

si réellement le commerce est déshonnéte et illicite, il faut dire que le louage aussi est illicite, puisqu'il a pour objet un gain illicite et une action immorale; dès lors, il faudrait le déclarer nul et inexistant. Si Pothier n'ose pas aller jusque-là, n'est-ce pas parce qu'il sent que le spiritualisme de l'Évangile est excessif? Ce n'est pas que les bals, tels qu'il y en a dans nos villes de fabriques, soient de notre goût: on peut hardiment les qualifier de succursales de la prostitution. L'Église a donc raison de les prohiber; mais la prohibition est vaine. C'est à la moralisation des classes ouvrières qu'il faudrait travailler, et, il faut l'avouer, c'est là le moindre souci de notre clergé, dont l'unique préoccupation est de dominer; or, l'ignorance et la superstition sont un instrument de domination, et de là à l'immoralité il n'y a qu'un pas.

§ V. De la forme.

66. Aux termes de l'article 1714, « on peut louer par écrit ou verbalement ». L'article 1582 dit que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. Ces dispositions sont assez mal rédigées, surtout la dernière. La vente se fait par le concours de consentement; quant à l'écrit, il est dressé pour avoir une preuve littérale du contrat. On ne loue pas par écrit; le louage, de même que la vente, se parfait par le concours de consentement; l'écrit ne sert que de preuve. Jaubert, l'orateur du Tribunal, en expliquant l'article 1714, y ajoute une nouvelle inexactitude. « Le code, dit-il, ne fait que consacrer une règle qui a toujours été admise: le louage est un contrat consensuel; on peut donc louer verbalement comme par écrit. « Ces idées sont déduites de la nature des choses, l'obligation existant dans la conscience des contractants dès le moment où le consentement réciproque est formé (1). » Les parties sont obligées bien plus qu'en conscience, elles sont liées civilement dès qu'elles ont consenti; la seule

(1) Jaubert, Discours, n° 4 (Loché, t. VII, p. 211).

difficulté qui reste est celle de la preuve. Il ne faut donc pas dire, comme on le fait (1), que le louage se forme par écrit; il se forme, comme tous les contrats, par le consentement des parties contractantes. Reste à savoir comment il se prouve. En principe, par le droit commun, tel qu'il est établi au titre des *Obligations*, car le droit commun reste applicable en tant qu'il n'y est pas dérogé. L'article 1715 y déroge, mais ce n'est qu'une exception, et l'exception confirme la règle; nous reviendrons sur ce point, qui est d'une grande importance pour l'interprétation de la loi. Il n'est question, dans l'article 1715, que de la preuve testimoniale, donc les autres preuves et, notamment, la preuve littérale restent sous l'empire des principes généraux. Il a été jugé que le bail peut être prouvé par la correspondance des parties contractantes. C'est le droit commun. Il est vrai que les lettres ne sont pas des actes sous seing privé faits en double et avec mention des doubles, comme le prescrit l'article 1325 pour la validité des actes sous seing privé; mais ce n'est pas à titre d'actes qu'on les invoque, c'est à titre de preuve littérale de l'aveu de la partie qui nie soit l'existence du bail, soit son exécution (2).

67. Le principe que les baux peuvent se prouver par écrit, d'après le droit commun, a reçu une importante dérogation dans notre loi hypothécaire: les baux excédant neuf années doivent être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers, et les actes authentiques sont seuls admis à la transcription; si un bail de plus de neuf ans n'a pas été transcrit, la durée en est réduite conformément à l'article 1429. Notre loi statue encore que le débiteur qui a consenti une hypothèque sur un immeuble peut le louer et que les créanciers doivent respecter le bail; mais s'il excède neuf ans, il sera réduit (art. 1, 2 et 45). Nous reviendrons sur ces innovations, au titre qui est le siège de la matière.

68. Les articles 1715 et 1716 contiennent des dispo-

(1) Troplong, *Du louage*, n° 103.

(2) Nancy, 4 avril 1840 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 116). Rejet, 5 mars 1856 (Dalloz, 1856, I, 146).

sitions spéciales concernant le bail fait sans écrit. La loi distingue si le bail n'a encore reçu aucune exécution, ou si l'exécution en a commencé. Dans les deux hypothèses, elle consacre des exceptions au droit commun; celle de l'article 1715 a donné lieu à de sérieuses difficultés.

