

N° 7. DES ACTES CONFIRMATIFS.

Sommaire

238. Quelles sont les conditions requises pour la validité de l'acte confirmatif?
 239. *Quid* si ces conditions n'ont pas été observées?

238. Nous avons dit, en traitant de la confirmation, qu'elle ne doit pas être constatée par écrit, l'écrit ne servant que de preuve. En ce sens, la confirmation reste sous l'empire du droit commun. Mais il y a ceci de spécial, c'est que si celui qui confirme veut dresser un écrit de la confirmation, l'acte confirmatif devra être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1338. Il faut :

1° Que l'acte contienne la *substance* de l'obligation qu'il s'agit de confirmer. Il n'est pas nécessaire que l'écrit relate toutes les clauses du contrat; la loi veut que la substance du contrat soit rappelée dans l'acte confirmatif, afin d'éviter toute méprise. Pour cela il suffit que l'acte confirmatif fasse connaître les éléments essentiels du contrat : s'il s'agit d'une vente, la chose vendue et le prix, car ce qui constitue la substance de la vente, c'est le consentement sur la chose et le prix (t. XVIII, n° 614);

2° Que l'acte confirmatif contienne la mention du motif de l'action en nullité, c'est-à-dire que l'acte déclare quel est le vice que l'on veut purger. Confirmer, c'est renoncer au droit que l'on avait d'agir en nullité à raison du vice qui entache l'acte; il faut donc que la partie intéressée sache et déclare à quoi elle entend renoncer. Il peut y avoir plusieurs vices; celui qui confirme doit dire quel est le vice qu'il entend effacer (t. XVIII, n° 615);

3° Que l'acte exprime l'intention de réparer le vice sur lequel l'action en nullité est fondée. C'est cette intention qui constitue l'essence de la confirmation, car la confirmation n'est autre chose que la volonté d'effacer le vice qui rend l'acte nul, en renonçant à l'action en nullité. Quand la confirmation se fait par écrit, il faut que l'intention de confirmer soit exprimée dans l'acte (t. XVIII, n° 617).

239. Ces trois conditions sont prescrites sous peine de nullité. Si donc le débiteur déclarait simplement qu'il confirme tel

acte passé tel jour, l'acte confirmatif serait nul. Mais la nullité de l'écrit n'entraîne pas la nullité de la confirmation; tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'y aura pas de preuve littérale de la confirmation; celui qui prétend que l'obligation nulle a été confirmée pourra en faire la preuve d'après le droit commun (t. XVIII, n° 618 et 619).

SECTION III. — De la preuve testimoniale.

§ I. Notions générales.

Sommaire.

240. Quels sont les motifs pour lesquels la loi n'admet la preuve testimoniale que par exception?
 241. La prohibition de la preuve testimoniale est-elle d'ordre public?
 242. La prohibition est-elle la règle?

240. La preuve testimoniale n'est admise, en principe, que pour les faits juridiques dont la valeur ne dépasse point cent cinquante francs; quand la chose excède cette somme, la loi veut qu'il soit passé acte devant notaires ou sous seing privé (art. 1341). C'est dire que la preuve littérale est la règle, et que la preuve testimoniale est l'exception. Quelle est la raison de ce principe?

La preuve testimoniale commença par être admise d'une manière illimitée; on lui donnait la préférence sur la preuve littérale : de là l'adage *témoins passent lettres*. Le code dit, au contraire : *Lettres passent témoins*. Le changement est radical. C'est l'ordonnance de Moulins, de février 1566, qui consacra cette innovation; le préambule dit que c'est pour plusieurs inconvénients, sans les signaler. Les auteurs anciens disent que la preuve testimoniale est la plus simple et la plus naturelle, et qu'elle est aussi la meilleure, tant que la bonne foi règne parmi les hommes. Mais, d'après eux, les mœurs s'étaient tellement corrompues, le mensonge et la calomnie étaient devenus si fréquents, que cette preuve ne méritait plus créance. On en faisait un tel abus, qu'au xvi^e siècle, les parlements envoyèrent des députés au roi Charles IX pour s'en plaindre, ce qui donna lieu à l'ordonnance de Moulins.

