

Parmi les applications que l'article 1348 donne du principe qu'il établit, il y a un cas qui est étranger au principe : c'est celui de la perte du titre; on ne peut pas dire que, dans ce cas, les parties aient été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, puisqu'il existait un acte; mais cet acte ayant péri par suite d'un cas fortuit, la partie intéressée se trouve dans l'impossibilité de le représenter; en ce sens, le n° 4 de l'article 1348 se rattache à l'exception que cet article consacre.

N° 2. DES CAS ÉNUMÉRÉS PAR L'ARTICLE 1348.

I. *Les quasi-contrats.*

1. LA GESTION D'AFFAIRES.

546. L'article 1348 dit que la seconde exception s'applique aux obligations qui naissent des quasi-contrats. Pothier en donne la raison. Les quasi-contrats se forment sans concours de consentement, de sorte que le créancier acquiert une action par un fait dont il peut n'avoir pas connaissance, ce qui exclut la possibilité de se procurer une preuve littérale; et alors même que celui qui demande à prouver le quasi-contrat connaît le fait et en est même l'auteur, il est néanmoins dans l'impossibilité d'en dresser acte, car il lui faudrait le concours de l'autre partie, et par ce concours il y aurait contrat. La loi a donc dû donner aux parties intéressées le droit de prouver indéfiniment par témoins le fait d'où résulte le quasi-contrat. Telle est la gestion d'affaires (art. 1371 et 1372).

547. L'exception s'applique sans difficulté au maître dont l'affaire a été gérée à son insu. C'est l'exemple donné par Pothier. Si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés et les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette gestion. S'il en disconvient, la preuve testimoniale n'en peut m'être refusée, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve. Il faut dire plus : la cour de Bourges a très-bien jugé que je puis prouver par

témoins, non-seulement le fait de la perception des fruits, mais encore le prix auquel le gérant a vendu les blés et les vins. C'est l'application du principe; je n'ai pu me procurer une preuve littérale de la vente, puisque je suis resté étranger au contrat. Vainement a-t-on dit qu'il fallait recourir à une expertise ou aux mercuriales; ce n'est pas la valeur des fruits que je réclame, c'est le prix pour lequel ils ont été vendus, et c'est ce prix que j'ai le droit d'établir par témoins (1).

En est-il de même quand le maître a connu la gestion? L'article 1371 semble considérer comme gestion d'affaires le cas où le maître a connu dès le principe la gestion, aussi bien que le cas où il l'a ignorée. Nous renvoyons l'examen de la difficulté au titre des *Quasi-contrats*. La mauvaise rédaction de la loi donne lieu à un doute; si le propriétaire connaît la gestion, il y a consenti; donc il y a concours de consentement et, par suite, contrat : c'est le mandat tacite, ce n'est pas la gestion d'affaires. N'en faut-il pas conclure que ce cas n'est pas celui de l'exception prévue par l'article 1348, que c'est le cas de la règle et que, par suite, la preuve testimoniale n'est pas admise? Tel serait bien notre avis si, dès le principe et avant que la gestion ait commencé, le propriétaire avait connu l'intention du gérant et avait consenti. Mais s'il a ignoré la gestion au moment où elle a commencé et qu'ensuite il l'apprenne, il y a quasi-contrat et, par conséquent, la preuve testimoniale sera admissible (2).

548. Le gérant est aussi admis à prouver la gestion par témoins, car lui, pas plus que le maître, n'a pu se procurer une preuve littérale du fait qui produit le quasi-contrat. Boiceau ajoute que l'équité et l'intérêt même du maître justifient cette exception au droit commun; si le gérant n'était pas admis à la preuve testimoniale, personne ne voudrait faire les affaires d'un absent (3). Toute-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 812 Toullier, t. V, 1, p. 143, n° 141. Bourges, 10 décembre 1830 (Sirey, 1831, 2, 165).

(2) Comparez, en sens divers, Duranton, t. XIII, p. 392, n° 357; Larombière, t. V, n° 9 de l'article 1348 (Ed. B., t. III, p. 206).