NO I. DU BAIL VERBAL QUI N'A REÇU AUCUNE EXÉCUTION

69. L'article 1715 porte : « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. » Cette disposition déroge à la règle de l'article 1341, d'après laquelle il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. En vertu de cette règle, la preuve testimoniale aurait été admissible pour prouver l'existence d'un bail verbal si la chose n'avait pas excédé la somme de 150 francs; tandis que l'article 1715 prohibe cette preuve, quelque modique que soit le prix du bail. Quel est le motif de cette dérogation? Jaubert pose la question dans son discours au corps législatif, et il y répond en ces termes : « Si le bail n'est que verbal, qu'il n'ait encore reçu aucune exécution et que l'une des parties nie l'existence de la convention, l'autre partie pourra-t-elle être admise à la preuve par témoins? Ne devrait-on pas du moins distinguer si le montant entier de la location n'excède pas 150 francs? Ne faudrait-il pas, d'après les règles générales sur les contrats, accueillir la preuve testimoniale? Notre projet le défend, et cette innovation nous a paru extrêmement sage; surtout elle sera utile pour cette classe nombreuse qui ne peut louer que des objets d'une valeur modique : un procès est leur ruine; il faut tarir la source de ces procès en proscrivant dans cette matière la preuve testimoniale. » Les auteurs ajoutent que cette disposition préviendra des contestations nombreuses qui auraient pu naître dans les villes, où il n'est guère d'usage de faire des baux par écrit quand il s'agit de simples appartements d'un prix mé-

diocre. La loi a considéré, en outre, dit-on, qu'en cette matière tout est urgent; qu'il importe au propriétaire et au locataire de ne pas rester dans l'incertitude sur l'existence du louage, afin que le premier puisse trouver promptement un autre locataire et le second une autre habitation (1).

Ces considérations ne nous paraissent pas très-décisives. C'est sans doute chose utile de prévenir les procès, mais il y a un plus grand intérêt, le maintien du droit, le respect dû aux contrats. Convient-il que le législateur anéantisse des contrats légalement formés, en refusant aux parties le droit de les prouver d'après les règles générales sur les preuves? Le louage est parfait par le consentement des parties; elles pourraient le prouver par témoins, et la loi le leur défend. N'est-ce pas enlever un droit à celui qui réclame l'exécution du bail? N'est-ce pas favoriser la mauvaise foi de celui qui le nie? Or, le respect du droit est le premier des intérêts, disons mieux, le premier devoir du législateur. La loi n'a pas même atteint le but qu'elle avait en vue; la prohibition de la preuve testimoniale prononcée par l'article 1715 donne lieu à des procès journaliers; il y a peu de dispositions dans le code dont l'interprétation soit plus controversée : la doctrine est divisée ainsi que la jurisprudence; et on ne voit pas la fin de ces débats, ils renaissent toujours par l'intérêt qu'ont les parties à réclamer l'exécution de leurs engagements. Le parti le plus sage eût été de maintenir les droits des parties et de s'en rapporter à elles en ce qui concerne leur intérêt : on ne plaide guère pour le plaisir de plaider (2).

70. L'article 1715 suppose que le bail est fait *sans écrit*. Quand il y a un écrit, il ne peut plus s'agir de la preuve testimoniale ni des restrictions que l'article 1715 apporte à cette preuve. Il est cependant arrivé que le prétendu locataire demandait à prouver par témoins que le bail était exécuté depuis six mois; et il invoquait à l'ap-

(1) Jaubert, Discours, n° 4 (Loché, t. VII, p. 211). Duranton, t. XVII, p. 33, n° 51. Mourlon, t. III, p. 291, n° 735.

(2) Comparez Duvergier, *Du louage*, t. I, p. 227, n° 253.

pui de sa demande un écrit qu'il ne produisait point. Cela suffit, dit la cour de Bruxelles, pour la rejeter. Si la loi admet la preuve testimoniale, c'est pour le cas où il n'y a point de preuve littérale; s'il y en a une, on ne peut pas recourir à une preuve subsidiaire, que la loi n'admet qu'avec une grande défiance; il faut donc produire l'écrit et en discuter la validité: alléguer un écrit et ne pas le produire, c'est mettre le juge dans l'impossibilité de vider le débat. Il est certain que l'on ne se trouve plus dans les termes de l'article 1715 (1).

