et sur l'esprit de la loi. Elle est admise par tout le monde, sauf le dissentiment de Bonnier, qui est resté isolé; nous croyons inutile de combattre une opinion qui a contre elle la volonté formelle du législateur (1).

407. Les mots *toutes choses* semblent s'appliquer à toute espèce de faits que les parties sont dans le cas de prouver en justice. Cependant les auteurs enseignent que l'article 1341 n'est pas applicable aux faits *matériels*, que l'on appelle aussi *purs et simples*; on entend par là les faits qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation, quoique, par accident, ils puissent se rattacher à des faits juridiques et devenir la source d'une obligation ou d'un droit. Tels sont les faits de la nature, les cas de force majeure; la perte qu'ils entraînent est une cause d'extinction de certaines obligations; par eux-mêmes ils n'ont d'autre effet que de frapper le propriétaire; parfois le débiteur est tenu des cas fortuits, mais cela n'a lieu qu'accidentellement, quand le débiteur est en demeure, ou lorsqu'il s'est chargé des cas fortuits. Il en est de même des faits de l'homme qui par eux-mêmes ne présentent qu'un résultat matériel sans aucune influence sur le droit: cultiver la terre, l'ensemencer, récolter les fruits sont des faits purs et simples, non juridiques, parce que par eux-mêmes ils ne produisent ni droit ni obligation; ils peuvent néanmoins, par accident, se mêler à des rapports juridiques et produire, en conséquence, des effets juridiques.

(1) Elle est réfutée par Marcadé, t. V, p. 107, n° I de l'article 1341, et par Aubry et Rau, t. VI, p. 425, note 1, § 761.

Tels sont les faits de possession ; le possesseur peut s'en prévaloir pour réclamer les fruits, pour y fonder la prescription, pour demander la restitution des frais de labour et de semences.

La question est de savoir comment la partie intéressée établira ces faits, quand elle doit les prouver en justice. Faut-il appliquer la disposition générale de l'article 1341 qui parle de *toutes choses*? On enseigne la négative. Il est facile de justifier cette opinion en théorie. Pourquoi dresse-t-on acte d'un fait? Parce qu'on y a intérêt; à raison de la nature du fait, on doit prévoir que l'on pourra se trouver dans la nécessité de le prouver en justice; donc on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 1341. Mais si le fait est de telle nature que l'on ne puisse pas prévoir, ni songer même qu'il devienne jamais l'objet d'un débat judiciaire, on n'a aucun motif, aucun intérêt à dresser un écrit pour constater ce fait. De là suit que le législateur ne peut pas obliger les particuliers à passer acte des faits matériels pour le cas où, par exception, ils devraient être prouvés en justice, car la loi ne doit pas prescrire d'obligation inutile et vexatoire. Or, il serait inutile et, par suite, frustratoire de dresser un écrit pour chaque fait matériel qui se passe; ces faits sont de tous les jours, de tous les instants; il faudrait donc passer sa vie à faire des actes, alors que ces milliers d'actes ne seraient jamais produits en justice (1).

Ces considérations prouvent que l'intention du législateur n'a pas pu être de comprendre dans les mots *toutes choses* les faits matériels. Le rapport de Jaubert le dit en toutes lettres. Après avoir établi que la preuve littérale est la plus sûre, le rapporteur ajoute : « Quant aux faits, il fallait bien le plus souvent se confier à la preuve testimoniale. Les actions purement physiques, presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, ne peuvent être constatées par écrit (2). »

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 427, notes 5 et 6, § 761. Colmet de Santerre, t. V, p. 593, n° 315 bis VII. Cassation, 13 juillet 1874 (Daloz, 1875, 1, 173).

(2) Jaubert, Rapport, n° 26 (Loché, t. V, p. 232).

408. La jurisprudence décide aussi que les faits matériels peuvent se prouver par témoins, quel que soit le montant pécuniaire du litige. Mais les cours invoquent d'ordinaire l'exception prévue par l'article 1348, c'est-à-dire l'impossibilité où s'est trouvé le demandeur de se procurer une preuve littérale du fait qui doit être prouvé. C'est confondre deux catégories de faits très-différents. Quand la loi admet une exception pour certains faits, en disposant qu'ils peuvent être prouvés indéfiniment par témoins, elle suppose que ces faits sont compris dans la règle et que, sans l'exception, ils auraient dû être établis par une preuve littérale; donc les faits exceptés de la règle par l'article 1348 doivent être des faits juridiques. Les exemples que la loi donne le prouvent : tels sont les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, les dépôts nécessaires, les obligations contractées en cas d'accidents imprévus, les faits constatés par des titres qui ont été détruits. Tous ces faits sont des faits juridiques; ils auraient donc dû être constatés par un acte; mais la loi dispense les parties intéressées de produire des actes à raison de l'impossibilité où elles étaient de se procurer une preuve littérale. Les faits matériels, au contraire, ne rentrent pas dans l'exception de l'article 1348; les parties auraient pu se procurer une preuve écrite des faits de la nature, ou des faits de culture; elles ne peuvent donc pas invoquer le bénéfice de l'exception; pour être dispensées de fournir une preuve littérale, elles doivent établir que la règle même n'est pas applicable, parce qu'il s'agit de faits qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation, et dont pour ce motif on ne doit pas dresser acte.

