

l'armoire jusqu'au retour du mari. Des difficultés s'élèvent entre les parties sur la somme remise. Le débiteur prétend qu'il s'agit d'un dépôt nécessaire, en ce sens qu'il ne pouvait s'en procurer une preuve littérale, soit parce que l'argent n'appartenait pas au déposant, soit parce que la femme dépositaire ne pouvait s'obliger sans autorisation de son mari. Mauvaises raisons que l'on ne devrait pas proposer en justice et que la cour de cassation rejeta (1). Le code a une section sur le dépôt nécessaire; c'est celui, dit l'article 1949, qui a été *forcé* par quelque *accident*, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage, ou autre événement *imprévu*; et c'est à raison du caractère imprévu du fait qui oblige une personne à remettre au premier venu des effets qu'elle veut sauver, que la loi a admis la preuve testimoniale, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 150 fr. (2).

Celui qui demande à faire preuve par témoins d'un dépôt nécessaire doit prouver que le dépôt est nécessaire, c'est-à-dire l'*accident imprévu* qui l'a *forcé* à déposer précipitamment les objets qu'il voulait sauver de la perte qui le menaçait. Il doit encore prouver que le dépôt était *nécessaire*, c'est-à-dire que c'était le seul moyen de sauver les effets qu'il aurait perdus s'il ne les avait pas déposés; enfin le dépôt lui-même doit être prouvé, cela va sans dire. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une exception à une prohibition d'ordre public; or, celui qui allègue une exception doit la prouver dans tous ses éléments; dès que l'un des éléments du dépôt nécessaire fait défaut, on n'est plus dans l'exception, on rentre dans la règle qui prohibe la preuve testimoniale, même pour dépôt volontaire (art. 1341) (3).

567. L'article 1348, n° 2, assimile aux dépôts nécessaires ceux faits par les voyageurs logeant dans une hôtellerie. On ne dresse pas d'écrit de ces dépôts, dit Pothier; l'hôtelier n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui

(1) Rejet, chambre criminelle, 12 août 1848 (Daloz, 1848, 5, 99).

(2) Toullier, t. V, 1, p. 189, n° 194.

(3) Duranton, t. XIII, p. 395, n° 364.

arrivent tous les jours et à tous moments chez lui (1). Cette disposition est très-importante, car elle marque le sens qu'il faut attacher au mot *impossibilité* dont la loi se sert en établissant le principe. On ne peut pas dire que le voyageur soit dans l'impossibilité absolue de se procurer une preuve littérale du dépôt de ses effets; si, comme le dit Pothier, l'hôte n'a pas le loisir de dresser acte de tous les dépôts qui se font chez lui, il n'a qu'à établir un bureau, en chargeant un commis de constater les dépôts que font les voyageurs. Pourquoi donc, malgré la possibilité physique, la loi considère-t-elle les parties comme se trouvant dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale? C'est qu'elle se contente d'une impossibilité morale: si elle avait exigé un écrit pour chaque dépôt fait par un voyageur, il en serait résulté des frais que les voyageurs, en définitive, auraient dû supporter et, outre les frais, des embarras et des ennuis; en facilitant la preuve, la loi facilite les voyages et favorise, par conséquent, les hôteliers eux-mêmes. Le principe est donc que l'impossibilité morale suffit pour que la preuve testimoniale soit admissible (2).

Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à cette exception? Les voyageurs seuls peuvent l'invoquer, ce qui implique, comme la loi le dit, qu'ils logent dans l'hôtellerie: ceux qui ne logent pas doivent eux-mêmes garder leurs effets, on ne peut pas dire qu'ils les confient à l'hôtelier. A qui les voyageurs doivent ils remettre leurs effets? L'ordonnance de 1667 semblait exiger (titre XX, art. 4) que le dépôt fût fait « entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse »; on en pouvait conclure que le dépôt remis aux gens de service ne tombait pas sous le texte de la loi; d'après le code, il suffit que les effets des voyageurs soient déposés dans l'hôtellerie, peu importe à qui ils ont été remis. Cela est rationnel; l'hôtelier ne peut pas plus recevoir personnellement tous les effets, qu'il ne peut en donner un reçu; les gens de la maison sont ses préposés, à cet égard; il est censé recevoir ce

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 814.