Ces plaintes sur la corruption croissante des mœurs sont-elles fondées? On les rencontre à chaque siècle. Témoins et victimes des mauvaises passions de leurs contemporains, les hommes

s'imaginent que jadis la bonne foi était plus grande, mais quand on consulte les témoignages sur le passé, on entend les mêmes plaintes. Justinien se plaignait de la corruption des témoignages. Que dis-je? Déjà dans le dernier siècle de la république, la vile tourbe des esclaves affranchis, qui constituait le peuple souverain, faisait métier de vendre son témoignage aussi bien que ses suffrages.

L'orateur du gouvernement, qui a exposé les motifs de notre titre, parle aussi de la nécessité de mettre un frein à la mauvaise foi des hommes en restreignant la preuve testimoniale. Il n'en est pas de même du rapporteur du Tribunat; les tribuns étaient les organes des sentiments et des idées de 89. Jaubert parle à peine de la mauvaise foi; il part d'un principe plus juste. Deux motifs, dit-il, doivent influencer sur la détermination des preuves : la nécessité de constater les conventions et le besoin d'en conserver fidèlement la substance. A ce point de vue, la preuve littérale l'emporte sur la preuve par témoins. Des hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas souvent d'une manière différente ce qu'ils ont vu ou ce qu'ils ont entendu? Incertaine dans son principe, la tradition orale s'altère par le temps : comment ajouter foi à des témoignages qui remontent à dix ou à vingt ans?

La question de la preuve testimoniale présente encore une autre face : c'est aussi une question de civilisation. Ce n'est pas précisément à raison de la bonne foi des vieux âges que l'on admettait la preuve testimoniale comme règle; quand l'immense majorité des hommes ne savaient pas lire, il fallait bien se contenter de témoignages. A mesure que l'usage de l'écriture devient plus familier, le législateur doit préférer les lettres aux témoins : c'est la remarque de Jaubert. Les écrits se dressent au moment même où le fait juridique se passe, tandis que les témoins sont appelés d'ordinaire à déposer, après de longues années, de ce qu'ils ont vu et entendu. Répandez l'instruction, et la preuve testimoniale deviendra inutile (n° 395). La preuve littérale a encore un autre avantage, c'est qu'elle est peu coûteuse; tandis que les enquêtes par témoins occasionnent de grands frais et traînent les procès en longueur.

241. La prohibition de la preuve testimoniale est d'ordre public; par suite les parties n'y peuvent pas déroger (art. 6). Tout

ce qui concerne les preuves est d'intérêt général. Le législateur a craint les faux témoignages, il a voulu contraindre les parties à se procurer une preuve facile et sûre en dressant un écrit de leurs conventions. Ces motifs sont d'intérêt général, ce qui est décisif (n° 397). Il suit de là que le juge doit rejeter la preuve testimoniale d'office, quand même les parties ne s'opposeraient pas à son admission, et quand même elles seraient d'accord pour l'admettre (n° 398).

242. Il résulte encore du texte et de l'esprit de la loi que la prohibition de la preuve testimoniale est la règle; il faut l'appliquer dans tous les cas où la loi n'y déroge pas expressément. L'article 1341 établit la règle en termes impératifs: « Il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme de cent cinquante francs. » Voilà la prohibition de la preuve testimoniale. La loi y admet des exceptions dans les articles 1347 et 1348 : si la preuve testimoniale est admise par exception, il en faut conclure qu'en règle générale elle ne l'est point. Ce que le texte dit est pleinement confirmé par l'esprit de la loi. On veut empêcher les faux témoignages : voilà certes un motif qui, de sa nature, est général. On veut prévenir les procès et la longueur des procédures par enquête : encore un motif qui implique une règle générale. Tel est aussi l'esprit de toutes les dispositions du code relatives à la preuve testimoniale; le législateur s'en défie, et quand il est obligé de l'admettre, il exige des conditions qui en diminuent le danger (n° 401).

§ II. Les deux principes.

N° 1. LE PREMIER PRINCIPE.

Sommaire.

