

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

DE LA DISTINCTION

DES

FAITS JURIDIQUES ET DES FAITS MATÉRIELS

ET DE

SES APPLICATIONS

Principalement en matière de preuve en Droit romain  
et en Droit français.

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Léon COSTES

AVOCAT

Lauréat des trois années de licence.



---

TOULOUSE

TYPOGRAPHIE DURAND, FILLOUS ET LAGARDE

44, RUE SAINT-ROME, 44

—  
1887

18504



EXHIBIT ON PROOF OF EVIDENCE

EXHIBIT 11-100

EXHIBIT 11-100

100

100

MEIS ET AMICIS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY

UNIVERSITY OF CHICAGO

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

- MM. BONFILS, ✱, doyen, professeur de Droit commercial.  
BRESSOLLES (G.), ✱, professeur de Code civil.  
GINOULHIAC, ✱, professeur de Droit français dans ses origines féodales et coutumières.  
POBELLE, O. ✱, professeur de Code civil, en congé.  
ARNAULT, ✱, professeur d'Economie politique, en congé.  
DELOUME, professeur de Droit romain.  
PAGET, professeur de Droit romain.  
CAMPISTRON, professeur de Code civil.  
WALLON, professeur de Droit administratif.  
BRESSOLLES (J.), agrégé, chargé du cours de Procédure civile.  
VIDAL, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.  
HAURIUO, agrégé chargé du cours d'Histoire générale du Droit.  
BRISAUD, agrégé, chargé d'un cours de Code civil.  
ROUARD DE CARD, agrégé, chargé d'un cours de Droit international privé.  
BLONDEL, agrégé, chargé du cours de Droit constitutionnel.  
DE BOECK, agrégé, chargé du cours d'Economie politique.  
MOUSSU, secrétaire.  
HUMBERT, O. ✱, sénateur, professeur honoraire.  
HUC, m, conseiller à la Cour d'appel de Paris, professeur honoraire.  
MOLINIER, O. ✱, professeur honoraire.

*Président de la Thèse* : M. CAMPISTRON.

*Suffragants.* { MM. DELOUME.  
BRISAUD.  
BLONDEL.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

REPORT OF THE COMMISSIONERS

OF THE LAND OFFICE

The following is a list of the lands which have been surveyed and entered in the public land office since the first day of January, 1880, to the first day of January, 1881. The lands are classified according to the nature of the survey, and the date of the survey. The names of the persons to whom the lands have been granted, and the names of the persons to whom the lands have been sold, are also given. The amount of the purchase money paid for the lands is also stated. The names of the persons to whom the lands have been granted, and the names of the persons to whom the lands have been sold, are also given. The amount of the purchase money paid for the lands is also stated.

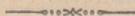
Approved: \_\_\_\_\_  
Secretary of the Interior

## BIBLIOGRAPHIE

---

- ACCARIAS : Précis de Droit romain.  
— Théorie des contrats innomés.
- ARNDTS : Le Pandette annotata da Filippo Serafini.
- AUBRY et RAU : Cours de Droit civil français.
- BAUDRY-LACANTINERIE : Précis de Droit civil.
- BEAUMANOIR : Les coutumes de Beauvoisis.
- BENTHAM : Traité des preuves judiciaires.
- BERTIN : Chambre du Conseil.
- BLONDEAU : Institutes de Justinien.
- BONFILS : Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure.
- BONJEAN : Traité des actions, t. II.
- BONNIER : Traité théorique et pratique des preuves.
- BOICEAU : Commentaire latin et français sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins.
- BOUTEILLIER : Somme rurale.
- BRISSON : De formulis et solennibus populi romani verbis.
- CANCIANI : Barbarorum leges antiquæ cum notis et glossariis.
- CUJACII : Opera.
- DANTY : Traité de la preuve par témoins en matière civile.
- DE BOURGE : De la preuve testimoniale.
- DEMANTE, continué par COLMET DE SANTERRE : Cours analytique de Code civil.
- DEMOLOMBE : Cours de Code civil.
- DIRKSEN : Manuale latinitatis fontium juris civilis romanorum.
- ESMEIN : Etudes sur les contrats dans le très ancien Droit français.
- GLÜCK : Ausführliche Erläuterung der Pandecten, t. V.
- HUC : Du formalisme romain.

- HUGO : Histoire du Droit romain.  
 LAURENT : Principes de Droit civil.  
 LOCRÉ : Législation civile.  
 LOISEL : Institutes coutumières.  
 MACHELARD : Dissertations de Droit romain (De la possession).  
 MAYNZ : Cours de Droit romain.  
 MEERMAN : Novus thesaurus juris civilis et canonici, t. VI.  
 MERLIN : Répertoire de jurisprudence. Questions de Droit.  
 MOMMSEN : Digesta Justiniani Augusti.  
 MORTREUIL : Droit byzantin.  
 MÜHLENBRUCH : Doctrina pandectarum.  
 ORTOLAN : Explication historique des Instituts de Justinien.  
     — Histoire de la législation romaine.  
 PARDESSUS : Loi saïique.  
 POTHIER : Œuvres.  
 RIVIER : Introduction historique au Droit romain.  
 SAVIGNY : Traité de Droit romain.  
     — Histoire du Droit romain au moyen-âge.  
 SERAFINI : Archivio juridico.  
 SOLON : Essai historique sur les genres de preuves.  
 TISSOT : Introduction philosophique à l'étude du Droit.  
 TOULLIER : Droit civil français.  
 TROPLONG : Droit civil expliqué.  
 VANGEROW : Pandecten.  
 VOET : Commentarius ad Pandectas.  
 ZIMMERN : Théorie de la procédure privée.



## NOTIONS PRÉLIMINAIRES

On dit souvent, et avec raison, que les lois doivent être le reflet des mœurs. Nous croyons pouvoir ajouter, tout aussi exactement, que les lois ne sont bonnes qu'à condition d'être basées sur la nature même des choses et de s'inspirer des réalités de la vie pratique. Compter avec la nature et avec l'homme, voilà quelle doit être la préoccupation constante du législateur, lorsqu'il veut régler sagement des rapports juridiques. Et comme, d'autre part, ces relations sont toujours le résultat de faits, il est bon, pour les régler, d'étudier au préalable leurs causes, c'est-à-dire les faits eux-mêmes, de façon à pouvoir se guider ensuite d'après les différences essentielles qu'ils présentent.

Or, malgré leur prodigieuse variété et leur nombre incalculable, les faits peuvent tous rentrer, soit dans la classe des faits juridiques, soit dans la catégorie des faits matériels ou purs et simples (1).

(1) On parle bien, il est vrai, de faits mixtes ; mais, en réalité, ce faits ne forment pas une classe à part. Ainsi que leur nom l'indique, ils sont composés d'un élément juridique et d'un élément matériel. Au premier, on applique les règles du fait juridique ; au second, les principes qui régissent le fait matériel.

Disons d'abord qu'il faut bien se garder de confondre notre classification avec une distinction assez usitée dans la langue juridique et, principalement, en matière pénale. Voici, en deux mots, en quoi consiste cette distinction : on envisage un même et unique fait sous divers aspects, et, suivant la face que l'on considère, on emploie l'expression « fait matériel » ou les termes « fait juridique » : « fait matériel, » si on se réfère uniquement aux éléments physiques et matériels de l'acte ; « fait juridique, » si l'on examine les conséquences légales du fait, la classification qui lui est donnée par la loi à suite de l'incrimination qu'elle y attache. Ainsi, dans le vol, on peut envisager l'élément purement matériel, la soustraction, ou bien considérer le fait en tant que délit. Et il est à noter qu'un même fait matériel peut présenter divers aspects juridiques, c'est-à-dire être susceptible d'incriminations diverses. Par exemple, le fait de donner la mort à autrui peut constituer soit un assassinat, soit un meurtre, soit un homicide par imprudence. Au contraire, dans la théorie que nous avons l'intention d'exposer, un même fait est toujours ou pur ou simple ou juridique, et reçoit une qualification identique, quel que soit le point de vue sous lequel on l'observe. C'est dire que notre thèse n'a rien de commun avec la distinction que nous venons de signaler.

Qu'est-ce donc que le fait juridique dont nous allons nous préoccuper ?

C'est tout fait de l'homme qui, de sa nature, entraîne directement et nécessairement des conséquences juridiques.

Nous disons d'abord qu'il n'y a pas de fait juridique qui ne soit l'œuvre de l'homme. Ainsi, les événements de la nature, la pluie, la neige, la grêle, la foudre, etc., peuvent bien entraîner des effets de droit ; mais ce résultat sera toujours accidentel ou indirect. Seuls, les actes qui dérivent de l'activité humaine sont susceptibles d'être classés parmi les faits juridiques. Encore faut-il pour cela que les actes de l'homme réunissent plusieurs conditions : la première, c'est que de ces faits découlent *directement et immédiatement* des conséquences juridiques. Ainsi, voilà un chasseur X... qui se livre à sa distraction favorite. Il abat une pièce de gibier, il en devient immédiatement propriétaire ; l'occupation, voilà le fait juridique d'où est dérivé directement et immédiatement son droit. Mais le seul fait de battre le terrain, de chasser, ne rendra pas X... propriétaire du gibier qui se trouve dans le champ qu'il sillonne. Il n'y a là qu'un fait pur et simple.

Il faut, en outre, pour qu'un fait ait le caractère juridique, qu'il entraîne *nécessairement* des conséquences de droit. Reprenons l'exemple précité : le fait de chasser est déjà un fait pur et simple, parce qu'il ne produit pas directement de résultat juridique. Il l'est encore parce qu'il ne réunit pas l'autre condition exigée, car on peut chasser sans « occuper » nécessairement.

Tels sont, à notre avis, les vrais caractères que présente le fait juridique ; et nous considérons comme peu exacte la définition suivante donnée par M. de Savigny, dans son *Traité de Droit romain*, tome III, page 3 : « J'appelle faits juridiques, dit-il, les événements en vertu desquels les rapports de droit commencent et

finissent. » Notons, au préalable, que cette définition embrasse aussi bien les délits que les faits licites. Et cependant, M. de Savigny (à tort, croyons-nous) prend soin, à maintes reprises, d'écarter les délits et les quasi-délits de la liste des faits juridiques. On peut encore reprocher à la notion qui précède, d'être applicable aussi bien aux accidents d'ordre purement physique et naturel qu'aux actes de l'homme, et de faire rentrer l'avulsion, ou tel autre phénomène de ce genre, parmi les faits juridiques. Enfin, la définition du savant auteur que nous combattons pêche en ce qu'elle n'exige pas que le rapport de droit soit le résultat direct et nécessaire du fait qui l'engendre. « Le fait juridique, dit l'éminent romaniste en paraphrasant ce qu'il a dit plus haut, peut avoir directement pour objet un but non juridique ; de sorte que les effets juridiques apparaissent à la conscience comme subordonnés, ou même n'apparaissent pas du tout » (Tome III, page 6, *Traité de Droit romain*). On en est alors réduit à se demander quelle différence essentielle M. de Savigny peut bien établir entre le fait juridique et le fait matériel.

Mais si, pour rentrer dans la catégorie des phénomènes juridiques, un fait doit avoir des conséquences de droit directes et nécessaires, on ne saurait exiger que ces conséquences soient voulues, et, pour ainsi dire, préméditées par l'agent. Il suffit qu'elles se produisent, qu'elles se manifestent. Ce n'est pas le but que l'on considère, c'est le résultat ; le premier est indifférent, le second classe le fait.

Les actes juridiques aboutissent tous, soit à créer un

droit, exemple : la dation, soit à l'éteindre, exemple : la remise de dette, soit à le modifier, exemple : la remise de la solidarité, la concession d'une condition.

Parmi ces faits, les uns sont *positifs*, c'est-à-dire consistent dans la réalisation d'un acte ; exemple : le contrat ; les autres sont *negatifs*, c'est-à-dire que la naissance, la fin, la modification du droit résulteront d'une omission. C'est ainsi qu'en Droit français le fait par un donateur de n'avoir pas eu recours à la forme authentique, rendra sa libéralité inexistante. Enfin, parmi les actes juridiques, les uns se manifestent à nous comme l'expression d'une seule et unique volonté, exemple : le testament ; les autres nous apparaissent comme le résultat du concours de deux ou plusieurs consentements, exemple : le contrat.

Quant à énumérer tous les faits juridiques, il n'y faut pas songer ; et, d'ailleurs, ce travail, fût-il possible, n'offrirait guère d'intérêt. Il se réduirait à une fastidieuse nomenclature. Nous regardons comme suffisant d'avoir déterminé la nature exacte, les caractères vrais des actes juridiques, d'avoir indiqué un *criterium* susceptible de les faire reconnaître. Voici, cependant, à titre d'exemples, quelques-uns de ces faits pris parmi les plus communs et les plus importants. Ce sont les dations, les constitutions de droits réels, les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, les testaments, etc., etc.

Nous avons déjà dit qu'aux faits juridiques on opposait une deuxième classe de faits, les faits purs et simples qu'on appelle aussi parfois faits matériels ou faits naturels. Les faits purs et simples sont ainsi dési-

gnés, parce qu'à l'inverse des faits juridiques qui, eux, sont pour ainsi dire doubles et comprennent presque toujours un élément physique (écriture, parole, signe, etc.) et un acte de la volonté, un élément psychique ; ils ne renferment, le plus souvent, qu'un élément, l'élément physique. Et lorsqu'ils contiennent un élément intentionnel, celui-ci se réfère, non pas aux conséquences juridiques que l'acte peut éventuellement entraîner, mais uniquement à l'acte lui-même et à son exécution.

Les faits purs et simples sont parfois appelés faits matériels ou faits naturels, parce qu'ils ont souvent leur origine dans la nature seule, et aussi parce que, ainsi que nous l'avons déjà dit, ils se produisent normalement en dehors de toute coopération de la volonté tendant à leur faire produire quelque conséquence légale.

Les faits matériels ou purs et simples ne sont guère susceptibles de définition positive.

D'une façon générale, on peut dire que ce sont tous les faits qui ne rentrent pas dans la catégorie des actes juridiques.

D'après MM. Aubry et Rau (Tome VIII, page 301), ce sont « les faits de l'homme qui, de leur nature, ne présentent que des résultats matériels et qui n'engendrent des droits et des obligations qu'autant qu'ils se rattachent accidentellement (1) à certains rapports juridiques et en raison seulement de ces rapports. » Nous

(1) Il est à remarquer qu'un fait pur et simple ne change pas de nature lorsqu'il vient, accidentellement, à produire des effets juridiques.

acceptons cette définition ou plutôt cette explication, mais en remplaçant les mots « faits de l'homme » par l'expression « tous les faits, » car il y a deux classes de faits matériels :

1° Les accidents de la nature, tels que la foudre, la neige, les inondations, qui endommagent ou détruisent les biens ;

2° Certains actes de l'homme, et particulièrement ceux qui s'exercent isolément sur les biens, faits de culture, d'ensemencement, de récolte, de construction, etc.

On a parfois essayé d'assigner certains caractères aux faits purs et simples ; mais toutes les tentatives sur ce point ont été vaines et n'ont abouti qu'à des inexactitudes.

On a dit d'abord après le tribun Joubert (Locré, *Législ. civ.*, tome XII, p. 526) que les faits purs et simples, même lorsqu'ils émanent de l'homme, constituent toujours des actions purement physiques, et, pour ainsi dire, instinctives.

Cela est vrai pour les faits de culture, d'ensemencement, etc., mais cela est faux pour beaucoup d'autres. Peut-on soutenir que l'identité d'un individu, les griefs servant de base à une demande en séparation de corps ou en divorce soient des faits instinctifs ?

On a dit aussi que, parmi les faits matériels, ceux qui émanent de l'activité humaine s'exercent isolément sur les biens (Demolombe, tome XXX). C'est oublier qu'à côté des faits de possession, de construction qui se pratiquent sur les biens et ne supposent, à la rigueur, qu'un seul agent, il y a d'autres faits ma-

tériels qui n'ont rien de relatif au sol et qui impliquent forcément le concours de plusieurs individus ; tel est le fait de la réconciliation des époux.

Les faits purs et simples variant à l'infini, nous ne chercherons pas à les énumérer. Nous nous bornerons à en citer quelques-uns :

Et, d'abord, la possession est un fait pur et simple, quoiqu'elle soit susceptible d'entraîner des résultats juridiques fort importants. Ces résultats, en effet, ne se produisent pas toujours et nécessairement : ils sont accidentels. Et c'est un tort, selon nous, que de poser en principe certain et en règle absolue que « la possession est purement et simplement un fait générateur de droit. » (M. Huc, *Formalisme romain*, page 74.)

Les faits qui motivent une demande en séparation de corps ou en divorce, la réconciliation des époux opposée comme fin de non-recevoir à cette même demande, les faits matériels constitutifs de la possession d'état, etc., etc., sont encore des faits purs et simples. On pourrait en indiquer bien d'autres, mais il nous suffisait, pour le moment, de préciser, par quelques exemples, la nature des faits matériels, comme nous l'avions déjà fait pour les actes juridiques.

Et maintenant que la différence entre les deux classes de faits est bien établie, il nous reste à montrer le parti que nous entendons tirer de notre distinction, et à justifier, d'ores et déjà, les applications que nous signalerons dans la suite.

D'abord, il est une notion qui s'impose : Puisque les actes juridiques et les faits matériels sont en opposition, il en résulte que les principes destinés à

les régir, doivent participer nécessairement à cette divergence. Dès lors, nous n'avons qu'à faire abstraction pour un instant de toutes les règles positives, et, aidés des seules lumières de la raison et de l'équité, à nous demander, d'une façon générale, quels principes il convient d'appliquer aux actes juridiques, quelles règles doivent être suivies en matière de faits purs et simples. Ces données acquises, nous serons en droit d'en faire l'application aux deux classes de faits, suivant ce qui conviendra à chacune, à moins que nous ne nous trouvions liés par un texte.

Les faits matériels sont incontestablement les plus nombreux ; ils se produisent à chaque instant et sous les formes les plus variées. Malgré cela, comme ils ne sont pas destinés à entraîner des résultats juridiques, nous pouvons, dès à présent, poser en principe que le législateur ne se préoccupera d'eux que d'une façon secondaire, accessoire, tandis que toute son attention se concentrera sur les actes juridiques, nécessairement destinés à créer, à éteindre ou à modifier les droits, parce qu'à son point de vue, ces actes, quoique bien moins fréquents que les faits matériels, présentent une importance autrement considérable.

Il y a encore un autre motif qui éloignera l'intervention du législateur en matière de faits purs et simples. C'est que ces faits, à raison de leur nature essentiellement matérielle, lui offrent peu de prise : ils manquent de souplesse, de malléabilité juridique, si l'on peut s'exprimer ainsi. Ainsi toutes les lois du monde réunies n'empêcheront pas les faits de la nature de se produire, la grêle de tomber, les rivières

de déborder, etc. Et il en sera de même, quoique à un degré moindre, des faits produits par l'activité humaine. Dès lors, si nous nous trouvons en présence d'un texte ou d'une mesure législative, nous pourrons à *priori* présumer que ce texte n'est pas applicable aux faits matériels, que cette mesure législative a été portée uniquement en vue de faits juridiques. Cette présomption ne disparaîtra que si la raison d'être ou le texte de la loi, indique clairement que son auteur a entendu viser les faits matériels.

Or, cette dernière indication et la constatation qui en résultera, se produiront lorsque la mesure législative en question sera simple, peu compliquée, conforme aux données fournies par la nature, car il ne faut pas s'attendre à rencontrer des principes rigoureux et complexes, à propos de faits qui ne sont pas destinés à entraîner des conséquences légales. Supposons, à l'inverse, que nous nous trouvions en présence de dispositions législatives savantes, compliquées, nous serons tout naturellement portés à croire que ces règles ont été édictées en vue de faits juridiques et ont pour but de réglementer ces derniers, de présider à leur formation, de guider et de maîtriser en même temps l'activité de celui qui voudra les accomplir.

Admettre le contraire, ce serait accuser d'une façon non équivoque le législateur d'avoir imprimé à son œuvre un caractère vexatoire. Ainsi, par exemple, il est tout naturel que nous ne songions pas à consigner dans des registres chacun des actes, depuis le plus important jusqu'au plus infime, que nous exécutons dans la journée, et que nous ne relations pas par écrit les

divers phénomènes de la nature qui s'accomplissent à chaque instant sous nos yeux. Dès lors, si nous rencontrons dans une législation une disposition qui prescrive l'emploi de la preuve littérale, nous serons amenés à penser, sans plus de réflexion, que les auteurs de cette mesure n'ont pas pu vouloir l'impossible, qu'ils n'ont pas, par conséquent, étendu leur injonction à tous ces faits qui se produisent devant nous ou par nous, et sur lesquels les juges n'ont qu'accidentellement à se prononcer. Il est plus raisonnable de supposer que le législateur n'a entendu viser que cette catégorie d'actes qui, par leur nature, sont destinés à entraîner des effets juridiques, et, par suite, à être soumis aux tribunaux. Conséquemment, nous devons décider, jusqu'à ce que le contraire nous soit démontré, que les autres moyens normaux de conviction pourront être employés à l'effet de prouver les faits matériels, l'obligation de la preuve littérale étant restreinte aux actes juridiques.

En vertu de la même idée, nous devons dire lorsqu'on nous opposera des mesures législatives ayant pour objet de prévenir, de restreindre ou d'annihiler certains résultats trop opposés à l'équité, par exemple, de protéger un mineur lésé, que ces mesures portent uniquement sur des faits juridiques, car, seuls, ces faits peuvent réellement entraîner un préjudice susceptible d'éveiller l'attention et de provoquer la sollicitude du législateur. Quant aux faits matériels, comme ce n'est qu'accidentellement qu'ils peuvent créer ou éteindre des obligations, la loi n'a pas à s'en préoccuper, et les mesures dont nous parlions plus haut ne les viseront pas.

Comment, du reste, les atteindre? Il est à remarquer, en effet, que ce qu'il y a de mieux à faire pour protéger une personne contre ses propres actes ou contre ceux d'un tiers, c'est de détruire cet acte, de remettre les choses dans le *statu quo*. Or, si cela est possible pour les faits juridiques, si ces faits peuvent être supprimés ou tout au moins légalement rescindés, en est-il de même pour les faits purs et simples? Evidemment non, d'une façon générale. Dès lors, ces faits n'offrant pas de prise resteront en dehors des mesures édictées par le législateur.

Ces notions préliminaires fournies, comme l'intérêt d'une théorie se mesure au nombre et à l'importance de ses applications, nous allons étudier de près la mise en œuvre de notre distinction, en constatant l'influence qu'elle a exercé en Droit romain, le rôle considérable qu'elle a joué dans le développement de cette législation et dans l'évolution remarquable par elle accomplie pour se dégager peu à peu d'un formalisme encombrant. Nos observations porteront particulièrement sur l'application de la distinction des faits juridiques et des faits matériels en matière *de restitutio in integrum*, d'action paulienne, d'action *quod metus causâ*, de contrats innommés et surtout de preuve. Relativement à ce dernier point, nous pourrions constater l'extention progressive de la preuve littérale au détriment de la preuve testimoniale dont l'empire, au début, n'avait pas de limite.

Passant ensuite au Droit français, et laissant de côté toutes les autres applications d'ordre secondaire, pour nous cantonner exclusivement sur la matière de

la preuve, à raison de l'intérêt capital qu'elle présente, nous observerons une éclipse momentanée de la preuve écrite à suite de l'invasion des barbares. Puis, il nous sera donné d'assister à un revirement contre la preuve testimoniale et à la consécration de cette révolution juridique par les ordonnances de 1566 et de 1667. C'est dans ces monuments législatifs qu'il nous sera possible de retrouver la trace de la distinction des faits juridiques et des faits matériels. Nous verrons la limitation de l'admissibilité des témoignages établie par ces ordonnances, atteindre seulement la première classe de faits, et la liberté de la preuve subsister pleine et entière à l'égard des autres. Pareille doctrine nous apparaîtra admise par le législateur de l'an XII et reproduite dans l'article 1344. Aussi pourrions-nous, en suivant l'ordre du Code, et sans manquer au respect dû aux textes, faire application de cette doctrine en maintes occasions.

