

d'autre sanction que la prohibition de la preuve testimoniale; pourquoi l'article 1346 serait-il plus sévère, puisqu'il n'a pour objet que de garantir l'exécution de la règle (1)? Ici est l'erreur de l'opinion générale, à notre avis. Le créancier qui ne comprend pas dans son exploit toutes les créances qu'il prétend avoir, cherche à éluder la loi pour la violer. Le législateur le punit pour l'empêcher de la violer. On ne dira pas que le respect de la loi, et d'une loi d'ordre public, soit un intérêt social de peu d'importance.

On demande si le juge peut prononcer d'office la déchéance, ou la peine quelle qu'elle soit. L'affirmative n'est point douteuse dans l'opinion que nous avons enseignée sur la prohibition de la preuve testimoniale. Elle est d'ordre public, le juge doit la rejeter d'office; donc il doit aussi appliquer d'office les dispositions qui servent de sanction à la prohibition (2).

## § II. Deuxième principe.

### N° I. LETTRES PASSENT TÉMOINS.

**469.** L'article 1341 pose un second principe en ces termes : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. » Ce principe était déjà admis en droit romain; quand vinrent les ténèbres du moyen âge, on donna la préférence à la preuve testimoniale sur la preuve littérale : les ignorants s'enorgueillissaient de leur ignorance. Comme les nobles ne savaient pas signer, ignorer les lettres devint une marque de noblesse, et il y a tel pays où les nobles semblent tenir à ce privilège; nous ne le leur envions

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 610, n° 319 bis IV. Larombière, t. V, p. 68, n° 12 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 177).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 440 et note 45. Larombière, t. V, p. 63, n° 5 de l'article 1346 (Ed. B., t. III, p. 176). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 356, n° 328.

pas. Avec la renaissance, les ténèbres commencèrent à se dissiper; les actes prirent la place des témoignages, et les légistes posèrent comme règle que *lettres passent témoins*. On conçoit que la preuve testimoniale soit admise en l'absence d'actes et quand il n'a pas été possible au créancier de se procurer un écrit; mais lorsque les parties ont dressé un acte de leurs conventions, le bon sens dit que l'écrit mérite plus de foi que les témoignages qui seraient en opposition avec l'écrit (1). Nous en avons déjà fait la remarque : quand les parties écrivent leurs conventions au moment où elles les consentent, il y a toute probabilité qu'elles les formulent d'une manière exacte et complète, chacune des parties ayant intérêt à ce que la preuve littérale prévienne toute contestation; tandis que les témoignages que l'on invoquerait pour combattre les déclarations portées en l'acte sont par leur nature même incertains, abstraction faite de toute pensée de fraude. En ce sens on peut dire que les progrès de l'instruction auront pour résultat de remplacer la preuve testimoniale par la preuve littérale.

**470.** En quel sens lettres passent-elles témoins? L'article 1341 contient deux dispositions qui paraissent prévoir des cas différents. D'abord il défend de recevoir aucune preuve par témoins *contre et outre* le contenu aux actes. Les mots *contre et outre* marquent clairement le sens de la loi. Prouver *contre* l'acte, ce serait détruire l'acte en tout ou en partie. Il se peut que les parties contractantes n'aient pas exactement rendu leur pensée, puisque cela arrive même au législateur; mais là n'est point la question, il s'agit de savoir si l'on doit ajouter foi à ce que les parties ont dit au moment où elles venaient de traiter, de préférence à ce que des témoins viendront déclarer plus tard : la probabilité est certes en faveur des parties et de ce qu'elles ont mentionné dans l'acte, donc on ne doit pas écouter les témoins venant déposer contre l'acte (2). L'ar-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 599, n° 315 bis XVII. Aubry et Rau, t. VI, p. 442, note 1, § 763.