II. Application. Faits juridiques.

409. L'autorisation que le mari donne à sa femme est-elle un fait juridique dans le sens de l'article 1341? On pose la même question pour l'autorisation du tuteur, l'assistance du curateur, ou du conseil donné à un prodigue ou à un faible d'esprit. L'affirmative est si évidente que l'on ne devrait pas demander ce que la nature du fait

prouve d'une manière certaine. A vrai dire, il n'y a de difficulté que pour l'autorisation maritale. L'article 217 exige le consentement du mari par écrit ou son concours dans l'acte. Faut-il toujours un écrit, dès que le mari n'intervient pas dans l'acte? C'est l'opinion que nous avons enseignée (1). Dans cette doctrine, l'article 217 déroge à l'article 1341, en ce sens qu'un écrit est toujours nécessaire pour établir l'autorisation expresse, quand même le fait juridique n'aurait qu'une valeur de cent cinquante francs. L'opinion contraire est plus généralement suivie. On dit que si l'article 217 parle d'un consentement par écrit, c'est qu'il suppose qu'un écrit a été rédigé pour constater la convention, mais si la convention est verbale et si elle peut se prouver par témoins à raison de sa valeur, pourquoi exigerait-on que l'autorisation fût donnée par écrit (2). Nous répondons : Parce que la loi l'exige; et quand la loi a parlé, l'interprète doit obéir.

410. L'article 1341 dit qu'il doit être passé acte de toutes choses, même pour *dépôts volontaires*. Pourquoi la loi mentionne-t-elle spécialement le dépôt? La disposition est empruntée à l'ordonnance de 1667. Pothier nous en fait connaître la raison. L'ordonnance de Moulins se bornait à dire que de toutes choses excédant la valeur de cent livres seraient passés contrats. On doutait si le dépôt était compris dans cette disposition. La raison de douter, dit Pothier, était que l'on ne fait pas d'ordinaire d'acte par écrit d'un dépôt, parce que celui qui prie un ami de se charger de la garde des choses qu'il lui remet n'ose pas demander une reconnaissance du dépôt; ce serait témoigner de la méfiance à une personne dans laquelle, à raison de la nature de la convention, on doit avoir toute confiance. L'ordonnance de 1667 se prononça pour l'opinion contraire et les auteurs du code l'ont consacrée. Celui qui veut faire le dépôt doit ou ne pas faire le dépôt que rien ne l'obligeait de faire, ou, lorsqu'il le fait, en demander une reconnaissance au dépositaire;

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 154, n° 118.

(2) Larombière, t. V, p. 11, n° 7 de l'article 1341 (Ed. B., t. III, p. 156). Daloz, au mot *Obligations*, n° 4659.

faute de le faire, il doit courir le risque de la foi du dépositaire, et il doit s'imputer d'avoir eu trop de confiance en lui s'il manque à la foi donnée (1). On peut ajouter qu'il n'est pas exact de dire que le déposant est dans l'impossibilité morale de demander une reconnaissance du dépôt; un écrit n'est pas une marque de défiance, c'est un acte de prudence; le dépositaire peut venir à mourir, et si aucun acte ne constate le dépôt, ses héritiers pourront de très-bonne foi se refuser à restituer une chose qu'ils croient appartenir à leur auteur. Enfin l'exception, si on l'admettait pour le dépôt, ruinerait la règle; les fripons et leurs complices demanderaient à faire preuve d'un dépôt, au lieu d'alléguer un autre contrat, et on éluderait ainsi la prohibition que la loi a établie pour prévenir les faux témoignages. C'est la raison donnée par Boiceau (n° 394) (2).

411. On a porté plusieurs fois devant la cour de cassation la question de savoir si la rétrocession d'un immeuble peut se prouver par témoins, quand la valeur de la chose dépasse cent cinquante francs. La négative est certaine, car la rétrocession est une vraie vente; on ne peut donc prouver la rétrocession que par un acte fait dans la forme de l'article 1325, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit; dans ce cas, la preuve par témoins ainsi que les présomptions sont admissibles (art. 1347 et 1353) (3).