La clef de diverses questions pleines d'intérêt se trouvera dans la réponse à cette question : sommes-nous en face d'un acte juridique, ou en présence d'un fait matériel ? Au premier cas, il faudra appliquer l'article 1344 ; dans la seconde hypothèse, nous échapperons à l'obligation d'une preuve écrite imposée par ce texte.

Comme conclusion de cette étude, nous consacrerons quelques lignes à un examen critique de la législation française, au point de vue des principes admis par elle en matière de preuve écrite et de témoignages.

---

## PREMIÈRE PARTIE

---

# DROIT ROMAIN

---

### SECTION PREMIÈRE

PREUVES TERMINOLOGIQUES DE L'ADMISSION A ROME DE  
LA DISTINCTION DES FAITS JURIDIQUES ET DES FAITS  
MATÉRIELS.

Nous ne trouvons ni dans les lois romaines, ni dans les travaux des juriconsultes, des « prudents » rien qui, de près ou de loin, puisse être pris pour un exposé de la théorie des faits juridiques et des faits purs et simples. Et cette absence n'a rien qui nous étonne, étant donné le caractère romain. Chacun sait aujourd'hui combien les maîtres du monde, pratiques à l'ex-

cès, avaient peu à formuler les théories qu'ils appliquaient en fait. Comment, du reste, exiger d'eux qu'ils exposassent tel ou tel système juridique, alors que leurs lois elles-mêmes, au lieu de revêtir la forme dogmatique en usage aujourd'hui, se trouvaient uniquement contenues et, pour ainsi dire, noyées, fondues dans des exemples, dans des « espèces » !

Il n'en est pas moins certain cependant que la distinction des faits, en faits juridiques et faits matériels, était connue à Rome sinon en théorie, au moins en pratique.

Et d'abord, nous trouvons dans les recueils de lois romaines certaines expressions réservées aux faits juridiques. C'est, en particulier, le mot « *gestum*. » Au fragment 7, Pr. Dig. de *minoribus*, IV, 4, Ulpien prend soin de nous dire que « *gestum* » se dit indifféremment du contrat ou de tout autre fait juridique : « *Ait pretor, gestum esse dicetur. Gestum sic accipimus qualiter qualiter : sive contractus sit, sive quid aliud contigit.* » Et les autres paragraphes de ce même fragment ne sont que la confirmation et le développement de cette idée.

On peut encore consulter, à ce sujet, la formule de l'action *quod metûs causâ*, qui, de l'aveu de tout le monde, ne se référait qu'aux actes juridiques : « *Ait pretor, quod metûs causâ gestum erit, ratum non habebô.* (Frag. I, Dig. De *in integ. rest.*, IV, 2.)

Le mot « *actum* » lui aussi, désigne généralement un fait juridique, tandis que l'expression « *factum* » est plus spécialement réservée aux faits purs et simples. Il est facile de vérifier cette double assertion en examinant d'abord la formule de l'action de dol, action

qui, contrairement à l'action *quod metûs causâ*, pouvait être donnée aussi bien en matière de faits purs et simples qu'en matière de faits juridiques. Ici le préteur n'emploie pas le mot « *gestum*, » mais bien le terme « *factum* » qui, nous venons de le dire, est beaucoup plus large et embrasse toute espèce de faits, mais plus particulièrement les faits matériels. Le *Fragm. 218, Dig. De verb. signif.*, vient, sur ce point, confirmer notre dire : « *verbum facere, omninò faciendi causam complectitur : dandi, solvendi, numerandi, indicandi, ambulandi.* » C'est aussi, pensons-nous, à cette distinction entre le *factum* et l'*actum* que se réfère Cujas (*Dig. , Ad leg. 19, 20. De verb. sign.*) : « *propriè actum in judiciis dicimus, factum etiam extra judicium.* » Nous traduirions volontiers la pensée de Cujas de la façon suivante : « l'*actum* désigne un fait judiciaire (un fait générateur de conséquences juridiques); le *factum* embrasse, en outre, les faits extrajudiciaires (c'est-à-dire des faits soit purs et simples, soit juridiques).

Il paraîtrait également, d'après le *Traité* ou mieux le *Dictionnaire juridique* de Dirksen, n° 4431, *verbis actum-factum*, que le mot « *actum* » s'entendait surtout de l'acte juridique, tandis que l'expression « *factum* », beaucoup plus générale, embrassait toutes sortes de faits, ou même opposée au mot « *actum* » était synonyme de fait pur et simple.

Une nouvelle preuve que le terme « *actum* » signifiait fait juridique, c'est qu'il entrait dans l'expression « *actus legitimi* » servant à qualifier des actes essentiellement juridiques.

Enfin, nul n'ignore que le mot « *actum* » fut employé à désigner les écrits destinés à relater les faits juridiques, écrits, qu'encore aujourd'hui nous appelons des actes.

Ces quelques réflexions terminologiques d'où il résulte que les Romains avaient une expression particulière pour chaque catégorie de faits, nous édifient déjà sur l'admission de notre théorie ou, tout au moins, de notre distinction dans la législation ; mais les applications qui en furent faites, constituent une preuve encore plus palpable.

L'idée générale qui se dégage de l'examen de ces divers cas d'application est la même qui préside aux diverses réformes introduites par le préteur : c'est le désir de combler les lacunes du Droit civil tout en atténuant la rigidité et l'étroitesse de ce Droit. Les besoins de la pratique s'allient en notre matière à l'équité et au droit des gens pour battre en brèche le formalisme et édifier sur ses ruines des institutions nouvelles.

En somme, c'est un des côtés, une des facettes, si je puis ainsi m'exprimer, du formalisme romain, ou plutôt une des phases de la lutte du préteur et de la pratique contre ce formalisme, que nous allons étudier. Et comme, à notre avis, rien n'est plus attrayant que le spectacle d'une législation dans sa marche en avant, dans son abandon des institutions rudimentaires et des vieux préjugés qui entravaient son élan, dans son adaptation aux exigences de mœurs nouvelles et d'une civilisation plus avancée, nous n'hésitons pas à déclarer que l'étude de notre théorie ou plutôt des applications

qui en furent faites, n'est pas sans intérêt et sans importance. — Cela dit, et avant d'entrer dans les détails de chacune de nos applications, constatons que les unes et les autres n'embrassent que les faits juridiques licites et qu'elles excluent les délits et les quasi-délits. Ce n'est pas ici le moment d'indiquer la cause de cette exclusion : nous aurons soin de nous en préoccuper dans l'examen de chacun des cas que nous envisagerons. Bornons-nous à dire actuellement que cette exclusion était parfaitement justifiée chez les Romains, mais qu'elle ne devrait pas se rencontrer dans l'exposé complet d'une théorie des faits juridiques et des faits purs et simples. Il est plus naturel, à notre avis, d'édifier un système tel qu'il doit être, d'en mesurer l'étendue et d'en fixer exactement les limites, sauf ensuite à restreindre, s'il y a lieu, l'emploi qu'on pourra en faire en pratique. Et voilà pourquoi nous nous permettons de reprocher à M. de Savigny d'avoir, dans son exposé théorique des faits juridiques, imité les Romains dans leurs applications pratiques, de ne s'être préoccupé que de leur point de vue, et d'avoir exclu les délits et les quasi-délits de la catégorie des actes juridiques.

Il n'est pas contestable, il est certain que les délits aussi bien que les contrats produisent naturellement des conséquences juridiques, qu'ils engendrent des obligations, et que, dès lors, les premiers aussi bien que les seconds doivent être rangés dans la classe des actes juridiques. Nous verrons plus loin que les rédacteurs et les interprètes des lois françaises ont été, sur ce point, bien mieux inspirés que les commentateurs du Droit romain.

Cela dit, il faut examiner chacun des cas où la distinction des faits en actes juridiques et en faits purs et simples, présente à Rome un intérêt pratique.

## SECTION II

### APPLICATIONS

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### *Restitutio in integrum.*

La première application que nous trouvons de notre distinction en suivant un ordre chronologique, est contenue dans la *restitutio in integrum*. On appelait ainsi le rétablissement par le préteur d'un état juridique antérieur détruit par un acte conforme au Droit civil, mais contraire à l'équité.

Il y avait plusieurs causes de *restitutio in integrum*. C'étaient les suivantes : la minorité, le dol, la violence, l'erreur, l'absence, la *capitis deminutio*.

De ces diverses causes, qu'elle est celle qui apparut la première ? Les textes ne nous le disent pas, et nous en sommes, dès lors, réduits à des conjectures. Cependant, en ce qui nous concerne, nous serions portés à croire que la première cause de restitution fut la minorité. En effet, la situation du mineur de 25 ans in-

suffisamment protégé par la loi Plætoria était une de celles qui blessait le plus, non seulement l'équité, mais encore le bon sens le plus vulgaire. Subordonner la capacité des personnes à un développement corporel imparfait, c'était peut-être assez peu dangereux au début de la société romaine, vu le petit nombre des transactions et l'honnêteté des mœurs; mais c'était assurément exorbitant quelques siècles après. Cette situation exigeait donc un prompt remède et ne pouvait manquer d'émouvoir le préteur.

Si, d'autre part, on considère que, même après l'admission des cinq autres modes de restitution, la minorité était encore le motif le plus ordinaire, le plus important et le plus en faveur; si l'on observe enfin que les jurisconsultes romains n'ont guère posé de principe en cette matière qu'à propos de cette cause, on sera tout naturellement amené, en l'absence d'autres preuves, à supposer que la minorité de vingt-cinq ans fut, par ordre de date, le premier motif de *restitutio in integrum*.

Protéger le mineur contre son inexpérience et ses prodigalités (Loi XI, § 5, D.; — L. XXIV, §§ 1 et 2; *De minor.*, D.), tel était le but de la nouvelle institution. Or, les seuls actes par lesquels le mineur put être lésé au profit d'un tiers étaient des actes de disposition ou d'obligation ou d'abandon de droits, en un mot, exclusivement des actes juridiques. De simples faits matériels ne pouvant, à eux seuls, créer entre des tiers et un mineur des rapports juridiques défavorables à ce dernier, le législateur n'avait pas à intervenir à propos de l'accomplissement de ces faits, et ceux-ci res-

taient par conséquent sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire qu'une fois accomplis ils étaient, en droit, définitifs et inattaquables.

D'autre part, il ne fallait pas que la protection accordée aux mineurs dégénérait en un piège pour les tiers, et que, sous prétexte de venir en aide à un adolescent, on favorisât, on développât ses instincts pervers beaucoup plus précoces que sa capacité juridique. Voilà pourquoi la *restitutio in integrum* n'était jamais accordée contre les conséquences d'un délit, bien que le délit constitue, au premier chef, un acte juridique, et que la restitution s'appliquât, en principe, à tous les actes juridiques entraînant une lésion pour le mineur. Les textes sont formels à cet égard : « *Placet in delictis minoribus non subveniri.* » L'âge seul n'était pas une excuse en matière de délit, car, disaient les Romains dans ce cas, « *Malitia supplevit ætatem* » (L. IX, § 2; *De minor.*, Dig.). Ainsi, le pubère convaincu d'adultère (L. XXXVII, § 1, Dig. *De minor.*) ou bien coupable d'un vol, devait subir les peines attachées par la loi à ces infractions (L. IX, § 2, Dig., *eod.*).

En résumé, application de la *restitutio in integrum* aux actes juridiques accomplis par le mineur, à l'exclusion des délits et des quasi-délits, tel est le domaine de la *restitutio propter ætatem*. Et comme, selon toutes les probabilités, cette cause est la plus ancienne, on la prit naturellement pour modèle. Les autres motifs de restitution qui furent introduits postérieurement furent également appliqués et limités aux faits juridiques, les délits exceptés (L. VII, Pr. *De minor.*, IV, 4, Dig.). Peu importait d'ailleurs qu'il s'agit d'un fait positif ou

d'un fait négatif, d'une omission privative de droit; toutefois, il y avait exception pour les affranchissements volontaires. Ceux-ci, régulièrement faits et consommés, devenaient irrévocables. De même, la rescision n'était pas admise en matière de jugements rendus en faveur de la liberté par le juge de la *causa liberalis* (Loi IX, § 6, Dig.; — Loi XLVIII, § 4, *De minorib.*, Dig.; — L. IX, *De appell.*, 49, 4, Dig.; — L. I à IV, *Si adversus libertatem*, 2, 31, Dig.).

A côté de ces exceptions, les textes nous offrent de nombreux exemples de cas de restitution. Celle-ci était admise notamment : contre une adrogation (L. III, § 6, Dig., *De minor.*, IV, 4); — contre une première restitution déjà obtenue (L. VII, § 9, Dig., *eod.*); — contre les actes de procédure (L. VII, §§ 4, 11 et 12; L. VIII et L. XXXVI, Dig., *eod.*); — contre les jugements (L. XVII; L. XLII, Dig., *eod.*); contre l'acceptation ou la répudiation d'une succession (L. VII, § 5; L. XXIV, § 2, *eod.*); — contre tout contrat productif d'obligations onéreuses et abusives (L. XXIV, § 4; L. XXVII, 4, Dig., *eod.*); contre tout acte extinctif d'une créance (L. XXVII, §§ 2 et 3, D., *eod.*); — contre tout acte ayant entraîné la perte d'un droit de propriété (L. XLV, Pr. D. *De minor.*, IV, 4).

## CHAPITRE II.

### Action Paulienne.

En admettant des cas de *restitutio in integrum*, le préteur avait opéré une des réformes à la fois les plus

utiles et les plus hardies qui pussent le tenter. L'impulsion était donnée, il n'y avait plus qu'à la suivre. Aussi voyons-nous apparaître, quelque temps après la *restitutio in integrum*, sinon à la même époque que cette dernière (on ne le sait pas au juste), une nouvelle institution, fille de l'équité comme la précédente. On l'appela Action Paulienne, du nom du préteur Paulus à qui on en était redevable.

Avant d'examiner quel rôle joua, dans cette matière, la distinction des faits juridiques et des faits purs et simples, il est bon de signaler, en quelques mots, la situation à laquelle le préteur voulut remédier.

Les créanciers qui, pour un motif quelconque, s'étaient fiés entièrement à la bonne foi de leur débiteur, se trouvaient exposés à voir leur gage commun singulièrement restreint à suite d'aliénations faites, au mépris de leurs droits, par ce débiteur souvent d'autant plus malhonnête qu'il était plus insolvable. Cette circonstance ne pouvait manquer d'attirer l'attention du législateur. Déjà, la loi *Oelia Sentia* avait déclaré que tout affranchissement fait en fraude des créanciers serait non avenu, et que la liberté serait, non pas révoquée, mais considérée comme non acquise. Le préteur fit mieux : il voulut, lui qui était venu en aide à l'inexpérience des mineurs, porter également secours aux créanciers trop confiants, et par là relever le crédit en même temps que punir la mauvaise foi. Il fournit, dans son édit, un moyen de faire rescinder les aliénations frauduleuses accomplies par les débiteurs. Il permit aux créanciers d'obtenir du juge une sorte de *restitutio in integrum*. Pour employer ce moyen, pour

exercer l'action Paulienne, deux conditions étaient exigées : 1<sup>o</sup> l'*eventus damni*, résultant de ce que l'acte attaqué produisait ou augmentait l'insolvabilité du débiteur ; 2<sup>o</sup> le *consilium fraudis*, c'est-à-dire la fraude de la part du débiteur, et, dans certains cas, la complicité de la fraude chez celui qui avait concouru à l'acte.

Ce n'était pas tout : seuls, les actes juridiques pouvaient, lorsque les deux conditions sus-indiquées se trouvaient réunies, être attaqués par l'action Paulienne. Et ceci s'explique aisément : on ne saurait concevoir que l'action Paulienne puisse être donnée contre des faits matériels, car toute diminution frauduleuse du patrimoine implique presque forcément un acte juridique opéré en connaissance de cause par son auteur. Il est vrai que ce patrimoine pourrait encore être restreint, au moins quant à sa valeur, par de simples dégradations matérielles ; mais ces détériorations sont, en général, de bien minime importance, au moins si on les compare à la perte résultant d'actes juridiques, notamment d'aliénations proprement dites. D'ailleurs, la fraude résultant de détériorations matérielles opérées systématiquement est trop évidente, pour qu'un débiteur, même malhonnête, n'hésite pas à y recourir. J'ajoute que ces actes de vandalisme seraient pour lui sans profit, tandis que, le plus souvent, les aliénations frauduleuses ne sont consenties par lui que parce qu'il y voit une source de bénéfices peu avouables, mais assurés et faciles à soustraire aux atteintes des créanciers.

Pour toutes ces raisons, les cas de détérioration ma-

térielle devaient être fort rares. Et c'est ce qui nous donne à comprendre pourquoi le préteur ne s'en est pas préoccupé, pourquoi il a restreint l'action Paulienne aux actes juridiques.

Encore fallait-il qu'il s'agit d'actes juridiques licites. Et cette exigence reposait, on le devine, sur la nature même des choses. Lorsqu'un débiteur veut frustrer ses créanciers, il ne va pas recourir aux délits. Sans doute il pourrait, de cette façon et jusqu'à un certain point, les léser indirectement, ne serait-ce qu'au moyen des dommages et intérêts qu'il encourrait et qui restreindraient d'autant leur gage commun ; mais, en définitive, la première victime de ses délits ne serait autre que lui-même, car il s'exposerait à des peines corporelles. Mieux vaut pour lui recourir à des moyens plus pratiques et moins dangereux, léser ses créanciers par des actes frauduleux, mais licites ou tout au moins légaux. C'est ce qu'il fera toujours.

Donc, c'est aux actes juridiques, et seulement aux actes juridiques licites en eux-mêmes, quoique frauduleux, que s'applique l'action Paulienne. C'est ce qu'exprime Ulpien dans la Loi 1, § 2 : *Quæ in fraudem creditorum*. « Ait prætor : Quæ fraudationis causâ gesta » erunt. » — « Hæc verba generalia sunt, et continent » in se omnem omninò in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum. Quodcumque » igitur fraudis causâ factum est, videtur his verbis » revocari, quaecumque fuerit : nam late ista verba » patent. » Les termes de l'édit du préteur, aussi bien que la paraphrase qui en est faite par Ulpien, sont moins généraux qu'on pourrait le croire au premier

abord, et c'est à tort qu'on les prendrait à la lettre. Des textes plus explicites nous apprennent, et tout le monde est d'accord sur ce point, que le système romain consistait à distinguer parmi les faits juridiques les actes par lesquels le débiteur diminuait son patrimoine, et ceux par lesquels le débiteur négligeait de l'accroître, accordant l'action Paulienne contre les premiers et la refusant contre les seconds.

Parmi les faits juridiques soumis à l'action paulienne, on peut citer l'aliénation (L. I, § 2, *quæ in fraudem*), la remise de dette (L. I, § 2, *eod.*), la remise des sûretés d'une créance (L. II, L. XVIII, *eod.*), les obligations contractées (L. III, *eod.*), divers avantages consentis par le débiteur à un ou plusieurs de ses créanciers; par exemple, le paiement anticipé (L. III, *eod.*), la constitution de gage ou d'hypothèque (L. X, § 13) pour une dette préexistante, enfin divers actes d'omission ou d'inaction (L. III, § 1).

A l'inverse, étaient exclus de la sphère d'application de l'action paulienne les actes qui constituaient de simples manques d'accroissement: «*pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locuplentur* (L. VI, Pr. *quæ in fraud.*) Un premier exemple est tiré de la loi VI, § 1, *eod.* Il s'agit d'un individu créancier sous une condition protestative de sa part, et qui n'accomplit pas la condition. D'après Ulpien, il ne sera pas exposé à l'action paulienne. Un deuxième exemple nous est fourni par le paragraphe 2 de la même loi: Le débiteur *fraudator* était héritier externe ou héritier sien: dans le premier cas, il n'a pas fait adition; dans la seconde hypothèse,

il s'est abstenu. L'action paulienne ne l'atteindra pas plus que s'il avait répudié un legs. La loi VI, §§ 3, 4, 5, *eodem*, examine d'autres espèces où la même solution est donnée.

En excluant de l'action paulienne des actes juridiques tels que ceux que nous venons d'énumérer, les Romains avaient commis une erreur : leur distinction repose, en effet, sur une pure subtilité, ainsi que l'a admirablement démontré Pothier, dans son *Traité des Donations entre mari et femme*, n° 88. Il est bien vrai que la prestation qu'aurait fournie le débiteur du *fraudator*, si ce dernier avait accompli la condition qu'il ne tenait qu'à lui de réaliser, que les objets composant la succession à l'égard de laquelle le *fraudator* s'est abstenu ou n'a pas fait adition, tout cela n'était pas *in specie* dans son patrimoine, mais il y avait dans celui-ci des équivalents, des droits de même valeur qui les représentaient et en tenaient la place ; on ne saurait contester, qu'en négligeant de mettre ces droits en exercice et de les faire valoir, le débiteur *fraudator* a, en réalité, amoindri son patrimoine au préjudice de ses créanciers.

En résumé, et quoiqu'il en soit de cette appréciation, nous constatons que l'action paulienne n'est jamais accordée qu'en matière d'actes juridiques et d'actes juridiques licites en eux mêmes

Notre action a donc un champ d'application de même nature que celui de la *restitutio in integrum*. Mais ce champ est moins vaste, moins étendu que celui de la *restitutio*, puisque toutes sortes d'actes juridiques licites peuvent donner lieu à cette dernière, tandis que certains faits juridiques seuls, ceux par lesquels le débi-

teur diminue son patrimoine, sont susceptibles de donner ouverture à l'action paulienne.

### CHAPITRE III

#### Action quod metùs causâ

La *restitutio in integrum* et l'action paulienne avaient pour but, l'une et l'autre, de remédier à des situations générales, continues et permanentes. Tel ne fut pas l'objet de l'action *quod metùs causâ*, bien que, comme les deux institutions précédentes, elle fut une victoire de l'équité sur le Droit strict, sur le Droit civil.

L'introduction de cette action fut due à des circonstances particulières et accidentelles. Un certain nombre de citoyens avaient été contraints de se dépouiller de tout ou partie de leurs biens en faveur des créatures de Sylla. Pour indemniser les victimes, le consul Cnœus Octavius, en l'an 674 de Rome et 80 avant J.-C., imagina l'action *quod metùs causâ*, qui, dans la suite, fut étendue à tous les cas analogues et prit place dans l'*edictum tralatitium* ou *perpetuum*. On sait que notre action « résulte du préjudice qu'une personne se cause elle-même en accomplissant un acte sous l'impression d'une crainte inspirée par un tiers » (Accarias, n° 844, t. II), et qu'elle aboutit à une condamnation égale au quadruple ou au triple du dommage causé, suivant qu'elle est dirigée contre l'auteur du dommage ou contre celui qui a seulement profité de l'acte inspiré par la crainte.