(2) Voyez les exemples traditionnels donnés par Pothier, *Des obligations*, n° 792; Duranton, t. XIII, p. 361, n° 330, et Colmet de Santerre, t. V, p. 599, n° 315 bis XVI.

ticle 1341 dit encore qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins *outré* le contenu aux actes. Prouver *outré*, c'est prouver que l'écrit est incomplet, que les parties ont négligé de constater par écrit telle clause, telle modalité de leurs conventions. Cela peut arriver; il y a de ces négligences de rédaction dans nos lois; mais, encore une fois, il ne s'agit pas de savoir si les parties peuvent se tromper; il s'agit de savoir si la probabilité est pour le témoignage écrit émané des parties intéressées, ou si elle est pour le témoignage oral de ceux qui auront assisté à la rédaction, mais qui n'y auront pas prêté la même attention que les parties contractantes, parce qu'elles n'y ont aucun intérêt. Ici encore le bon sens répond que lettres passent témoins (1).

471. L'article 1341 ajoute « qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. » On dit que cette prohibition est distincte de la première (2). Il nous semble que les deux dispositions se confondent : la deuxième est une de ces redondances comme on en trouve tant dans les anciennes lois. Ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes a naturellement un rapport avec les actes. Quel peut être ce rapport? C'est demander pourquoi l'une des parties veut faire preuve de ces pourparlers. Son but ne peut être que de prouver contre et outre l'acte et, dans ce cas, la deuxième disposition de la loi se confond nécessairement avec la première. On dit que la deuxième se rapporte aux *modifications* qui auraient été apportées *verbalement* à une convention constatée par un acte. C'est déjà restreindre les expressions dont la loi se sert. On conçoit difficilement que ce qui a été dit *avant* l'acte, c'est-à-dire alors que l'on discute encore les clauses de la convention, modifie des conventions qui ne sont pas encore définitivement arrêtées. Il en est de même de ce qui aurait été dit *lors* de l'acte. Au moment où l'on rédige les conventions des parties, on constate par écrit

(1) Voyez les exemples donnés par Pothier, nos 793, 794, et Duranton, t. XIII, p. 371, n° 336.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 442, note 2, § 763.

tout ce qu'elles disent, si ce sont des choses arrêtées et convenues; que si ces pourparlers témoignent contre ou outre ce qui est écrit, on ne doit pas écouter les témoignages qui les rapportent, car, par cela seul qu'ils n'ont pas été consignés dans l'acte, on doit croire qu'ils n'ont pas abouti; en les écoutant, on risquerait de faire dire aux parties autre chose que ce qu'elles ont voulu dire, c'est-à-dire qu'on prouverait contre ou outre l'acte. Restent les dires postérieurs à l'acte. Le plus souvent ils auront pour objet d'expliquer, d'interpréter la convention qui vient d'être rédigée; nous dirons plus loin si l'on peut interpréter l'acte par des témoignages; à notre avis, on ne le peut pas. S'agit-il de modifications, elles consisteront, soit à ajouter à l'acte une clause omise, soit à en retrancher une, en tout ou en partie; prouver que l'acte aurait été modifié, c'est donc encore prouver contre et outre l'acte (1).

472. Ce débat n'a qu'un intérêt de théorie. Dans les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux et dans les décisions judiciaires, on ne trouve pas de distinction entre les deux dispositions de l'article 1341, on ne distingue pas même ce qui est *contre* et ce qui est *outré*; tout cela se confond dans un seul et même principe, c'est que *lettres passent témoins*. Il y a un écrit, il faut s'y tenir et écarter, par conséquent, toute preuve testimoniale. Nous emprunterons quelques exemples à la jurisprudence.

Un immeuble est vendu avec déclaration qu'il est libre de toute charge. Est-on admis à prouver par témoins que l'acquéreur a connu et accepté la charge d'un bail et que les parties ont pris cette charge en considération pour la fixation du prix de vente? La cour de Douai s'est prononcée pour l'admission de la preuve testimoniale. Elle dit d'abord que la charge du bail litigieux ne constitue pas une chose dépassant la valeur de 150 francs, dans le sens de l'article 1341; elle décide ensuite que le fait allégué ne prouve pas non plus contre ni outre le contenu en l'acte.

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 599, n° 315 bis XVIII.