- 243. Quels sont les faits dont la preuve testimoniale n'est pas admise au delà de 150 francs?
- 244. Pourquoi la loi admet-elle la preuve testimoniale lorsqu'il s'agit d'une valeur de moins de 150 francs?
- 245. Qui détermine le chiffre de la dette?
- 246. Quel moment faut-il considérer pour déterminer la valeur du fait?
- 247. *Quid* si le fait juridique comprend des accessoires?
- 248. Sanction de la prohibition.

243. L'article 1341 porte : « Il doit être passé acte, devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la

valeur de cent cinquante francs. » Il n'est rien dit dans cette disposition de la preuve testimoniale; mais l'objet de la loi étant de déterminer dans quels cas la preuve testimoniale est admise ou rejetée, il en résulte qu'en disant qu'il doit être *passé acte de toutes choses* excédant la somme de cent cinquante francs, la loi dit implicitement que la preuve testimoniale n'est pas admise quand le fait juridique qui doit être prouvé a une valeur supérieure (n° 402).

Qu'entend-on par ces mots : *toutes choses*? Ce sont tous les faits dont les parties auraient dû se procurer une preuve littérale au moment où ils s'accomplissent, si ces faits sont de nature à donner lieu à une contestation judiciaire. C'est ce qu'on appelle faits juridiques, c'est-à-dire les faits qui créent un droit, le modifient, le confirment ou l'éteignent. Pourquoi tout fait juridique doit-il être prouvé par écrit, en ce sens que la preuve testimoniale n'en est pas admissible? C'est que les parties intéressées ont pu et dû s'en procurer une preuve littérale, parce qu'elles doivent s'attendre à ce qu'un fait juridique soit contesté en justice, et la loi dit que ce fait ne peut être prouvé par témoins que si sa valeur pécuniaire ne dépasse point cent cinquante francs.

Il y a d'autres faits que l'on appelle matériels ou purs et simples : ce sont les faits qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation, quoique, par accident, ils puissent se rattacher à des faits juridiques et être invoqués en justice. Tels sont les faits de la nature, les cas fortuits ou de force majeure, ou les faits de l'homme consistant à cultiver la terre, à l'ensemencer, à récolter les fruits. Ces faits tombent-ils sous l'application de l'article 1341 qui parle de *toutes choses*? Non, le rapporteur du Tribunat le dit, et il est facile de justifier cette opinion, qui est généralement admise. Pourquoi la loi veut-elle que l'on dresse acte de toutes choses? C'est pour que les parties aient une preuve sûre des faits qu'elles sont dans le cas d'invoquer ou de contester en justice. Cela suppose un fait juridique. Quant aux faits matériels, on ne peut pas s'attendre à devoir les prouver en justice, puisque le plus souvent ils sont étrangers à tout débat judiciaire; si, pour les cas très-rares où des faits matériels figurent dans un procès, il fallait constater par écrit tous les faits, la loi prescrirait une règle tout ensemble frustratoire et vexatoire; or, le législateur

veut assurer les droits des hommes, il ne veut pas leur imposer des obligations inutiles (nos 406 et 407).

244. La prohibition de la preuve testimoniale n'est pas absolue, quand la chose ne dépasse pas la valeur de cent cinquante francs, la preuve par témoins est admise. Pourquoi, malgré les inconvénients et les dangers que présente la preuve par témoins, la loi l'autorise-t-elle lorsque le fait litigieux n'a qu'une valeur modique? On peut dire d'abord que la subornation est moins à craindre, mais ce n'est pas là le motif unique de la restriction que reçoit la prohibition de la preuve testimoniale. Les transactions d'une valeur de moins de cent cinquante francs se font entre personnes peu aisées, et par cela même illettrées. Exiger d'elles un écrit pour toute espèce de conventions, c'eût été les forcer à recourir à un notaire, et par suite leur imposer des frais hors de toute proportion avec l'intérêt du contrat. Il est vrai que la preuve devant se faire par enquête, il en résultera également des frais énormes en comparaison de l'intérêt modique du litige. C'est un grand mal, mais il est moindre que le déni de justice qui résulterait de la prohibition absolue de la preuve testimoniale (n° 435).