(3) Boiceau, *De la preuve testimoniale*, chap. X, n° 3, p. 287.

fois, il ne faut pas établir comme principe que le gérant peut toujours prouver par témoins les faits qu'il allègue, parce que les termes de l'article 1348 sont absolus et ne comportent aucune distinction entre lui et le maître (1). Il y a une différence, et elle résulte du principe même établi par l'article 1348. Le maître est toujours dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale des faits de gestion, puisqu'il y reste étranger; tandis que le gérant peut très-bien et doit se procurer un écrit pour les faits juridiques où il intervient. Il vend : la plus simple prudence et les convenances l'obligent de se procurer une preuve littérale de la vente. S'il paye une dette, il doit retirer quittance. Il ne serait pas reçu à prouver par témoins la vente et le paiement, car il a pu et dû s'en procurer une preuve littérale; il est donc dans le cas, non de l'exception, mais de la règle (2).

La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux. Dans l'espèce, il s'agissait d'avances et de déboursés faits par le gérant; la cour a décidé que le gérant ne pouvait pas les prouver par témoins, puisqu'il lui avait été très facile de tirer des quittances de ceux à qui il avait fait des paiements relatifs à son administration. Mais la cour va trop loin en concluant de là que le maître ne peut pas non plus prouver par témoins les recettes qu'il prétend avoir été faites par le gérant (3). Cela résulte, dit l'arrêt, de la règle des corrélatifs. Nous comprenons que si la position des deux parties était la même, elles devraient être soumises à la même règle en ce qui concerne la preuve de leurs droits et obligations; mais si le gérant peut et doit demander des quittances de ce qu'il débourse, comment veut-on que le maître se procure des quittances de ce que le gérant reçoit?

549. La gestion d'affaires se prouve par témoins, tandis que le mandat doit être prouvé par écrit. Cela n'est pas douteux quand le mandat est exprès; la loi le dit (art. 1985). Mais le mandat peut aussi être tacite, comme

(1) Larombière, t. V, n° 9 de l'article 1348 (Ed. B., t. III, p. 206).

(2) Mourlon, t. II, p. 847, n° 1610.

(3) Bruxelles, 13 janvier 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 12).

nous le dirons en traitant de la gestion d'affaires et du mandat. Applique-t-on à la preuve du mandat tacite le principe qui régit le mandat ou l'exception qui s'applique à la gestion d'affaires? En théorie, la solution n'est pas douteuse; la règle qui prohibe la preuve testimoniale s'applique à tous les faits juridiques, à *toutes choses*, dit l'article 1341, tandis que l'exception n'est applicable qu'aux quasi-contrats; or, le mandat tacite n'est pas un quasi-contrat, c'est un contrat; il est, par conséquent, soumis à la règle. Mais en fait il est très-difficile de distinguer le mandat tacite de la gestion d'affaires. La difficulté augmente par la mauvaise rédaction de l'article 1371 qui semble confondre la gestion d'affaires avec le mandat tacite. Nous expliquerons l'article 1371 au titre des *Quasi-contrats*. Pour le moment, nous exposerons la jurisprudence en ce qui concerne la preuve; il ne faut pas s'étonner si elle est confuse, puisque la confusion existe dans la loi.

550. Un père soutient que son fils, qui tenait les registres où étaient inscrits les travaux que le père faisait comme ouvrier couvreur, avait reçu différentes sommes qui lui étaient dues. Ces faits constituent-ils le quasi-contrat de gestion d'affaires, comme le dit la cour de Bourges? et y a-t-il lieu, par suite, à admettre la preuve testimoniale (1)? Cela nous paraît très-douteux. Le fils qui tient les registres du père le fait en vertu d'un pouvoir que le père lui donne; on ne peut pas même dire que ce mandat soit tacite, c'est plutôt un mandat verbal. Il en est de même des recettes que le fils fait pour le père, s'il les a faites de son consentement. Or, dès qu'il y a concours de volontés, pouvoir donné et reçu, il ne peut plus être question d'un quasi-contrat.