Cet arrêt a été cassé et il devait l'être. L'acte de vente ne faisait nulle mention du bail litigieux; loin d'en réserver l'exécution, il stipulait que l'acquéreur aurait immédiatement la pleine jouissance de l'immeuble. Admettre la preuve testimoniale que l'acheteur s'était soumis au bail, c'était permettre de prouver par témoins contre et outre l'acte et, de plus, que les parties auraient pris dans leurs négociations cette charge en considération pour la fixation du prix de vente (1). On le voit, la cour de cassation s'appuie sur les deux dispositions de notre règle, sans distinguer la preuve *contre*, ni la preuve *outre*, ni les *dires*; en fait, tout ce que le vendeur alléguait tendait à modifier l'acte, en imposant à l'acheteur une obligation sur laquelle l'acte gardait le silence, et il voulait prouver cette allégation en se fondant sur ce qui aurait été dit lors du contrat.

Un acte authentique constate un prêt, et il est dit dans un acte sous seing privé que le prêteur a payé une dette de l'emprunteur en requérant sa subrogation dans les droits du créancier. Peut-on prouver par témoins, en se fondant sur ce qui aurait été dit lors de l'acte, qu'il n'y avait pas eu de subrogation? Ces dires aboutissaient à prouver contre l'acte, ce qui est en opposition avec l'article 1341. En fait, les deux dispositions de l'article 1341 se confondaient et étaient violées; on alléguait ce qui aurait été dit lors de l'acte pour combattre les énonciations de l'acte. La cour d'appel rejeta la preuve testimoniale, et sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet (2).

**473.** L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale, « encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. » Si le montant du fait juridique est supérieur à ce chiffre, le premier principe suffit pour écarter la preuve par témoins. Le second principe n'a donc d'importance pratique que dans le cas où il s'agit d'une valeur moindre de 150 francs. Les motifs sur lesquels il se fonde ne permettent pas de distinguer quelle est la

(1) Cassation, 5 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 12).

(2) Rejet, 13 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 255).

valeur de la chose; dès qu'il y a un acte, *lettres passent témoins*, quelque modique que soit l'importance du litige; on ne suspecte pas la bonne foi des témoins, on ne craint pas les faux témoignages, on préfère une preuve sûre à une preuve incertaine.

**474.** Mais il y a une distinction à faire en ce qui concerne la preuve que l'on oppose à l'acte. L'article 1341 dit qu'il n'est reçu aucune preuve *par témoins* contre et outre le contenu en l'acte, il ne rejette donc pas toute espèce de preuve; il n'y avait aucune raison pour cela. Ce qui a engagé le législateur à prohiber la preuve testimoniale, c'est uniquement l'incertitude des témoignages comparée à la certitude qui résulte de l'écrit. Mais s'il y a d'autres écrits, pourquoi ne les admettrait-on pas contre et outre le contenu en l'acte litigieux? Tous les écrits ont la même force probante; tous doivent donc être admis comme preuve, sauf au juge à décider lequel doit l'emporter. De là suit que s'il y a un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale pourra être invoquée contre et outre l'acte, ainsi que les présomptions. Les articles 1347 et 1353 ne laissent aucun doute sur ce point. D'après l'article 1347, *les règles* sur la preuve testimoniale reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; l'exception porte donc sur la deuxième règle aussi bien que sur la première; par conséquent, la preuve testimoniale est admise contre l'acte lorsqu'elle s'appuie sur un commencement de preuve par écrit; et quand la preuve par témoins est admise, les présomptions le sont aussi (art. 1353). La jurisprudence est en ce sens. Un acte porte qu'il a été fait en double. On ne peut pas prouver par témoins qu'il n'y a pas eu de double ou, du moins, qu'aucun double n'a été remis à l'une des parties, mais on le pourrait s'il y avait un commencement de preuve par écrit (1).

