

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).

dans une hôtellerie (n° 567). Le n° 3 fournit le même argument; il admet la preuve par témoins pour prouver les obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. Quelles sont les circonstances où l'on ne pouvait avoir fait des actes par écrit? Toullier répond : C'est une pure question de fait, et de quelque manière que les juges prononcent, leur décision ne peut être déferée à la cour de cassation (1).

Cela n'est-il pas trop absolu? Ainsi entendue, l'exception absorberait la règle, puisqu'il dépendrait toujours du juge d'alléguer une impossibilité morale quelconque. C'est aussi dépasser les termes et l'esprit de l'article 1348; il ne parle pas d'impossibilité morale, et tout ce que l'on peut conclure des exemples donnés par la loi, c'est que l'impossibilité ne doit pas être absolue; mais il faut qu'il y ait impossibilité et que le juge fonde sa décision sur cette impossibilité. Sans doute, l'appréciation de l'impossibilité échappera le plus souvent à la cassation, mais ce n'est pas à dire que le juge du fait soit souverain; son jugement peut être cassé, s'il admet comme impossibilité des faits qui par leur nature même ne constituent aucune impossibilité.

578. La jurisprudence est indécise et incertaine, ce qui est inévitable dans une matière où le juge a un si grand pouvoir d'appréciation. Un domestique prétend avoir prêté de l'argent à son maître; il ne produit pas d'écrit : était-il dans l'impossibilité morale de s'en procurer un? La cour de Bordeaux a refusé la preuve testimoniale, et avec raison, croyons-nous (2). Il n'y a pas d'impossibilité proprement dite à ce qu'un domestique demande un reçu à son maître, il n'y a qu'un sentiment de convenances et de délicatesse; mais si le maître consent à devenir le débiteur de son domestique, il abandonne par cela même sa position de supériorité; il n'y a plus de raison pour qu'il refuse de donner une reconnaissance du

(1) Toullier, t. V, l. 1, p. 197, n° 203; p. 142, n° 139. Aubry et Rau, t. VI, p. 461, note 3.

(2) Bordeaux, 13 juin 1833 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4876, 3°).

prêt qu'il reçoit. Par contre, il a été jugé que la fille qui se retire de la maison maternelle, est admise à prouver par témoins la consistance et la valeur des effets et habits qui étaient à son usage personnel et qu'elle y a laissés : elle ne pouvait pas, dit la cour de Bourges, proposer à son beau-père et à sa mère de lui en donner une reconnaissance par écrit *sans craindre de blesser leur délicatesse* (1). Est-ce là une impossibilité morale? Nous en doutons. Il est certain que parmi les exemples que donne la loi il n'y en a aucun que l'on puisse appliquer par analogie à cette espèce; les n°s 2 et 3 supposent qu'à raison des circonstances il n'était pas possible au créancier de dresser un acte par écrit, ils ne supposent pas que des sentiments de délicatesse ou de convenances l'en aient empêché.

La cour de Gand a admis l'impossibilité morale dans un cas analogue. Un jeune homme promet mariage à une demoiselle; afin de contraindre sa mère à y consentir, il signe des billets au profit de sa future; il était convenu que ces billets formeraient un dédit en cas de non-exécution de la promesse. Le mariage ne se fit point; le signataire des billets refusa de les payer en soutenant qu'ils étaient dus pour une promesse de mariage, et partant nuls. Pouvait-il faire la preuve par témoins de ladite promesse et des circonstances qui l'avaient engagé à souscrire les billets? La cour répond que le jeune homme n'aurait pu demander une contre-lettre sans blesser d'une manière outrageante la délicatesse de la demoiselle, et que celle-ci aurait refusé de signer la contre-lettre (2). C'est toujours une impossibilité fondée sur des sentiments de convenances, et nous ne connaissons pas de texte qui autorise le juge à ordonner la preuve par témoins dans le cas d'une pareille impossibilité. Il y a, au contraire, une disposition qui prouve que, dans la pensée du législateur, une pareille impossibilité ne suffit point. L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale pour dépôt volontaire, bien

(1) Bourges, 19 mai 1826 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4875, 1°).