(2) Toullier, t. V, 1, p. 195, n° 203.

qui leur est remis (1). Enfin, il faut que les effets soient déposés dans une hôtellerie; s'ils l'étaient dans une maison particulière, ce serait un dépôt volontaire, et la preuve n'en serait reçue que par écrit (2).

568. L'article 1348, n° 2, ajoute : « Le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. » Quel est le sens de cette restriction? Le juge doit prendre en considération les circonstances du fait pour décider s'il y a ou non dépôt nécessaire. Et alors même que le dépôt aurait été fait dans un *accident imprévu*, il faut encore que ce dépôt soit *forcé*, comme nous l'avons dit (n° 566). C'est l'application du principe tel qu'il est formulé par la loi : l'exception n'existe que si le déposant s'est trouvé dans l'*impossibilité* de se procurer une preuve littérale; dès qu'il lui a été possible de dresser acte, la preuve testimoniale n'est plus admise. Seulement l'impossibilité ne doit pas être absolue, il suffit qu'elle soit morale : le juge doit tenir compte du trouble et de la frayeur que les accidents terribles d'un incendie, d'un naufrage, d'une sédition jettent dans les esprits. Il a encore, sous un autre rapport, un pouvoir d'appréciation : il doit considérer la qualité des personnes, dit la loi. On lit dans le rapport du tribun Jaubert : « L'expérience a appris que si un homme incendié pouvait être la victime de ceux qui, sous le voile de l'humanité, ont paru vouloir lui porter secours, que si un voyageur a quelquefois éprouvé des infidélités de la part d'un hôte, il est arrivé aussi et que l'homme incendié et que le voyageur ont voulu abuser du secours de la loi pour s'enrichir aux dépens d'autrui. Si un homme notoirement pauvre prétend avoir déposé dans un incendie des choses précieuses, le juge pourra ne pas l'admettre à la preuve testimoniale s'il a la conviction que le prétendu dépôt servirait à couvrir une spoliation (3).

(1) Larombière, t. V, p. 168, n° 30 et 31 (Ed. B., t. III, p. 217). Toullier, t. V, 1, p. 194, n° 202.

(2) Il a été jugé que l'article 1348 s'applique aux dépôts faits dans une maison publique. Aix, 20 juin 1867 (Dalloz, 1867, 5, 332).

(3) Toullier, t. V, 1, p. 196, n° 203. Duranton, t. XIII, p. 396, n° 394. Larombière, t. V, p. 169, n° 32 (Ed. B., t. III, p. 217).

569. L'exception de l'article 1348 s'applique-t-elle au dépôt d'objets destinés à être transportés? La négative est certaine, elle résulte de la règle qui régit les exceptions; elles sont d'interprétation rigoureuse; or, le texte ne prévoit que le dépôt des voyageurs logeant dans une hôtellerie; cela est décisif. On objecte l'article 1782, aux termes duquel les voituriers sont assujettis, pour la conservation et la garde des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes. La réponse est que l'assimilation ne concerne pas la preuve du dépôt, donc l'article 1782 doit être écarté.

Mais si la preuve testimoniale n'est pas admissible d'après le droit civil, elle l'est en vertu du droit commercial. Le contrat de transport est un contrat commercial, et en matière de commerce la preuve testimoniale est indéfiniment admissible. Il y a cependant un motif de douter. Les entrepreneurs de transport sont obligés de tenir registre des effets qui leur sont confiés; les déposants ont donc un moyen légal de se procurer une preuve par écrit, dès lors on ne peut pas dire qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. L'objection serait décisive si la question pouvait se décider par les principes du droit civil. Mais pour les contrats commerciaux, la règle est toute contraire; la preuve testimoniale est admise en principe, il faudrait donc une disposition exceptionnelle pour la rejeter; or, les articles 96 du code de commerce et 1985 du code civil, qui obligent les entrepreneurs de transport de tenir registre et d'y inscrire les dépôts qu'ils reçoivent, ne dérogent pas au droit qu'a le déposant de prouver par témoins la remise qu'il leur fait. Cela est aussi fondé en raison. La négligence des entrepreneurs de roulage ne peut pas enlever au déposant un droit qu'il tient de la loi (1).