**475.** L'article 1341 dit, en termes absolus, qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre l'acte. En

(1) Gand, 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 331). Bruxelles, chambre de cassation, 14 mars 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 114).

faut-il conclure que la prohibition est générale? Non; la suite du texte prouve qu'elle ne concerne que les parties contractantes. En effet, d'où résulte cette preuve *contre et outre* l'acte que la loi prohibe? Elle résulte de ce qui a été dit avant, lors ou depuis les actes (n° 471), par les parties, dans leurs négociations. Par conséquent, la prohibition ne concerne pas les tiers. Pothier en fait la remarque. Il est à observer, dit-il, que la défense de la preuve testimoniale outre et contre le contenu aux actes ne regarde que les personnes qui y ont été parties, lesquelles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui y est compris et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis une chose de ce qui devait y être mentionné; mais cette défense ne peut concerner les tiers, en fraude desquels on pourrait énoncer dans les actes des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé. On ne peut pas dire des tiers ce que nous venons de dire des parties, on ne peut pas leur reprocher de ne s'être pas procuré une preuve littérale, puisque cela n'a pas été en leur pouvoir. Les tiers peuvent donc toujours invoquer l'exception que l'article 1348 fait à la prohibition de la preuve testimoniale, c'est-à-dire qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve par écrit du fait qu'ils allèguent (1).

**476.** Il y a encore une autre restriction à faire à la deuxième règle établie par l'article 1341. La loi défend de prouver par témoins contre et outre le contenu aux *actes*; il faut donc, pour que la prohibition de la preuve testimoniale existe, qu'il y ait un *acte* contre et outre lequel on veut prouver par témoins. De là suit que la prohibition ne s'applique pas aux écrits qui ne sont pas des actes. La loi admet, à titre de preuves littérales, les énonciations contenues dans des registres domestiques et certaines mentions libératoires écrites par le créancier (art. 1331 et 1332). Serait-on admis à prouver par témoins contre et outre ces écrits? Oui, car ces écrits ne sont pas des *actes*; ils émanent du créancier seul, sans

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 800.

aucune participation du débiteur, ils ne sont pas destinés à servir de titre ni de preuve; ils ne méritent donc pas la foi qui s'attache aux actes; on ne peut pas dire de ces écrits que *lettres passent témoins*, car ce ne sont pas des *lettres* (1).

Il faut donc un *acte* pour que la seconde règle soit applicable. L'article 1341 dit qu'aucune preuve par témoins n'est reçue *contre et outre le contenu* aux actes. Cette expression est trop absolue; la loi suppose que le contenu fait foi; s'il ne fait pas foi, il va sans dire que le fait que l'acte mentionne peut être contesté. Telle est la déclaration du notaire que la partie contractante était saine d'esprit lors de l'acte; il n'a aucune qualité pour constater l'état des facultés intellectuelles de ceux qui comparaissent devant lui, et ce qu'il dit à cet égard ne fait aucune foi. Ce n'est donc pas prouver contre l'acte que de prouver qu'une partie n'était pas saine d'esprit lors du contrat (2).

## N° 2. APPLICATIONS

### 1. La date.

**477.** On enseigne que les parties signataires d'un acte sous seing privé non daté sont admises à prouver par témoins, l'une à l'encontre de l'autre, la date à laquelle cet acte a été passé (3). Cela est douteux. La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Danty, dans ses notes sur Boiceau, demande si l'on peut prouver par témoins qu'un marché a été fait en foire. « Il y a lieu de soutenir, dit-il, qu'on doit être reçu à cette preuve qui, en ce cas, n'est pas contraire à l'ordonnance. Car, quand elle défend la preuve de ce qui ne se trouve pas rédigé dans l'acte, elle n'a entendu parler que des *conventions*

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 415, note 15, § 758.

(2) Pau, 18 décembre 1897 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3093, 1°), comparez, plus haut, n° 132.