Mais de quels actes s'agit-il en matière d'action *quod*

*metus causâ*? Celle-ci s'applique-t-elle indifféremment aux faits juridiques et aux faits purs et simples? « Je réponds oui, dit M. Accarias dans son *Traité de Droit romain*, t. II, n° 845, si l'on envisage le dernier état du Droit classique; non, si l'on se place au début. Une décision de Pomponius, rapportée et approuvée par Ulpien, justifie ces deux assertions (L. IX, § 2, *quod metus causâ*). Le jurisconsulte, visant tout spécialement le cas d'un propriétaire qui a affranchi son esclave ou démoli sa maison, nous dit que dans une opinion qui n'est pas généralement reçue, mais qui lui paraît exacte, l'action *quod metus causâ* devra être admise. Que cette doctrine ait prévalu, c'est ce que prouvent et l'approbation d'Ulpien et l'insertion du texte au Digeste. Mais que telle ne fut pas la doctrine primitive, cela ressort de la façon même dont Pomponius s'exprimait. Comment donc formulerons-nous la règle ordinaire? Je remarque d'abord que la démolition d'une construction n'est point un acte juridique, et par conséquent échappe à l'*in integrum restitutio*. Quant à l'affranchissement d'un esclave, c'est bien un acte juridique, mais sur lequel la volonté du magistrat n'a pas plus de prise que celle des parties et qui, lui aussi, ne saurait être anéanti par l'*in integrum restitutio* (L. VII, Pr., *de dol. mal. D.*). Ma conclusion est donc que l'action *quod metus causâ* ne fut d'abord admise qu'à l'égard des actes juridiques (1),

(1) « Le langage du préteur est tout différent, selon qu'il parle de dol ou de crainte : *quod dolo malo facta esse dicentur* (L. I, § 1, *de dol. mal.*), *quod metus causâ gestum erit* (L. I, *quod metus causâ*). *Facere* s'applique à un acte quelconque; *gerere* ne se dit que des actes juridiques, témoin la rubrique de certains titres (*Inst.* IV, 7; *Dig.*, 14, 5. — *C.* 4, 26).

et seulement de ceux qui peuvent être rescindés, et cela parce que, régulièrement, elle tend à remettre les choses dans leur état antérieur. »

Cette constatation effectuée, essayons d'expliquer pourquoi les Romains ont primitivement restreint aux faits juridiques le domaine de l'action *quod metûs causâ*.

Lorsque le consul Cnœus Octavius imagina son action, il dut tout naturellement se demander quelle portée il allait lui donner, et il ne crut probablement pas pouvoir mieux faire que d'imiter le prêteur, de calquer autant que possible son œuvre sur la *restitutio in integrum* et sur l'action paulienne. C'est qu'en effet, le point essentiel, et, par suite délicat dans la réforme nouvelle, c'était de déterminer quels actes il importait d'atteindre et quels faits l'on devait ou l'on pouvait respecter. Les deux institutions prétoriennes antérieures étaient limitées aux actes juridiques. Ce furent ces actes que le consul Octavius se décida également à frapper. Et il est à noter qu'il fut poussé dans cette voie par la considération suivante : c'est que, en somme, c'était exclusivement, ou à peu près exclusivement, par des actes juridiques, aliénations ou obligations forcées, que les amis du dictateur s'étaient injustement enrichis : la nature et la gravité du mal suggérèrent donc le remède et son mode d'emploi ; et lorsque, dans la suite, l'action *quod metûs causâ* passa dans l'édit perpétuel, elle ne reçut aucune modification.

Ce ne fut qu'à la longue, ce ne fut que plus tard, que l'on songea à étendre l'action *quod metûs causâ* aux faits purs et simples. On comprit qu'il n'y avait

pas de motif pour conserver en cette matière une distinction qui avait ailleurs sa raison d'être, mais que l'on pouvait négliger ici, pour aboutir à un système complet de répression et faire cadrer l'action *quod metûs causâ* avec l'action de dol. Il est incontesté, en effet, que, relativement à cette dernière, on ne distinguait pas si le préjudice résultait d'un acte juridique ou d'un simple fait matériel. Pourquoi, dès lors, traiter les actes qui résultaient de la violence, c'est-à-dire d'un dol aggravé, autrement que les actes provenant d'un dol simple et par conséquent moins coupable ! Aussi, peut-on constater qu'à la fin de l'époque classique, tous les faits, tant purs et simples que juridiques, étaient susceptibles de donner lieu à l'action *quod metûs causâ*, lorsqu'ils avaient été accomplis sous l'empire de la violence ou de la crainte.

Quant au point de savoir quel était l'effet de ces vices du consentement sur les actes qui en étaient entachés, c'est une question que nous n'avons pas à discuter ici (Voyez Glück, t. V, C. 444, p. 468-469. — Vangerow, t. III, § 605). Nous pensons, toutefois, que la crainte n'entraînait pas l'inexistence de l'acte, mais seulement son annulabilité, en vertu du principe, « *coacta voluntas est voluntas.* » (L. XXI, § 5, *quod metûs causâ*.)

---

#### CHAPITRE IV

##### Des contrats innommés.

Les trois institutions que nous avons étudiées jusqu'ici, avaient été créées pour combler des lacunes, pour remplir des vides qui existaient dans la législation romaine. Il n'en fut pas ainsi des contrats innommés (1). Sans doute, l'apparition de ces derniers ne fut pas inutile, mais elle ne fut pas imposée par la nécessité. Elle vint remplacer certaines parties du Droit sanctionneur qui laissaient à désirer, par (qu'on me passe l'expression) un outillage juridique plus simple et mieux en rapport avec le but à atteindre.

Cette réforme s'opéra lentement, peu à peu, sous l'influence des jurisconsultes, des praticiens ; et elle eût beaucoup de résistances à vaincre avant d'être complètement et définitivement acceptée. C'est qu'en effet, par tempérament, les Romains devaient résister à l'admission de ces intrus, de ces « *negotia nova* », comme on les appelait (L. VII, §§ 1 et 2, *de pactis*. — L. III et XXII ; *de præscr. verb.*), au nombre des contrats reconnus par la loi. Aussi, il serait difficile d'indiquer la date précise de l'adoption de chaque catégorie de contrats innommés. Ce qu'il y a de certain, c'est que

(1) On appelle ainsi une convention synallagmatique exécutée par l'une des parties et ne rentrant dans aucun des contrats nommés. — Paul distingue quatre classes de contrats innommés, correspondant aux quatre combinaisons possibles de la dation et de la prestation : *Do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

l'admission de ces derniers fut inspirée à la fois par les exigences de la logique, de la méthode, et par des motifs d'équité.

Au premier point de vue, la théorie des contrats innommés nous apparaît comme le corollaire des idées admises en matière de pactes-joints. En effet, on en était venu à admettre le caractère obligatoire des pactes joints *in continenti* à un contrat. Or, qu'est-ce qui avait déterminé cette solution, si ce n'est que l'on avait trouvé dans le contrat un support, une base juridique suffisante pour asseoir le pacte, lui donner de la consistance et de l'efficacité! Dès lors, pourquoi ne pas reconnaître à la dation, c'est-à-dire au fait juridique par excellence, au moins la même vertu qu'au contrat qui, lui aussi, est un fait juridique, mais d'ordre inférieur? Cette conclusion s'imposait. Les Romains, avec la sagacité d'esprit et la rectitude de jugement qui les caractérisaient, le comprirent vite; et, en obéissant à la voix de la raison, ils donnèrent en même temps satisfaction à l'équité, manifestement heurtée par le sort réservé à l'aliénateur dans les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*. A l'origine, cet aliénateur, au cas d'inexécution de la prestation correspondante, pouvait bien répéter sa chose au moyen d'une *condictio*; mais ce n'était là, il faut l'avouer, qu'un remède insuffisant. Aussi en vint-on à accorder l'action de dol pour faire obtenir à l'aliénateur les dommages et intérêts auxquels il pouvait avoir droit, en vertu du lien juridique préexistant (F. 5, § 2; *de præsc. verb.*).

Le pas le plus difficile était fait. De là à admettre que l'aliénateur pouvait exiger l'accomplissement de la

prestation correspondante, il n'y avait pas loin. En effet, les dommages et intérêts n'étaient que la représentation du préjudice causé par le défaut d'exécution, ou mieux, l'évaluation pécuniaire de cette exécution elle-même. On accorda une action qui permit de poursuivre cette exécution, et la distance qui restait encore à parcourir fut ainsi franchie.

Ce résultat était la consécration de cette idée déjà énoncée, à savoir, qu'une tradition, qu'une mancipation, qu'une *cessio in jure* étaient des faits juridiques au premier chef, susceptibles, par conséquent, d'étayer une convention; qu'une fois accomplis, ils étaient irrévocables, et que, dès lors, le pacte adjoint à ces actes, participant à leur vigueur, devait entraîner les conséquences de droit en vue desquelles il avait été conclu. Une constitution de l'empereur Maximin (L. VI, Code; *de jure dot.*, 5, 12), démontre, à n'en pas douter, que telle fut bien la pensée inspiratrice, la cause juridique des contrats *do ut des* et *do ut facias*. Au début, lorsque le constituant d'une dot adventice n'en avait pas stipulé le retour, cette dot restait toujours au mari en cas de dissolution du mariage par le prédécès de la femme (Ulpien : *Règles*, 6, § 5). A partir de Maximin, il en fut autrement : la dot constituée par la mère put être redemandée par l'action *prescriptis verbis*, pourvu qu'on ait joint à la constitution de dot un pacte de restitution. La même décision doit être donnée, d'après Justinien, quel que soit le constituant autre que le père, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit d'une dot adventice (L. I, § 13; C. *de rei ux.*). Mais si, comme le constate la loi I. C. *de pact. conv. tam super dotem*, 5, 14,

un pacte cesse d'être nu par cela seul qu'il est joint à une dation, c'est uniquement parce que la dation dont les formes, les conditions et les effets, sont soigneusement prévus et réglés par la loi, est en tête de la liste des faits juridiques. On comprend, dès lors, aisément que les contrats *facio ut facias* et *facio ut des* aient été pendant longtemps dépourvus de sanction. En effet, si l'on envisage les prestations, les faits, on remarque que la plupart d'entre eux constituent des faits purs et simples : tels sont, à titre d'exemples, un voyage à Capoue, l'indication du lieu où se cache un esclave fugitif. Et, dès lors, on ne pouvait étendre au pacte qui leur était joint, la faveur accordée au pacte lié à une dation.

Cependant, ce raisonnement n'était pas applicable aux faits, en très petit nombre, il est vrai, qui constituaient des actes juridiques. Il fallait logiquement accorder à ces derniers ce qui était une conséquence de leur caractère, et c'est ce qui fut fait après de longues hésitations, notamment pour l'affranchissement et l'acceptilation (L. VII, § 2; *de pact.*).

On alla même plus loin : on en vint à sanctionner le pacte joint à certains faits privés de caractère juridiques, mais se rapprochant pourtant des faits juridiques, *verbi gratiâ*, la convention accompagnant une tradition non translatrice de propriété, une simple remise matérielle (L. XVII, XVIII, XIX, Pr. 20, 22; *de præsc. verb.*). La raison en était que l'opération ainsi formée, ressemblait soit à un commodat, soit à un dépôt, soit à un gage, et que, dès lors, comme ces contrats, elle devait engendrer une obligation.

A l'égard des autres faits, on ne trouvait que peu ou point d'affinité avec les opérations consacrées par le Droit civil. Aussi des hésitations très marquées se manifestèrent-elles relativement au point de savoir s'il fallait admettre ces faits parmi ceux qui pouvaient servir de base à un contrat innommé (L. XV, *De præsc. verb.*). A vrai dire, cette difficulté était la moindre : on cherchait surtout une raison, un prétexte quelconque qui put légitimer cette admission désirée par la plupart des praticiens. Ce qu'on avait déjà édifié de la théorie des contrats innommés l'avait été à l'aide de la distinction des faits juridiques et des faits matériels. Ce moyen ne pouvait plus servir désormais, puisqu'on se trouvait en présence uniquement de faits purs et simples, c'est-à-dire de faits qu'on avait d'abord éliminés de toute participation à la formation des contrats innommés. Ne pouvant surmonter directement cette difficulté, on fit comme il arrive toujours en pareille circonstance, on la tourna. Obéissant à l'impulsion déjà donnée et à l'idée qui avait déjà fait agréer les faits analogues au commodat, au dépôt et au gage, on élargit la base première sur laquelle on voulait édifier la théorie nouvelle, et, le sentiment de l'équité et du besoin aidant, on mit sur la même ligne les faits purs et simples ou matériels et les faits juridiques. Une seule condition fut exigée pour les uns comme pour les autres : c'est que le fait présentât un caractère incontestable d'irrévocabilité. Ainsi, supposons que je vous fasse remise d'une créance que j'ai ou que je prétends avoir contre vous, moyennant telle prestation que vous vous engagez à effectuer en ma faveur. Cette transaction consti-

tuera-t-elle un contrat innommé? Oui, si je vous ai fait remise par voie d'acceptilation, parce que, dans ce cas, mon abandon est définitif et irrévocable. Non, si je vous ai simplement consenti un pacte de *non petendo*, car ce pacte n'éteint pas de plein droit mon action, et dès lors on ne saurait, sur une base aussi vacillante, édifier un contrat. De même, je mets ma chose, par exemple mon cheval, à votre disposition, bien certain que je sais que l'animal reviendra de lui-même chez moi et que vous ne pourrez pas vous en servir; en retour, vous engagez à accomplir pour moi une opération déterminée. Il n'y aura pas là de contrat innommé, parce que ma prestation n'est pas efficace et définitive; en réalité même, il n'y aura pas de prestation véritable. Or, comme ce n'est qu'en considération d'un résultat certain que vous vous engagez, votre obligation manquant de base, sera caduque et le contrat innommé ne se formera pas. Au contraire, si le fait est irrévocable et définitif, il donnera lieu à un contrat innommé.

Ceci fut accepté assez facilement dans l'hypothèse *facio ut facias*, autant qu'on peut en juger par les textes que nous a transmis Justinien; mais, à l'inverse, on se montra très réfractaire à l'admission du contrat innommé *facio ut des*. Paul, dans la Loi V, § III, Dig., *De præsc. verb.*, nous présente comme doctrine courante le refus de cette admission: « *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio.* » Toutefois, cette doctrine finit par être battue en brèche. Ainsi, Ulpien, dans la Loi XV, *De præsc. verb.*, raisonnant dans une hypothèse de *facio ut des*, proclame

l'existence d'un contrat innommé : « Si vous m'indiquez le lieu de refuge de mon esclave fugitif, et si l'on s'empare de ce dernier, je vous donne tant. » Voilà le cas prévu par Ulpien. Et il est à remarquer que, quoique le jurisconsulte statue relativement à une espèce, sa décision peut être étendue à tous les cas de *facio ut des*, parce qu'elle est basée sur ce motif d'ordre général, que la convention de donner, appuyée sur un fait, n'est pas nue : « *Et quidem conventio ista non est nuda.* » Enfin, en l'an 230, un rescrit d'Alexandre Sévère fait application de la même doctrine. D'où l'on est autorisé à conclure que l'hypothèse *facio ut des* fut finalement admise parmi les contrats innommés. La théorie ébauchée par Labéon se trouva ainsi définitivement édifiée et acceptée.

## CHAPITRE V.

### Preuve.

Nous venons de voir notre théorie des faits juridiques et des faits purs et simples trouver place et application dans deux ordres d'idées différents. Nous avons constaté quelle avait été la base d'actions nouvelles introduites par le Droit honoraire, qu'elle nous rendait compte de l'admission lente et graduelle des diverses espèces de contrats innommés, tout en ayant puissamment contribué à cette introduction. Ces diverses réformes avaient été provoquées par l'équité et avaient eu pour but, en même temps que pour résultat,

d'ébranler le vieux formalisme romain et de combler de graves lacunes dans la législation.

C'est encore au nom de l'équité et pour rompre avec d'anciens errements, avec un symbolisme grossier, que l'on tenta de remplacer l'ancien mode de preuves, les témoignages, par la preuve littérale. Pour cela faire, on recourut de nouveau au même moyen dont on s'était servi pour faire pénétrer dans la législation les contrats innommés et les actions dont nous avons parlé plus haut. On fit de la distinction des faits juridiques et des faits purs et simples le pivot de la nouvelle réforme.

Avant d'examiner de près quel fut, dans cette circonstance, le rôle des divers faits dont nous nous préoccupons, il est bon, nous semble-t-il, de jeter un coup d'œil d'ensemble sur l'état de la législation romaine en matière de preuves.

A l'origine, on ne connut à Rome que les témoignages. La loi des Douze-Tables ne fait aucune mention de la preuve littérale, et nous savons, par Tite-Live, que près d'un demi-siècle après la rédaction décemvirale, c'était encore au moyen de clous fichés dans l'une des parois du temple de Jupiter Capitolin que se comptaient les années : « *Eum clavum, quia raræ per ea tempora litteræ erant, notam numeri annorum fuisse ferunt* » (Tit.-Liv., L. VII, ch. III). Ce défaut d'emploi de la preuve littérale nous explique une curieuse particularité de la législation romaine, à laquelle nous faisons allusion quelques lignes plus haut : le symbolisme étroit qui présidait à toutes les scènes de la vie juridique. Si on cherchait à frapper les sens par une pantomime qui peut, au premier abord, paraître puéride,

parfois même comique, c'était uniquement pour mieux graver dans l'esprit des spectateurs les actes juridiques que l'on accomplissait et dont on avait intérêt à garder le souvenir.

L'exclusion de la preuve littérale et l'usage constant que l'on faisait du symbolisme et des témoignages, résultaient de ce que l'écriture était inconnue, ou à peu près, des anciens Romains. Les lois, qui doivent être le reflet des mœurs et l'image fidèle de la société qu'elles régissent, ne pouvaient consacrer un autre genre de preuve que celui qui était conforme aux habitudes sociales. Et l'on comprend aisément que l'emploi exclusif des témoignages ne présentât pas de graves inconvénients dans une cité dont le nombre d'habitants était encore peu considérable, chez un peuple essentiellement guerrier et particulièrement réfractaire aux opérations commerciales. En effet, les transactions étaient fort rares; celles qui se produisaient intervenaient entre gens qui vivaient d'ordinaire côte à côte, en présence de témoins en général connus et tout au moins faciles à retrouver, lorsque leur déposition devenait nécessaire.

Mais, peu à peu, Rome s'agrandit, le nombre de ses concitoyens et de ses sujets s'accrut, les relations commerciales se développèrent, et en même temps, grâce à cette extension et grâce aussi à l'influence grecque, les lettres se répandirent dans la masse du peuple. Il n'en fallut pas davantage pour que la preuve écrite tendit à s'insinuer dans la procédure.

Il est probable que cette évolution avait déjà commencé au siècle où vivait Horace. Les moralistes s'en

affligeaient avec raison : « Plut aux dieux que la bonne foi seule et l'esprit de justice pussent suffire à la garantie des contrats ! Mais on a préféré l'honnêteté forcée à l'honnêteté volontaire, on a mieux aimé faire une loi de la bonne foi que de s'en rapporter aux contractants. »

« *Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventa impressis signis custodirentur; fides potius illa servaret et æquum colens animus! Sed necessaria optimis prætulērunt, et cogere fidem quam spectare malunt.* »

Et cependant, malgré notre préférence pour la preuve testimoniale, nous devons reconnaître que, de la façon dont on l'employait, elle pouvait présenter des inconvénients chez un peuple où le faux témoignage était, pour ainsi dire, en honneur, puisque les Romains comptaient au nombre de leurs dieux un patron du parjure, Mercure. On n'a qu'à consulter les écrivains de l'époque, pour voir combien la mauvaise foi, qui avait jadis présidé à l'enlèvement des Sabines, s'était maintenue chez les maîtres du monde. Ainsi, d'après Juvénal, rien n'était plus aisé que de se procurer de faux témoins : « Vous affirmerez devant le juge, leur disait-on, que vous avez vu ce que vous n'avez pas vu.

..... Dices sub iudice, « vidi »

Quod non vidisti..... »

Et il n'en coûtait pas beaucoup pour avoir un témoin de cette sorte : leur déposition s'achetait au prix le plus minime :

*Falsus erit testis, vendet perjuria summâ*

*Exiguâ.....*

Aussi certains poètes, tout en gémissant sur l'absence de bonne foi, déclaraient qu'en fait de contrat, mieux valent les écrits que les paroles. C'est à l'un d'eux, je ne sais lequel, que sont dus ces mots devenus proverbiaux :

Verba volant, scripta manent.....

Ovide disait, je crois, dans le même sens :

« Debueram scripto certior esse tuo. »

(Heroid., V).

Malgré cela, la preuve littérale n'occupa d'abord, à Rome, qu'un rang secondaire. La preuve testimoniale demeura longtemps encore la preuve par excellence, et c'était là une conséquence forcée de l'organisation et du fonctionnement de la procédure romaine. En effet, à Rome, la conviction du *judex*, comme aujourd'hui celle de nos jurés, se formait librement : le juge avait le choix entre les moyens de preuve qui se présentaient à lui, et ne relevait que de sa conscience. On conçoit aisément que cette absence d'entrave légale était éminemment propre à maintenir l'emploi de la preuve testimoniale et à lui conserver toute son importance (L. III, Dig., *De testibus*).

Mais peu à peu l'organisation judiciaire se modifia, et la preuve littérale dut devenir l'égale de la preuve testimoniale avant le quatrième siècle de notre ère, ainsi que cela résulte d'une loi insérée au Code et promulguée par Constantin : « *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* » (L. XV, Code *De fide inst.*).

Les premiers écrits auxquels on accorda une autorité

considérable, furent naturellement les actes publics (L. X, C. *De probat.*); mais la jurisprudence une fois engagée dans cette voie alla plus loin et reconnut à tous les écrits la même efficacité : « *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* » Il est à remarquer, cependant, que si l'autorité des divers moyens de conviction diffère lorsque ces moyens sont en concours, la preuve est encore libre et peut résulter pour toutes sortes d'actes de témoignages oraux aussi bien que d'écrits.

Cet état de choses devait à son tour être modifié : D'abord il faut considérer que le système de procédure formulaire avait, dès l'année 294 et de par une Constitution de Dioclétien, été remplacé par l'ancien système de procédure extraordinaire. Le choix du *judeæ* constituait une des libertés essentielles de l'ancien État romain, dont la suppression devait sourire aux empereurs. En outre, de ce que la masse des citoyens ne participait plus aux affaires publiques, il en était résulté un abandon marqué des études juridiques, et il était devenu difficile, dès lors, de trouver des juges éclairés. C'était là plus qu'il n'en fallait pour amener la suppression des « *judices* » et, comme corollaire de cette suppression, la réglementation de la preuve.

D'autre part, cette organisation devait évidemment s'inspirer des idées en cours et de l'esprit qui dictait les mesures prises par les empereurs. Or l'opinion publique, la pratique et la jurisprudence se prononçaient d'une façon non équivoque, quoiqu'à tort, d'après nous, pour le développement continu de l'emploi des moyens écrits en matière de preuve. De leur côté, les empereurs,

en suivant et même en devançant ce courant d'idées, obéissaient instinctivement, presque machinalement, à leur instinct et à leurs habitudes de réglementation à outrance, de restrictions à la liberté sous quelque forme qu'elle apparût. C'est ce qui nous explique pourquoi, à partir d'une certaine époque, on rendit l'emploi de la preuve littérale obligatoire pour certains actes.

Ici encore, on eut recours, pour cette innovation, à la distinction des faits juridiques et des faits purs et simples. Il est clair que si l'écriture devait être l'unique moyen de constater certains faits, cette exigence devait forcément atteindre les actes de la vie juridique les plus importants, ceux qui devaient préoccuper le plus les citoyens, et relativement auxquels on devait être tout naturellement porté à se procurer une preuve stable et facile, en un mot les faits juridiques ou tout au moins les principaux d'entre eux. Comme toujours, l'innovation ou, si l'on aime mieux, la réforme fut lente, insensible; mais son développement ne s'en effectua pas moins d'une façon continue sous les divers empereurs qui se succédèrent.

#### § I. — *Preuve de l'Ingénuité* (1).

Elle s'était déjà produite en matière de donation lorsqu'en l'an 224 après J.-C., l'empereur Alexandre déclara que désormais les affirmations de témoins ne suffiraient plus à faire la preuve de l'ingénuité : « *Si*

(1) Nous avons d'abord songé à adopter l'ordre chronologique dans l'exposition des faits qui furent successivement soumis à la preuve littérale; mais nous avons renoncé à ce projet, parce que sa mise à exécution aurait entraîné la juxtaposition de matières tout-à-fait disparates.

*tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes : soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.*» (L. II, Code, *De testibus.*)

§ II. — *Preuve de l'Affranchissement.*

Lorsque Constantin, en l'an 316, autorisa les affranchissements *in sacrosanctis ecclesiis*, il exigea en même temps qu'un écrit fut dressé et scellé par les prêtres pour qu'aucune difficulté ne pût ensuite s'élever relativement à la concession de la liberté « *propter facti memoriam vice actorum interponatur qualiscunque scriptura, in qua ipsi vice testium signent.*» (L. I, C., *De his qui in ecclesiis*, 1, 13.)