Les tribunaux admettent très-facilement un quasi-contrat de gestion d'affaires. Un fermier reconstruit le toit d'une grange sans même en avertir le bailleur; on lui donne action pour le remboursement de ses avances et on lui permet de faire la preuve des impenses par témoins;

(1) Bourges, 10 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4880, 1°).

l'arrêt assimile, dans ce cas, le fermier à un gérant d'affaires (1). Cela est très-douteux. Un contrat existe entre les parties; en vertu du bail, le preneur est tenu des réparations locatives, et le bailleur, des grosses réparations. Là où il y a des obligations contractuelles, il ne peut plus être question d'un quasi-contrat. Le fermier doit, en exécution du contrat, prévenir le bailleur et le sommer, au besoin, de faire les réparations qui sont à sa charge. Cela se fait par écrit, donc le fermier ne peut pas dire qu'il a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

551. La confusion est si grande que, tout en qualifiant le fait litigieux de gestion d'affaires, une cour appelle le gérant mandataire. Ayant encaissé des sommes pour le maître, il en doit rendre compte (2). Y avait-il lieu à la preuve testimoniale? Oui, si le fait était un quasi-contrat; non, si c'était un contrat; mais un seul et même fait ne saurait être tout ensemble un contrat et un quasi-contrat; s'il y a un gérant, il n'y a pas de mandataire, et s'il y a un mandataire, il n'y a point de gérant.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un notaire. Il est difficile d'admettre qu'un notaire soit un gérant d'affaires; ils sont mandataires des parties en ce qui concerne l'acte qu'ils sont chargés de rédiger; et il est assez naturel que si, en dehors de leur ministère, ils agissent au nom et dans l'intérêt des parties, ils le fassent en vertu d'un mandat exprès ou tacite. Il n'y aura de gestion d'affaires que dans le cas où il n'est intervenu aucun concours de consentement entre les parties, ni exprès ni tacite. Tel est le principe. La jurisprudence est indécise.

Un notaire s'interpose pour placer des fonds de son client. Est-ce gestion d'affaires ou mandat? Il a été jugé qu'il y avait gestion d'affaires dans l'espèce suivante. La cour de Douai constate en fait que le notaire, informé qu'un de ses clients avait des fonds disponibles, s'était spontanément interposé pour le placement de ces fonds, qu'il avait indiqué les emprunteurs en donnant à son client

(1) Douai, 23 mars 1842 (Daloz, au mot *Louage*, n° 557).

(2) Bourges, 6 août 1845 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4880, 1°).

l'assurance qu'ils étaient solvables. C'est par son intermédiaire que le prêt hypothécaire fut réalisé. La cour de cassation en conclut que le notaire s'était constitué lui-même le *mandataire* du prêteur et que l'arrêt attaqué avait pu admettre, sans preuve écrite, que le notaire avait volontairement *géré l'affaire* du prêteur (1). Voilà encore une fois les deux termes réunis : la cour appelle *mandataire* celui qui, d'après le dispositif, était un *gérant d'affaires*. A notre avis, il y avait mandat, et même mandat exprès. En effet, le notaire propose à son client de prêter ses fonds à un tel; le client accepte cette offre, puis le notaire réalise le prêt. Il y avait donc concours formel de volontés, donc contrat et, par suite, mandat et non gestion d'affaires. Qu'importe que le notaire ait pris l'initiative, qu'il ait offert un placement à son client? Tout ce qui en résulte, c'est que le notaire avait fait l'offre de se charger d'un mandat, tandis que d'ordinaire c'est le mandant qui fait cette offre; mais cela ne change rien à la nature du fait juridique (2).

Il est difficile de concevoir que, dans un placement de fonds fait avec le consentement du prêteur, il y ait un quasi-contrat. La cour de Metz l'a admis en se fondant sur ce que le prêteur, étranger au pays et ne connaissant pas l'emprunteur, s'en était rapporté au notaire sur la solidité du placement (3). N'est-ce pas confondre la responsabilité du notaire avec la question de savoir quelle est la nature du fait juridique et quelle est la preuve admissible? Avant de déclarer que le notaire est responsable, il faut prouver le fait juridique qui engendre la responsabilité : est-ce un mandat, la preuve doit se faire par écrit; est-ce une gestion d'affaires, la preuve se fera par témoins. Dans l'espèce, il y avait mandat bien exprès, puisque le notaire s'était chargé d'opérer pour le prêteur, et avec le consentement de celui-ci, le placement d'une somme importante. Cela est tout aussi certain au point de vue des principes qui régissent la preuve. Si la loi

(1) Rejet, chambre civile, 19 mars 1845 (Daloz, 1845, 1, 186).

(2) Comparez Poitiers, 22 juillet 1851 (Daloz, 1852, 2, 91).