Doit-on considérer le bail comme étant fait sans écrit lorsqu'il y a un acte sous seing privé fait en un seul original? Il a été jugé que l'acte, étant incomplet, ne pouvait être invoqué comme preuve écrite du bail, ce qui rendait l'article 1715 applicable (2). Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi repoussent cette interprétation. Peut-on dire qu'un bail est fait *sans écrit*, alors que les parties ont dressé un écrit? Jaubert s'exprime encore plus clairement que le texte du code: « Si, dit-il, le bail n'est que *verbal* », ce qui veut bien dire si aucun écrit n'a été dressé. Dès qu'il y a un écrit, on n'est plus dans les termes de l'exception, donc on rentre dans le droit commun. Un acte sous seing privé, quoique irrégulier, peut servir de commencement de preuve par écrit. Naît alors la question de savoir si un bail verbal peut être prouvé par témoins lorsqu'il y a un commencement de preuve littérale; nous y reviendrons.

71. L'article 1715 prohibe la preuve testimoniale, quoiqu'on allègue qu'il y a des arrhes données. Si la partie qui demande l'exécution du bail *allègue* seulement qu'il y a des arrhes données et que l'autre nie le fait, alors il va sans dire que la preuve testimoniale ne peut pas être reçue, puisque ce serait prouver par témoins un bail fait sans écrit et qui n'a encore reçu aucune exécution. Nous supposons, avec le texte de la loi, que cela est constant;

(1) Bruxelles, 18 décembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 379; Dalloz, au mot *Louage*, n° 135).

(2) Jugement du tribunal de Bruxelles, 18 avril 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 3, 326).

l'allégation qu'il y a eu des arrhes données est, dans ce cas, inopérante; elle tendrait à faire admettre une preuve que la loi repousse, car il faudrait prouver par témoins que des arrhes ont été données, et cette preuve aurait pour objet de prouver l'existence du bail; donc on arriverait à prouver le bail par témoins en alléguant des arrhes. Ce serait un moyen facile d'éluder la prohibition de l'article 1715, et c'est sans doute pour cette raison que la loi ne veut pas que l'on ait égard à cette allégation (1). Cela est logique, mais la logique ne témoigne-t-elle pas contre le principe de la loi? On donne des arrhes, soit comme un à-compte sur le prix, soit comme preuve de l'existence du contrat; dans l'une et l'autre hypothèse, le louage est formé: pourquoi la loi défend-elle aux parties de le prouver en prouvant que des arrhes ont été données et reçues? C'est anéantir la convention des parties, et la seule preuve que les parties pouvaient se procurer si elles ne savent pas écrire. Cela est injuste.

72. L'article 1715 ajoute: « Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. » C'est l'application de l'article 1358: « Le serment décisore peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » La loi suppose que le serment est déféré par le demandeur au défendeur. Il n'y a pas d'écrit. L'une des parties prétend qu'il y a un bail, et agit en justice pour en faire reconnaître l'existence, mais elle se trouve dans l'impossibilité de le prouver. C'est précisément dans ces circonstances que la loi permet la délation du serment; il peut être déféré sans qu'il existe aucun commencement de preuve de la demande (art. 1360). La loi devait donc admettre le serment comme seule preuve possible, les motifs pour lesquels elle a rejeté la preuve testimoniale ne s'appliquant pas à la délation du serment décisore; c'est une transaction qui met fin à tout procès et qui ne donne lieu à aucune procédure, tandis que les enquêtes sont des procédures longues et coûteuses (2).

(1) Duvergier, t. I, p. 228, n° 254. Colmet de Santerre, t. VII, p. 236, n° 162, *bis* II.

(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 238, n° 162 *bis* VII.