§ III. — *Preuve de la Répudiation.*

Ce furent les empereurs Théodose II et Valentinien III qui s'opposèrent, par une Constitution de l'année 449, à toute dissolution de mariage si un acte écrit, un « *libellus repudii* » n'avait été au préalable signifié par un des conjoints à l'autre. « *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi præcipimus* (L. VIII, Pr. C., *De repudiis* V, 17).

§ IV. — *Preuve de la Légitimation.*

Il résulte, d'autre part, de diverses Constitutions portées par Théodose et Valentinien, en 442, et par l'empereur Justin, en 529 et 530, que la légitimation pouvait s'opérer soit par mariage subséquent, à condi-

tion qu'un contrat de mariage eut été rédigé (*dotabilibus instrumentis compositis*), soit par oblation à la Curie avec inscription sur ses registres. (L. III, C., *de natur. lib.* L. X et XI, *eod.*)

§ V. — *Preuve de l'Adoption.*

Justinien, simplifiant les formes de l'adoption, admit comme suffisante, à cet effet, la manifestation du père naturel devant le magistrat, en présence de l'adoptant et de l'adopté, à condition que les déclarations du père fussent constatées et consignées dans les *acta publica* (§ 8, *quibus modis*, L; XI., C., *De adopt.*, 8, 48). On sait qu'avant ce prince, l'adoption s'opérait par des mancipations successives, suivies d'une comparution devant le magistrat où avait lieu une sorte de *cessio in jure*.

§ VI. — *Preuve de l'Adrogation.*

Au début de la société romaine, l'adrogation s'opérait par une *lex curiata* intervenue à suite d'une enquête effectuée par les pontifes. Plus tard, la volonté du peuple fut remplacée par l'assentiment de trente licteurs qui figuraient les trente curies. Enfin, en vertu d'une Constitution de Dioclétien et de Maximin (L. II, Code, *De adoptionibus*) rendue en l'an 286 après J.-C., l'adrogation impliquait une déclaration devant le magistrat, déclaration dont il était immédiatement dressé acte, pour en perpétuer le souvenir.

§ VII. — *Preuve de l'Emancipation.*

Primitivement, l'émancipation envisagée dans ses

formes, nous apparaît comme une combinaison de l'affranchissement *vindictâ* et de la mancipation. L'empereur Anastase, par une Constitution de l'année 503, insérée au Code (L. V., *De emancip.*, 8, 49), créa un nouveau mode d'émancipation qu'on a appelé, du nom de son auteur, émancipation anastasienne. Désormais, le fils de famille put être émancipé par rescrit impérial rendu sur la demande du père, et inséré *apud acta judicis*.

#### § VIII. — *Preuve de la Donation.*

C'est en matière de donation que la preuve littérale avait été tout d'abord exigée ; à l'époque classique, aucun écrit n'était obligatoire pour ce fait juridique, tandis que sous Antonin le Pieux, c'est-à-dire vers le milieu du deuxième siècle de l'ère chrétienne, une Constitution, dont le texte ne nous est pas parvenu, mais à laquelle il est fait de nombreuses allusions (L IV, C. Théod., *De donat.*, 8, 12). - (Paul, IV, 1, § 2) (*Frag. vat.*, §§ 249, 268 et 314), décida que le simple pacte de donation serait obligatoire entre ascendants et descendants, à condition d'être constaté par écrit. J'estime que l'écriture était exigée ici, non pas à titre de formalité substantielle, *ad solennitatem*, mais pour constituer un document irrécusable, *ad probationem* ; et je trouve mon assertion confirmée par le § 297, *Fragm. vat.*, d'après lequel il ne suffisait pas, pour rendre la donation obligatoire, d'avoir rédigé un écrit. Il fallait, en outre, que l'acte, l'*instrumentum*, eût été remis au donataire : « *cum matrem tuam donationis instrumenta*

*in neptem suam fecisse, nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit liberalitatem, quoniam adsignatio instrumenti minimè cæpta est, invalidam esse.* » Comment expliquer cette exigence de la remise du titre au bénéficiaire, sinon par la préoccupation du législateur de fournir à ce bénéficiaire un moyen facile de preuve.

Plus tard, au quatrième siècle, l'empereur Constance Chlore, pour assurer encore mieux la preuve de la donation et prévenir la perte du titre, en même temps que pour rendre la libéralité publique, assujettit la donation à la formalité de l'insinuation consistant dans la transcription du titre sur les registres du magistrat supérieur ou du juge local (L. I, C. Théod., *De spons.* III - 5). Comme conséquence de l'innovation de Constance Chlore, son fils Constantin généralisa la réforme d'Antonin le Pieux, en exigeant que toute donation fut constatée par écrit. (L. XXVII, C. *de donat. Fr. vat.*, § 249).

#### § IX. — *Preuve des Baux emphytéotiques.*

Toujours dans l'ordre des *Institutes*, nous voyons Zénon, promulguer, à la fin du cinquième siècle de l'ère chrétienne, une Constitution célèbre, dans laquelle il trancha la question de savoir si l'emphytéose constituait un louage ou une vente, en décidant que ce n'était ni l'un ni l'autre, mais un contrat spécial, et dans laquelle il déclara en même temps (c'est là le point qui nous occupe), que les clauses du bail emphytéotique seraient rigoureusement obligatoires, à condition d'être prouvées par écrit « *in quo (jure emphyteuticario) cuncta quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus*

*vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scripturâ interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri. »*

§ X. — *Preuve du Paiement.*

L'empereur Justinien, dans la Nouvelle 90 *De testibus*, chap. 4, qui n'était que la confirmation d'une Constitution portée par le même prince en l'année 528 (L. XVIII, C., *De testibus*), défendit de faire par témoins la preuve du paiement total ou même partiel d'une obligation constatée par écrit, à moins que ces témoins ne réunissent des conditions exceptionnelles de crédit.

§ XI. — *Preuve de la Stipulation.*

Nous avons à dessein rompu ici avec le plan suivi par les *Institutes*, et réservé pour la fin l'examen de cet acte juridique, parce que, outre qu'il présente à Rome une importance capitale (la stipulation servait, en quelque sorte, de moule à toutes les conventions), il nous fournit l'exemple le plus frappant de cette évolution graduelle mais incessante qui consistait à faire admettre d'abord, puis à généraliser l'emploi de la preuve littérale, au moyen de la distinction des faits juridiques et des faits purs et simples. On sait, en effet, que pendant longtemps la stipulation fut un contrat solennel, exigeant une interrogation et une réponse orales et conformes, l'emploi de paroles déterminées, et une certaine continuité entre la demande et la réponse.

Mais, dès l'époque classique, grâce à la faveur dont

commençait à jouir l'écriture, on voulut introduire en matière de stipulation ce nouveau genre de preuve, et, dès lors, on se relâcha du formalisme ancien. Désormais, la preuve de l'existence et de la validité de la stipulation était considérée comme acquise, lorsqu'un écrit constatait la stipulation intervenue, et il est à remarquer que point n'était besoin que l'écrit énumérât en détail les diverses formalités exigées pour la stipulation, et portât qu'elles avaient été remplies.

Il suffisait simplement que l'écrit mentionnât que *Primus* avait promis telle chose à *Secundus* pour qu'on présomât que les formes substantielles avaient été employées de part et d'autre : « *si scriptum in instrumento fuerit promississe aliquem, perindè habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit* (§ 17, *De inutilib. stip. Inst.* — Adde, § 8. *De fidejuss. Inst.*). C'était tout simplement la consécration officielle du mensonge écrit. Il est vrai que la présomption de véracité de l'acte pouvait être combattue par la preuve contraire, et que, par exemple, dans l'hypothèse particulière de simulation, on pouvait arriver à annihiler la force probante de l'écrit, en établissant, par toutes sortes de moyens, que les parties ne s'étaient pas trouvées ensemble au moment de sa rédaction (L. CXXXIV, § 2, *De verb. oblig.* — L. I, C., *De contrah. et comm. stip.*, § 38). Mais cette procédure, relativement facile, fut étrangement compliquée par Justinien. Ce prince, dans la Constitution 14, *De contrah. et committ. stip.*, VIII-38, sous prétexte de prévenir les procès, déclara que désormais il faudrait pour combattre la force probante de l'écrit, prouver non seulement que les parties ne s'étaient

pas rencontrées lors de sa rédaction, mais encore qu'elles avaient passé la journée entière hors du lieu où l'acte avait été dressé. Et cette preuve elle-même ne pouvait résulter que d'écrits ou de témoignages absolument dignes de foi : « *disponimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omninò esse credendas, nisi ipse quitalibus utitur improbis, etc.* »... (§ 12, *Inst de inutil., stip.*). « La conséquence de cette décision est claire, dit M. Accarias, p. 213, T. 2 : deux personnes, sans prendre la peine de se voir, ni de se parler, s'accordent pour rédiger un écrit constatant qu'elles ont fait une stipulation ; pourvu qu'à ce jour elles se trouvent l'une et l'autre dans le lieu d'où l'acte est daté, leur mensonge sera inattaquable. » Il y a plus : dès longtemps, l'usage s'était introduit de former la plupart des contrats au moyen de pactes auxquels on donnait force obligatoire en stipulant une clause pénale, une *pæna*, pour le cas d'inexécution. En pratique, on constatait le pacte par écrit en y ajoutant la formule de la stipulation : « *quod ferè novissimâ parte pactorum ità solet inseri : rogavit Titius, sponndit Mævius. Hæc verba non tantùm pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantùm paciscentium* (L. VII, § 12 ; Dig. , 2, 14). En réalité, si on considère le fond des choses, on remarque que cet usage constant aboutissait, ni plus ni moins, à rendre obligatoire toute convention rédigée par écrit. C'était là le triomphe complet de la preuve littérale en matière de faits juridiques.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir passé en revue tous les faits juridiques, relativement auxquels la preuve littérale fut déclarée obligatoire. Nous n'avons entendu donner que des exemples choisis parmi les actes les plus saillants de la vie juridique : mais cette énumération, purement énonciative, nous a paru suffire à démontrer l'influence de la théorie des faits juridiques sur le développement de la preuve écrite. Il nous semble, dès lors, inutile d'insister davantage sur ce point, et même de parler de diverses mesures générales, telles que l'insinuation, dont l'emploi forcé, en beaucoup de cas, eut pour conséquence de favoriser encore l'extension de la preuve littérale, et d'assurer la suprématie de cette dernière sur les dispositions orales.

La seule chose que nous tenions à constater en terminant, c'est la suivante : L'emploi de l'écriture et de la preuve écrite, avait été préconisé dans le but de supprimer le formalisme romain. Et, effectivement, l'ancien symbolisme avait disparu. Mais lorsque l'écriture fut rendue obligatoire pour prouver un grand nombre de faits juridiques, et qu'en pratique elle fut à peu près exclusivement employée relativement aux actes qui échappaient à cette nécessité, il en résulta un formalisme d'un nouveau genre, tout aussi rigoureux que l'ancien : l'écriture fut substituée aux antiques symboles, et les prescriptions édictées par les divers empereurs, par Justinien notamment, relativement à la forme des actes écrits, remplacèrent les solennités orales exigées jadis pour la preuve et la validité des faits juridiques. Aussi, tout en constatant que l'emploi

de la preuve littérale fut d'une grande utilité pour combattre et finalement supprimer l'ancien symbolisme, ne pouvons-nous nous empêcher de regretter qu'on n'ait pas cru devoir recourir à des moyens différents pour arriver à ce résultat. A notre avis, substituer la preuve écrite aux autres moyens de conviction, notamment aux témoignages, c'était reculer. Il fallait conserver la preuve testimoniale sans restriction aucune, sauf à l'entourer de précautions et de garanties, si cela était nécessaire.

## DEUXIÈME PARTIE

---

# DROIT FRANÇAIS

---

Les diverses applications que la théorie des faits juridiques et des faits purs et simples avait rencontrées en Droit romain ne se retrouvent plus chez nous, au moins avec le caractère qu'elles affectaient. Ainsi, les contrats innommés n'existent plus dans la législation française en tant qu'institution juridique spéciale. Dès que cette dernière eut atteint son complet développement, il ne restait plus aux peuples qui devaient recueillir l'héritage juridique des Romains qu'à sanctionner le pacte nu, la convention elle-même, en dehors de toute exécution. Ce progrès a été accompli par notre législateur.

D'autre part, les diverses actions ou les divers moyens

de procédure ont disparu de notre Droit ou tout au moins ne s'y retrouvent plus avec cette nature spéciale et formaliste qui les caractérisait et que leur avait imprimée le génie particulier de la législation romaine.

La matière et l'organisation de la preuve ont résisté davantage à l'influence des siècles et des révolutions. Seule, cette matière nous permet de suivre la théorie des faits juridiques et des faits matériels dans son évolution à travers les âges. C'est pour ce motif, et aussi parce que la question de la preuve nous paraît revêtir une importance capitale, que nous restreindrons à cette matière notre étude des faits juridiques et des faits matériels ou purs et simples en Droit français (1).

(1) Cette distinction pourrait encore être appliquée en matière d'*action paulienne* et de *lésion*, qui, l'une et l'autre ne peuvent se produire qu'en matière d'actes juridiques. Mais il faudrait alors entrer dans des développements qui sembleraient peut-être trop longs et qui pourraient nuire à l'unité de notre étude en Droit français.

La théorie des faits juridiques et des faits matériels pourrait servir enfin à résoudre la controverse qui existe dans notre Droit sur le point de savoir quel est le « criterium » permettant de discerner les cas où il y a louage d'ouvrage et les hypothèses où il y a *mandat salarié* — Sans pénétrer au vif de la discussion, nous pouvons dire cependant que, suivant nous, la distinction entre le louage d'ouvrage et le mandat salarié repose sur la nature de l'acte à accomplir. S'agit-il d'un acte juridique, il y a mandat. Est-il question d'un fait matériel ou pur et simple, il y a louage.

## CHAPITRE PREMIER

### HISTORIQUE

Avec la chute de l'empire romain et l'établissement des Francs dans les Gaules, un bouleversement complet s'était produit. Les institutions raffinées de Rome avaient fait place à un ordre de choses grossier et primitif, et ce contraste était particulièrement frappant en matière juridique.

Aux savantes conceptions dues au génie éclairé des Maîtres du monde, s'était substituée une législation rudimentaire. L'organisation des preuves elle-même, à laquelle les empereurs avaient apporté un soin jaloux, subit le sort commun. Ainsi, la preuve littérale que nous avons vue suivre à Rome la marche ascendante de la civilisation, déclina quand les Barbares eurent envahi l'Italie et renversé les institutions romaines : « Sur les débris épars de ces dernières, une obscurité profonde s'étendit pendant de longs siècles, et le Moyen-Age obligé de recommencer l'apprentissage d'une civilisation nouvelle, crut découvrir, dans l'emploi de moyens imparfaits, grossiers, souvent cruels, le critérium dont il avait besoin pour faire apparaître la vérité et découvrir le mensonge. »

Cependant les praticiens de l'époque franque avaient conservé quelques vestiges des usages romains dont ils n'avaient plus le sens, et, moins par respect pour le

passé que par esprit de routine, ils imitèrent ce qu'on faisait alors que les « instrumenta » contenaient d'abord un pacte, puis l'indication d'une stipulation intervenue pour la sanctionner. Ainsi, l'on remarque que leurs « *cautiones* » se terminaient généralement par la mention « *stipulatione subnixâ* » (Pardessus, Loi Sallique, p. 644-650) Ces mots, désormais dénués de sens, renfermaient un reste des doctrines juridiques des derniers temps de Rome, suivant lesquelles la simple mention écrite d'une stipulation intervenue avait toute l'efficacité de la stipulation réellement effectuée et communiquait à la convention force obligatoire.

Remarquons, du reste, que l'insertion de cette expression supposait un acte écrit, ce qui démontre bien que l'emploi de l'écriture comme moyen de preuve des conventions n'avait pas été entièrement abandonné. Bien plus, certains actes étaient assujettis à la publicité de l'écriture. Ainsi, toute adoption devait être relatée dans des registres publics (Form. Sismondi, ch. 23), toute donation et tout testament devaient être insinués. Le Recueil des Formules de Marculf, composé dans le territoire de Paris en 660, nous fournit des formules de cette insinuation de testaments et de donations (Marculf, Liv. 2, C. 37-38. — Canciani, vol 2, p. 241). Les Formules d'Angers, publiées par Mabillon, renferment aussi l'insinuation d'une donation effectuée par un mandataire en 578 (Form. Mabillonii, ch. 1. — Canciani, vol. 3, p. 469). Cet emploi de l'écriture prit même, avec le temps, une certaine extension. Ainsi, Beaumanoir constate que dans notre vieux Droit coutumier, les obligations se prouvaient assez souvent par

« lettres » « parce que cil qui ont convenence à autrui ne puissent nier ce qu'ils ont convent . . . . » — Et le même auteur ajoute : « Ciaux qui les convenences reçoivent les prengent aucune fois par devant gens qui lor puissent tesmongnier, et aucune fois cil qui ont les convenences s'obligent à tenir les par lettres. » (Coutume de Beauvoisis, 35-4.)

Mais les mœurs étaient trop grossières et l'instruction trop peu répandue pour que la preuve littérale put prédominer, surtout à une époque antérieure à celle dont parle Beaumanoir. A une société non civilisée, il fallait des genres de preuve rudimentaires : ceux que l'on employa, furent barbares. C'étaient les ordalies, les épreuves par le fer rouge, le feu, l'eau, le combat judiciaire, etc., dont l'usage fut très fréquent jusqu'au douzième siècle. — Au treizième siècle, le combat judiciaire, jadis adopté concurremment avec les ordalies, s'était entièrement substitué à elles, et Beaumanoir, dans sa Coutume de Beauvoisis (ch. 39), nous dit que ce duel fut soigneusement réglementé et passa au rang d'institution régulière, malgré les sages protestations de l'Église.

Cependant, à mesure que les esprits se poliçaient et que les progrès de la civilisation s'accroissaient, apparaissait l'iniquité du combat judiciaire. Louis-le-Jeune et Saint-Louis firent de louables efforts pour le restreindre, mais ce n'est que plus tard qu'il disparut devant la preuve testimoniale. Celle-ci devint le mode de conviction par excellence, et cela s'explique facilement, si l'on considère qu'au Moyen-Age l'art d'écrire était à peu près inconnu du vulgaire et n'était guère pratiqué

que dans les monastères ou par un petit nombre de cleres. Beaumanoir essaya bien de faire prédominer la preuve littérale : « Cil, dit-il (chap. 39, § 3), qui s'obligea, nie l'obligation, il ne le convient prover fors par lettres. » Mais cette doctrine, qui méconnaissait les exigences de l'époque, ne prévalut pas. C'est ce que constate Bouteiller dans sa Somme rurale (tit. 406) : « Sachez, dit-il, que la vive voix passe vigueur de lettres ». De là l'adage coutumier de Loysel : « Témoins passent lettres » (Liv. V, t. 5, Règle 5, n° 774).

---

## CHAPITRE II

### ADMISSION DE NOTRE THÉORIE OU DISTINCTION PAR LES ORDONNANCES DE 1566 (MOULINS) ET DE 1667.

Une réaction se produisit contre cet état de choses et commença en Italie, vers le milieu du quinzième siècle.

Un statut de la ville de Bologne, approuvé en 1454 par le pape Nicolas V, prohiba la preuve testimoniale en certains cas, notamment lorsqu'il s'agissait d'une obligation de valeur supérieure à 50 livres. Les statuts du duché de Milan limitèrent aussi l'admission des témoignages, et l'influence de ce revirement se fit bientôt sentir dans le midi de la France. Le Parlement de Toulouse, ému, dit-on, de quelques scandales

auxquels avait donné lieu la vénalité de certains témoins, députa à l'Assemblée des Etats-Généraux, tenue à Moulins, son premier président, M. Daffis, et M. Sabatier, ancien conseiller. Sur leurs remontrances, et sous l'inspiration du chancelier de l'Hôpital, parut, en février 1566, la célèbre Ordonnance de Moulins, qui opéra une véritable révolution en matière d'admission de preuves. Son article 54 est ainsi conçu : « Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès : Avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés *contrats* par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Cette ordonnance fut accueillie avec défaveur : *Pleris que visa est dura et odiosa et juri contraria*, nous dit Boiceau. Néanmoins, sa disposition fut acceptée et développée le 11 juillet 1614, par les archiducs de Flandre, dans l'article 19 de l'Edit perpétuel. Et, dans le même siècle, sous Louis XIV, en 1667, une nouvelle ordonnance en reproduisit à peu près la teneur : « Seront passés *actes*, lit-on dans l'article 2, par devant

notaires ou sous signature privée, de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 400 livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera 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 400 livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

Comme on le voit, les deux ordonnances de 1566 et de 1667 renferment les mots « toutes choses » ; mais, tandis que la première porte « de toutes choses excédant la somme ou valeur de 400 livres seront passés *contrats* », la seconde dit : « Seront passés *actes* de toutes choses excédant la valeur de 400 livres. »

Pothier nous donne la raison de ce changement de rédaction : Certains commentateurs de l'ordonnance de 1566, prétendaient qu'elle ne s'appliquait qu'aux *conventions*, parce que les mots « contrats » qu'elle renfermait, sont synonymes de conventions. C'était, là, donner au mot « conventions », un sens qu'il a en réalité, si on le considère isolément, mais qui ne lui convenait plus par suite de la juxtaposition des mots « toutes choses ». La généralité de ces derniers termes se communiquait aux premiers et corrigeait le caractère de particularité qu'ils auraient pu présenter s'ils avaient été isolés ; de telle sorte, qu'ainsi encadrés, ils étaient synonymes d'actes.

Néanmoins, pour couper court à toute difficulté, l'ordonnance de 1667 substitua le mot « actes », au mot « contrats », de l'ordonnance de Moulins. D'où,

Pothier (*Des obligations*, n° 785), conclut fort logiquement que le principe s'étend « à toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu se procurer une preuve par écrit », et non pas seulement aux conventions.

Mais que pouvaient bien signifier les termes « toutes choses » ? — Ces mots devaient forcément s'entendre des faits juridiques et rien que des faits juridiques. Nous verrons, plus loin, en commentant l'article 1341 du Code civil, sur quelles données rationnelles nous étayons notre assertion. Pour le moment, nous nous bornerons à constater que cette doctrine, d'après laquelle la prohibition de la preuve testimoniale, au-dessus de 400 livres, n'englobait pas les faits purs et simples, était admise en pratique. — Ainsi, « il était permis de faire preuve par témoins, non de la convention elle-même, mais du fait matériel d'où elle résultait ». (De Bourge. — *De la preuve testimoniale*, p. 42). En revanche, toutes les catégories de faits juridiques tombaient sous le coup de la prohibition édictée par les ordonnances. Il est vrai que l'opinion contraire paraît être adoptée par Boiceau, suivant lequel « il doit demeurer pour maxime certaine, que l'ordonnance de Moulins n'a point lieu, si ce n'est dans les obligations qui naissent des contrats ou conventions expresses, et non pas dans les obligations qui naissent des quasi-contracts, ou de celles qui naissent d'un délit, ou quasi-délit ». (Chap. X, p. 289.) Mais il est facile de se convaincre que cet avis, émis par Boiceau, lui était entièrement personnel. On n'a, pour cela, qu'à consulter les décisions judiciaires de l'époque. Ainsi, un

arrêt du Parlement de Rouen, du 1<sup>er</sup> mars 1737, décidait qu'en matière de police, la preuve par témoins n'était pas recevable pour demander à justifier d'une contravention, et qu'il fallait un procès-verbal qui la constatât. Relativement à divers crimes, notamment au crime de simonie, tous les tribunaux exigeaient une preuve écrite. (Arrêt de la Cour, du 18 mars 1679, arrêts du Grand-Conseil, rendus en 1666, en 1673, le 1<sup>er</sup> février 1695, le 28 avril 1725.) (Voir ces diverses décisions en note des pages 310 et 311 du Commentaire de Boiceau). — Ces arrêts déclaraient la preuve testimoniale inadmissible en la matière, et ils sont approuvés par les auteurs : Vaillant sur Louet. (*De publicand.*, n<sup>o</sup> 31), fait de cette solution une maxime. D'Héricourt, dans ses « Lois ecclésiastiques », exalte ses décisions. L'auteur du « Traité du Dévolut », enseigne le même principe en plusieurs endroits de son ouvrage. Il fait voir (tome 2, ch. 8, p. 151) que c'est mal à propos que Duperrai a attribué à Dumoulin et à Louet un sentiment contraire ; et il observe que, parmi les arrêts cités par Brodeau, il n'en est pas un seul qui ait jugé diversement la question. — C'est donc que Boiceau a tort de dire que certaines classes de faits juridiques, notamment les délits, étaient exclus de la prohibition édictée par les ordonnances de 1566 et de 1667. — Pothier, lui-même, qui, en beaucoup de points, adopte les idées de Boiceau et qui partage par exemple son pessimisme outré en matière de témoignages, nous paraît, cependant, avoir répudié sa manière de voir relativement à la question qui nous occupe, puisqu'il déclare, ainsi que nous l'avons déjà

vu, que le principe posé par les ordonnances s'applique « à toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve a pu se procurer une preuve par écrit ». Or, les choses que l'on peut moralement songer à faire constater par écrit, sont celles qui, dans la prévision de celui qui les effectue, peuvent faire l'objet d'un procès. Ce sont donc les faits juridiques. Aussi, lorsque Pothier veut nous donner un exemple de ces « choses dont on a pu se procurer une preuve par écrit, » il cite un fait juridique par excellence, le paiement. (Pothier. — *Des obligations*, n° 785.)