(3) Metz, 19 décembre 1855 (Daloz, 1857, 5, 287).

admet la preuve testimoniale pour les quasi-contrats, c'est parce qu'il est impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale. Où était, dans l'espèce, cette impossibilité? Rien de plus facile pour le prêteur et pour le notaire qui se chargeait de négocier le prêt, que de dresser acte de leurs conventions. Donc on n'était ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1348.

552. La gestion d'affaires suppose certaines conditions, comme nous le dirons au titre des *Quasi-contrats*. Si l'une de ces conditions fait défaut, celui qui a géré l'affaire n'a plus l'action qui naît du quasi-contrat, action qui lui procure le même avantage que celle du mandat; mais il a encore l'action appelée *de in rem verso*, fondée sur l'équité, action en vertu de laquelle il peut réclamer ce dont le propriétaire s'est enrichi. Comment prouvera-t-il le fondement de son action, c'est-à-dire le fait de gestion et le profit qui en résulte pour le propriétaire? Bien qu'il n'y ait pas de quasi-contrat proprement dit, l'on doit appliquer par analogie les principes qui régissent la preuve des quasi-contrats : il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale, donc il est admis à la preuve par témoins (1).

2. DU PAYEMENT INDÛ.

553. Le code place le paiement indû parmi les quasi-contrats (art. 1376 1381). Si l'on s'en tenait au texte de l'article 1348, n° 1, il en faudrait conclure que celui qui agit en répétition de l'indû peut prouver par témoins le paiement qu'il a fait, quand même il excéderait la somme de 150 fr. Mais ici c'est le cas d'appliquer la règle d'interprétation que nous avons posée (n° 545) : il ne suffit pas, pour que la preuve testimoniale soit indéfiniment admissible, qu'il y ait quasi-contrat, il faut encore qu'à raison du quasi-contrat les parties intéressées aient été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale;

(1) Larombière, t. V, p. 142, n° 9 (Ed. B., t. III, p. 206). Rejet, 3 prairial an IX (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4885).

or, celui qui paye par erreur une dette dont il n'est pas débiteur ne se trouve certes pas dans l'impossibilité de prouver le paiement par écrit; l'usage et la prudence lui commandent de retirer une quittance du paiement qu'il fait. Dès lors il n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1348 (1).

554. Aux termes de l'article 1377, celui qui par erreur se croyait débiteur et a payé la dette d'un tiers n'a pas d'action en répétition de l'indû contre le créancier, lorsque celui-ci a supprimé son titre par suite du paiement, mais la loi lui donne un recours contre le véritable débiteur. On demande si celui qui exerce ce recours est admis à la preuve testimoniale. Il a deux choses à prouver, d'abord le fait du paiement; sur ce point, il n'y a aucun doute, il reste sous l'empire du droit commun, comme nous venons de le dire; il devra donc produire la quittance du paiement qu'il a fait. Ensuite il est tenu de prouver qu'il a payé la dette du tiers contre lequel il agit : cette preuve il peut la faire par témoins, car il n'a pas pu se procurer une preuve littérale d'une dette à laquelle il est étranger; et la preuve littérale qui existait, le créancier l'a détruite en supprimant son titre; il est donc dans le cas de l'exception prévue par l'article 1348 (2).

II. Les délits et les quasi-délits.

555. L'exception de l'article 1348 s'applique encore, d'après le n° 1, aux obligations qui naissent des délits et des quasi-délits. Au titre des *Engagements qui se forment sans convention*, nous dirons ce que le code entend par délit et par quasi-délit; l'article 1382 comprend les délits et les quasi-délits dans une même définition, en disant que c'est tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage; la conséquence du délit et du quasi-délit est aussi la même : celui par la faute duquel le dommage est arrivé est tenu de le réparer. Il y a cependant une

(1) Duranton, t. XIII, p. 393, n° 358, et tous les auteurs.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 462 et note 5, § 765. Larombière, t. V, p. 144, n° 13 (Ed. B., t. III, p. 207).

différence entre le délit et le quasi-délit : l'un suppose la volonté de nuire et l'autre ne suppose que la négligence ou l'imprudence. Au point de vue de la preuve, il n'y a pas de différence : le texte met sur la même ligne le délit et le quasi-délit, l'un et l'autre se prouvent indéfiniment par témoins et par une raison identique; il est impossible à la partie intéressée de se procurer une preuve littérale du délit : les délits ne se constatent pas par écrit, et les quasi-délits pas davantage.