245. L'article 1341 dit qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant la *somme* ou *valeur* de cent cinquante francs. Quand il s'agit d'une *somme*, c'est la convention qui décidera de l'admission ou du rejet de la preuve testimoniale. La *valeur* exige une évaluation : qui la fera? Naturellement le juge. Il n'est pas obligé de recourir à une expertise; le juge est expert de droit, il ne doit recourir à une expertise que dans les cas où les documents et les circonstances de la cause ne lui permettent pas de faire lui-même l'estimation de la chose (n° 439).

246. Quel moment faut-il considérer pour déterminer si la limite de cent cinquante francs est ou non dépassée? Est-ce le moment où la demande est formée en justice, ou est-ce le moment où le fait juridique s'est passé? C'est en ce dernier sens que le texte et l'esprit de la loi décident la question. L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale implicitement en ordonnant de dresser acte du fait juridique; et cet acte doit naturellement être rédigé au moment où le fait se passe, parce que c'est à ce moment que les parties doivent savoir si elles sont obligées de se pro-

curer une preuve littérale. Les parties ne peuvent pas prévoir quelle sera la valeur du fait lors de la demande, car le montant pécuniaire peut varier, il peut monter ou baisser. Enfin, quel est le fondement rationnel du principe que lettres passent témoins? C'est que l'acte est dressé à l'instant même où les parties traitent; un écrit rédigé postérieurement ne présenterait plus les avantages d'un acte dressé au moment où les parties viennent de débattre leurs intérêts (n° 442).

La loi applique ce principe dans les articles 1344 et 1343. La somme demandée en justice ne s'élève pas à cent cinquante francs, mais elle est déclarée *être le restant ou faire partie* d'une créance qui dépassait le chiffre de cent cinquante francs; la preuve testimoniale ne sera pas admise (art. 1344). La raison en est que le fait juridique, au moment où il s'est passé, était d'une valeur supérieure à cent cinquante francs; les parties auraient donc dû en dresser acte; si elles ne l'ont pas fait, elles ne peuvent être admises à la preuve testimoniale (n° 443).

L'article 1343 consacre une autre conséquence du même principe : « Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive. » Le fait juridique dépassant cent cinquante francs, le créancier aurait dû dresser acte; ne l'ayant pas fait, la loi ne l'admet point à la preuve testimoniale (n° 450).

247. Pour apprécier la valeur de la chose litigieuse, on doit avoir égard non-seulement à la prestation *principale*, mais encore aux prestations *accessoires* qui ont été stipulées. L'article 1342 consacre cette règle en l'appliquant au prêt à intérêt. Je demande deux cents francs en justice, dont cinquante à titre d'intérêt et cent cinquante à titre de capital; la loi décide que je ne serai pas admis à la preuve testimoniale. Cette disposition n'est pas contraire au principe que nous avons déduit des articles 1341, 1343 et 1344. Quand je prête cent cinquante francs à intérêt, la valeur du fait juridique n'est pas de cent cinquante francs, elle est de cette somme, augmentée des intérêts qui courent incessamment; donc lors du contrat je sais que, si le fait est contesté, il dépassera cent cinquante francs; dès lors, je dois en dresser acte d'après l'article 1341 (n° 453).

248. L'article 1345 sanctionne la prohibition de la preuve testimoniale par une disposition qui a pour objet de prévenir la fraude : « Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait pas de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se soient formées en différents temps. » Je réclame cent cinquante francs, à titre de prêt, cent cinquante francs pour dépôt, cent cinquante pour prix de vente : serai-je admis à la preuve testimoniale? Non; il est vrai que chacun de ces faits aurait pu être prouvé par témoins; mais si les diverses créances sont réunies dans une même instance, la preuve testimoniale ne sera plus admise. Le législateur l'a rejetée pour empêcher la fraude du créancier vrai ou supposé des quatre cent cinquante francs; il aurait pu diviser sa demande en lui assignant diverses causes, et obtenir ainsi, par la preuve testimoniale, une somme ou créance dont la loi prohibe la preuve par témoins. L'article 1345 ajoute que la preuve testimoniale des divers faits est admissible s'ils procèdent par succession, donation ou autrement de personnes différentes. Dans ce cas, la fraude est impossible, il n'y a donc plus lieu de prohiber la preuve testimoniale en vue de prévenir la fraude.