(1) Gand, 31 mai 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 140). Marcadé, t. V, p. 157, n° VII de l'article 1348. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 617, n° 323 bis II.

IV. Article 1348, n° 5.

570. Le n° 3 de l'article 1348 applique l'exception aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. Il faut d'abord que l'obligation soit contractée dans un accident imprévu et il faut de plus que l'accident soit de telle nature qu'il ait été impossible de faire des actes par écrit. La jurisprudence n'offre pas d'application de cette disposition. Duranton donne l'exemple suivant. Une personne poursuivie pour crime et qui veut se soustraire aux poursuites de la justice emprunte, au moment où elle prend la fuite, une somme de 1,000 francs; la preuve testimoniale du prêt sera admise sous les conditions déterminées par la loi (1).

V. Perte du titre.

571. L'exception de l'article 1348 s'applique enfin « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. » Il y a impossibilité de prouver le fait allégué par écrit, puisque la preuve écrite a disparu par un cas fortuit. La loi a dû permettre au créancier de prouver sa créance par témoins, à raison de l'impossibilité où il se trouve de produire l'écrit qui avait été dressé. Que doit-il prouver?

Il faut d'abord que le créancier prouve qu'il a perdu son titre par un *cas fortuit*, la loi ajoute *imprévu et résultant d'une force majeure*; elle accumule les expressions qui marquent tout ensemble l'impossibilité où le créancier se trouve de produire un acte écrit et l'absence de toute faute de sa part. Pothier signale le danger que le législateur a voulu prévenir. Dans l'incendie ou le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi les-

(1) Duranton, t. XIII, p. 399, n° 367. Larombière, t. V, p. 172, n° 39 (Ed. B., t. III, p. 218).

quels étaient des billets de mes débiteurs; à quelque somme que montent ces billets, je dois être admis à la preuve par témoins de ce qui m'est dû, parce que c'est par un cas imprévu et sans ma faute que j'ai perdu les titres qui formaient la preuve littérale de ma créance. Mais pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte du titre soit constant. Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale allègue simplement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté par lequel il les a perdus, il ne sera pas admis à la preuve par témoins de sa créance. Autrement l'ordonnance qui défend la preuve testimoniale pour prévenir la subornation des témoins deviendrait illusoire, car il ne serait pas plus difficile à celui qui voudrait faire la preuve par témoins de quelque prêt de suborner des témoins qui diraient qu'ils ont vu le titre entre ses mains que d'en suborner qui diraient qu'ils ont vu compter l'argent (1).

S'il n'y a pas de cas fortuit, imprévu, résultant d'une force majeure, l'article 1348 n'est plus applicable. C'est ce que la cour de cassation a jugé sur les conclusions de Merlin. En 1782, une métairie est vendue avec clause de rachat. Quand le vendeur veut user de la clause, l'acquéreur lui oppose qu'il a renoncé au droit de réméré; il prétend qu'il existait un écrit sous seing privé constatant la renonciation. Le tribunal d'appel l'admet à prouver par témoins que cet écrit avait été vu par plusieurs personnes et qu'il s'était égaré dans les mains d'un ci-devant seigneur, auquel il avait été envoyé pour investir l'acheteur. Sur le pourvoi, la décision fut cassée par le motif que la renonciation aurait dû être prouvée par écrit. Le tribunal auquel l'affaire fut renvoyée jugea comme le premier juge, en invoquant l'exception qui a été consacrée par l'article 1348, n° 4, et qui était aussi admise dans l'ancienne jurisprudence. Nouveau pourvoi porté devant les chambres réunies. L'exception que l'acheteur invoquait,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 815. Toullier, t. V, l. 1, p. 200, n° 207 et 208.

dit la cour, suppose que l'écrit a été perdu par l'effet d'une force majeure, et, dans l'espèce, la preuve testimoniale avait été admise sans que l'on eût même allégué aucun cas fortuit qui eût occasionné la perte de l'acte. Avec une pareille jurisprudence, dit la cour, la prohibition de la preuve testimoniale serait sans cesse éludée : au moyen de deux témoins qui déposeraient avoir vu un prétendu écrit privé dont il ne serait même plus possible de vérifier l'écriture, les conventions les plus importantes et les plus authentiques seraient facilement anéanties (1).