La démonstration est suffisante, nous semble-t-il, et il nous paraît acquis que sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, toutes les classes de faits juridiques, et rien que les faits juridiques étaient, au-dessus d'une certaine valeur, exclus de la preuve testimoniale.

---

### CHAPITRE III

#### ADMISSION PAR LE CODE CIVIL. — INTÉRÊTS DE CETTE ADMISSION

Qu'a fait le Code civil ?

La réponse à cette question s'impose presque à *priori* pour quiconque est au courant de la façon d'agir des rédacteurs de nos lois civiles. Du moment que la distinction des faits juridiques et des faits matériels ou purs et simples était admise en matière de preuve dans

notre ancien Droit, du moment surtout qu'elle était acceptée par Pothier, le guide habituel du législateur de l'an XII, elle devait presque fatalement passer dans le Code. Et c'est, en effet, ce qui est arrivé. « Il eut été imprudent, disait Bigot, Prémeneu, dans son Exposé des Motifs, n° 210 (Loché, t. VI, p. 185) de ne pas maintenir aujourd'hui des mesures que la mauvaise foi des hommes a, depuis si longtemps, fait regarder comme indispensables. »

Comme on le voit, les mêmes idées qui avaient fait édicter les ordonnances de 1566 et de 1667 ont présidé à la rédaction des textes du Code sur la preuve, et l'article 1341 a été presque entièrement calqué sur ces ordonnances : « Il doit être passé acte, dit ce texte, devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires ; et 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 ; le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce » (1).

L'article 1341 renferme deux principes : le second exclut formellement toute preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes constatant des faits juridiques : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins, »

(1) Ces termes signifient, qu'en vertu des articles 49 et 109 du Code de Commerce, la preuve par témoins, en matière commerciale, est admissible même au-dessus de 150 fr., ainsi que contre et outre le contenu aux actes.

y est-il dit. Cette prohibition catégorique ne se retrouve pas dans la première disposition. « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de 150 francs. » Au premier abord, il semble bien que le législateur entende par là rejeter toute autre preuve que la preuve écrite, lorsque la valeur de l'objet en litige est supérieure à 150 francs ; par conséquent, la preuve testimoniale se trouverait englobée dans la prohibition. Mais il n'en est rien, car la loi admet d'autres preuves, quelle que soit l'importance du procès, notamment, l'aveu et le serment. Donc l'article 1341, alinéa 1<sup>er</sup> a une portée restreinte, et ce n'est qu'implicitement que s'y trouve renfermé le principe qu'il édicte. Son but, c'est de réglementer la preuve par témoins, et, en proclamant qu'il doit être passé actes de toutes choses excédant la somme de 150 francs, il veut dire que lorsque la valeur litigieuse dépasse 150 francs, la preuve testimoniale n'est pas admissible. On pourrait assurément désirer une rédaction plus claire, mais la règle posée n'en est pas moins certaine, et on peut la formuler ainsi : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr. » Les termes « toutes choses » sont textuellement reproduits des ordonnances de 1566 et de 1667. Nous avons essayé d'établir que sous l'empire des ordonnances, ces mots étaient synonymes de faits juridiques, et si cette interprétation pouvait soulever quelques difficultés, nous pensons que le doute a été levé par les rédacteurs du Code civil. Cela résulte de la comparaison et de la combinaison des articles 1341 et 1348. Dans l'article 1348, le législateur a indiqué

minutieusement les cas exceptionnels dans lesquels la règle posée par l'article 1341 doit fléchir. Le caractère de l'exception nous indique la nature de la règle. Or, l'article 1348 déclare que les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits, tout autant de faits juridiques, peuvent être prouvés par témoins. C'est donc que ces faits juridiques seraient rentrés, sans la dérogation apportée par l'article 1348, dans la règle prohibitive de la preuve testimoniale, édictée par l'article 1341. C'est donc également que cette prohibition vise les faits juridiques. En vain soutiendrait-on avec M. Bonnier (t. I, 153-154) que le législateur « a commis une inexactitude de rédaction en établissant, pour les délits et quasi-délits, une exception qui devenait complètement inutile, puisque les faits illicites n'avaient jamais été compris dans la règle. » Les remarques auxquelles nous nous sommes déjà livrés prouvent que l'article 1348 n'est pas dû à une distraction du législateur, et, d'ailleurs, il serait vraiment trop facile de saper une théorie gênante ou de supprimer un texte incommode en se retranchant derrière l'inadvertance des rédacteurs. L'article 1348 renferme donc une exception mûrie et raisonnée à la règle de l'article 1341, et ce dernier texte englobe tous les faits juridiques en général. Cela résulte, d'une façon incontestable, des vicissitudes de rédaction subies par l'article 1341. Le projet de ce texte, tel qu'il avait été présenté par la section de législation du Conseil d'État portait: « Il doit être passé actes de *toutes conventions* sur choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. » (Loché Législ. civ., t. XII, p. 127, art. 230). Dans la rédaction définitive qui est celle de l'article 1341 actuel,

on a supprimé les mots « toutes conventions » et, bien que les travaux préparatoires ne nous indiquent pas le motif de cette élimination, il est facile de le deviner, parce qu'il n'y en a qu'un seul de plausible. On a voulu généraliser et étendre à tous les faits juridiques le principe qui était primitivement réservé à certains d'entre eux, aux conventions.

L'article 1344 s'applique donc à tous les faits juridiques, sauf exceptions apportées par les textes, mais rien qu'aux faits juridiques. Par conséquent, la règle qu'il édicte ne saurait être étendue aux faits matériels ou purs et simples. « Et, dit avec raison M. Laurent, il est facile de justifier cette opinion en théorie. Pourquoi dresse-t-on acte d'un fait ? Parce qu'on y a intérêt ; à raison de la nature du fait, on doit prévoir que l'on pourra se trouver dans la nécessité de le prouver en justice ; donc on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 1344. Mais si le fait est de telle nature que l'on ne puisse pas prévoir ni songer même qu'il devienne jamais l'objet d'un débat judiciaire, on n'a aucun motif, aucun intérêt à dresser un écrit pour constater ce fait. De là suit que le législateur ne peut pas obliger les particuliers à passer acte de faits matériels pour le cas où, par exception, ils devraient être prouvés en justice, car la loi ne doit pas prescrire d'obligation inutile et vexatoire. Or, il serait inutile et, par suite, frustratoire de dresser un écrit pour chaque fait matériel qui se passe ; ces faits sont de tous les jours, de tous les instants ; il faudrait donc passer sa vie à faire des actes, alors que ces milliers d'actes ne seraient jamais pro-

duits en justice» (Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XIX, p. 438).

Les rédacteurs du Code, gens pratiques s'il en fût, ne pouvaient donc avoir l'intention de comprendre dans les mots « toutes choses » de l'article 1344, les faits purs et simples. Du reste, les travaux préparatoires ne peuvent laisser le moindre doute à cet égard. Le Tribunal de Cassation, dit, dans ses observations sur le projet du Code (L. III, t. 2, art. 232) : « *Facta probantur testibus, non conventiones.* » Opposé aux faits juridiques par excellence, aux conventions, le mot « *facta* » ne peut évidemment s'entendre que des faits matériels ou purs et simples. Le vœu du Tribunal suprême, était donc de voir la distinction des faits au point de vue de la preuve, sanctionnée par le législateur. Ce dernier accueillit ce désir et consacra la distinction proposée.

Le tribun Jaubert, dans son rapport, s'exprime aussi formellement. Il déclare d'abord que la preuve littérale est la plus sûre, vu « la nécessité de constater les conventions et le besoin d'en conserver fidèlement la substance ; » puis il ajoute : « quant aux faits, il fallait bien le plus souvent se confier à la preuve testimoniale. Les actions purement physiques, presque toujours l'ouvrage d'un seul, ne peuvent être constatées par écrit » (Jaubert, Rapport n° 26. — Loaré, t. V, p. 232). Ces faits matériels sont donc susceptibles d'être prouvés par témoins, quelle que soit la valeur qu'ils représentent (1).

(1) Lorsque la preuve testimoniale sera admissible, les simples présomptions pourront aussi être considérées par le juge, comme fournissant une preuve complète (arg., article 1353). Il y a, toutefois, exception à cela, dans le cas de l'article 323 (Preuve de la filiation légitime).

La jurisprudence a, du reste, à maintes reprises, consacré formellement cette idée et cette interprétation de l'article 1341, notamment dans un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 24 août 1864 (Sirey, 65, 2, 95). Cet arrêt déclare que « la prohibition de la preuve testimoniale, édictée par l'article 1341, pour toutes choses non constatées par écrit, qui excèdent 150 francs, ne s'applique pas seulement aux conditions formelles, mais encore à tous faits juridiques, ayant pour objet de former ou d'éteindre des obligations ou des droits, lorsqu'ils sont susceptibles d'être constatés par écrit. » (*Adde*, Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1874; Sir. 74, 1, 365, et Cassation, 13 juillet 1874; Dall. 75, 1, 173). On peut enfin consulter dans le même sens, un arrêt récent de la Cour de Rennes (Rennes, 5 déc. 1879. — *Dalloz*, 81, 2, 219). Nous ne saurions résister au désir de citer un des considérants de cette décision, tant il est clair et précis en faveur de notre thèse : « Attendu, dit l'arrêt, que si, aux termes de l'article 1341, il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr., et s'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'ils s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr., cette règle, qui s'applique incontestablement aux faits juridiques, c'est-à-dire aux faits ayant pour résultat immédiat ou nécessaire de créer ou de transférer des droits ou des obligations, ne s'étend pas de la même manière, aux faits purs et simples, c'est-à-dire aux faits de l'homme, ne présentant que

des résultats matériels et n'engendrant des droits et des obligations, qu'autant qu'ils se rattachent accidentellement à certains rapports juridiques et en raison seulement de ces rapports.... »

La jurisprudence admet donc que les faits juridiques sont soumis à la règle de l'article 1344, et que les faits matériels en sont exceptés. Mais les tribunaux en décidant que les faits matériels, peuvent être prouvés par témoins, quelle que soit la valeur de l'objet du procès, se fondent souvent, ainsi que nous aurons ultérieurement l'occasion de le constater, sur un motif que nous croyons inexact. Ils invoquent l'exception que l'article 1348 apporte à la règle de l'article 1344, c'est-à-dire l'impossibilité où s'est trouvé le demandeur, de se procurer une preuve écrite du fait en litige. C'est, à notre avis, opérer une confusion regrettable entre deux classes de faits essentiellement différentes. La jurisprudence applique aux faits matériels l'exception de l'article 1348. Mais c'est oublier que tous les faits prévus et énumérés dans ce texte, constituent au premier chef des actes juridiques : tels sont les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, les dépôts nécessaires, les obligations contractées en cas d'incidents imprévus, les faits constatés par des titres qui ont été égarés. Nous l'avons déjà dit, ces faits juridiques échappent à la règle de l'article 1344, en vertu de cette maxime « à l'impossible nul n'est tenu. » Le législateur partant de cette idée, qu'une règle de Droit n'est sage qu'autant qu'elle s'inspire des exigences matérielles, et qu'elle tient compte, dans la mesure du possible, des habitudes et des tendances de la nature humaine,

n'a pas voulu et n'a pas pu assujettir chaque individu à relater par écrit, tous les faits qu'il accomplit journellement. Il n'a manifesté pareille exigence qu'à l'égard des faits qui, d'après leur nature juridique, sont naturellement destinés à être déférés aux tribunaux. Et encore a-t-il affranchi de la règle générale qu'il établissait, certains de ces faits, à raison de l'impossibilité pour le demandeur de s'en procurer une preuve littérale, ou de prévenir la perte de celle qu'il avait obtenue. Ces derniers faits sont ceux que prévoit l'article 1348. Un texte était nécessaire pour les soustraire au principe édicté par l'article 1341. Mais ce texte leur est exclusivement propre. Il ne régit pas des faits de nature différente, et les parties ne peuvent dès lors, relativement aux faits purs et simples, demander à les prouver par témoins, en se basant sur ce qu'il y a eu impossibilité pour elles d'en rapporter une preuve écrite. Remarquons bien que la preuve testimoniale ne leur est pas pour cela interdite ; mais, pour l'invoquer, elles devront établir, non pas que le fait en question rentre dans l'exception de l'article 1348, mais que la règle elle-même de l'article 1341 ne lui est pas applicable, parce qu'il s'agit d'un fait matériel, tandis que l'article 1341 ne vise que les actes juridiques.

Du reste, tout est avantage pour les parties dans notre système. Il est beaucoup plus facile de démontrer la matérialité d'un fait que l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite. Sauf d'assez rares exceptions, en effet, on est d'accord sur la nature à assigner à tel ou tel fait et la détermination de cette nature peut être faite à *priori*, à l'avance, en dehors de tout procès.

Ainsi, par exemple, on sait à l'avance que tous les événements de la nature sont des phénomènes matériels. Sans doute, relativement aux actes qui dérivent de l'activité humaine, la question de fait viendra bien s'ajouter et pourra, dans certains cas, modifier les données théoriques; mais, en général, l'appréciation des circonstances sera facile et aura peu d'influence sur la détermination de la nature de l'acte.

On voit déjà quel intérêt pratique il y a à rejeter les motifs sur lesquels la jurisprudence se fonde pour autoriser la preuve testimoniale. Il ne suffit pas, en effet, devant les tribunaux, d'établir que le fait à prouver est un fait matériel. Il faut, de plus, démontrer qu'il a été impossible de se procurer ou de conserver la preuve écrite de ce fait. Avec notre système, au contraire, la difficulté est singulièrement simplifiée. Il suffit qu'on se trouve en présence d'un fait matériel pour qu'immédiatement la preuve testimoniale de ce fait devienne admissible (1). Mais, dira-t-on, les faits ne se présentent pas toujours avec le caractère de simplicité que la théorie suppose. Cela est vrai. Les faits se combinent, s'enchevêtrent, pour ainsi dire, au point de former un tout qui ne sera ni matériel ni juridique, mais un composé des deux. Dans ce cas, comme les divers éléments d'un fait ne sont pas indivisibles,

(1) Lorsque les juges refusent d'admettre une partie à faire la preuve par témoins, par le motif que les faits articulés ne sont pas vraisemblables, il n'y a là ni insuffisance de motifs, ni violation des lois sur l'admissibilité de la preuve testimoniale (Cassat., rejet. 21 juin 1827; Dall., pén., 27-1-28); mais la déclaration d'un jugement portant que la preuve testimoniale n'est pas admissible, bien qu'il s'agisse de faits matériels, donnerait lieu à cassation.

on doit les séparer en appliquant à chacun d'eux la règle qui lui est propre. Il faut rejeter la preuve testimoniale lorsqu'elle est offerte pour établir l'existence de l'élément juridique ; il faut l'admettre, au contraire, en tant qu'elle a pour but d'affirmer l'existence de l'élément matériel. La possession, par exemple, est un fait matériel. Toutefois, il peut s'y mêler un élément juridique. Cela arrive, par exemple, lorsque l'on prétend avoir possédé par l'intermédiaire d'un fermier. On prouvera par témoins l'élément matériel c'est-à-dire la détention effectuée par un tiers, et par écrit, l'existence de la convention en vertu de laquelle ce tiers a possédé comme fermier. En général, l'ordre d'administration des preuves importera peu. Parfois, cependant, l'une des deux preuves devra nécessairement précéder l'autre. Ainsi, en matière de faute contractuelle, la faute est l'élément matériel, le contrat l'élément juridique. On appliquera à chacun des deux éléments le genre de preuve qu'il comporte, mais en commençant par la preuve du contrat, car l'existence de la convention peut seule donner au manquement le caractère de faute contractuelle.

Tels sont les principes qui régissent les faits juridiques (1), les faits matériels et les faits mixtes. Ces principes ne sont pas exclusifs au Droit civil. Ils s'étendent également au Droit criminel. Devant les tribunaux répressifs, la preuve testimoniale n'est admise que dans les cas et sous les conditions où elle pourrait

(1) Parmi les faits juridiques, il en est qui sont en dehors de l'application de l'article 1344, parce que la loi exige à leur égard, une preuve spéciale. Exemple, les testaments.

l'être devant les juges civils. En d'autres termes, le mode de preuve varie, non pas suivant la juridiction qui doit l'apprécier, mais suivant la nature des faits à prouver. Ainsi, l'état de démence d'un individu est un fait pur et simple qui peut toujours être prouvé par témoins (Agen, 7 mai 1854 ; Sir., 54, 2, 273). A l'inverse, supposons qu'il s'agisse d'une violation de dépôt, délit compris dans le Code pénal, sous la dénomination générique d'abus de confiance (art. 408, P.). L'existence du contrat de dépôt, base du délit qui nous occupe, ne pourra être prouvée par témoins sans commencement de preuve par écrit, tout au moins lorsque la valeur de la chose déposée excédera 150 fr., et qu'il s'agira d'un dépôt volontaire. Le dépôt, en effet, est un contrat, par conséquent un fait juridique, et, lorsqu'il n'est pas forcé, il est soumis à la règle prohibitive de l'article 1344. Prenons l'exemple d'un vol. Le vol est un fait juridique, et, à ce titre, il relèverait du texte précité. Mais il n'est un fait juridique, que parce qu'il constitue un délit. Or, nous savons que les délits sont soustraits par l'article 1348 aux dispositions de l'article 1344. Conséquemment, ce fait, quoique juridique, peut être prouvé par témoins, sans commencement de preuve par écrit, soit par le ministère public, exerçant au nom de la société l'action publique, soit par la partie lésée, intentant son action civile en réparation du préjudice que lui a causé l'infraction.

On pourrait multiplier les exemples et montrer qu'en Droit pénal, comme en Droit civil, les faits purs et simples peuvent être prouvés par témoins quel que soit l'intérêt en jeu, tandis que les faits juridiques, à moins

de rentrer dans une des exceptions de l'article 1348, ne comportent la preuve testimoniale que si le fait à établir est de valeur inférieure à 150 francs.

En Droit criminel, comme en Droit civil, c'est toujours à l'objet sur lequel porte la convention, et non à la chose demandée, que les juges doivent s'attacher pour déterminer l'admissibilité de la preuve testimoniale. La constatation de la valeur en litige est très facile à effectuer lorsque l'objet de la convention est une somme d'argent. Mais de graves difficultés peuvent se produire lorsque cet objet consiste en toute autre chose qu'une somme d'argent, et aucun texte de loi n'indique de mode particulier d'évaluation au cas de demande indéterminée quant à sa valeur. Ce sera aux juges à apprécier en fait cette valeur, soit par eux-même, en s'éclairant des circonstances particulières de la cause, soit d'après les résultats d'une expertise, si le tribunal juge nécessaire d'y recourir.

Jusqu'ici, nous nous sommes bornés à établir que la théorie des faits juridiques et des faits purs et simples ou matériels avait été admise par les ordonnances de 1566, de 1667 et par le Code civil. Il nous reste maintenant à signaler les principales applications auxquelles donne lieu notre théorie. Et pour donner à cette étude un caractère essentiellement pratique, nous emprunterons tous ou presque tous nos exemples à la jurisprudence dont nous apprécierons en même temps les solutions.

---

## CHAPITRE IV

### APPLICATIONS

#### 1<sup>re</sup> DIVISION.

##### Faits juridiques (1).

1<sup>o</sup> *Autorisation maritale*. — L'assistance du curateur ou du conseil donné à un prodigue ou à un faible d'esprit constituent, au premier chef, des faits juridiques; mais il y a des difficultés relativement à l'autorisation maritale. Certains auteurs soutiennent que si l'article 217, C. civ., parle d'un consentement par écrit, cette disposition n'est nullement impérative, mais statuant seulement de *eo quod plerumque fit*, suppose qu'un écrit a été rédigé lors de la convention dans laquelle la femme a été partie. Rien n'empêche, dès lors, ajoute-t-on, qu'à défaut d'écrit, l'autorisation maritale ne soit prouvée par témoins, si l'acte auquel elle se réfère est de valeur inférieure à 150 fr. Nous pensons, au contraire, qu'en dehors du cas où le mari a concouru à l'acte, son consentement doit être donné par écrit, *ad probationem*. Suivant nous, l'art. 217 vient encore accroître la rigueur des dispositions de l'art. 1344. Il exige une autorisation écrite, quelle que soit la va-

(1) Nous n'allons examiner, parmi les faits juridiques, que quelques-uns de ceux qui, en Droit civil, présentent le plus d'importance et soulèvent certaines difficultés.

leur de l'objet de la convention, que cette valeur soit supérieure ou inférieure à 150 fr.

2<sup>o</sup> *Paiement*. — Le paiement doit-il être considéré comme un fait juridique? La Cour de Bruxelles, par un arrêt du 10 décembre 1812 (Sir., Collect. nouv., t. IV, 2, 213), avait jugé que l'article 1344, prohibitif de la preuve testimoniale, ne s'appliquait point aux paiements considérés comme faits interruptifs de prescription. Cette décision était mal fondée en droit, car le paiement répond parfaitement à la définition du fait juridique. C'est un fait qui, de sa nature, entraîne directement et nécessairement des conséquences de droit. Nous ne saurions approuver davantage un arrêt par lequel la Cour de Pau avait admis la preuve testimoniale du fait d'avoir payé une rente pendant plusieurs années, pour en induire que le défendeur était réellement débi-rentier. Cet arrêt, déféré à la Cour suprême, fut cassé à bon droit, comme contraire à l'article 1344 (Cassat., 44 mars 1827; Dalloz, V<sup>o</sup> *Obligat.*, n<sup>o</sup> 4654).

Depuis lors, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas varié. Il a été jugé, le 31 mars 1874 (Sir., 75, 1, 365), que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir le paiement d'une somme supérieure à 150 fr. Quatre ans plus tard, la Cour suprême a décidé, dans le même sens, que la réclamation, par un notaire, d'une somme de plus de 150 fr. qu'il prétendrait avoir payée en l'acquit de son client, ne saurait être accueillie en l'absence de commencement de preuve par écrit, sur le fondement de simples présomptions tirées, soit de la détention par le demandeur de la grosse de l'acte d'obligation, soit des énonciations contenues dans les

livres du demandeur (Cassat., 6 fèv. 1878; Dalloz, 78, 1, 167).