(3) Toullier t. V, l. 1, p. 212, n° 224. Aubry et Rau, t. VI, p. 445, note 13, § 763.

qui en font partie; les contractants ayant été libres de les y comprendre, s'ils ne l'ont pas fait, elle présume qu'ils les ont omises à dessein, et elle ne veut pas qu'on les puisse suppléer malgré eux par la preuve testimoniale faite après coup; mais à l'égard de la date de l'acte, ce n'est point une convention; elle ne dépend pas même du fait des parties; qu'elle soit exprimée ou non, il est toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est certaine, quand l'acte a été une fois passé, et, par conséquent, ne s'agissant que de la vérifier, ce qui est un *simple fait*, la preuve par témoins en doit être reçue. « Ce qui doit avoir lieu dans tous les contrats dont la date a été omise, le contrat, tel qu'il est, tenant lieu *en quelque sorte*, en ce cas, de commencement de preuve par écrit (1). »

Pothier dit que cette opinion souffre difficulté; c'est dire qu'il ne l'admet point ou, du moins, qu'elle est très-douteuse; mais il n'explique pas les motifs de douter qui la lui font rejeter (2). L'annotateur de Danty les a développés. Il pense que la négative est beaucoup plus dans les principes de la matière. En effet, quoique la date de l'acte ne soit pas une convention, comme dit Danty, néanmoins elle détermine la qualité de la convention, et sa légitimité ou son illégitimité dans certains cas; par exemple, si celui qui l'a souscrite était pour lors mineur et incapable de contracter. L'annotateur nie aussi que l'acte puisse servir de commencement de preuve par écrit, et Danty lui-même n'en était pas bien sûr, puisqu'il ajoutait : *en quelque sorte*. Un commencement de preuve doit avoir quelque rapport à la chose dont il sert de preuve; or, le contrat non daté n'a aucun rapport avec sa date, il n'y a rien qui conduise de l'un à l'autre et qui puisse y avoir le moindre trait, à moins qu'il ne renferme certaines circonstances d'où l'on puisse induire une probabilité quant à la date, ce que Danty ne supposait point.

La réfutation nous paraît péremptoire. Nous ajouterons que c'est limiter arbitrairement la règle établie par l'ordonnance et, à sa suite, par l'article 1341, que de dire

(1) Danty sur Boiceau, chap. IX, n° 9, p. 284.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 795, et Notes sur Danty, p. 285.

qu'elle ne s'applique qu'aux *conventions*, la loi dit : le *contenu en l'acte*; donc tout fait juridique. Reste à savoir si la date est un fait pur et simple, comme Danty semble le dire. La négative est certaine; la date est un fait juridique qui a des conséquences très-importantes. L'esprit de la loi conduit à la même conséquence. La loi se défie de l'incertitude des témoignages; s'ils sont incertains, c'est surtout quand les témoins viennent déposer d'une date sur laquelle il est si facile de se tromper quand on n'a aucun intérêt à la retenir.

478. La jurisprudence paraît favorable à l'opinion que nous combattons, mais elle n'est pas aussi décisive qu'on le dit. Deux personnes se font signifier le même jour, mais sans indication de l'heure, des actes extrajudiciaires ou de procédure : sont-elles admises à prouver par témoins l'antériorité de la signification de l'un de ces actes? Sur ce point, la jurisprudence est unanime (1), mais cette question est étrangère à notre débat; il ne s'agit pas de la date de l'exploit, elle n'est pas contestée, il s'agit de savoir si tel huissier s'est présenté au domicile de l'une des parties à telle heure, et tel autre huissier à une autre heure chez la partie adverse. C'est là un fait matériel et, à ce titre, il peut être prouvé par témoins. La preuve n'est pas dirigée *contre* l'acte et elle ne se fait pas *contre* l'acte, car l'acte ne doit pas contenir et ne contient pas la mention de la minute à laquelle il est signifié.

Un acte de prêt n'indique pas la date à laquelle la somme prêtée a été versée par le prêteur à l'emprunteur. Est-on admis à prouver par témoins l'époque du versement? La cour de cassation a décidé la question affirmativement dans le cas d'un prêt commercial (2). Cet arrêt est également étranger à notre question. Il ne s'agissait pas de la date de la convention, elle n'était pas contestée, il s'agissait du fait de la remise des espèces; c'est un fait juridique étranger à la convention, donc on peut le prou-

(1) Voyez les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4727.

(2) Rejet, 6 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 252). Comparez Rejet, chambre civile, 14 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 336).