On admet généralement que le bail peut aussi être prouvé par l'aveu, quoiqu'il soit purement verbal et qu'il n'ait reçu aucun commencement d'exécution. Cela suppose un aveu judiciaire; car l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, dit l'article 1355, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. Par contre, l'aveu judiciaire fait pleine foi (art. 1356), et le code de procédure contient, pour l'aveu, une disposition analogue à celle de l'article 1358 sur le serment : les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger sur faits et articles (art. 324). Ainsi l'interrogatoire sur faits et articles et l'aveu qui en résulte sont mis par la loi sur la même ligne que le serment. En théorie, il faut donc admettre l'aveu, aussi bien que le serment, pour prouver l'existence d'un bail verbal. Mais il y a une difficulté de texte. L'article 1715 porte que le serment peut *seulement* être déféré à celui qui nie le bail. Cela veut-il dire que le serment est la *seule* preuve que la loi admette pour établir l'existence d'un bail fait sans écrit et qui n'a encore reçu aucune exécution? Il y a un arrêt en ce sens (1); et Troplong s'étonne que la précision du texte n'ait pas prévenu d'inconcevables divergences sur un point si nettement décidé par le législateur (2). Si le texte avait cette évidence, nous ne manquerions pas de nous incliner devant la loi, mais le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Après avoir prohibé la preuve testimoniale, l'article 1715 ajoute que le serment peut *seulement* être déféré; c'est donc, au point de vue de la prohibition qu'il vient de prononcer, que le législateur autorise la délation du serment; le mot *seulement* se rapporte à la défense qui précède, il la limite, mais il n'entend pas dire qu'aucune autre preuve n'est admise; si telle avait été la pensée des auteurs du code, ils auraient dit : le serment *seul* est admis pour prouver le bail. L'esprit de la loi, que

(1) Rennes, 6 août 1813 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 125).

(2) Troplong, *Du louage*, n° 111. En sens contraire, Duranton, t. XVII, p. 34; n° 53; Duvergier, t. I, p. 228, n° 257; Aubry et Rau, t. IV, p. 467. et note 12, § 364; Marcadé, t. VI, p. 431, n° II de l'article 1716.

Troplong invoque, témoigne décidément contre lui; si la loi interdit la preuve par témoins, c'est qu'elle veut prévenir les longues et coûteuses procédures de l'enquête; or, il n'y a pas plus de procédures pour l'interrogatoire sur faits et articles que pour le serment; et la nature des deux preuves est la même: c'est une déclaration faite en justice; il n'y a pas une ombre de raison pour admettre le serment et pour rejeter l'aveu.

73. L'opinion généralement admise, en ce qui concerne l'aveu, a une grande importance; il en résulte que l'exception consacrée par l'article 1715 doit être restreinte à la preuve testimoniale, c'est uniquement à l'article 1341 que la loi déroge; hors ce cas, on applique les principes généraux qui régissent la preuve. C'est ce que la cour de Paris a décidé, en termes formels, dans l'espèce suivante. Le bailleur, en vendant l'immeuble, avait chargé l'acheteur d'exécuter le bail verbal qu'il avait consenti; l'acte de vente ayant été reçu par notaire, le preneur demanda qu'il fût autorisé à se faire délivrer un extrait concernant la clause relative au bail. Le tribunal ordonna le compulsoire, en décidant que les dispositions de l'article 1715 sont une dérogation au droit commun; que la prohibition qui en résulte est de droit étroit et doit être limitée à la seule preuve testimoniale dont parle cet article (1).

Il suit de là que l'article 1715 ne déroge pas aux dispositions des articles 1347 et 1348. Pour ce qui regarde l'article 1348, cela n'est guère contestable; il s'agit du n° 4 de cet article, qui porte que la preuve testimoniale est admissible indéfiniment, lorsque 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 donc eu un écrit; mais, l'acte ayant été détruit, la loi admet la partie intéressée à faire preuve du contrat par témoins, quel que soit le montant du litige. Nous disons que l'application de cette disposition à la preuve du bail n'est pas douteuse; en effet, quoique les parties demandent à prouver par témoins l'existence du bail, on ne peut pas

(1) Paris, 20 mai 1858 (Dalloz, 1859, 2, 39).

dire qu'il s'agisse d'un bail fait sans écrit; il y a eu un écrit, donc on n'est pas dans les termes de l'exception établie par l'article 1715, partant on reste sous l'empire du droit commun. Si aucune autre preuve que le serment n'était admise, comme on le prétend, dès qu'il n'y a pas d'écrit, il faudrait rejeter la preuve testimoniale, ce qui n'aurait point de sens. Il importe encore de remarquer que si l'article 1348, 4°, admet la preuve par témoins, c'est que le danger de la preuve disparaît, puisque le demandeur doit prouver d'abord qu'il a perdu son titre; ce qui est un commencement de preuve, et c'est parce que la demande est probable que la loi autorise la preuve testimoniale (1).