3<sup>o</sup> *Rétrocession d'un immeuble.* — La Cour de cassation a eu maintes fois à examiner la question de savoir si la rétrocession d'un immeuble peut se prouver par témoins, quand la valeur de l'immeuble est supérieure à 150 fr. Cela revient évidemment à se demander si la rétrocession d'un immeuble est un fait pur et simple, et nous avouons notre étonnement de ce qu'une question aussi simple ait pu faire l'objet de divers pourvois. La solution, en effet, nous paraît certaine : la revente d'un bien est une vente, c'est-à-dire un contrat. Or, en Droit français, le contrat est le type du fait juridique. Donc la revente d'un immeuble de valeur supérieure à 150 fr. ne saurait être établie par témoins et exige une preuve littérale. Il en serait ainsi alors même que la rétrocession se serait effectuée sous une forme différente de la vente (Cass., 27 juill. 1859; Dalloz, 59, 1, 398; — Cass., rej. 28 nov. 1871; Dalloz, 72, 1, 19).

4<sup>o</sup> *Echange.* — L'échange est certainement un acte juridique tombant sous l'application de l'article 1341. Nous avons cru devoir toutefois le faire figurer parmi les faits juridiques qui présentent des difficultés, à cause d'un arrêt de la Cour de Paris rendu en 1863, qui a admis la preuve testimoniale ou plutôt l'efficacité d'une présomption simple dans l'espèce suivante : les demandeurs prétendaient qu'un échange verbal avait eu lieu entre eux et le défendeur, et que cet échange avait été exécuté en fait par la prise de possession des co-échangistes; ils concluaient à ce que le défendeur

fût condamné à faire constater, par acte authentique, l'échange intervenu. La Cour de Paris admit ces prétentions par un arrêt ainsi motivé : « Considérant que la preuve de l'échange dont il s'agit résulte de son exécution même, non seulement par la prise de possession respective des deux pièces de terre à l'époque de la convention, mais encore par le fait patent et ressortant de tous les documents du procès, de cette possession continuée jusqu'à ce jour et de l'exploitation desdites pièces *animo domini*; qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'exception que X puise dans l'art. 1344, C. civ. etc. » L'arrêt fit l'objet d'un pourvoi et fut justement cassé (Cass., 29 déc. 1863; Dalloz, t. III, 4, 42). On demandait, en effet, à établir l'existence d'un contrat au moyen d'une présomption tirée de la prise de possession; mais cette présomption ne rentrant pas dans la catégorie de celles que la loi a créées, ne pouvait être invoquée que comme présomption simple (1353). Or, les présomptions simples ne sont recevables que dans les hypothèses où la loi autorise la preuve testimoniale. Ce n'était pas le cas dans l'espèce, puisqu'il s'agissait d'un fait juridique, d'un contrat qui, aux termes de l'article 1344, ne saurait être prouvé par témoins.

5° *Louage*. — L'article 1715 dispose de la façon suivante : « 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 ». Il semble que ce texte supprime absolument toute discussion sur le point de savoir si la preuve du bail doit ou non être faite par

écrit. Et, d'ailleurs, le louage étant un contrat, par conséquent un fait juridique, doit tomber directement sous le coup du principe posé dans l'article 1344. Telle est, en effet, la règle ordinaire. Cependant, il s'élève des difficultés en matière de bail tacite et de résiliation de bail tacite, deux conventions qui, étant de même nature, doivent être soumises au même mode de preuve.

Et, d'abord, il est une question préjudicielle qui prime toutes les autres : Un bail, une résiliation de bail (1) peuvent-ils être tacites ? — Non, peut-on dire, car l'article 1714, dans son énumération, ne parle que du bail écrit et du bail verbal. Il semble bien, en outre, aux termes de l'article 1715, que le bail non écrit qui n'est pas reconnu et qui n'a pas reçu de commencement d'exécution, ne peut être prouvé que par écrit, et, aussi, que la résiliation non écrite qui est déniée et qui n'a pas reçu d'exécution, ne peut être établie qu'au moyen de la preuve littérale. Dans les deux cas, par conséquent, un écrit serait nécessaire, et cette exigence excluerait toute possibilité de bail tacite et de résiliation tacite. Il n'en est rien, cependant. L'article 1714 n'est pas limitatif et ne fait nullement échec au principe général de droit français, en vertu duquel les contrats se forment par le seul consentement des parties. Comment en serait-il autrement, alors qu'à Rome, terre classique de la solennité et du formalisme, le louage comptait parmi les rares contrats

(1) La résiliation tacite diffère de l'expiration du bail, en ce qu'elle suppose un bail en cours rompu par un accord tacite du fermier et du propriétaire.

consensuels ! Quant à l'article 1715, il a pour but unique de trancher une question de preuve, et il laisse intact le point de savoir comment peut se former et se résoudre le bail. Les articles 1714 et 1715 ne s'occupent que du bail exprès, et, dès lors, le bail tacite reste sous l'empire du droit commun. Or, de droit commun, le consentement peut se manifester tacitement : donc, le bail peut être tacite. Et nous en trouvons un exemple frappant et indiscutable dans le cas de tacite reconduction. (Cassat. 20 janvier 1862 ; Sir. 62, 1, 705.) — Cassat. 25 mai 1870 ; Sir. 71, 1, 91.)

Ces préliminaires admis, il reste à se demander comment se prouvent et le bail tacite et la résiliation tacite. La réponse s'impose. Du moment qu'il n'y a ni écrit ni parole, la preuve ne peut résulter que d'indices et de faits révélateurs, et les moyens de preuve varieront suivant la nature de ces faits. S'agit-il de faits entraînant directement et nécessairement des conséquences légales, la preuve à administrer sera toute littérale. Au contraire, si l'on se trouve (et ce sera le cas le plus fréquent) en présence de faits d'ordre purement matériel, on pourra recourir aux témoignages et aux présomptions pour établir ces faits. Ainsi, le fermier qui invoquera la tacite reconduction, sera reçu à prouver, par témoins, qu'il est resté et qu'il a été laissé en possession. Le locataire qui invoquera la résiliation tacite en l'induisant de l'abandon par lui effectué des lieux loués, et de la reprise de possession de ces lieux par le bailleur, pourra établir ces deux faits en recourant aux dépositions de témoins. (Cassat. 25 mai 1870 ; Sir. 71, 1, 91.)

Ce point, relatif à la preuve de la résiliation tacite, a été déféré tout récemment à la censure de la Cour suprême. Celle-ci a rejeté le pourvoi en déclarant, non point que la preuve testimoniale des faits invoqués n'était pas admissible, mais que les faits n'étaient ni pertinents ni concluants. (Cassation, req., 4 janvier 1887. *Journal du Palais*, 1887, page 126.)

6° *Mandat*. — Le mandat formel ou exprès est incontestablement soumis à la règle de l'article 1341. Cela résulte, et des principes que nous avons admis relativement à ce texte, et aussi de l'article 1985, civ., aux termes duquel la preuve testimoniale du mandat n'est reçue que conformément au titre des contrats. Mais la controverse règne encore sur le point de savoir comment se prouve le mandat tacite.

Et d'abord commençons par déclarer que nous partageons l'opinion qui a triomphé en doctrine et en jurisprudence, d'après laquelle un mandat peut être donné tacitement. On peut, il est vrai, dire en sens contraire que l'article 1372 voit une gestion d'affaires (1) dans le fait de gérer spontanément l'affaire d'autrui au su et sans opposition du maître, ce qui est exclusif de l'idée de mandat; que, d'autre part, la loi en disant que l'acceptation du mandat peut être tacite (1985), exige par là même implicitement et à *contrario*, de la part du mandant, une manifestation de volonté. Mais dût-on admettre, en vertu de l'article 1372, qu'une gestion d'affaires ne se transforme pas en

(1) La gestion d'affaires étant un quasi-contrat, peut se prouver par témoins.

un mandat par le seul fait du silence du maître qui la connaît, cela n'empêcherait pas le mandat tacite de se présenter dans d'autres cas, lorsque le mandant, par sa façon d'agir, a implicitement révélé une intention que le mandataire, sans autre ordre, s'est empressé de réaliser. Quant à l'objection tirée de l'article 1985, il est facile de répondre que ce texte a uniquement pour but de déclarer que l'authenticité n'est pas nécessaire en matière de mandat.

Ceci posé, comment peut-on établir l'existence d'un mandat tacite (1) ?

La jurisprudence de la Cour régulatrice a longtemps varié à cet égard. Dans les arrêts suivants (Cassat., 28 novembre 1843. Sir. 43, 1. 864; — 3 août 1847. Sir. 47-1-764; — 21 mars 1855. Sir. 55-1-625; — 19 mars 1856. Sir. 57-1-209; — 18 août 1873. Sir. 74-1-169; — 15 décembre 1874. Sir. 75-1-212), elle a considéré l'existence du mandat tacite comme pouvant s'induire des circonstances et paru en conclure que toute preuve était recevable à cet égard. — A maintes reprises, au contraire (Cass. 2 juin 1847., J. du Palais, 47-2-188. — 30 juin 1852. Sir. 52-1-560. — 7 décembre 1868. Sir. 69-1-160. — 2 août 1875. Sir. 75-1-455. — 29 décembre 1875. Sir. 76-1-401. — 11 juillet 1883. Sir. 84-1-389), la Cour suprême a décidé que le mandat tacite est assujetti à la règle posée dans l'article 1344.

(1) C'est presque toujours à l'égard des notaires, ayant reçu des actes comme officiers publics, et relativement aux suites possibles de ces actes, que les questions de mandat tacite se produisent en justice. Cela s'explique par la situation spéciale des notaires et l'habitude prise par certains d'entre eux de diriger les affaires de leurs clients.

Dans l'arrêt du 29 décembre 1875, la décision qui faisait l'objet du pourvoi était un jugement du tribunal de Toul, qui avait admis un mandat tacite sur le seul fondement de la notoriété publique. Le jugement fut cassé. Voici quelques considérants de l'arrêt : La Cour : « Vu les articles 1985 et 1341 civ. — Attendu que, d'après la combinaison de ces articles, la preuve du mandat civil ne peut être faite par témoins ou à l'aide de présomptions qu'autant qu'il s'agit, entre les parties, d'une somme n'excédant pas 150 francs ou qu'il existe un commencement de preuve littérale, sauf, d'ailleurs, l'effet ordinaire de l'aveu judiciaire ou du serment ; — attendu qu'aucune exception à cette règle n'est admise par la loi en faveur du mandat tacite ; que les faits dont on prétend déduire l'existence d'un mandat tacitement conféré doivent donc être légalement établis devant le juge, avant que celui-ci apprécie les conséquences qu'il convient d'en tirer..... Casse, etc... — On le voit, les décisions les plus récentes déclarent que la preuve du mandat, même tacite, ne peut être faite par témoins ou à l'aide de présomptions qu'autant qu'il s'agit, entre les parties, d'une somme n'excédant pas 150 francs ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Doit-on en conclure que la jurisprudence de la Cour de cassation est définitivement assise ? Nous l'espérons, pour notre part, car elle nous paraît être dans le vrai.

En effet, le mandat tacite est un contrat, tout aussi bien que le mandat exprès, et, par conséquent, un fait juridique. Or, les faits juridiques au-dessus de

150 francs ne peuvent être prouvés par témoins, à moins d'un texte qui en décide autrement. Pareil texte n'existe pas pour le mandat. Donc, qu'il soit exprès, qu'il soit tacite, il reste sous l'empire de la règle générale.

Et, qu'on le remarque bien, il n'y a aucune antinomie entre cette solution et celle que nous avons admise relativement à la preuve du bail tacite et de la résiliation tacite. La situation, en effet, est différente dans les deux cas : la preuve, complexe dans le premier, ne l'est pas dans le second.

La constatation de faits matériels ne suffit pas, à elle seule, à établir qu'il y a un nouveau bail ou qu'il n'y a plus de bail. Il faut encore démontrer, suivant les règles des faits juridiques, qu'il y avait un bail antérieur. La preuve de la tacite reconduction ou de la résiliation tacite sera la résultante de ces deux preuves d'ordre divers.

Au contraire, si les faits dont on veut induire le mandat tacite pouvaient être prouvés par témoins, l'existence du mandat tacite résulterait, *ipso facto*, et sans qu'il soit besoin d'autre chose, de la simple constatation de ces faits matériels, et l'article 1341, prohibitif de la preuve testimoniale en matière d'actes juridiques, serait violé.

## DEUXIÈME DIVISION

### Faits Matériels ou Purs ou Simples

#### I.

1<sup>o</sup> NAISSANCES, DÉCÈS. — Le fait de naître, le fait de

mourir, sont évidemment des faits matériels ou purs et simples. Ils peuvent bien entraîner des conséquences juridiques, et, en réalité, cela a lieu fréquemment. Mais ces résultats ne sont pas directs, nécessaires. Ils ont bien, dans la naissance ou dans la mort, une cause, mais cette cause est purement occasionnelle, nullement efficiente, par suite insuffisante pour donner au fait d'où ils dérivent le caractère juridique.

Ceci admis, il semble que la question de savoir si la naissance et le décès peuvent être prouvés par témoins ne saurait faire doute. Et cependant la difficulté existe réellement. Nous tenons toutefois à constater ceci : c'est que, normalement, naturellement, les naissances et les décès constituant des faits purs et simples, doivent comporter la preuve testimoniale. La solution contraire ne saurait être admise qu'autant qu'un texte clair, précis, catégorique, disposerait autrement et ferait échec aux données rationnelles que nous indiquions plus haut. — Ce texte existe-t-il ?

Oui, dit-on, l'article 46 Civ. est formel pour soustraire les naissances et les décès à l'empire de la preuve testimoniale. Il est ainsi conçu : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés, tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés, que par témoins. » La pensée du législateur est bien nette, dit-on. Il pose en principe que les naissances, les mariages, les décès exigent une preuve littérale et même une preuve littérale spéciale, entourée de formalités et de rigueurs. —

Toutefois, s'inspirant des exigences de la pratique, les rédacteurs du Code ont soustrait à cette règle les cas où il y a impossibilité, pour les parties de se procurer, leurs actes de l'état-civil, soit que cette impossibilité provienne de la non-existence des registres, soit qu'elle résulte de la perte des registres qui ont primitivement existé. En d'autres termes, le législateur a voulu, dans l'article 46, reproduire le principe de l'article 1348 : le premier texte est le cas d'application du second ; c'est une des hypothèses dans lesquelles l'exception renfermée dans l'article 1348 trouve emploi.

Nous ne saurions, quant à nous, admettre ni cette doctrine, ni les raisonnements sur lesquels elle est fondée. D'abord, en supposant que la doctrine soit vraie, nous estimons que les raisons invoquées à son soutien laissent à désirer.

En effet, dire que l'article 46 est un cas d'application de l'article 1348, c'est opérer dans l'ordre de rédaction des textes du Code une interversion illégitime. La place qu'occupe l'article 46 et son numéro indiquent clairement que ce texte a été écrit avant l'article 1348, car on ne peut raisonnablement soutenir que de deux œuvres, celle qui a précédé l'autre n'en est que la reproduction. On peut objecter, il est vrai, que, sans doute, l'article 1348 est postérieur en date à l'article 46, si on ne considère que le numérotage ; mais, qu'en réalité, ces deux textes sont contemporains, car les rédacteurs avaient, lorsque l'article 46 a vu le jour, déjà conçu et arrêté l'idée qui devait prendre place dans l'article 1348. Nous répondrons qu'on émet là une

assertion purement gratuite et, par conséquent, irrecevable *à priori*.

Et, d'ailleurs, le raisonnement que l'on tient serait-il exact, qu'il ne nous convaincrail pas, car la doctrine sur laquelle il repose nous paraît erronnée. Nous croyons avoir démontré que l'article 1348 a trait exclusivement à des faits juridiques, et que, par conséquent, l'exception qu'il établit ne saurait à aucun titre être étendue à des faits purs et simples. Or, les naissances et les décès sont des faits purs et simples. Donc, on n'a pas le droit de leur appliquer les dispositions de l'article 1348.

Mais l'article 46, à lui seul, ne serait-il pas suffisant pour exclure les naissances et les décès de la preuve testimoniale ? Voilà la question que nous devons maintenant examiner :

Constatons, d'abord, que la jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour affirmer que la disposition de l'article 46 Civ. ne renferme pas une énumération strictement limitative des cas dans lesquels la preuve testimoniale est admissible pour établir qu'une naissance ou un décès a eu lieu. Seulement, on n'est plus d'accord lorsqu'il s'agit de dresser la liste de ces cas. Tant il est vrai, que, lorsqu'on abandonne les vrais principes, on tombe forcément dans l'arbitraire, et, une fois sur la pente, on ne s'arrête plus. Aussi regardons-nous comme inutile d'indiquer les hypothèses d'admission de la preuve testimoniale acceptées par tel ou tel auteur, et les cas agréés par tel ou tel autre. Nous nous bornerons à retenir un aveu que nous considérons comme très précieux, à savoir que les termes de l'article 46

ne sont pas restrictifs, que ce texte ne dit pas que la preuve dont il parle peut être admise seulement dans les deux cas par lui prévus. Nous partageons entièrement cette manière de voir, et nous pensons que les registres de l'état civil, ne constituent pas l'unique mode de preuve des naissances et des décès.

Jadis, lorsqu'en vertu de la décision du Concile de Trente, les prêtres tenaient dans leurs paroisses des registres de baptême et de mariage, il était incontestable qu'il y avait, en dehors de ces registres, d'autres moyens d'établir les faits qui devaient s'y trouver relatés. Or, on sait que, plus tard, la tenue des registres fut imposée à l'autorité civile. « Ces registres, dit Arnd, (t. I, page 86), n'étaient ni les preuves nécessaires, ni les seules preuves des faits sur lesquels l'état civil était fondé. On suivait à cet égard les règles ordinaires sur la preuve, laquelle se faisait par témoins, par toutes sortes de papiers domestiques, même par présomptions. » Pareil principe fut admis par l'ordonnance de 1667, article 14, et la législation n'a pas, sur ce point, éprouvé de changement ; elle est la même sous les nouvelles lois que sous les anciennes. Déjà, dans un Avis des 8 et 12 brumaire, an X, le Conseil d'État, délibérant sur la question de savoir si les officiers de l'état civil pouvaient inscrire sur leurs registres des actes omis, c'est-à-dire non inscrits sur les registres dans les délais prescrits par la loi, déclare que les actes omis peuvent être inscrits sur les registres en vertu de jugements rendus en grande connaissance de cause. Les travaux préparatoires du Code ne sont pas moins formels, ainsi que le constate la Cour de Cassation dans

un arrêt du 12 mars 1807 (Sirey, t. V., p. 267) : « Attendu, dit la Cour suprême, que les dispositions des articles 14, titre 20 de l'ordonnance de 1667 et 46 du Code civil, ne sont pas nécessairement exclusives de l'admission de la preuve testimoniale dans tous les autres cas que ceux prévus auxdits articles, et que le procès-verbal de rédaction de la dite ordonnance, ainsi que celui de la discussion du projet du Code civil, énoncent plusieurs circonstances graves, sur lesquelles cette loi s'en rapporte à la prudence des tribunaux, etc., etc. » . . . . . L'article 46 Civ., qui est la reproduction presque littérale de l'article 14 de l'ordonnance de 1667, ne renferme donc pas d'énumération limitative. Et il serait à regretter qu'il en fût autrement, car il peut y avoir des cas où l'admission de la preuve testimoniale est tout aussi équitable, tout aussi nécessaire que dans les deux hypothèses d'inexistence et de perte des registres. En établissant les registres de l'état civil, les lois ont voulu rendre plus certaine et plus facile la preuve de l'état des personnes ; mais elles n'ont pas entendu proscrire les autres moyens d'acquérir cette preuve ; elles n'ont pas voulu écarter des moyens de conviction permettant d'acquérir parfois une certitude plus complète que celle qui résulte de l'inscription sur les registres de l'état civil.

De l'aveu de tout le monde, l'article 46 n'est nullement prohibitif de la preuve testimoniale. Des registres doivent être très soigneusement tenus dans chaque commune, pour conserver le souvenir des actes qui concernent l'état des citoyens. Le législateur s'est dit avec raison que lorsque ces registres existeraient, on

recourrait tout naturellement à leurs énonciations ; la pensée de ce mode de preuve tout indiqué, et généralement très simple et très sûr, a fait qu'il n'a pas prévu le cas où les parties, pour un motif ou pour un autre, voudraient recourir à un mode de preuve qui ne serait pas celui des registres. En revanche, les rédacteurs du Code ont immédiatement songé au cas où les registres de l'état civil feraient défaut, et, en déclarant qu'il y aurait lieu alors de recourir aux témoins, ils ont cru avoir sauvegardé toutes les situations. Il est bien certain, en effet, que c'est surtout dans l'hypothèse de perte ou de non-tenue des registres que la question du mode de preuve se posera. Mais elle pourra aussi, quoique plus rarement, se produire lorsqu'il y aura des registres. Et voilà pourquoi le législateur, à notre avis, a commis non pas une inexactitude, mais une inélégance de rédaction en paraissant restreindre à deux cas particuliers une règle qu'il édictait en réalité pour toutes les hypothèses. Toute la première partie de l'article 46 aurait dû être supprimée, et il n'aurait dû rester que la disposition suivante : « Les mariages, naissances et décès pourront être prouvés, etc. . . . ». Mais quoiqu'un peu obscur précisément à raison de sa prolixité, le texte de l'article 46 ne saurait être considéré comme douteux. Nous l'avons déjà dit, et nous ne saurions trop le répéter, l'article 46 déclare que, « lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; » mais il ne dit pas : « Dans ce cas seulement, la preuve en sera reçue... ». Pourquoi, dès lors, se montrer plus restrictif que le législateur lui-même ?

Pourquoi donner à son silence une interprétation qui est en complète opposition avec les principes ?

Les principes veulent, en effet, que tous les faits purs et simples, sauf, bien entendu, exception contraire, soient susceptibles d'être prouvés par témoins. Une de ces exceptions, relativement aux faits que prévoit l'article 46, se trouve dans l'article 194 (1). Ce texte s'oppose d'une manière invincible à l'admissibilité de la preuve testimoniale dans tous les cas, et limite cette admissibilité à quelques hypothèses. Mais on ne trouve pas, en matière de naissances ou de décès, de disposition analogue à celle de l'article 194. Ces faits matériels doivent donc rester sous l'empire de la règle générale. Pareille solution devrait être donnée, alors même qu'on voudrait voir dans l'article 46 une règle douteuse et équivoque, contrairement à notre avis. Dans le doute, en effet, on doit toujours se prononcer contre l'exception, pour le Droit commun. D'ailleurs, nous nions, pour les motifs ci-dessus énoncés, que l'article 46 soit d'interprétation douteuse. Et, en tous cas, le doute, si doute il y avait, serait levé par la lecture des articles 79 et 130 civ. Le premier de ces textes déclare qu'un acte de notoriété, c'est-à-dire une affirmation écrite, basée sur des témoignages oraux, est suffisant pour établir le fait d'une naissance, alors même qu'on serait en dehors des cas cités par l'article 46, alinéa 1<sup>er</sup>. C'est donc que ces cas ne sont pas les seuls. D'autre part, l'article 130 autorise aussi à

(1) Il n'eut pas même été besoin d'un texte si l'article 46 n'avait assimilé le mariage aux naissances et aux décès. Le mariage, en effet, est un fait juridique, car il est classé parmi les contrats.

prouver, de quelque façon que ce soit, le décès d'un individu qui a disparu ; ce qui démontre une fois de plus que l'article 46 n'est pas limitatif.