556. Cela suppose qu'il s'agit d'un pur fait qui cause un dommage à autrui. Mais il y a des faits dommageables qui sont complexes, c'est-à-dire qui renferment plusieurs éléments : faut-il conclure de l'article 1348, n° 1, que tous ces éléments peuvent se prouver indistinctement par témoins? Non; quand le fait litigieux est complexe, celui qui l'allègue doit l'établir dans tous ses éléments et prouver, par conséquent, chacun de ces éléments en se conformant aux règles que la loi établit sur les preuves. Si donc il se rencontre dans un fait dommageable un élément contractuel, le demandeur devra prouver la convention par écrit, puis il sera reçu à prouver par témoins le fait dommageable, délit ou quasi-délit (1). Cela suppose que le fait litigieux comprend un élément contractuel. Il ne suffirait pas que le délit fût commis à l'occasion d'un contrat, lequel serait étranger au délit; dans ce cas, il y a lieu à l'application pure et simple de l'article 1348 (2).

L'article 408 du code pénal (de 1810) punit d'un emprisonnement et d'une amende celui qui détourne ou dissipe, au préjudice du propriétaire, des effets, deniers, billets, quittances ou tous autres écrits qui ne lui ont été remis qu'à titre de dépôt. J'agis en violation de dépôt, par action civile : serai-je admis à la preuve par témoins? Il faut distinguer. Il y a deux éléments dans le délit dont je demande la réparation. D'abord un dépôt, puis le détournement ou la dissipation des choses confiées au depositaire. Le dépôt est un contrat et, comme tel, il doit être prouvé

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 462, § 765. Larombière, t. V, p. 156, n° 13 (Ed. B., t. III, p. 207).

(2) Rejet, chambre civile, 10 mars 1875 (Dalloz, 1875, 1, 280).

par écrit. Je dois donc prouver avant tout, et par écrit, l'existence du dépôt; c'est seulement quand le dépôt sera prouvé que je serai admis à prouver le détournement dont le dépositaire s'est rendu coupable. Vainement me prévaudrais-je de l'article 1348, n° 1, en disant que je demande à faire preuve d'un délit et que la loi m'admet à faire cette preuve par témoins. On me répondra que le délit, dans l'espèce, consiste dans une convention qui a été violée; avant de prouver que le dépôt a été violé, il faut que je prouve qu'il y avait un dépôt : tant que je n'aurai pas prouvé qu'il y a eu dépôt, je ne serai pas admis à prouver que le dépôt a été violé. Le bon sens dit qu'il ne saurait y avoir de violation de dépôt quand il n'y a point de dépôt; et le droit dit que le dépôt étant un contrat, doit être prouvé par écrit. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

Il en est de même de l'abus d'un blanc seing. Aux termes de l'article 407 du code pénal (de 1810), « quiconque, abusant d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire sera puni des peines portées à l'article 405, » c'est-à-dire l'emprisonnement et l'amende. Comment se prouvera l'abus d'un blanc seing? C'est un délit : est-ce à dire qu'on sera admis à le prouver par témoins? Il y a deux éléments dans ce délit; il faut d'abord qu'un blanc seing ait été *confié* à une personne, puis qu'elle y ait écrit *frauduleusement* une convention autre que celle que les parties avaient en vue. Le premier élément n'est autre chose qu'un dépôt accompagné d'un mandat. Je *confie* le blanc seing : voilà la remise ou le dépôt. Dans quel but? Le dépositaire est chargé de le remplir : voilà le mandat. Il y a donc deux éléments conventionnels dans le délit dont je demande la réparation; or, le dépôt et le mandat doivent se prouver par écrit. C'est seulement quand cette preuve aura été faite que je

(1) Toullier, t. V, 1, p. 147, n° 147 et 148, et tous les auteurs.

(2) Bruxelles, 3 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 288). Liège, 13 mars 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 56).

serai admis à prouver par témoins l'abus du blanc seing ; car il est impossible qu'il y ait abus d'un blanc seing tant que la remise d'un blanc seing ne sera pas établie (1).