74. Par identité de motifs, il faut décider que le louage, quoique fait sans écrit et alors qu'il n'y a aucune exécution, peut être prouvé par témoins lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347). L'article 1347 établit une règle générale, applicable à tous les contrats, sauf dérogation. Est-ce que l'article 1715 consacre une exception? Si l'on donne au texte le sens que Troplong y attache, il faut dire que la preuve testimoniale doit être rejetée. Nous croyons que c'est dépasser la lettre et l'esprit de la loi. Le texte porte que le bail fait sans écrit ne peut être prouvé par témoins. Un bail *fait sans écrit* est un bail purement verbal, à l'appui duquel on ne produit aucun écrit (n° 70); or, dans le cas de l'article 1347, il y a un commencement de preuve par écrit, donc on ne peut pas dire que le bail n'est que verbal. Le texte prohibe la preuve par témoins, ce qui suppose que la preuve se fait exclusivement par témoins; or, dans le cas de l'article 1347, la preuve est en partie littérale; donc on n'est pas dans les termes de l'exception, ce qui est décisif. On objecte encore que, d'après le deuxième alinéa de l'article 1715, il n'y a d'autre preuve admise que le serment; nous venons de répondre que cette interprétation restrictive est inadmissible, car il en résulterait que l'on ne pourrait pas prouver par témoins un bail dont le titre est perdu; il faut

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 237, n° 162 bis III.

donc admettre que l'article 1715 ne déroge pas à l'article 1348; et, par la même raison, il ne déroge pas à l'article 1347. Dans le cas de l'article 1347, le demandeur a en sa faveur une probabilité écrite; cela suffit pour que le législateur doive admettre la preuve par témoins; l'opinion contraire aboutit à un vrai déni de justice (1).

La jurisprudence est encore plus divisée que la doctrine. Non-seulement les cours d'appel ne sont pas d'accord, mais les deux chambres de la cour de cassation ne s'accordent même pas. La chambre des requêtes a décidé que l'article 1715 déroge à la règle de l'article 1341, mais qu'elle ne déroge pas à l'article 1347, qui autorise la preuve testimoniale lorsque cette preuve peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit; pour ne pas appliquer cette disposition au bail, il faudrait une disposition expresse qui n'existe point (2). Un arrêt récent de la chambre civile décide que cette exception se trouve dans les termes absolus de l'article 1715, aux termes duquel le serment *seul* peut être déféré à celui qui nie le bail. Il est à remarquer que la cour ne cite pas le texte; l'article 1715 porte *seulement*, la cour dit *seul*; cela altère le sens (3). Les cours de Belgique sont également divisées: la cour de Bruxelles s'en tient à la lettre de l'article 1715; la cour de Liège a rendu deux arrêts, l'un pour, l'autre contre (4).

74 bis. L'article 1715 a pour objet de déroger à la règle qui rejette la preuve testimoniale, quand l'objet du litige n'est que d'une valeur de cent cinquante francs.

(1) Duvergier, t. I, p. 238, n° 267; Aubry et Rau, t. IV, p. 468, note 18, § 364. Colmet de Santerre, t. VII, p. 237, n° 162 bis IV. En sens contraire, Duranton, t. XVII, p. 35, n° 54; Troplong, n° 112; Marcadé, p. 431, n° II de l'article 1716.

(2) Rejet, 1^{er} août 1867, sur les conclusions conformes de Fabre (Daloz, 1873, 5, 301, n° 2).