La disposition de l'article 1345 ne suffit point pour empêcher la fraude; le créancier de mauvaise foi pourrait éluder la prohibition en intentant plusieurs actions distinctes, chacune inférieure à cent cinquante francs. L'article 1346 prévient cette nouvelle fraude en statuant que toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, doivent être formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit, ne seront pas reçues. Cette fin de non-recevoir est une vraie déchéance. Cela est rigoureux, mais il ne faut pas perdre de vue que c'est une peine que le législateur prononce contre ceux qui cherchent à éluder ses prohibitions, c'est-à-dire à violer la loi (nos 462 et 468).

N° 2. DEUXIÈME PRINCIPE.

Sommaire.

249. Lettres passent témoins. Sens du principe.

250. Application du principe.

251. Il s'applique quelque modique que soit le montant du litige.

252. Le principe n'exclut que la preuve testimoniale.

249. L'article 1341 pose un second principe en ces termes : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. » On suppose que les parties ont rédigé un acte; le bon sens dit que, dans ce cas, l'écrit mérite plus de foi que les témoignages qui seraient en opposition avec l'écrit. Quand les parties écrivent leurs conventions au moment où elles les consentent, il y a toute probabilité qu'elles les formulent d'une manière exacte et complète, chacune des parties ayant intérêt à ce que la preuve littérale prévienne toute contestation; tandis que les témoignages que l'on invoquerait pour combattre les déclarations portées en l'acte sont par leur nature même incertaines. En ce sens, on doit dire que *lettres passent témoins*, abstraction faite de toute supposition de fraude (n° 469).

L'article 1341 défend d'abord de recevoir *contre* et *outre* le contenu aux actes. Prouver *contre*, ce serait détruire l'acte en tout ou en partie; or, les probabilités sont pour l'acte, donc on ne doit pas écouter les témoins venant déposer *contre* l'acte. L'acte porte que le bail est fait pour trois ans; on ne serait pas admis à prouver qu'il a été fait pour trois, six ou neuf ans. Prouver *outre*

l'acte, c'est prouver que l'écrit est incomplet, que les parties ont oublié de discuter dans l'écrit une clause de leurs conventions; cet oubli est possible, mais la probabilité est toujours en faveur de l'acte quand on veut le combattre par des témoignages (n° 470). L'acte de bail ne parle pas des contributions; on ne serait pas admis à prouver que le preneur s'est engagé à payer la contribution foncière.

L'article 1341 ajoute qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins

sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes. Cette disposition se confond en réalité avec la première. En effet, les pourparlers, les dires des parties ont naturellement un rapport avec les actes. Le but de la partie qui veut s'en prévaloir ne peut être que de prouver que l'acte est incomplet ou inexact. C'est dire qu'il entend prouver *outre* ou *contre* l'acte; or, cette preuve ne peut se faire par témoins (n° 471).

250. L'application du principe que *lettres passent témoins* n'est pas sans difficulté. Peut-on prouver par témoins qu'une obligation constatée par écrit a été éteinte par le paiement? Oui, car le débiteur n'attaque pas l'acte; il reconnaît, au contraire, tout ce qui s'y trouve; il prétend seulement qu'un nouveau fait est intervenu, celui du paiement; donc il ne demande pas à prouver *outre* ni *contre* l'écrit; partant, le principe que *lettres passent témoins* n'est pas applicable (n° 473).

De même les parties seraient admises à prouver par témoins les modifications qu'elles auraient apportées à l'acte, postérieurement à la convention. Ces modifications sont une convention nouvelle; on la prouve d'après le droit commun, sans que l'on puisse dire que c'est prouver *contre* ou *outre* l'acte: car cet acte est étranger à la nouvelle convention (n° 481).