412. L'échange tombe certainement sous l'application de l'article 1341. On ne conçoit pas qu'il s'élève un doute sur ce point. Cependant la cour de Paris a admis la preuve testimoniale dans l'espèce suivante. Les demandeurs alléguaient un échange verbal et concluaient à ce que le défendeur fût condamné à réaliser par acte authentique l'échange qui, de fait, avait été exécuté, disaient-ils, par la prise de possession des coéchangistes. La cour de Paris décida que la preuve de l'échange ré-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 786.

(2) Mourlon, t. II, p. 842, n° 1609.

(3) Cassation, 27 juillet 1859 (Daloz, 1859, I, 398). Rejet, 28 novembre 1871 (Daloz, 1872, I, 19).

sultait de son exécution même, non-seulement par la prise de possession respective des deux pièces de terre à l'époque de la convention, mais encore par le fait patent, et ressortant de tous les documents du procès, de cette possession continuée jusqu'au jour de la demande, et de l'exploitation desdites pièces *animo domini*. Ainsi la cour fondait sur ce fait unique la preuve légale du contrat d'échange. C'était violer les dispositions du code sur la preuve testimoniale. L'arrêt fut cassé. Il s'agissait de prouver l'existence d'un contrat; or, tout contrat doit se prouver par acte dès que la valeur de la chose dépasse cent cinquante francs; il n'est fait exception à cette règle que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et, dans l'espèce, il n'y avait pas d'acte ni de commencement de preuve par écrit. Il n'y avait qu'une présomption tirée de la prise de possession. Mais cette présomption n'était pas une de celles que la loi établit; le juge ne pouvait donc l'invoquer qu'à titre de présomption simple (art. 1353), et il ne peut admettre les présomptions qui ne sont pas établies par la loi que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Cela était décisif (1).

413. Le mandat est compris dans l'article 1341; aux termes de l'article 1985, la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Contrats*. On a cependant soutenu que le notaire chargé de recevoir un contrat de vente était par cela même mandataire tacite du vendeur pour tout ce qui concerne les intérêts du vendeur, notamment qu'il devait demander un certificat des inscriptions prises sur l'immeuble vendu, afin de prévenir l'acheteur de ne pas payer s'il risque d'être évincé par les créanciers hypothécaires. Il a été jugé qu'il n'y avait pas de mandat tacite dans le fait de charger un notaire de la rédaction d'un acte de vente; le notaire a rempli toutes ses obligations en dressant l'acte dans les formes légales; c'est ensuite à l'acheteur de veiller à ses intérêts: s'il veut charger le notaire de ce soin, il doit lui donner un man-

(1) Cassation, 29 décembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 42).

dat à cet effet, et le mandat ne peut être prouvé que par acte (1). Nous reviendrons sur ces questions au titre du *Mandat*.

La cour de Limoges a jugé en sens contraire dans une espèce où l'on prétendait que le notaire avait négligé de dresser acte d'une vente consentie en sa présence. C'est un fait de négligence, dit l'arrêt, donc un quasi-délit et, par suite, la partie intéressée doit être admise à la preuve testimoniale (2). La cour confond, nous semble-t-il, le quasi-délit, c'est-à-dire la faute commise par négligence en dehors de toute convention, et la faute commise par l'inexécution d'une obligation conventionnelle. Le rapport qui existe entre le notaire et son client est un rapport conventionnel; le client charge le notaire de dresser acte, d'après la jurisprudence, cette convention est un mandat, et doit être prouvée par écrit, conformément aux art. 1341 et 1985; pour que l'on puisse demander des dommages-intérêts contre le notaire à raison de l'inexécution du mandat, il faut, avant tout, que le mandat soit établi, car la négligence dont on l'accuse est une faute commise par l'inexécution d'un contrat. Cette faute n'est pas un quasi-délit, car le quasi-délit implique qu'il n'y a pas eu de concours de volontés. En supposant la convention prouvée, comment prouvera-t-on la faute? Nous traiterons cette question plus loin.

414. Le mandat donné à un avoué présente une difficulté analogue. Il est de principe que la simple remise des pièces faite par la partie intéressée à l'avoué constitue celui-ci mandataire: c'est ce qu'on appelle le mandat *ad litem*. Ce mandat se borne aux actes ordinaires de l'instruction du procès, au développement des moyens qui résultent, soit des pièces, soit des textes de la loi. Mais quand, dans le cours de l'instance, il s'agit de faire ou d'accepter des offres, d'avouer des faits, de donner un consentement qui touche au droit litigieux ou qui puisse y porter atteinte, il faut un nouveau mandat, et le code de

(1) Lyon, 18 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 2, 111), et Rejet, 2 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 208).

(2) Limoges, 4 juin 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4876, 4°).