(3) Rejet, chambre civile, après délibéré en chambre du conseil, 19 février 1873 (Daloz, 1874, 1, 265). Voyez, en sens divers, les arrêts cités par Aubry et Rau; il faut ajouter Rennes, 2 mai 1871 (Daloz, 1873, 5, 302, n° 3).

(4) Bruxelles, 27 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 130), et 20 avril 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 335); Liège, 31 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 114). Il y a un arrêt plus récent (21 janvier 1874) en sens contraire (*Pasicrisie*, 1874, 2, 87).

Lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins est admissible, quel que soit le montant pécuniaire du litige. Il n'y a donc pas à distinguer si le prix du bail dépasse ou non la somme de cent cinquante francs. Mais il y a une autre distinction qu'il importe de faire. Il s'agit de prouver l'existence du bail, qui est déniée par l'une des parties. Celui qui nie qu'il y ait un bail nie par cela même qu'il y ait eu concours de volontés sur les éléments essentiels du louage, la durée du contrat et le prix. Sur quoi doit porter le commencement de preuve par écrit? Sur le fait allégué, dit l'article 1347; donc, en cas de bail, sur les divers éléments que le demandeur doit prouver. Si l'écrit rend probable l'allégation du demandeur en ce qui concerne l'existence du bail, la durée de la jouissance et le prix, la preuve testimoniale sera reçue sur tous ces points : cela n'est pas douteux, car on est dans les termes de l'article 1347. Mais il se peut que l'écrit rende seulement probable le fait qu'un bail a été consenti, sans s'expliquer sur la durée du louage ni sur le prix. Le demandeur sera-t-il admis, dans ce cas, à prouver par témoins la durée du bail et le montant des loyers et fermages? Non certes; car il doit prouver non-seulement qu'un bail existe, mais encore qu'il a été fait pour tel temps et pour tel prix, et puisqu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit sur la durée et sur le prix, il ne sera pas admis à prouver ces faits par témoins. Quelle en sera la conséquence? Il est prouvé qu'un bail a été convenu, mais on ne sait pas quelle en est la durée, et quel prix a été stipulé : comment déterminera-t-on la durée et le prix? On répond que le prix sera déterminé par le serment du propriétaire, ou au moyen d'une expertise, comme dans le cas prévu par l'article 1716, et que la durée du bail sera fixée, comme elle l'est lorsque les parties, dans un bail écrit, n'ont pas exprimé de volonté à cet égard (1). Cela nous paraît très-douteux. L'article 1716 statue sur une hypothèse qui n'est pas la nôtre;

(1) Duvergier, t. I, p. 238, n° 268. Aubry et Rau, t. IV, p. 469, note 20, § 364.

il suppose un bail verbal dont l'exécution a commencé, et les parties sont en désaccord sur le prix; nous supposons que le bail verbal n'a reçu aucune exécution, et les articles 1774 et 1758 impliquent que les parties s'en sont rapportées à la loi ou aux usages locaux. En principe, le demandeur doit prouver qu'il y a bail, et pour qu'il y ait bail il faut qu'il y ait concours de volontés sur le temps et sur le prix; si le demandeur ne prouve pas qu'il y a eu une convention sur le prix et sur la durée, il ne fait pas la preuve qu'il est tenu de faire, partant il doit succomber. Il ne peut pas invoquer les dispositions du code qui impliquent l'existence d'un bail, alors qu'il s'agit de prouver cette existence. Nous concluons que, dans la rigueur du droit, le demandeur ne sera admis à la preuve testimoniale que si le commencement de preuve par écrit porte sur tous les éléments essentiels du bail.

75. Il y a une autre difficulté, et au point de vue pratique la question est très-importante. Le commencement de preuve par écrit résulte le plus souvent d'un interrogatoire sur faits et articles; il en sera surtout ainsi en matière de bail; car celui qui entend nier la convention se gardera de donner une preuve écrite, contraire à ses prétentions. Le demandeur peut-il faire interroger la partie adverse sur faits et articles dans le but de se procurer ce commencement de preuve par écrit? D'après le droit commun, il faudrait répondre affirmativement : l'interrogatoire sur faits et articles est régulièrement invoqué pour autoriser la preuve testimoniale; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur l'article 1347. Il s'agit de savoir si l'article 1715 déroge au droit commun. A notre avis, l'article 1715 ne déroge au droit commun qu'en un seul point, c'est que la preuve par témoins, qui serait admissible en vertu de l'article 1341, est interdite. Quant au commencement de preuve par écrit, l'article 1715 n'en parle pas; si on l'admet, c'est par application du droit commun; il faut donc appliquer les principes généraux, en vertu desquels l'interrogatoire sur faits et articles vaut comme commencement de preuve par écrit.