Ces solutions, en vertu desquelles la preuve testimoniale des naissances et des décès est admissible (1), ont été, du reste, maintes fois acceptées par la jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour suprême, et sont relatées dans de nombreuses décisions échelonnées depuis l'époque de la promulgation du Code jusqu'à nos jours (Agen, 9 germinal, an XIII ; Dall., alph. 1, 171). Ainsi, la Cour d'appel d'Orléans déclare dans un arrêt du 12 février 1806 (Sir., t. V, p. 264), confirmé par un arrêt de la Cour de cassation à la date du 12 mars 1807 (Sir., t. V, p. 267), que la preuve testimoniale peut être admise pour constater le décès, même lorsqu'on n'allègue point qu'il n'a pas été tenu de registres, ou que ces registres ont été perdus. Même affirmation dans un jugement du tribunal civil de la Seine, du 21 février 1808 (Sir, t. IX, 1, 221) : « Attendu, d'une part, y est-il dit, que l'existence de l'homme à telle ou telle époque est un fait de sa nature, passible de la preuve testimoniale ; que, de l'autre, les moyens de preuve du décès ne sont pas nécessairement circonscrits dans la seule exhibition de l'acte de l'état civil, mais qu'il est laissé à l'arbitrage du juge d'en accueillir d'autres, d'après la gravité des circonstances. » (V, dans le même sens, Cassat., 5 février 1809 ;

(1) Cette doctrine ne nous paraît pas devoir être étendue à la filiation ; mais elle est applicable lorsqu'il s'agit de résoudre une simple question de généalogie (Trib. civil de Toulouse, 23 novembre 1885, *Gazette des Tribunaux du Midi* du 24 janvier 1886).

Sir., 9, 1, 224). En 1810, est rendu par la Cour de Toulouse, un arrêt d'après lequel, en matière d'état civil, « tout est subordonné aux circonstances, et c'est aux tribunaux à les apprécier en grande connaissance de cause et contradictoirement avec les parties intéressées. »

Une année plus tard, la Cour de Bordeaux, confirmant un jugement rendu par le tribunal de la Réole, le 21 mars 1811, décide que la preuve testimoniale d'un décès est admissible, quoiqu'il existe des registres de l'état civil (Bordeaux, 29 août 1811; Sir., t. XII, 2, 99); *Adde*: Bordeaux, 9 mars 1812; Sir., t. XII, 2 422; Riom, 14 mai 1817; Sir., Coll., nouv., 5, 2, 27; Cassat., 22 décembre 1819; Sir., 20, 1, 281; Cass., 29 déc. 1819; Sir., Coll., nouv. 6, 1 153; Cass., 17 juin 1859; Dalloz, 30, 1, 278; Cassat., 22 août 1831; Sir., 31, 1, 374; Paris, 12 décembre 1851; Dall., 54, 5, 12).

Ce sont surtout les tribunaux du littoral qui sont appelés à se prononcer sur le point de savoir si la preuve testimoniale peut être acceptée pour établir un décès. Certains d'entre eux, le tribunal du Havre et celui de Brest, notamment, se montrent très larges pour l'admission de la preuve testimoniale en cette matière; ils déclarent volontiers le décès d'un marin en se basant sur la présomption qui résulte du défaut absolu de nouvelles pendant un certain temps. M. de Courcy nous apprend, dans son *Etude sur l'absence des navigateurs disparus (Questions de Droit maritime, 2<sup>e</sup> série, p. 233)*, qu'il existe à Dunkerque une véritable coutume à ce sujet : délais à observer, formalités à remplir, tout cela est minutieusement déterminé : « Deux ans après la

disparition du navire, on demande au juge de paix de dresser un acte de notoriété constatant l'absence de nouvelles de tel navire et de tel homme parti à son bord, et, sur le vu de cet acte, avec l'assentiment du ministère public, le tribunal rend un jugement destiné à tenir lieu d'acte de décès. »

La Cour de Bordeaux, elle aussi, a eu maintes fois à statuer en de pareilles causes. Le 6 mars 1874 (Sir., 76, 2, 9), elle déclarait que la preuve du décès d'un marin disparu depuis plusieurs années, résulte suffisamment du défaut de nouvelles du navire sur lequel il était embarqué et des marins composant l'équipage. C'était aller assez loin, ainsi qu'on peut le remarquer, dans la voie d'admission des présomptions. Dans des arrêts ultérieurs, la même Cour s'est montrée plus rigoureuse. Suivant elle, les présomptions ne peuvent être admises pour établir le décès d'une personne, qu'à suite d'un concours de circonstances qui ne laissent aucune incertitude. Ainsi, on ne peut faire résulter la preuve du décès d'un marin du défaut de nouvelles du navire sur lequel il naviguait et des marins composant l'équipage, ni de l'opinion commune de l'autorité maritime, des armateurs, des assureurs et des familles des marins, que le navire aurait péri corps et biens dans un naufrage (Bordeaux, 2 juin 1875; Sir., 76, 2, 10; 7 février 1876; Sir., 77, 2, 52; 25 juillet 1876; Sir., 77, 2, 184; 23 février et 16 juin 1880; Sir., 81, 2, 83). Il est bien certain qu'il y a, entre les tribunaux dont nous avons fait connaître la pratique et la Cour de Bordeaux et même entre l'arrêt de 1874 et les décisions ultérieures émanant de la

même juridiction, un certain dissentiment, et nous estimons personnellement que la Cour s'est montrée trop rigoureuse dans les décisions qui ont suivi celle de 1874. Ainsi, comme le reconnaissent ces arrêts, et comme le dit notamment celui de 1875, le décès est un fait pur et simple. Or, les faits purs et simples ou matériels sont susceptibles d'être toujours prouvés par témoins. D'autre part, lorsque la preuve testimoniale est admissible, les présomptions le sont aussi, à condition d'être graves, précises, concordantes. Et c'est pousser la prudence trop loin que d'exiger des présomptions, « qu'elles ne laissent aucune incertitude, aucun doute dans l'esprit du juge. » Autant vaut dire alors que la preuve par présomptions n'est jamais admissible en matière de naissance et de décès ; car, qui dit présomption, dit seulement vraisemblance et non pas certitude. En un mot, attendre des présomptions une démonstration complète de la vérité, c'est repousser par cela même toute présomption. C'est, en réalité, soustraire des faits matériels à leur preuve naturelle, et aboutir au système de M. Bertin (*Chambre du conseil*, 9<sup>e</sup> édition, t. I, n<sup>o</sup> 127), d'après lequel « la constatation des décès ne peut résulter que de preuves certaines ; des présomptions, quelques graves quelles puissent être, ne sauraient déterminer le magistrat à déclarer que le décès est constant. »

Il faut noter cependant, ainsi que nous l'avons fait observer, que les dissentiments que nous signalons entre les décisions précitées, ne portent pas au fond sur un point de Droit. Pour avoir montré une rigueur excessive, la Cour de Bordeaux n'a pas cessé de déclara-

rer que les présomptions sont admissibles pour établir le fait matériel du décès. On pourrait soutenir, il est vrai, en s'appuyant sur certaines paroles échangées entre divers rédacteurs du Code, que la preuve du décès ne peut être faite que conformément aux règles indiquées au titre de l'absence. Nous ne pensons pas toutefois que cette opinion soit exacte. Remarquons d'abord, que les effets légaux de l'absence sont basés en somme sur des présomptions. Ces dernières sont, il est vrai, réglementées par la loi, mais elles n'en constituent pas moins pour cela des présomptions. Elles ont pour but précisément de pourvoir au défaut de toute autre présomption tirée des circonstances et de remplacer une preuve impossible ou très difficile à effectuer.

D'ailleurs, le système que nous combattons s'appuie sur de vagues propos des rédacteurs du Code. Or, c'est une vérité devenue banale à force d'être répétée, que les travaux préparatoires offrent l'image d'un vaste arsenal, susceptible de fournir des armes à toutes les opinions. Il faudrait des arguments plus probants pour renverser une règle conforme aux principes du Droit commun, suivant lequel les faits matériels, par conséquent les naissances et les décès peuvent être établis par témoins, et dès lors, aussi par présomptions (article 1353, Civ.).

2<sup>o</sup> *Causes de divorce et de séparation de corps.* — Il est indiscutable que l'adultère, les sévices, excès et injures graves, servant de base à une instance en divorce ou en séparation de corps, peuvent être prouvés par témoins. De deux choses l'une, en effet : ou ces faits à raison de leur gravité ou des circonstances qui les ont

accompagnés (339 Pén.), constituent des délits, et alors, ils bénéficient de l'exception apportée par l'article 1348, à la règle qui exige la preuve testimoniale; ou bien les faits en question conservent leur nature première de faits purs et simples, et alors, à raison même de cette nature, ils échappent à la prohibition de la preuve par témoins.

Les faits de réconciliation opposés comme fin de non recevoir à une demande en divorce ou en séparation, rentrent aussi dans la catégorie des faits matériels et peuvent être établis au moyen de dépositions, de témoignages.

3<sup>o</sup> *Constructions, plantations sur le fonds d'autrui.*  
— En suivant l'ordre des matières adopté par le Code civil, nous trouvons, relativement à l'art. 551, d'autres exemples de faits purs et simples.

Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation, le 27 juillet 1859 (Sir., 60, 1, 360), que le fait d'avoir exécuté des travaux sur un immeuble dont on se croyait propriétaire est susceptible d'être prouvé par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, quoique la somme réclamée pour ces travaux soit supérieure à 150 fr. Mais la Cour base sa décision sur ce qu'« il y a lieu d'appliquer ici l'article 1348, qui autorise exceptionnellement la preuve testimoniale toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite. » Malgré tout le respect que nous avons pour la plus haute juridiction de notre pays, nous ne saurions adopter ce considérant, et nous préférons dire que si la preuve testimoniale peut être admise ici, c'est, non pas en vertu de l'article 1348, mais parce que le

simple fait d'exécuter des travaux est un fait matériel. Telle est, du reste, la doctrine adoptée par la Cour régulatrice dans des arrêts postérieurs à celui que nous venons d'indiquer, notamment dans un arrêt du 23 mai 1860 (Sir., 60, 1, 793). Nous y voyons que « celui qui prétend avoir fait des plantations sur le fonds d'autrui et qui réclame les indemnités auxquelles il aurait droit pour ces plantations, en vertu de l'article 555, peut être admis à prouver, par témoins, que les plantations ont réellement été faites par lui, cette preuve ayant pour objet d'établir non une convention, mais un pur fait. » Les mêmes principes sont affirmés dans un arrêt de rejet rendu au cours de ces dernières années, et qui déclare « que la preuve testimoniale est admissible pour constater des faits matériels dont l'exécution pourrait, indépendamment d'un engagement positif, donner naissance à un droit à indemnité; spécialement pour justifier l'existence de travaux de construction et de réparation sur la propriété d'autrui qui sont de nature, en dehors de toute convention, à obliger le propriétaire vis-à-vis du constructeur. » (Poitiers, 11 nov. 1880; Sirey, 82, 1, 23; — Cass., req., 2 mars 1881; Sirey, 82, 1, 23).

4<sup>o</sup> *Invention d'un trésor.* — Le fait de cacher un objet de valeur ou une somme d'argent rentre évidemment dans la catégorie des faits purs et simples. C'est ce qu'ont décidé la Cour de Riom le 26 février 1810 (Daloz, *Répert.*, V<sup>o</sup> *Obligations*) et la Cour de Bordeaux dans un arrêt du 22 février 1827 (Daloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> *Obligations*, note I), dont voici un extrait : « Attendu que le fait d'enfouir une somme dans un lieu

quelconque n'est ni une convention ni une obligation dont l'auteur soit, aux termes de la loi, tenu de faire passer acte; — Attendu qu'on ne peut appliquer à un fait de cette nature les dispositions de l'art. 1344, etc. »

5° *Fraude, dol, violence.* — La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que ces faits sont susceptibles d'être prouvés par témoins (Cassat., rej., 22 thermidor an IX; Sir., 2, 4, 24; — Req. rej., 24 thermidor an XIII; Sir., 20, 4, 486; — Req. rej., 20 février 1811; Sir., 11, 4, 141; — Req. rej., 1<sup>er</sup> fév. 1832; Sir., 32, 4, 139; — Req. rej., 20 déc. 1832; Sir., 33, 1, 344; — Req. rej., 3 juin 1835; Sir., 25, 4, 429; Req. rej., 4 février 1836; Sir., 36, 1, 839; — Crim. rej., 28 novembre 1838; Sir., 39, 4, 813). Il importe peu, du reste, qu'il s'agisse d'une fraude à la loi ou d'un dol envers la personne. Dans l'un comme dans l'autre cas, la règle posée par l'article 1344 ne s'applique pas (Lyon, 21 mars 1832; Sir., 32, 2, 391; — Cass. Chambres réunies, 7 mai 1836; Sir., 36, 4, 574). Il n'y a divergence que sur le point de savoir quel est le motif en vertu duquel le principe établi par l'article 1344 est écarté ici. MM. Aubry et Rau (t. VIII, p. 348, note 17) pensent que cela tient à ce que « le dol consistant en manœuvres pratiquées à l'insu de la personne dont elles ont pour but de surprendre le consentement, celle-ci se trouve, par la nature même des choses, dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale. » En d'autres termes, suivant les estimables auteurs que nous venons de citer, la fraude, le dol, la violence pourraient être prouvés par témoins, en vertu de l'article 1348, de telle sorte qu'ils feraient exception

à la règle de l'article 1344. Nous pensons, au contraire, que la possibilité d'accueillir ici la preuve testimoniale provient de ce que les faits que nous examinons en ce moment sont tout à fait en dehors de la prohibition de la preuve testimoniale. Ils ne sont pas compris dans les termes de la défense. Et le motif de cette exclusion est bien simple. La violence, le dol, la fraude ne sont pas des actes qui, de leur nature, entraînent directement des conséquences juridiques. On peut parfaitement violenter quelqu'un sans commettre un délit, tromper quelqu'un en dehors de toute convention. Nous nous trouvons donc en présence de faits matériels, et il faut leur appliquer la règle qui leur est propre, c'est-à-dire les affranchir de l'obligation de la preuve littérale (Cass., 24 février 1872; Sir., 72, 1, 367; — 31 juillet 1872; Sir., 73, 1, 117; — 27 juillet 1874; Sir., 75, 1, 117; — 28 août 1877; Sir., 78, 1, 270; — 8 août 1878; Sir., 79, 1, 461; — 28 juin 1881; Dalloz, 82, 1, 162). Mais les tribunaux ne sauraient admettre que la partie qui veut se prévaloir d'un acte juridique dont l'existence est contestée puisse prouver cet acte par témoins, sous prétexte qu'il a été provoqué par les manœuvres dolosives de l'adversaire. Il faut appliquer ici les règles que nous avons indiquées en matière de faits mixtes : l'existence de l'acte juridique contesté devra être établie uniquement au moyen d'écrits, si la valeur de l'objet en litige est supérieure à 150 fr., tandis que la preuve du fait matériel, fraude, dol ou violence, pourra résulter des dépositions des témoins ou même de simples présomptions (Cass., 3 mai 1848; Sir., 48, 1, 321; — 5 août 1880; Sir., 81, 1, 52; — Lyon,

10 août 1881; Sir., 82, 2, 125; — Trib. de la Seine, 12 août 1882; Sir., 82, 2, 256).

Toutefois, si les manœuvres frauduleuses ou dolosives à l'aide desquelles le consentement a été surpris ont été pratiquées uniquement en vue de l'acte juridique, du contrat, par exemple, à réaliser; si elles se sont produites simultanément, de telle sorte que la convention et le dol qui l'a déterminée sont, pour ainsi dire, fondus ensemble, dans ce cas, la convention peut, à notre avis, être prouvée par témoins comme le dol lui-même, bien que la valeur du litige soit supérieure à 150 francs (Cass., 8 août 1878; Sir., 79, 1, 461; — 25 mars 1884; Sir., 86, 1, 344). Dans l'espèce prévue par ce dernier arrêt, il s'agissait d'un contrat de vente qui avait été provoqué par le dol d'une des parties. La Cour suprême se prononça pour l'admissibilité de la preuve testimoniale, bien que les circonstances de la cause ne fussent pas très favorables à cette solution. Elle déclara qu'il suffisait de la simple concomitance des manœuvres frauduleuses et du contrat pour que l'existence de ce dernier pût être établie au moyen de témoins.

Tels sont les principes que nous croyons devoir être admis en matière de fraude. Comme celle-ci peut se rencontrer en toute espèce de matière, les recueils de Sirey et de Dalloz, rapportent de nombreuses décisions judiciaires qui ont autorisé la preuve testimoniale à ce sujet. Nous en indiquerons seulement quelques-unes parmi les plus saillantes.

Aux termes de l'article 931 Civ., tous actes portant *donation entre vifs*, doivent être passés en la forme

authentique, par conséquent par écrit. Mais il peut arriver, il arrive même fréquemment que, sous divers prétextes, une libéralité au lieu d'affecter les allures d'une donation ostensible, se cache sous les apparences d'un acte à titre onéreux. La partie qui a un intérêt à faire tomber le voile et à rétablir la réalité des faits, peut-elle prouver par témoins le déguisement, la simulation ? Oui, d'après la jurisprudence, « la preuve qu'un acte en apparence à titre onéreux ne renferme, en réalité, qu'une libéralité déguisée, peut être faite par témoins, et même par de simples présomptions. »

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1863 (Dalloz, 63, 1, 431), déclare qu'une cession de droits successifs faite par un héritier à son cohéritier, moyennant un prix inférieur à la valeur des droits cédés, ne peut être attaquée pour cause de lésion, lorsqu'il résulte des circonstances souverainement appréciées par les juges, que le cédant a voulu faire donation au cessionnaire de l'excédant de valeur de la chose cédée sur le prix stipulé. « Attendu, dit l'arrêt, que la loi n'a soumis à aucune règle spéciale la preuve de l'existence des donations déguisées ; que, dès lors, la preuve qu'un acte, en apparence, à titre onéreux, n'est qu'une libéralité déguisée, peut être faite par témoins et même par simples présomptions. » Dans le même sens : Cassat. 12 avril 1865. Dalloz, 66, 1, 261.

A plus forte raison, la preuve par témoins ou par simples présomptions est elle admissible lorsqu'il s'agit de libéralités déguisées portant atteinte à la réserve : « Attendu que la disposition par laquelle le père ou la mère dépasse la quotité disponible, constitue une

fraude à la loi, et que, sous ce rapport, les réservataires dont les droits sont lésés par les dispositions faites au profit de leurs co-héritiers, sont admis à prouver par témoins, et par conséquent à l'aide de présomptions, la lésion dont ils se plaignent. » (Cassat. 18 août 1862. D. 63, 1, 144.)

Que décider dans le cas où, lors du règlement des récompenses, l'un des époux veut établir que par suite d'une simulation, le prix porté dans l'acte de vente d'un propre aliéné durant la communauté est inférieur au prix réel ?

La solution de cette question paraît très simple au premier abord, et l'on est immédiatement tenté de faire le raisonnement suivant : La dissimulation de prix dans la vente est une fraude. Or, la fraude rentre dans la catégorie des faits matériels ; donc, on doit lui appliquer les règles qui régissent ces derniers et permettre de la prouver par témoins, quel que soit, du reste, l'époux auteur de la dissimulation. Il est certain que cette argumentation serait inattaquable, si elle ne venait se heurter à des textes formels du Code civil. Il résulte, en effet, de la combinaison des articles 1414, 1415, 1436, que la femme est admise à prouver contre son mari, non seulement par titres, mais encore par témoins, par papiers domestiques et même par la commune renommée, la consistance des valeurs mobilières par elle apportées dans la communauté, et que le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve. La jurisprudence admet d'une façon constante cette distinction. (Cassa. 14 février 1843. Dall. 143, , 137 ; — Besançon, 21 juin 1845. Dall. 51, 5, 93 ; — Cass. 30 déc. 1857. Dall. 58, 1, 39 ; — Douai,

28 avril 1854. Dall. 52, 2, 290.) « Attendu, dit ce dernier arrêt, que l'acte fait nécessairement foi du prix qu'il énonce, quand il s'agit de l'aliénation d'un propre du mari, lequel est maître de la rédaction de l'instrument, et ne peut, par suite, être admis à prouver par témoins, contre et outre son contenu ; mais qu'il n'en saurait être de même de la vente d'un bien personnel de la femme ; que cette dernière, en effet, ne stipule au contrat que sous l'influence de l'autorité maritale, que son consentement n'est pas suffisamment volontaire et libre pour être obligatoire de sa part, quand ses droits se trouvent compromis par une fausse énonciation, et que, d'ailleurs, tant que dure la communauté, elle ne peut pas plus abdiquer directement ou indirectement la protection que le mari doit à ses intérêts, que le mineur ne peut renoncer à celle qu'il attend du tuteur ; attendu que, dans ce cas, la réticence ou la dissimulation du contrat constitue une fraude à la loi et à la personne, et que la preuve testimoniale et autres voies de droit deviennent admissibles d'après l'exception même que l'article 1348 apporte à la prohibition de l'article 1341, pour rétablir dans les actes qui intéressent la femme, le prix réel de la vente de ses biens servant de base à l'action en reprise sur la communauté. » Un arrêt de la Cour suprême, à la date du 14 mai 1879 (Dall. 79, 1, 420), déclare dans le même sens qu'à la différence de la femme, le mari dont les propres ont été aliénés durant la communauté, n'est pas recevable à établir par témoins que le prix réel de la vente a été dissimulé dans l'acte, et qu'il a reçu de l'acquéreur un supplément de prix. »

On voit que la distinction par nous indiquée est parfaitement acceptée par les tribunaux. Toutefois, ces derniers donnent de leur décision un motif que nous devons répudier. L'article 1348. dont ils excipent, est exclusivement réservé aux faits juridiques, et, dès lors, on est mal fondé à invoquer à propos du fait matériel de fraude ou de dissimulation, l'exception renfermée dans le texte précité. Sous ces réserves, nous adoptons la manière de voir de la Cour de cassation, et nous pensons avec elle que la preuve testimoniale, en matière de dissimulation de prix dans la vente d'un propre est accessible à la femme, tandis qu'elle demeure interdite au mari (1).

Une question voisine de celle que nous venons d'examiner, est la suivante : Comment peut être faite la

(1) Puisque, à propos de fraude, nous avons été amenés à parler de la vente, nous croyons devoir signaler une espèce intéressante qui est actuellement soumise au tribunal de Saint-Pons : Un individu vend divers immeubles, notamment un moulin, et il se réserve le droit d'y faire moudre gratuitement et à perpétuité le blé nécessaire à sa consommation. L'obligation est exécutée par l'acheteur durant trente-cinq ou trente-six ans, puis cet acquéreur charge un tiers de la remplir à sa place. La prestation est également effectuée par ce tiers pendant douze ou quinze ans. Passé ce temps, il refuse de continuer à fournir la mouture gratuite. D'où la question de savoir si le fait d'avoir moulu du blé peut être considéré comme un fait pur et simple, c'est-à-dire susceptible d'être prouvé de plano par témoins, ou bien, au contraire, si ce fait se rattachant à l'exécution d'une obligation doit être envisagé comme un fait juridique, et comme exigeant, dès lors, une preuve littérale. Et, dans le cas où cette dernière manière de voir serait adoptée, on se trouve encore en présence des difficultés suivantes : 1° Doit-on, pour examiner si la valeur de l'objet en litige dépasse 150 francs, se référer à chaque mouture en particulier, ou envisager en bloc les diverses moutures ? — 2° Ne pourrait-on pas admettre la preuve par témoins à raison de ce qu'il a été impossible de se procurer un acte écrit ? — Pour nous, qui pensons que le fait de moudre du blé est un fait pur et simple, ces deux difficultés ne sauraient nous préoccuper.

preuve de la *consistance du mobilier appartenant avant le mariage à des époux communs*?

La Cour de Cassation a eu à statuer sur ce point, le 28 août 1884 (Sir. 85, 1, 126). Dans l'espèce, le mari ou son ayant droit, avait été admis en première instance à prouver par témoins contre sa femme la consistance du mobilier qu'il prétendait lui avoir appartenu avant le mariage. Mais appel avait été interjeté, et la Cour de Pau, par un arrêt du 28 décembre 1881, avait infirmé le jugement entrepris et déclaré qu'en l'absence d'inventaire, les meubles revendiqués comme propres par le mari devaient être considérés comme communs. L'arrêt fut déféré à la Cour de Cassation, mais le pourvoi fut rejeté. Il est à remarquer, cependant, que la Cour suprême n'a pas entendu consacrer en droit la thèse absolue de l'arrêt attaqué. Elle a reconnu, en effet, que l'article 1499 ne reçoit sa stricte et littérale application qu'à l'égard des créanciers, mais que, dans les rapports des époux entre eux, la présomption qu'il édicte n'est pas irréfragable et peut être renversée par une preuve contraire. Seulement, la Cour ajoute que l'admission des preuves par lesquelles il peut être suppléé, entre conjoints, au défaut d'inventaire, n'en est pas moins soumise au droit commun sans autre exception que celle qui résulte de l'article 1504.