251. L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale contre et outre les actes, « encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs ». Les motifs sur lesquels le second principe est fondé ne permettent pas de distinguer quelle est la valeur de la chose; dès qu'il y a un acte, *lettres passent témoins*, quelque modique que soit l'importance du litige: on ne suspecte pas les témoins, on préfère une preuve sûre à une preuve incertaine (n° 473).

252. Mais il y a une distinction à faire en ce qui concerne la preuve que l'on oppose à l'acte. L'article 1341 défend la preuve *par témoins*, contre et outre l'acte; il ne rejette donc pas toute espèce de preuves. Il n'y avait aucune raison pour cela. Si la loi repousse la preuve testimoniale, c'est uniquement à cause de l'incertitude des témoignages, comparée à la certitude qui résulte de l'écrit. Mais s'il y a d'autres écrits, on peut s'en prévaloir contre et outre l'acte. C'est le droit commun, toute preuve peut, en principe, être combattue par une preuve contraire. La loi prohibe seu-

lement la preuve par témoins, ce qui entraîne la défense de la preuve par présomptions de l'homme, ces présomptions n'étant admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale (art. 1353) (n° 474).

§ III. Des exceptions.

Sommaire.

255. Quelles sont les exceptions aux deux principes établis par l'article 1341 ?

253. L'article 1341 mentionne une première exception concernant le droit commercial : les deux règles établies par le code civil reçoivent exception dans les matières de commerce. Nous laissons cette exception de côté, pour ne nous occuper que des dispositions des articles 1347 et 1348.

N° 1. DE L'EXCEPTION DE L'ARTICLE 1347.

Sommaire.

254. Qu'entend-on par commencement de preuve par écrit ?

255. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit ?

256. Quel est l'effet du commencement de preuve par écrit ?

254. L'article 1347 porte : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué. » On appelle cette vraisemblance un *commencement de preuve*, parce qu'elle ne persuade pas le juge entièrement. Si un acte a été dressé par les parties, il en résulte généralement une preuve complète. S'il n'y a pas d'acte, ou si l'acte est irrégulier, les écrits produits dans la cause laisseront un doute dans l'esprit du magistrat; ce ne sera qu'un commencement de preuve qui doit être complété. La loi admet alors la preuve testimoniale comme supplément de preuve. Cette première exception se fonde sur ce que le danger et l'incertitude qui font rejeter la preuve par témoins diminuent quand il y a un écrit; le fait est déjà à moitié établi par la preuve littérale, avant

qu'on entende les témoins; leurs dépositions ne font que confirmer ce que les écrits rendent vraisemblable (n° 486).

255. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit ? Il faut : 1° Qu'il y ait un écrit. C'est parce qu'il y a une preuve littérale, quoique incomplète, que le code admet, par exception, la preuve testimoniale. Faut-il que l'écrit soit un *acte*, comme le dit l'article 1347 ? Non; il est de tradition que tout *écrit* suffit, même une lettre, et une lettre n'est pas un acte. La loi n'exige un acte que pour la preuve complète (nos 487 et 488).

2° L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose à titre de commencement de preuve. Si l'écrit émanait de celui qui l'invoque, il ne ferait aucune preuve, parce qu'on ne peut se faire un titre à soi-même; s'il émanait d'un tiers, ce ne serait qu'un témoignage, et un témoignage n'autorise pas à en admettre un autre (n° 491).

Il faut ajouter que l'écrit peut émaner de celui que la partie représente, ou de celui par lequel elle est représentée. L'écrit émané du défunt peut être opposé à ses héritiers, puisque les héritiers représentent leur auteur; et un écrit émané du mandataire peut être opposé au mandant, car le mandataire agit au nom du mandant, de sorte que le fait du mandataire est le fait du mandant (n° 492).

3° L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. C'est la condition essentielle, car c'est à raison de cette vraisemblance que la loi permet de recourir à la preuve testimoniale pour fournir un supplément de preuve. Cette condition est abandonnée à l'appréciation du juge, car il s'agit d'une question de fait dont la décision varie d'un cas à un autre (n° 527). Voici un exemple donné par Pothier; le cas s'est présenté devant les tribunaux. Je demande contre vous le paiement d'une somme de deux mille francs que je prétends vous avoir prêtée. Il n'y a pas d'acte du prêt, mais j'ai une lettre du débiteur dans laquelle il exprime ses regrets de n'avoir pu rembourser la somme que je lui ai prêtée. C'est un commencement de preuve par écrit qui autorise la preuve testimoniale pour établir le montant de la dette (n° 538).