572. Quand y a-t-il cas fortuit? Le cas fortuit est un fait, soit de la nature, soit de l'homme par lequel l'acte est détruit, sans que le créancier ait pu prévoir la destruction, ni l'empêcher; car la loi dit : « *Imprévu* et résultant d'une *force majeure*. » Il a été jugé que la loi peut être un cas fortuit dans le sens de l'article 1348. Le décret du 17 juillet 1793 ordonne que tous les titres féodaux seront livrés aux flammes; on est admis à prouver par témoins que la minute d'un acte a été brûlée en exécution de ce décret (2). En effet, la destruction ordonnée par la loi met les parties intéressées dans l'impossibilité de produire l'écrit; bien loin de pouvoir l'empêcher, elles étaient obligées d'obéir et de souffrir que l'acte fût livrée aux flammes. Vainement dirait-on que la destruction était prévue et que les parties auraient pu se procurer une preuve littérale du contenu en l'acte, car ce nouvel écrit, étant aussi entaché de féodalité, aurait également dû être détruit.

La question de savoir quand il y a cas fortuit est un point de fait. Nous avons dit plus haut que la jurisprudence applique le n° 4 de l'article 1348 au cas où le titre a été détruit par l'effet d'un délit. Le fait d'un tiers que la partie intéressée n'a pas pu empêcher a toujours été considéré comme un cas fortuit, à plus forte raison en doit-il être ainsi quand ce fait est un délit.

On demande si la perte du titre qui a été égaré suffit

(1) Cassation, 7 ventôse an XI (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4919, 1°). Comparez Orléans, 13 décembre 1862 (Daloz, 1863, 2, 5).

(2) Montpellier, 1^{er} décembre 1835 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4928).

pour que la preuve testimoniale soit admissible. En général celui qui perd une chose est coupable de négligence, avec plus de soins il aurait donc pu prévenir la perte, ce qui exclut l'application de la loi; il n'y a pas de cas fortuit, imprévu, résultant d'un cas de force majeure. Mais il se peut aussi que le titre s'égaré par le fait d'un tiers, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au créancier; dans ce cas, l'article 1348 sera applicable. La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que si un titre se perd par suite du déplacement des archives d'un greffe, la preuve testimoniale n'est pas admissible; il ne faut pas prendre cet arrêt comme une décision générale, c'est une décision d'espèce qui se justifie par les circonstances du fait (1). Dans une autre espèce, il a été jugé qu'il y avait cas fortuit. Un titre est déposé, en première instance, sur le bureau du président par ordonnance du tribunal et pour les nécessités du délibéré. Le titre s'égaré. La partie qui a fait le dépôt était obligée de le faire, et après le dépôt elle n'avait plus aucun moyen de veiller à la conservation du titre; s'il s'égarait, c'était par le fait des magistrats ou du greffier, en tout cas par le fait d'un tiers, sans qu'il y eût aucune faute à reprocher à la partie intéressée. La cour de Pau a donc bien jugé en décidant que la preuve testimoniale était admissible (2).

Dès qu'il y a une négligence à reprocher à celui qui demande à faire preuve par témoins de la perte du titre, l'article 1348 n'est plus applicable; car la négligence exclut la force majeure; y eût-il même un cas fortuit, il cesse d'être un cas de force majeure s'il a été amené par la faute de la partie intéressée. Un testament olographe est présenté au président du tribunal, copie en est faite sur les registres du greffe et il est transcrit par le receveur de l'enregistrement; l'acte disparaît. Les légataires demandent à faire preuve par témoins du testament; il a été jugé que l'article 1348 était inapplicable. La cour admet qu'il était très-vraisemblable qu'un testament avait existé;

(1) Riom, 28 novembre 1838 (Daloz, au mot *Droit civil*, n° 651). Comparez la critique d'Aubry et Rau, t. VI, p. 470, note 36, § 765.