La jurisprudence des cours de Belgique est en sens contraire. On lit dans un arrêt de la chambre de cassation de Bruxelles que la remise d'un blanc seing est un fait pur et simple qui ne constitue aucune convention et qui, par conséquent, peut être établi par témoins (2). Nous avons répondu d'avance à l'objection. Un fait pur et simple est un fait matériel qui par lui-même ne produit ni droit ni obligation. Est-ce que la remise d'un blanc seing ne donne aucun droit à celui à qui il est confié ? Il a le droit de le remplir en écrivant au-dessus de la signature la convention que les parties ont en vue. Est-ce que la remise d'un blanc seing ne produit aucune obligation ? Celui qui signe en blanc et qui confie cette signature à un tiers est par cela même obligé d'exécuter l'obligation qui y est inscrite, et il reste obligé à l'égard des tiers alors même qu'il prouverait l'abus du blanc seing. Donc il s'agit d'un fait juridique et, par conséquent, ce fait ne peut être établi par la preuve testimoniale.

La cour de cassation de Belgique fait une autre objection. Elle dit que le blanc seing, par lui-même, aussi longtemps qu'il est à l'état de blanc seing n'a point de valeur supérieure à 150 fr., qu'il n'en a même aucune ; d'où elle conclut que la preuve qu'un papier a été confié à une personne muni d'une signature en blanc constitue un fait susceptible d'être prouvé par témoins (3). Cela ne nous paraît pas sérieux. Le blanc seing implique une convention arrêtée entre celui qui a apposé sa signature et celui à qui il le remet ; quelle est la valeur pécuniaire de cette convention ? Est-elle nulle ? Non, certes ; elle est inconnue jusqu'à ce que le blanc seing soit rempli. C'est donc l'acte mis au-dessus de la signature qui déterminera

(1) Toullier, t. V, p. 150, n° 149, et tous les auteurs. La jurisprudence est conforme : Nancy, 8 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 70) Rejet, 3 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 145).

(2) Bruxelles, chambre de cassation, 15 juin 1815 (*Pasicriste*, 1815, p. 407). Comparez Gaud, 15 novembre 1854 (*Pasicriste*, 1855, 2, 195).

(3) Rejet, 2 juin 1846 (*Pasicriste*, 1846, 1, 271).

le montant pécuniaire du fait, et c'est d'après cette somme ou cette valeur que l'on décidera si la preuve testimoniale est admissible ou si elle doit être rejetée.

Il en est de même de toute violation d'un mandat, c'est-à-dire de l'abus de confiance, terme général qui comprend tout abus qu'une personne fait d'un mandat ou d'un dépôt (1).

557. Nous avons supposé que l'action est portée devant les tribunaux civils. L'action en dommages-intérêts qui naît d'un délit peut aussi être portée devant les tribunaux criminels : y sera-t-elle soumise aux mêmes règles en ce qui concerne la preuve ? Il existe, dans ce cas, des motifs de douter, qui ont parfois entraîné les cours à admettre la preuve testimoniale, sans distinction entre l'élément conventionnel du fait litigieux et l'élément criminel. A notre avis, ces doutes ne sont pas sérieux. Qu'importe devant quelle juridiction un fait doit être prouvé ? Ce n'est pas la juridiction qui détermine le mode de preuve, c'est la nature du fait qu'il s'agit de prouver. Il est vrai que le droit commun est que les délits se prouvent par témoins. La raison en est bien simple, c'est qu'il n'y a pas d'autre preuve possible. Mais quand un délit est un fait complexe et que l'un des éléments de ce fait est un contrat, pourra-t-on prouver par témoins l'existence de ce contrat, parce que la preuve doit s'en faire devant un tribunal criminel ? C'est demander si un contrat cesse d'être un contrat selon qu'il est allégué devant telle ou telle juridiction. La question n'a pas de sens. Et si le contrat reste ce qu'il est de son essence, y a-t-il une raison pour que la preuve s'en fasse par témoins en police correctionnelle, tandis que, devant les tribunaux civils, la preuve n'en peut se faire que par écrit ? Cette question aussi n'a pas de sens. Le contrat est un fait civil, quelle que soit la juridiction devant laquelle on l'invoque. C'est donc d'après le code civil que la preuve en doit être administrée.