(2) Gand, 26 mars 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 182).

que le créancier ait des raisons de délicatesse pour ne pas demander de preuve écrite.

579. Il y a des fournitures de détail qu'il n'est pas d'usage de constater par écrit. L'usage constitue-t-il une impossibilité morale dans le sens de l'article 1348? La question s'est présentée plusieurs fois devant les cours de Belgique, et elle a été décidée en sens divers. Un entrepreneur doit une somme de 254 francs pour livraison de bière faite à ses ouvriers; la cour de Bruxelles a jugé que l'article 1348 est applicable, parce qu'il n'est pas d'usage de prendre des engagements par écrit à raison de ces fournitures (1). Il en est de même des travaux de détail que font les ouvriers; la cour de Bruxelles a jugé que les gens de métier n'étant pas dans l'usage de constater ces créances par écrit, il leur était moralement impossible de rapporter une preuve littérale de leurs créances et que, par suite, ils devaient être admis à la preuve testimoniale (2). Quand il s'agit, au contraire, de fournitures qu'il n'est pas dans l'usage de payer à de courts termes, la cour applique la règle générale de l'article 1341 et refuse la preuve testimoniale (3).

Cette jurisprudence est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi, comme l'a très-bien jugé notre cour de cassation. La prohibition de la preuve testimoniale est la règle, la loi ne l'admet que par exception; or, toute exception est d'interprétation rigoureuse. Il faut donc voir si l'usage, quelque général qu'on le suppose, de ne pas exiger un écrit pour certaines fournitures ou certains travaux, met le créancier dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. La négative est certaine, dit la cour; en effet, aucun des exemples donnés par l'article 1348 n'autorise à interpréter ainsi le principe établi par l'article 1348(4). La cour de Gand s'est prononcée dans le même sens. Il s'agissait, dans l'espèce, de la fourniture d'un tapis de salon d'une valeur de 2,000 francs; le tribunal de

(1) Bruxelles, 2 août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 200).

(2) Bruxelles, 4 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 28).

(3) Bruxelles, 31 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 214).

(4) Cassation, 24 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 60).

première instance avait décidé que l'usage et la délicatesse s'opposaient à ce que le demandeur exigeât un acte par écrit de la convention. Cette décision a été réformée en appel; la cour dit que le prétendu usage et les raisons de délicatesse que l'on invoquait ne sont pas une exception légale; or, admettre une exception sans texte, c'est faire la loi (1). La cour de Bruxelles, dans un arrêt récent, paraît revenir sur sa jurisprudence. A Anvers, il est d'usage de prendre les abonnements au théâtre par une simple déclaration verbale au bureau du contrôleur; on s'en est prévalu pour demander la preuve par témoins de la location; la cour a repoussé la demande, par le motif que cet usage ne constitue pas l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, comme le veut l'article 1348(2).

I. Application aux vices de consentement.

1. LES PARTIES.

580. Pour contracter, comme pour tester, il faut être sain d'esprit. Comment prouve-t-on que l'une des parties n'était pas saine d'esprit, soit pour cause de démence, soit par suite d'ivresse? Nous avons déjà répondu à la question (n° 426). Dans notre opinion, l'insanité est un des faits purs et simples qui peuvent se prouver indéfiniment par témoins; il ne s'agit donc pas de l'exception établie par l'article 1348, il faut dire que ce cas ne rentre point dans la règle.

On pourrait croire qu'il en est de même de la violence qui vicie le consentement et devient une cause de nullité. Il est certain que les faits de violence sont des faits matériels, mais on ne peut pas dire qu'ils n'ont aucun effet juridique; car ils constituent un délit, au moins civil, et le délit est un fait juridique, puisqu'il en résulte une action en dommages et intérêts contre l'auteur du fait dommageable. Lorsque l'une des parties contractantes a con-

(1) Gand, 9 mars 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 69).