(2) Pau, 12 juin 1858 (Daloz, 1858, 1, 194).

mais les dépositaires de l'acte devaient s'imputer la négligence qu'ils avaient mise à le conserver; ils n'alléguaient aucun cas fortuit qui eût fait périr le testament. Dans des circonstances pareilles, l'admission de la preuve testimoniale serait très-dangereuse; il suffirait de présenter au président ou au receveur de l'enregistrement un testament supposé, que l'on supprimerait ensuite pour rendre impossible la vérification de l'écriture : le repos et la sûreté des familles seraient ébranlés par une pareille jurisprudence (1).

573. La preuve d'un cas fortuit ne suffit point; l'article 1348 dit que l'exception s'applique au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par une force majeure. Il doit donc prouver aussi qu'il possédait un titre constatant sa créance et que ce titre a été détruit par un cas fortuit. Cela résulte du texte. Cette preuve, si elle devait se faire rigoureusement, serait souvent impossible. Un incendie éclate, il consume tous les papiers du propriétaire : celui-ci prétend que parmi ses papiers se trouvait le titre de la créance qu'il demande à prouver par écrit. Faudra-t-il que les témoins déclarent qu'ils ont vu le titre au moment où les flammes le consumaient? Ce serait demander une preuve impossible. Les juges devront se contenter d'une probabilité plus ou moins grande. Il est probable que le titre se trouvait parmi les papiers détruits, si les témoins viennent déclarer qu'ils ont vu le titre avant l'accident et que le créancier conservait ses titres dans un meuble qui a été détruit par le feu (2).

On suppose que la perte du titre est établie. Restera à prouver ce que le titre contient, c'est-à-dire la créance dont le demandeur réclame le paiement. Faut-il que les témoins déposent qu'ils ont lu l'acte et qu'ils en rapportent les clauses? Ce serait encore une preuve qui le plus souvent serait impossible et que le législateur s'est bien gardé d'exiger. L'article 1348 dispose que la prohibition

(1) Lyon, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4407, 1°).

(2) Toullier, t. V, 1, p. 203, n° 209. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Preuve*, § VII.

de la preuve testimoniale reçoit exception dans le cas où le titre a été perdu par un cas fortuit; c'est dire que dans ce cas le créancier peut prouver sa créance par témoins; la loi n'ajoute pas que les témoins doivent avoir lu l'acte, elle ne dit rien de particulier de la preuve testimoniale, celle-ci reste donc sous l'empire du droit commun. C'est en ce sens que Pothier s'exprime : « Je puis faire cette preuve par témoins qui déposeront avoir vu entre mes mains les billets de mes débiteurs, dont ils connaissent l'écriture, et se souvenir de la teneur, ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette (1). »

574. L'article 1348 s'applique-t-il au cas où le titre perdu était un acte sous seing privé? Toullier dit qu'il y a une raison de douter. Un acte sous seing privé ne prouve rien par lui-même. Que vous servirait-il donc de prouver qu'un acte sous seing privé portant ma signature a été vu, tenu et lu par différentes personnes? Cette preuve faite, il reste à savoir si la signature qui se trouvait à la fin de l'acte était véritablement la mienne. L'acte n'existant plus, il sera impossible d'en vérifier l'écriture, et peut-on dire qu'un écrit non vérifié soit un titre? et ce prétendu titre peut-il autoriser la preuve testimoniale? L'objection est sérieuse, toutefois elle n'est pas décisive. D'abord le texte n'exige point que le titre soit authentique; il comprend donc les actes sous seing privé. On ne peut pas les vérifier, mais il ne s'agit pas de prouver la créance par l'écrit qui n'existe plus, cet écrit offre seulement une probabilité qui permet d'admettre la preuve testimoniale. La certitude morale qu'il existait un titre suffit donc. Comment les juges acquerront-ils cette certitude? C'est une question de fait. Pothier suppose que les témoins ont vu le titre et reconnu la signature : ce n'est certes pas là une vérification d'écriture, c'est une preuve morale; il n'y a rien à dire sur ce point, tout dépendant de l'appréciation du juge; il n'est pas obligé d'admettre la preuve testimoniale, mais il peut l'admettre (2).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 815. Aubry et Rau, t. VI, p. 470, note 35. Marcadé, t. V, p. 151, n° V de l'article 1348.