L'arrêt de rejet renferme deux parties distinctes : dans la première, la Cour de Cassation exige un inventaire à l'égard des créanciers de la communauté, et se prononce d'une façon générale pour l'admissibilité des preuves supplétoires dans les rapports d'époux à époux.

Dans la seconde partie, elle excepte de cette admissibilité la preuve par témoins.

La première affirmation peut être appuyée sur l'article 1510, a. 2, suivant lequel un inventaire n'est exigé qu'à l'égard des créanciers. On peut objecter, il est vrai, que ce texte est spécial à la clause de séparation de dettes. Mais il est facile de répondre avec MM. Aubry et Rau que la séparation de dettes résulte virtuellement d'une clause de communauté réduite aux acquêts, et qu'il y a lieu de se référer à l'article 1510 aussi bien pour ce cas que pour l'hypothèse où la séparation a été formellement stipulée. On peut encore opposer l'article 1499. Ce texte, dit-on, est limitatif, et cela se comprend, car les époux sont en faute de ne s'être pas procuré, avant le mariage, la preuve écrite de leur apport. Il est vrai qu'il y a eu faute de la part des conjoints à ne pas faire confectionner un inventaire ; mais, cette faute, ils l'expient suffisamment en s'exposant au danger d'une preuve impossible ou difficile à effectuer. On ne peut pousser la rigueur jusqu'à prononcer contre eux une véritable déchéance. L'article 1398, du reste, est en faveur de la solution que nous proposons, car il autorise les époux à prélever leurs apports « *dûment justifiés* », expression qui, par sa généralité embrasse tous les modes de preuve.

La première partie de l'arrêt de la Cour suprême nous paraît donc conforme à la loi. La seconde est plus contestable : Il y est dit à propos de l'espèce en question que la preuve testimoniale est en dehors de moyens de conviction auxquels les parties peuvent recourir à défaut d'inventaire. La Cour base sa décision, en droit,

sur ce que l'admission de ces autres moyens de preuve est soumise au droit commun, sans autre exception que celle qui résulte de l'article 1504 ; en fait « parce que le demandeur en cassation ne rapportait aucun titre et ne justifiait pas qu'il fût dans aucun cas d'exception spécifié par la loi. » Mais l'article 1504 doit être écarté du débat. Ce texte, en effet, n'exige d'inventaire que pour la preuve du mobilier échéant aux époux *pendant* le mariage, et il fait exception en faveur de la femme ou de ses héritiers. Or, dans l'espèce, il s'agissait d'apports, c'est-à-dire de biens appartenant aux époux *avant* le mariage, et c'était le mari qui demandait à faire la preuve de l'apport.

Dans le motif de fait, la Cour se référait aux principes sur la preuve des obligations, et en particulier à la règle prohibitive de la preuve testimoniale qui est renfermée dans l'article 1341. Mais il nous semble que cette règle ne saurait trouver place ici. En effet, le mari demandait à prouver que, lors du mariage, la femme était venue habiter dans la maison occupée par lui et que cette maison était alors meublée de la même façon qu'au moment de la dissolution de la communauté. Or n'est-ce pas là un fait purement matériel, un fait qui par conséquent est tout-à-fait en dehors de la prohibition de l'article 1341, puisque ce texte n'embrasse que les faits juridiques. Donc, ce fait matériel est susceptible d'être établi au moyen de témoignages.

Cette doctrine était déjà admise sous l'empire des ordonnances de 1566 et de 1667, et Pothier se montrait très précis sur ce point : « Lorsqu'il n'y a, disait-il, aucun acte par lequel on puisse justifier la qualité du

meubles que les conjoints ou l'un des conjoints avaient lors du mariage, on en admet la preuve par commune renommée. On laisse à la discrétion du juge à fixer sur les enquêtes faites de la commune renommée la quantité de ce mobilier. . . . . » (Comm. n° 300). On comprend, en effet, que du moment que l'on reconnaît que l'article 1499 n'est pas limitatif dans les rapports d'époux à époux, et qu'en dehors d'un inventaire ou d'un état en bonne forme, d'autres preuves sont permises, il n'y a pas de raison pour exclure la preuve testimoniale.

6° *Faits purs et simples en matière d'Assurances, de Retraites.* — La matière des assurances et des retraites qui a pris de nos jours une importance sans cesse grandissante, nous fournit d'excellents exemples de faits matériels.

Ainsi, la connaissance qu'une Compagnie d'assurances a eue de la vente d'une maison incendiée, à l'époque où elle a consenti à régler l'indemnité du sinistre et a offert d'en acquitter le montant, est un fait pur et simple et peut s'établir par toute espèce de moyens et même par de simples présomptions, à l'effet d'en tirer la preuve de la renonciation de la Compagnie à la déchéance encourue par l'assuré (Cassat. req. 8 juillet 1873. Dall. 74-1-172) : « Attendu, en droit, dit l'arrêt, que la connaissance que la Compagnie l'Union aurait eue de la vente de la maison incendiée lorsqu'elle a consenti à régler l'indemnité du sinistre et qu'elle a offert d'en acquitter le montant, est un fait pur et simple qui n'implique par lui-même ni obligation, ni libération, ni aucune des choses pour lesquelles l'arti-

de 1341 Civ., exige une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit ; que ce fait n'a de valeur juridique que par sa concomitance et sa corrélation avec l'exécution volontaire du contrat d'assurance, laquelle, par la connaissance même accidentelle du fait articulé, peut revêtir le caractère d'une renonciation à la déchéance encourue ; que l'exécution volontaire du contrat d'assurance étant elle-même constatée par écrit, il s'ensuit que le fait de la connaissance dont il s'agit, considéré en lui-même, et comme un fait purement accidentel, peut s'établir par toute espèce de preuves et même par de simples présomptions. ». Cet arrêt est si fortement et si lumineusement motivé, que tout commentaire de notre part nous paraîtrait superflu. (Dans le même sens : Cass. 1<sup>er</sup> juillet 1874. Sir. 74-1-365).

En ce qui concerne la question des retraites, il résulte, à *contrario*, d'un arrêt récent de la Cour suprême que la durée des services d'un employé ou d'un ouvrier peut être prouvée par témoins, parce qu'elle constitue un fait pur et simple.

Dans l'espèce, la clause du règlement d'une caisse de retraites portait ceci : « Pour être admis à la pension de retraites, l'ouvrier devra prouver qu'il compte trente ans de services effectifs, par des documents écrits, tels que son livret ou un extrait des livres de la Compagnie, aucun autre moyen de preuve n'étant admissible. » — Il était donc intervenu une convention dérogatoire au droit commun, et la Cour de Cassation a bien jugé en déclarant que « vainement on alléguerait que la durée des services d'un ouvrier étant, non un

fait juridique, mais un fait pur et simple, la preuve peut être faite par témoins, la clause précitée interdisant précisément la preuve de ce fait par un autre mode que l'écrit. ». Mais on lit entre les lignes de l'arrêt que la décision de la Cour eût été tout autre en l'absence de la clause particulière dont s'agit (Cassation req., 30 juillet 1884. Sir. 85, 1-374.)

7° *Possession*. — Pour clore la liste, non limitative du reste, que nous donnons des faits matériels auxquels s'applique notre théorie en matière de preuve, nous citerons la possession.

J'ai labouré, semé, planté, sur un fonds que je possédais et qui appartenait à Pierre. Ce dernier revendique contre moi. Serai-je astreint, dans ma demande d'indemnité pour mon travail et mes déboursés à exhiber une preuve écrite? Non; quel que soit le taux de mes prétentions, car, s'il est vrai qu'un rapport juridique soit né entre Pierre et moi de ces faits de possession, il n'est pas moins certain que ces faits, à leur origine, et par leur nature n'étaient pas destinés à les produire.

On pourrait objecter, il est vrai, que la possession entraîne réellement des conséquences juridiques, puisqu'elle dispense le possesseur de toute preuve. Ce dernier peut attendre les attaques de son adversaire : *possideo quia possideo*, peut-il dire. Mais cette difficulté disparaît, si l'on considère que la dispense de preuve dont jouit le possesseur, tient plutôt à la qualité de défendeur, que la possession lui fait acquérir dans l'instance au pétitoire, qu'à la possession elle-même. Ce qui le démontre, c'est que la possession, fût-elle

entachée d'un vice quelconque et n'étant pas utile, son titulaire n'en conserverait pas moins la qualité de défendeur au procès.

Les auteurs et la jurisprudence sont dans ce sens. L'application la plus ordinaire de notre principe a lieu à propos de la prescription trentenaire ou de la prescription de dix ou vingt ans. Il a été décidé que l'article 1344, prohibitif de la preuve testimoniale, n'était pas applicable aux faits de possession et de prescription. (Cass. belge, 27 juillet 1827; Pasierisie, 1827, p. 268; — Cass. belge, 24 janvier 1837; Besançon, 16 août 1838; — Cass. rej., 23 mars 1842; — Cass., 20 avril 1868; Dalloz, 69, 1, 83.)

La possession immémoriale se prouve aussi par témoins, parce qu'elle consiste en un pur fait; et ce principe est applicable à la possession immémoriale d'une emphytéose; car si la question de prescription est douteuse dans ce cas, la question de preuve ne l'est pas. (Cass. belge, 27 juillet 1836; Pasierisie, 36, 1, 291; — 4 mars 1847; Pasierisie, 1848, 1, 43.)

Mais, si au lieu de demander à prouver que j'ai possédé par moi-même, je prétends avoir possédé par l'intermédiaire d'un tiers, d'un fermier par exemple, *quid juris?* il faut évidemment que je démontre que ce tiers était mon fermier. Le ferai-je par témoins, en me basant sur ce que la possession est un fait pur et simple? Non, car ici, la possession revêt un caractère complexe. J'établirai, à l'aide de témoignages, l'élément matériel, le fait de la possession proprement dite. Quant au bail, je ne pourrai en démontrer

l'existence, si son prix est supérieur à 450 francs, qu'en recourant à la preuve littérale, car le bail constitue, dans l'espèce, un élément juridique. Il suppose qu'il est intervenu un contrat entre le propriétaire et moi. M. Demolombe (T. XXX, n° 20) n'accepte pas cette doctrine. Il prétend qu'il ne s'agit pas ici de l'exécution du bail allégué; que la partie ne demande pas à lui faire produire un effet juridique quelconque. « Ce qu'elle demande uniquement, dit-il, c'est à prouver le fait qu'un tiers, qui possédait matériellement la chose, la possédait, non pas pour lui-même, mais pour elle; de sorte que, finalement, elle ne demande qu'à prouver ainsi le fait matériel de sa propre possession. La preuve du bail n'est donc, dans ce cas, qu'un élément accessoire de la preuve de la possession. »

Nous pensons, quant à nous, que le raisonnement de l'auteur que nous venons de citer, repose sur une pure subtilité. Il est vrai que l'exécution du bail n'est pas directement en jeu; mais il y a mieux que cela: il y a l'existence du bail à établir. D'autre part, dire que la partie demande à prouver qu'un tiers possédait pour elle, n'est-ce pas admettre implicitement qu'il y aura lieu de se préoccuper du point de savoir quel était le titre de cette possession? Pourra-t-on éviter de parler de la convention intervenue entre le propriétaire et le possesseur? Non, évidemment. La preuve du bail pourra n'être qu'accessoire, mais cela suffira pour que les témoignages ne soient pas admissibles.

M. Demolombe et avec lui M. Bonnier (1, 153), objectent encore qu'aux termes des articles 23 et 24,

Procéd., le juge du possessoire, bien qu'appelé à apprécier la précarité de la possession, statue cependant sur l'enquête, et que, s'il en est ainsi, c'est qu'il ne s'agit pas du droit, mais du fait, non pas de l'existence ou de la non existence du bail, « mais du fait matériel de possession pour autrui. » Cet argument ne saurait nous convaincre, car, d'abord, dès qu'il s'agit de possession pour autrui, il y a plus qu'un simple fait matériel, il y a ce fait, plus un rapport juridique entre deux personnes. En outre, il ne résulte pas des articles 23, 24 Pr., que la preuve testimoniale soit admise pour établir la précarité. Ces textes signifient seulement que des dépositions de témoins suffisent pour établir, devant le juge de paix la matérialité de la possession, mais ils ne déclarent nullement que la preuve testimoniale sera admissible pour mettre en lumière le rapport de droit d'où dérive la précarité.

En résumé, nous pensons que la possession constitue par elle-même un fait matériel. Toutefois quant à la possession proprement dite viendront se joindre des rapports juridiques, il faudra appliquer les règles des faits mixtes, c'est-à-dire prouver par témoins l'élément matériel, et établir au moyen d'écrits l'existence de l'élément juridique. La règle est simple : il faut s'y tenir.

---

## CONCLUSION

Notre tâche est terminée. Nous avons essayé de démontrer que la distinction des faits juridiques et des faits matériels ou purs et simples, admise dans notre ancien Droit et adoptée par le Code civil, présentait une très grande importance en matière de preuve. Nous avons constaté que, grâce à cette distinction, l'importance de la preuve littérale se trouvait singulièrement restreinte, et que la prohibition de l'article 1341 était réduite à une expression plus simple qu'on ne pourrait le supposer tout d'abord.

Comme conclusion de ces développements, nous croyons utile de donner notre appréciation sur l'exclusion de la preuve testimoniale, édictée en matière de faits juridiques par l'article 1341, et d'examiner à quel des deux modes de preuve, des témoins ou de l'écriture, devrait appartenir la priorité.

Toullier, estime que l'amoindrissement de la preuve par témoins « tendrait à ébranler les fondements de l'histoire et de la religion. » Esmein, déclare au contraire, que « le principe de notre Droit moderne (relatif à la prédominance de la preuve littérale) est l'idéal vers lequel doit tendre toute législation. » (*Etudes sur les contrats*, p. 8).

A quelle des deux opinions faut-il se ranger ? Il est tout d'abord un point incontestable : c'est que les témoignages sont le mode normal de preuve des civilisations

et des législations naissantes. Mais doit-on en conclure que ce moyen est par cela même imparfait et de nature inférieure ? Nous ne le pensons pas : Si la preuve testimoniale l'emporte chez les peuples à l'état d'enfance, cela tient uniquement au peu de diffusion de l'écriture. Mais entre ce fait et le degré de mérite, de crédibilité des témoignages, il n'y a aucune corrélation, aucun rapport de cause à effet, et dès lors la question reste entière. Pour la résoudre sainement, il faut, je crois, s'inspirer de l'esprit général de notre législation. Or, les efforts de cette dernière ont tendu à se dégager peu à peu du formalisme, et des subtilités qui se rencontraient dans les divers Droits dont elle est issue. Ce but a été à peu près réalisé, mais un reste de formalisme persiste encore et réside dans cette prohibition de la preuve testimoniale édictée par l'article 1344. Il y aurait peut être ici une suppression à opérer, car ses restrictions à la liberté de la preuve ne sont plus de notre époque : « Aujourd'hui, dit M. Bonnier (*Traité des preuves*, t. I, p. 182), le système inauguré par l'ordonnance de Moulins, a un caractère formaliste qui répugne un peu à nos mœurs. »

On ne voit pas, du reste, que la preuve littérale offre beaucoup plus de sécurité que la preuve testimoniale. Le grand reproche que l'on fait à cette dernière, c'est le danger de subornation des témoins (1). Mais cet inconvénient est facile à éviter au moyen de la confrontation des témoins et de la comparaison des témoi-

(1) Il paraîtrait, d'après M. Mattei, dont nous indiquons l'appréciation à titre de curiosité, que la crainte de la subornation des témoins

gnages. On objecte encore que, lorsqu'un fait n'est pas relaté par écrit, on n'a pas à son égard les mêmes garanties de sécurité et de fidélité au point de vue de la preuve. Mais on peut retourner l'argument, montrer que les écrits s'égarer très facilement, et que l'emploi de ce mode de conviction est très dangereux pour les personnes qui ne savent que signer.

Et, d'ailleurs, serait-il démontré que la preuve par témoins présente encore d'autres défauts, ce ne serait peut être pas encore là une raison suffisante pour la proscrire, car, après tout, c'est aux parties à se préoccuper des dangers auxquels elles s'exposent. Si elles négligent de prendre des précautions, tant pis pour elles: « *Lex subvenit vigilantibus, non autem stultis et dormientibus* ». Et puis, comment légitimer le taux de 150 francs fixé chez nous par l'article 1344 ? N'est-ce pas là une limitation arbitraire, et par dessus tout contraire à l'égalité ? Peut-on nier que cette somme varie d'importance suivant la fortune de l'intéressé ? Il en serait ainsi, du reste, de tout autre taux que l'on pourrait choisir. Voilà pourquoi nous voudrions la suppression pure et simple du principe posé par l'article 1344.

En tout cas, si l'on ne voulait pas aller jusqu'à proclamer la liberté absolue dans l'emploi des moyens de

doit être très sérieuse en France où la bonne foi ne règne pas, mais ne saurait entrer en ligne de compte en Italie. Nul soupçon injurieux ne doit planer, suivant lui, sur ces concitoyens, car, dit-il, la moralité italienne n'est pas à comparer à la moralité française: « *La moralità italiana dovrà essere giudicata alla stregua della moralità francese!* » (*Osservazioni sul sistema probatorio testimoniale vigente*, p. 491. *Archivio juridico*. T. 21).

preuve, on devrait du moins élever le taux au-dessus duquel les témoignages ne sont plus admis. Par suite de la dépréciation de la monnaie, le chiffre de 150 francs représente aujourd'hui une valeur de beaucoup inférieure à celle qu'il avait lors de la confection du Code. Une réforme serait donc à désirer. En la réalisant, on mettrait le Code civil en harmonie avec la législation commerciale qui admet la preuve testimoniale sans restriction aucune. On ne ferait que suivre la voie déjà tracée par les autres nations. Certaines d'entre elles, par exemple l'Italie, le canton de Berne, ont élevé le chiffre au-dessous duquel il est permis d'user de la preuve testimoniale. D'autres législations, et ce sont les plus nombreuses, notamment les législations d'Autriche, de Danemark, de Suède et Norvège, d'Angleterre et des États-Unis, déclarent de droit commun l'admissibilité des témoignages : « Tout, dit M. Léon Faucher, se fait en Angleterre sur parole, comme en France par engagement par écrit.... Un témoignage, en Angleterre, vaut, et c'est beaucoup dire, ce que vaut un chiffre chez nous. » (*Études sur l'Angleterre*, Chapitre de l'Aristocratie.)

---

## POSITIONS

---

### Droit romain.

- I. Le tuteur répond de la *culpa levis in abstracto*.
- II. Il y a lieu de distinguer la *missio in possessionem rei servandæ causâ* et la *missio in possessionem rei vendendæ causâ*.
- III. L'hypothèque est un démembrement de la propriété.
- IV. L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, en principe.

### Droit civil.

- I. Un tuteur peut faire seul un emploi des capitaux disponibles appartenant à son pupille.
- II. Lorsqu'un jugement a été rendu au préjudice d'un mineur et qu'il n'y a pas opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le subrogé tuteur a le droit d'interjeter appel à titre de mesure conservatoire.
- III. Lorsqu'un patron assure ses ouvriers sans la participation de ceux-ci, contre les accidents professionnels, moyennant une prime à prélever sur leurs salaires, et qu'il s'assure lui-même pour le cas où il serait l'objet, de leur part, d'une action en responsabilité, les ouvriers ont contre la Compagnie d'assurances une action directe.
- IV. Le droit à une indemnité au cas d'accident ayant entraîné la mort est en dehors de la succession de la victime.

**Droit commercial.**

- I. Le syndic d'une faillite ne peut pas faire vendre les titres de rente sur l'Etat français appartenant au débiteur failli, pour distribuer le prix de cette vente à la masse des créanciers.

**Droit administratif.**

- II. Le maire n'a pas le pouvoir de faire expulser des conseillers municipaux de la salle des séances.

**Droit criminel.**

- III. Le transporté qui, après deux condamnations successives aux travaux forcés à temps, aura subi sa dernière peine, tombe immédiatement sous le coup de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes.

**Droit international privé.**

- IV. La déclaration faite dans les termes de l'article 9, civ., par l'individu né en France de parents étrangers, qui réclame la qualité de français, n'a pas d'effet rétroactif.

*Vu par le président de la Thèse,*  
Toulouse, le 17 juin 1887.

L. CAMPISTRON

*Vu par le doyen,*  
Toulouse, le 17 juin 1887.

HENRY BONFILS.

*Vu et permis d'imprimer,*  
Toulouse, le 18 juin 1887.

*Le Recteur,*  
CL. PERROUD.

## TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Bibliographie. . . . .	4
Notions préliminaires. . . . .	4

### PREMIERE PARTIE

#### DROIT ROMAIN

Section I <sup>re</sup> . — Preuves terminologiques de l'admission à à Rome de la distinction des faits juridiques et des faits matériels. . . . .	14
Section II <sup>e</sup> . — Applications. . . . .	19
Chapitre I <sup>er</sup> . — Application en matière de <i>restitutio</i> <i>in integrum</i> . . . . .	19
Chapitre II. — Application en matière d'action pau- lienne. . . . .	22
Chapitre III. — Application en matière d'action <i>quod metûs causâ</i> . . . . .	28
Chapitre IV. — Application en matière de contrats innomés. . . . .	32
Chapitre V. — Application en matière de preuve. .	38
§ 1. En matière de preuve de l'ingénuité. . . . .	44
§ 2. — — — l'affranchissement. . . . .	45
§ 3. — — — la répudiation. . . . .	45
§ 4. — — — la légitimation. . . . .	45
§ 5. — — — l'adoption. . . . .	46
§ 6. — — — l'adrogation. . . . .	46
§ 7. — — — l'émancipation. . . . .	46
§ 8. — — — la donation. . . . .	47
§ 9. — — — des baux emphytéotiques. . . . .	48
§ 10. — — — du paiement. . . . .	49
§ 11. — — — la stipulation. . . . .	49

DEUXIEME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

Chapitre I <sup>er</sup> . — Historique. . . . .	56
Chapitre II. — Admission de notre théorie ou distinction par les ordonnances de 1566 (Moulins) et de 1667. . .	59
Chapitre III. — Admission par le Code civil (article 1344). Intérêts de cette admission. . . . .	64
Chapitre IV. — Applications. . . . .	77
I <sup>re</sup> Division. — Examen de quelques faits juridiques au point de vue de l'application de notre théorie. . . . .	77
§ 1. Examen de l'autorisation maritale. . . . .	77
§ 2. — du paiement. . . . .	78
§ 3. — de la rétrocession d'un immeuble. . . . .	79
§ 4. — de l'échange. . . . .	79
§ 5. — du louage. . . . .	80
§ 6. — du mandat. . . . .	83
II <sup>e</sup> Division. — Principaux faits matériels. . . . .	86
1 <sup>o</sup> Naissances et décès. . . . .	86
2 <sup>o</sup> Causes de divorce et de séparation de corps. . . . .	98
3 <sup>o</sup> Constructions et plantations sur le fonds d'autrui. . . . .	99
4 <sup>o</sup> Invention d'un trésor. . . . .	100
5 <sup>o</sup> Fraude, dol, violence. . . . .	101
6 <sup>o</sup> Faits purs et simples en matière d'assurances et de retraites. . . . .	111
7 <sup>o</sup> Possession. . . . .	113
Conclusion. . . . .	117
Positions. . . . .	121



Toulouse, typographie Durand, Fillous & Lagarde, rue Saint-Rome, 44

*MM*