Il n'y a pas même à distinguer si c'est la partie civile ou si c'est le ministère public qui agit. Qu'importe, encore

(1) Bruxelles, 6 juillet 1867 (*Pasicriste*, 1869, 2, 139).

une fois, qui intente l'action? La preuve ne se règle pas d'après la qualité de celui qui agit, elle se règle d'après la nature du fait qu'il faut prouver. Est-ce un délit pur et simple? La preuve testimoniale est le droit commun. Y a-t-il une convention sans l'existence de laquelle le délit ne se conçoit point? Le ministère public devra en faire la preuve par écrit s'il s'agit d'un fait qui excède la somme de 150 fr., à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit. Vainement objecterait-on que la société est intéressée à ce que les délits soient réprimés et que, par suite, il faut admettre la preuve testimoniale sans distinction entre les divers éléments du délit. Sans doute, la société est intéressée à ce que les délits soient réprimés, mais elle est aussi intéressée à ce que la peine ne frappe que ceux dont la culpabilité est démontrée; et si le délit n'existe que dans le cas où l'existence d'une convention est prouvée, la société est intéressée à ce que la preuve se fasse par les voies que la loi civile admet; ces preuves sont aussi d'ordre public, ce sont les seules que la loi croie suffisantes pour établir le fait litigieux.

Ces principes sont universellement admis. Il y a des difficultés de détail dans lesquelles les limites de notre travail ne nous permettent point d'entrer. Pour la même raison nous laissons aussi de côté les variations de la jurisprudence en cette matière (1).

558. Nous avons supposé un élément conventionnel, c'est-à-dire une convention valable mêlée à un délit et précédant le fait dommageable. Que faut-il décider si cette convention est viciée par la fraude, en ce sens qu'elle n'a été contractée que par une manœuvre doloureuse? C'est une des questions les plus délicates dans cette difficile matière. Il y a un principe qu'il ne faut jamais perdre de vue, le principe établi par l'article 1348, qui n'est qu'une exception à la règle de l'article 1341. La règle est que tout fait juridique doit être prouvé par écrit lorsque la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 462, notes 9-12, § 765. Larombière, t. V, p. 157, nos 24-26 (Ed. B., t. III, p. 213). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4892. Il faut ajouter *Cassation*, 2 arrêts, 28 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 41 et 42).

chose excède la valeur de 150 francs. Cette règle reçoit une exception qui est elle-même un principe : quand la partie qui doit prouver un fait n'a pu s'en procurer une preuve littérale, elle est admise à le prouver indéfiniment par témoins. Le principe de l'article 1348 s'applique-t-il à la fraude? Nous dirons plus loin qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la preuve testimoniale est admissible lorsqu'une convention est attaquée pour cause de fraude ou de dol; ce sont les expressions de l'article 1353, lequel permet, en ce cas, au juge de recourir à des présomptions que l'on appelle présomptions de l'homme. L'article 1353 suppose qu'une convention existe, qu'elle est prouvée; mais l'une des parties en demande la nullité pour cause de dol ou de fraude; elle peut faire la preuve par témoins des manœuvres doloureuses, par application de l'article 1348; elle a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du dol et de la fraude dont elle a été la victime en contractant. Notre hypothèse est tout autre. La partie qui a contracté prétend que c'est par des manœuvres frauduleuses qu'elle a été amenée à souscrire la convention, cette convention n'est pas prouvée par écrit : pourra-t-elle faire la preuve par témoins des faits de dol et de fraude dans le but de prouver la convention elle-même comme étant le résultat de ces manœuvres? A notre avis, non. Ce serait violer l'article 1341 et faire une fausse application de l'article 1348. Il existe une convention, elle est viciée par le dol. Il y a là deux faits distincts : le concours de volontés qui a formé la convention et le dol qui a vicié le consentement de l'une des parties contractantes; le premier, la convention, doit être prouvé par écrit en vertu de l'article 1341; le second, la fraude, peut être prouvé par témoins. Cela est aussi fondé en raison : la preuve par écrit est la règle, et la règle doit recevoir son application dans tous les cas où il a été possible de se procurer une preuve littérale; or, la fraude qui vicie le consentement n'empêche pas celui qui a contracté de dresser acte de la convention; donc celui qui a été victime de la fraude ne peut pas se prévaloir de la fraude pour prouver la convention par témoins; il doit