256. Quel est l'effet du commencement de preuve par écrit ? L'article 1347 porte que les *règles ci-dessus* reçoivent exception

lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Il y a donc exception pour les deux règles que le code établit sur la preuve testimoniale. Cela est sans difficulté pour la première qui prohibe la preuve par témoins quand la chose excède la somme ou valeur de cent cinquante francs. Il est également certain que la seconde règle reçoit exception en vertu de l'article 1347; la preuve testimoniale est admise contre et outre le contenu de l'acte lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Toutefois il faut distinguer, dans l'application du principe. Quand l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, l'article 1347 est applicable; mais s'il s'agit d'un fait qui est prouvé jusqu'à inscription de faux, l'article 1347 ne peut pas recevoir d'application, car dans ce cas aucune autre preuve n'est admissible que la plainte en faux (nos 541 et 542).

N° 2. DE L'EXCEPTION DE L'ARTICLE 1348.

Sommaire.

257. Motifs de l'exception. Elle est générale.

258. Applications de l'exception aux cas prévus par l'article 1348.

259. Application du principe à des cas non prévus par la loi.

257. Les règles sur la prohibition de la preuve testimoniale reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui (art. 1348). Quoique la loi dise *les règles*, il ne s'agit, en réalité, que de la première. La seconde suppose qu'il existe un écrit contre lequel ou outre lequel la preuve testimoniale n'est pas admise; or, dans le cas de l'article 1348, il n'y a pas d'écrit, puisque la loi suppose qu'il n'a pas été possible aux parties de se procurer une preuve littérale. C'est cette impossibilité qui légitime l'exception. Quand la loi impose aux parties l'obligation de dresser écrit de l'obligation, elle suppose que cela leur est possible; si la rédaction d'un écrit est impossible, le commandement de la loi ne peut plus recevoir d'application, car la loi ne veut jamais l'impossible. De là l'exception consacrée par l'article 1348. Le texte ne parle que du créancier qui réclame l'exécution d'une obligation; il faut généraliser la disposition. Elle

s'applique à tout fait juridique, et à toute partie, parce que la raison de la loi est générale: on ne peut jamais demander l'impossible (n° 544).

258. Après avoir établi le principe, l'article 1348 en donne des applications. Ce sont des exemples qui n'ont rien de limitatif: le texte ne l'est pas et l'esprit de la loi encore moins.

L'exception s'applique:

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. La raison en est que ces obligations naissent sans concours de consentement; par suite, le créancier se trouve dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Mais cette impossibilité peut ne pas exister, alors la prohibition reprend son empire; car les applications que la loi donne doivent être interprétées dans le sens du principe (n° 545). Ainsi le gérant d'affaires qui paye une dette ne serait pas admis à prouver le paiement par témoins; car il a pu et dû exiger quittance (n° 548). Il en est de même de celui qui fait un paiement indu (n° 553). Mais l'action du maître contre le gérant tombe sous l'application de l'article 1348, car le maître n'a pu se procurer une preuve littérale d'un fait qui s'est passé sans son consentement. Quand, dans un délit, il y a un élément contractuel, il doit être établi par la preuve littérale, d'après le droit commun. Telle est la violation d'un dépôt, le dépôt ne peut pas être prouvé par témoins, parce que c'est un contrat; il n'y a que la violation du dépôt qui tombe sous l'exception de l'article 1348 (n° 556).

2° « Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. » Les cas fortuits que le code cite sont des exemples empruntés à la tradition; la loi s'applique à tous les accidents imprévus, tels que l'invasion inattendue de l'ennemi. Il faut que le cas fortuit soit imprévu; si le déposant pouvait prévoir l'accident, il n'y a pas lieu à l'exception, parce qu'il n'y a plus impossibilité de se procurer une preuve littérale. Il faut encore que le dépôt ait été nécessaire, c'est à-dire que ce fût le seul moyen de sauver les effets, de sorte que le propriétaire les aurait perdus s'il ne les avait pas déposés (n° 566).