(2) Toullier, t. V, 1, p. 206, n° 215.

Les actes solennels présentent une autre difficulté. Tels sont les testaments. Il est de doctrine et de jurisprudence que les dispositions du code sur les preuves s'appliquent à toutes les matières, donc aussi aux testaments. On est donc admis à prouver par témoins qu'un testament a existé et qu'il a été détruit par un cas fortuit. Mais le testament, de même que tout acte solennel, diffère d'une obligation; celle-ci existe indépendamment de l'écrit qui la constate, le titre n'est qu'une question de preuve; tandis que les solennités du testament sont de l'essence même de l'acte, il n'y a point de testament sans l'observation des formalités prescrites par la loi. Il faut donc que les témoins déclarent que ces formalités ont été remplies. La difficulté est déjà grande pour le testament olographe; il faudra que les témoins connaissent l'écriture du testateur et qu'ils déposent que le testament était écrit, daté et signé par lui. Dans le testament par acte public, les formalités sont plus nombreuses et plus difficiles à constater. C'est au juge de décider si les témoignages sont suffisants pour attester qu'il y a eu un testament valable en la forme (1).

575. Une difficulté particulière se présente pour les obligations d'un emprunt. On a prétendu qu'il fallait les assimiler au papier-monnaie, ou aux billets de banque; d'où suivrait que la destruction du titre priverait le créancier de tout droit. La cour de Liège n'a pas admis ce système, qui est évidemment faux. Que les obligations soient en nom ou au porteur, peu importe: les unes et les autres constatent une créance à charge de l'Etat qui est l'emprunteur, de même qu'un acte sous seing privé ou authentique constate un prêt. La seule différence qui existe entre les titres au porteur et les titres en nom, c'est que les premiers se transmettent par la remise des titres et que celui qui les détient en est le propriétaire. Mais cela ne change rien aux obligations de l'Etat, il est toujours débiteur; et si le titre qui constate la dette est perdu, le créancier peut se prévaloir de l'article 1348 (2).

(1) Toullier, t. V, 1. p. 207, n° 216. Rejet, 12 décembre 1859, chambre civile (Dalloz, 1860, 1, 334). Toulouse, 12 novembre 1862 (Dalloz, 18 3, 2, 25).

(2) Liège, 22 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 33).

576. Un arrêt récent de la cour de cassation décide une autre difficulté. Les parties ont constaté leurs conventions par écrit, elles ne représentent pas l'acte; dans l'espèce, elles ne demandèrent pas à prouver la perte du titre par un cas fortuit, mais, s'appuyant sur un commencement de preuve par écrit, elles réclamèrent le bénéfice de l'article 1347. Y avait-il lieu d'admettre la preuve testimoniale, bien que la perte du titre ne fût pas prouvée? La cour de Douai refusa de l'admettre, en se fondant sur le n° 4 de l'article 1348. Son arrêt fut cassé et il devait l'être. L'article 1347 admet la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit; la loi ne distingue pas si les parties avaient ou non dressé un acte: par cela seul qu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale doit être admise, sauf au juge à décider s'il y a ou non un commencement de preuve par écrit. Mais il ne peut pas décider en droit que la preuve par témoins n'est pas admissible, parce qu'il y avait un titre et que la destruction de ce titre n'est point prouvée par écrit (1).

N° 3. APPLICATION DU PRINCIPE AUX CAS NON PRÉVUS PAR LA LOI.

577. Nous avons dit que le principe établi par l'article 1348 est général et qu'il reçoit son application à tous les cas où il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux. Les applications que la loi donne dans les n°s 1-4 ne sont que des exemples; ces exemples, quoiqu'ils n'aient rien de limitatif, servent cependant à expliquer le sens du principe. Il s'agit de préciser ce que la loi entend par *impossibilité* de se procurer une preuve littérale. Faut-il une impossibilité absolue, matérielle, ou une impossibilité morale et relative suffit-elle? En théorie, la solution n'est pas douteuse; le texte de la loi prouve qu'elle se contente d'une impossibilité morale; nous en avons fait la remarque en expliquant le n° 2 concernant le dépôt fait par un voyageur

(1) Cassation, 18 août 1873 (Dalloz, 1874, 1, 20).