(2) Bruxelles, 23 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 59).

senti sous l'empire de la violence, elle peut demander la nullité du contrat pour vice de consentement. Il va sans dire que la violence, qu'elle consiste en mauvais traitements ou en menaces, peut se prouver par témoins; celui qui emploie la violence se gardera bien de fournir une preuve littérale des faits illicites qui constituent la violence; il y a donc impossibilité de se procurer une preuve littérale, ce qui rend l'article 1348 applicable. La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais, par une singulière réminiscence du droit romain, elle a fondé sa décision sur le caractère de dol que la violence implique; elle s'est appuyée, en conséquence, sur l'article 1353, qui admet les présomptions simples pour prouver les faits de dol et de fraude, et par voie de conséquence la preuve testimoniale est aussi admise (1). Cette argumentation laborieuse est inutile, puisque le principe de l'article 1348 suffit pour décider la question.

L'erreur se prouve également par témoins. De l'erreur on peut dire que l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale est évidente. Comment constaterait-on par écrit un fait dont on n'a pas conscience au moment du contrat? Car si celui qui est dans l'erreur en avait conscience, il ne contracterait point.

581. Le dol donne lieu à des difficultés. Quand il est allégué comme vice du consentement, au même titre que l'erreur ou la violence, l'application de l'article 1348 n'est point douteuse. On doit dire du dol ce que nous venons de dire de l'erreur, car le dol implique l'erreur; celui qui est trompé par des manœuvres frauduleuses ignore qu'on le trompe, donc il est dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale du dol. Cela lui est encore impossible à raison de la nature des manœuvres frauduleuses, ceux qui ont recours à ces moyens illicites ayant soin de les cacher et de n'en laisser aucune trace écrite.

Quand le dol est invoqué comme viciant le consentement, il est sur la même ligne que l'erreur et la violence; les causes qui vicient le consentement impliquent qu'il y

(1) Rejet, 5 février 1828 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 193).

a consentement et, par conséquent, que la convention existe et qu'elle est constante, car on se prévaut de ces vices pour demander la nullité du contrat. Mais parfois le demandeur veut prouver, en alléguant des faits de dol, l'existence même de la convention qui est viciée par le dol. Sera-t-il admis à prouver par témoins les faits de dol, les manœuvres frauduleuses qui l'ont engagé à contracter? La demande est complexe; elle implique d'abord qu'il y a une convention, puisque cette convention est viciée par le dol. Quant à la convention, la preuve en doit être faite par écrit, conformément à l'article 1341; vainement dirait-on que ce sont des manœuvres frauduleuses qui ont engagé la partie trompée à consentir à un contrat et que les faits de dol se prouvent par témoins, l'objection confond l'existence de la convention avec le dol qui la vicie. Le dol se prouve par témoins, mais la convention doit être prouvée par un écrit. Qu'importe que j'aie contracté parce que j'ai été trompé par des manœuvres frauduleuses? Ces manœuvres ne m'empêchaient pas de dresser acte de la convention; je ne puis donc pas dire qu'il m'a été impossible de me procurer une preuve littérale du contrat. C'est seulement quand j'aurai prouvé la convention par écrit, que je serai admis à la preuve testimoniale du dol qui a vicié mon consentement. Cette distinction est admise par la doctrine (1) et par la jurisprudence (2).

582. Que faut-il décider si c'est par suite de manœuvres frauduleuses que la partie trompée a renoncé à exiger une preuve littérale du contrat dont elle demande à établir l'existence par témoins? La question est controversée. MM. Aubry et Rau disent que le dol dont il s'agit est le dol que l'on appelle incident: ce n'est pas un dol qui a engagé la partie à contracter, elle l'a seulement portée à ne pas dresser acte du contrat; donc la partie trompée ne peut pas dire qu'elle a été dans l'impossibilité d'exiger une preuve littérale. La distinction nous paraît

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 464, et note 18, § 765.