L'article 1348 assimile aux dépôts nécessaires ceux faits par les voyageurs logeant dans une hôtellerie. On ne dresse pas d'écrit de ces dépôts; l'hôtelier n'aurait pas le loisir de faire inven-

taire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours et à tous moments chez lui. Il y a, dans ce cas, une impossibilité morale dont la loi se contente (n° 567).

L'article 1348 ajoute : « Le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. » Quant aux *circonstances du fait*, le juge doit les prendre en considération, pour décider s'il y a dépôt nécessaire. Par *qualité de la personne*, la loi entend la position sociale des parties; elle craint toujours les faux témoignages; si une personne notoirement pauvre prétendait avoir déposé, lors d'un incendie, des choses précieuses, le juge pourrait ne pas l'admettre à la preuve testimoniale, s'il a la conviction que le prétendu dépôt servirait à couvrir une spoliation (n° 568).

3° « Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. » Tel serait le cas où une personne poursuivie en justice contracte un prêt, au moment où elle prend la fuite.

4° « 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.

Le créancier doit d'abord prouver le cas fortuit, et la perte de son titre par ce cas fortuit (n° 571). Quand la perte fortuite du titre est établie, le créancier sera admis à établir par témoins le montant de la créance; il n'est pas nécessaire que les témoins déposent qu'ils ont lu l'acte; la loi ne l'exige pas, et l'on ne peut pas ajouter à la rigueur de la loi (n° 573).

259. Ces cas sont des exemples. La loi s'applique à tous les cas où le demandeur s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. L'impossibilité ne doit pas être absolue, puisque la loi se contente, dans le n° 2 de l'article 1348, d'une impossibilité morale; toutefois il importe de remarquer que la loi ne se sert pas de cette expression; il faut donc que le juge constate toujours le fait de l'impossibilité où la partie s'est trouvée de dresser ou faire dresser un écrit (n° 577).

Les vices de consentement, l'erreur, la violence, le dol peuvent se prouver par témoins. Pour l'erreur et le dol, cela est évident; les parties ne peuvent pas songer à constater par écrit un fait dont elles n'ont pas conscience lors du contrat; et si elles en avaient conscience, elles ne traiteraient point. Quant à la violence, elle constitue un délit, et celui qui l'emploie se gardera bien d'en fournir une preuve littérale (nos 580 et 581).

La loi donne le nom de fraude au dol pratiqué au préjudice des tiers (art. 1167). Les tiers sont toujours admis à prouver par témoins la fraude dont ils sont victimes; car ils ont été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale (n° 585).

SECTION IV. — Des présomptions.

Sommaire.

260. Définition de la présomption.

261. Division. Présomptions légales. Présomptions de l'homme.

262. L'interprète peut-il créer des présomptions?

260. « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (art. 1349). Ainsi la preuve résultant des présomptions consiste dans un simple raisonnement. Telle est la présomption de libération établie par les articles 1282 et 1283. La remise volontaire du titre par le créancier au débiteur fait présumer la libération du débiteur. Quel est le fait *connu*? C'est la remise du titre constatant la créance, remise que le créancier a faite au débiteur. Quel est le fait *inconnu*? C'est l'extinction de la dette. Par quel raisonnement le législateur tire-t-il du fait de la remise du titre la conséquence que le débiteur est libéré? Le raisonnement se fonde sur une probabilité qui touche à la certitude. Quand le créancier remet-il son titre au débiteur? Quand la dette est éteinte. Lors donc que le fait de la remise du titre est constant, la loi doit admettre que le débiteur est libéré (n° 605).

261. Il y a des présomptions qui sont établies par la loi : on les appelle légales. Celles qui sont abandonnées à l'appréciation du juge s'appellent présomptions de l'homme. Le législateur n'établit des présomptions que dans des cas très-rares, parce qu'il est très-rare qu'il y ait des probabilités assez fortes pour que la