La jurisprudence et la doctrine paraissent contraires. Il a été jugé que l'interrogatoire sur faits et articles peut être invoqué lorsqu'il en résulte un aveu complet; mais que si l'on en tire seulement des inductions plus ou moins explicites, les réponses ne sont plus que de simples présomptions; or les présomptions ne sont admissibles que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, et cette preuve est absolument interdite par l'article 1715. La cour de cassation raisonne dans la supposition que la loi prohibe la preuve testimoniale d'une manière absolue (1). Nous n'admettons pas le point de départ; la preuve testimoniale est admise avec un commencement de preuve par écrit; or l'interrogatoire sur faits et articles fournit ce commencement de preuve; dès lors le juge doit admettre la preuve testimoniale; et si la preuve par témoins est admise, il peut aussi invoquer les présomptions résultant des circonstances de la cause. Il importe encore de constater que la cour de cassation n'a pas statué sur notre hypothèse: nous supposons un commencement de preuve par écrit résultant de l'interrogatoire sur faits et articles, et, de plus, des témoignages venant confirmer la preuve littérale. Mais la cour de Paris a formellement jugé contre notre opinion (2), et la décision est approuvée par MM. Aubry et Rau (3).

NO 2. DU BAIL VERBAL QUI A REÇU UN COMMENCEMENT D'EXÉCUTION.

76. L'article 1716 prévoit le cas où l'exécution du bail verbal a commencé. Il suppose que cette exécution est constante, et que, par suite, l'existence du bail est certaine. En effet la loi ne parle plus de la preuve du bail; le contrat étant en voie d'exécution, et cette exécution étant reconnue par les deux parties, l'existence d'un contrat de louage est par cela même établie. Il peut seulement y avoir contestation sur le prix, sur la durée du bail ou sur d'autres conditions que les parties ont arrêtées ver-

(1) Cassation, 12 janvier 1864 (Daloz, 1864, 1, 142).

(2) Paris, 8 mai 1862 (Daloz, 1862, 2, 113).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 469, note 19, § 364.

balement, sans en dresser un écrit. La difficulté consiste donc à savoir comment on prouvera les conditions du bail verbal.

Il se peut aussi que l'exécution du bail verbal, alléguée par l'une des parties, soit niée par l'autre. Ce cas n'est pas prévu par l'article 1716. Il s'agit alors de prouver l'existence même du bail verbal; car la partie qui nie les faits d'exécution nie par cela même qu'il y ait bail. Comment se fera la preuve?

Nous allons examiner successivement les deux hypothèses.

I. Première hypothèse. L'exécution du bail est constante.

77. L'article 1516 porte: « Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existe point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par expertise. » Nous disons que cet article suppose que l'exécution du bail est constante, et que, par suite, il n'y a aucune contestation sur l'existence du bail. Le texte de la loi le prouve. Elle a pour objet de décider comment on déterminera le prix du bail; or, pour qu'il puisse s'agir de payer des loyers ou des fermages, il faut qu'il y ait un contrat de louage qui a duré au moins pendant le temps qui constitue un terme, car c'est régulièrement à l'échéance du terme que le prix se paye. La loi suppose même qu'il y a plusieurs termes échus, puisqu'elle veut que l'on fixe le prix d'après les quittances s'il y en a. Cela implique que l'existence du bail est certaine, le preneur est en possession; mais des contestations s'élèvent sur le prix, sur la durée du louage, ou sur d'autres conditions du contrat; comment se fera la preuve? La loi ne prévoit que l'une de ces difficultés, celle concernant le prix; nous commençons par celle-là.

a. Du prix.

78. Il y a contestation sur le prix d'un bail verbal dont l'existence est certaine. Comment la décidera-t-on?