(2) Cassation, 29 octobre 1810 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4939, 1°). Comparez Bruxelles, 12 février 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 330).

très-subtile. D'abord elle ne serait pas admissible si les mêmes manœuvres frauduleuses qui ont engagé la partie à contracter l'ont aussi engagée à ne pas passer acte de la convention; car, dans ce cas, le dol incident se confond avec le dol principal. Mais quand même on supposerait, ce qui n'est guère qu'une hypothèse d'école, que la convention n'est point viciée par le dol et que les manœuvres frauduleuses ont eu uniquement pour objet d'empêcher la partie trompée d'exiger une preuve littérale, la décision nous paraît encore douteuse. Quel est le fait litigieux? Il s'agit de savoir s'il a été possible ou non au demandeur de se procurer une preuve littérale d'une obligation; or, celui qui renonce à dresser acte de la convention parce qu'on l'a circonvenu par des manœuvres pour le faire renoncer, a été, par suite de ces manœuvres, dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit. Lui dire qu'il aurait pu néanmoins exiger un acte, c'est ne tenir aucun compte du dol, c'est-à-dire de la cause pour laquelle il n'a pas demandé d'écrit; or, cette cause constitue un délit, et tout délit se prouve par témoins (1).

583. Les parties ont dressé un écrit de leurs conventions. Peuvent-elles demander la nullité de la convention pour cause de dol, en prouvant le dol par témoins? On a prétendu que la preuve testimoniale était inadmissible, parce que l'article 1341 défend de recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu aux actes. L'article 1348 répond à l'objection; il porte que les *règles ci-dessus* reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été au pouvoir du demandeur de se procurer une preuve littérale du fait litigieux; donc l'exception s'applique à la seconde règle de l'article 1341, aussi bien qu'à la première. Quel est, dans l'espèce, le fait litigieux? La convention est constatée par écrit, mais on prétend qu'elle est viciée par le dol; or, il est impossible qu'il y ait un acte par écrit des manœuvres frauduleuses qui ont

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 465 et note 21. En sens contraire, Larombière, t. V, p. 148, n° 16 (Ed. B., t. III, p. 208). Comparez Bruxelles, 13 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 210).

engagé l'une des parties à contracter; donc on n'est plus dans le cas de la règle, on est dans le cas de l'exception (1).

Quand nous disons que l'on peut prouver les faits de dol par témoins, bien que la preuve tende à annuler une convention constatée par acte, nous supposons que la preuve contraire est admissible. Quand elle ne l'est pas, on ne peut pas même alléguer une preuve littérale, à plus forte raison la preuve testimoniale ne serait-elle pas reçue. Pour savoir si le dol allégué contre un acte peut se prouver par témoins, il faut donc distinguer. Les actes, soit authentiques, soit sous seing privé, font foi tantôt jusqu'à inscription de faux, tantôt jusqu'à preuve contraire. Quand ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire, l'on est admis à prouver contre l'acte, d'après les règles du droit commun, donc par témoins quand on demande à prouver des faits de dol et de fraude. Mais quand l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux, aucune autre preuve n'est admise pour combattre l'acte que la longue et difficile procédure de l'inscription de faux (2).

La cour de cassation a jugé en sens contraire. Dans l'espèce, la créance, d'après l'acte, s'élevait à 9,092 roupies. On prétendait que, lors du transport qui en avait été fait, on était convenu que la créance serait réduite à 6,100 roupies. La preuve testimoniale était-elle admissible pour prouver les faits de dol et de fraude du demandeur? Il a été jugé que la preuve par témoins n'était pas admissible, parce qu'elle tendait à prouver contre et outre le contenu aux actes (3). La décision nous paraît erronée. Il est de principe que les déclarations des parties ne font foi jusqu'à inscription de faux que du fait matériel de la déclaration, et que la sincérité de la déclaration n'est prouvée que jusqu'à preuve contraire. Or, dans l'espèce,

(1) Rejet, 1^{er} février 1832 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5043, 7°); 3 juin 1835 (Idem, *ibid.*, n° 4935, 3°); 17 août 1853 (Daloz, 1854, 5, 594).
Bruxelles, 12 août 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 400).

(2) Toullier, t. V, 1, p. 167, n° 175.

(3) Rejet, chambre civile, 12 mars 1860 (Daloz, 1860, 1, 132).