Je dédie cette Thèse

à la mémoire de la plus parfaite des mères

—

Je la dédie aussi

A MON EXCELLENT PÈRE.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

M. CRUCHON (VICTOR-BERTRAND),

Né à Bordeaux (Gironde).

DROIT CIVIL.

Des preuves en matière civile et commerciale.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Le mot preuve, dans la langue juridique, est susceptible de différentes acceptions. Quelquefois, il exprime le fait de la production d'éléments de conviction à l'aide desquels, l'une des parties entend faire ressortir la vérité de ce qu'elle avance : c'est là ce que l'on nomme *actus probandi*. Dans un autre sens, il signifie ces éléments de con-

viction considérés en eux-mêmes ; il en désigne enfin le résultat, quant à la conviction du juge. Selon que cette conviction est entière ou ne l'est pas, on dit que la preuve est ou non complète.

Pour se déterminer, le juge ne doit pas attendre une certitude absolue ; il suffit qu'il existe pour lui, soit d'après les règles de l'expérience ou de la logique, soit d'après les dispositions de la loi, des éléments de conviction propres à faire tenir comme certain ce dont il veut s'assurer. Il ne lui est pas permis de rechercher, dans tous les cas, la vérité d'un fait ; il doit se soumettre aux prescriptions légales qui, dans un but d'utilité générale ou par respect pour la morale, interdisent de soulever officiellement le voile qui couvre certaines choses. Il faut qu'il ne s'attache qu'aux faits concluants et articulés par les parties. Maintenant que nous savons ce que c'est qu'une preuve et dans quels cas on en autorise l'usage, il est naturel de se demander quelle est celle des parties à laquelle en incombe le fardeau. Quiconque soulève une prétention que son adversaire conteste est obligé de la justifier. Peu importe que cette prétention émane du demandeur ou du défendeur originaire, qu'elle se présente sous une forme affirmative ou négative ; c'est toujours à celui qui veut renverser l'état de choses préétabli de prouver l'exactitude de son assertion. Tel est le vœu de la raison et de la loi. (Art. 1315.) La règle : *actori incumbit probatio*, exprime le même principe, lorsqu'on a le soin de la compléter par celle-ci : *reus excipiendo fit actor*, et c'est encore le sens qu'il faut attribuer à cette autre règle quelquefois mal comprise : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

Les conséquences attachées à l'impuissance d'établir une allégation, démontrent la nécessité de bien préciser le principe que nous venons de poser. C'est, en effet, le cas de

dire : *actore non probante absolvitur reus.* Toutefois, le juge peut, en face d'une preuve incomplète, avoir recours au serment supplétoire (art. 1366, 1367.)

En recherchant les différents sens du mot preuve, nous avons reconnu que dans un cas, il exprime sans aucune distinction les éléments de conviction eux-mêmes dont s'éclaire le juge. Il est à remarquer, cependant, que le plus ordinairement, cette expression est réservée aux modes de démonstration, soit simples, soit légaux, qui s'appuyent sur la foi au témoignage. L'induction qui ne repose que sur des indices pris dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, induction toujours plus ou moins conjecturale, donne lieu à ce qu'on appelle les présomptions. On voit que nous pouvons ainsi diviser tout naturellement notre travail en deux grandes parties. Dans l'une, nous parlerons des *preuves proprement dites*, et dans l'autre nous nous occuperons des *présomptions*. A mesure que nous avancerons dans la matière, nous tracerons les différentes divisions et subdivisions que la nature des choses commandera.

PREMIÈRE PARTIE.

Des preuves proprement dites.

Les preuves proprement dites se divisent en preuves écrites et preuves orales. Nous allons nous occuper successivement de chacune de ces deux espèces de preuves.

PREMIÈRE DIVISION.

Des preuves écrites.

En tenant compte de certaines précisions, les preuves écrites peuvent consister en toute espèce d'écrits, qu'ils aient ou non été rédigés dans le but de constater un fait juridique et d'en fournir la preuve.

Nous traiterons la matière de cette division sous trois sections. Dans la première, nous parlerons des actes authentiques ; dans la seconde, nous aurons à voir les écritures privées ; la troisième aura trait aux copies et aux actes récognitifs.

PREMIÈRE SECTION.

Des actes authentiques.

Le caractère de l'authenticité se reconnaît à l'ensemble des conditions suivantes :

Il faut que l'officier public, en cette qualité, ait reçu ou dressé l'acte ; qu'il n'ait pas été incapable de le dresser ou de le recevoir, par suite d'un empêchement relatif et particulier ; qu'il ne soit pas sorti du cercle de ses attributions, tant sous le rapport de la nature de l'acte que sous le rapport du lieu où il a instrumenté ; il faut enfin qu'en dressant ou recevant l'acte, il ait observé les formalités que prescrit la loi, à peine de nullité. L'acte authentique peut donc être défini : *l'acte qui a été reçu ou dressé par un officier public ayant capacité et compétence à cet effet et avec les solennités requises.*

Des actes notariés.

Au nombre des actes authentiques les plus importants, se placent les actes notariés, les seuls dont nous voulions nous occuper spécialement, attendu qu'il faut nous restreindre dans le vaste sujet qui fait l'objet de notre examen.

La loi du 25 ventôse an XI, sur l'organisation du notariat (art. 1) définit les notaires : des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions.

Comme on le voit, la compétence de ces officiers publics est générale de sa nature, et ne peut être limitée que par des textes de lois spéciaux.

Il convient, dans l'examen des actes que les notaires peuvent dresser ou recevoir, de s'arrêter d'abord à la forme dont ils doivent les revêtir ; nous verrons ensuite quelle foi s'attache à ces actes.

Conditions essentielles à la validité intrinsèque des actes notariés.

Si pour faire revêtir un acte de l'authenticité, on s'adressait à un homme complétement étranger au notariat, et qui en aurait usurpé les fonctions, l'erreur serait tellement grossière, que l'on ne mériterait aucune indulgence. Mais l'absence, dans la personne du notaire, des qualités ou conditions générales requises pour l'exercice des fonctions dont il a été revêtu, n'enlève pas aux actes qu'il a passés le caractère de l'authenticité. L'article 1318 ne dit rien

de contraire à notre assertion. Quand il parle d'une incapacité de nature à vicier l'acte, il fait allusion seulement à celle qui résulte non d'un vice latent, mais bien d'une déclaration officielle de l'autorité. C'est ainsi que l'article 52 de la loi de ventôse, auquel se réfère l'article 68, relatif aux nullités, décide que : « tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état. »

Un fonctionnaire, hors du territoire qui lui est assigné, n'est plus qu'un simple particulier. Aussi l'article 12 de la loi précitée exige-t-il la mention du lieu où l'acte est passé, et regarde-t-il cette mention comme substantielle.

Il ne suffit pas, du reste, qu'une personne ait la qualité de notaire, et qu'elle instrumente dans le lieu voulu; il est des cas dans lesquels la loi lui commande de s'abstenir. Ainsi, il lui est interdit de recevoir ou de dresser des actes dans lesquels seraient parties ses parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. Il ne peut, enfin, recevoir des actes où il serait partie lui-même. (Art. 8 de la loi précitée.).

Le notaire doit environner l'acte de toutes les formalités requises. Ces formalités se rattachent soit à la qualité des personnes qui reçoivent cet acte, soit aux règles à suivre dans sa rédaction.

Quant aux personnes, l'art. 9 de la loi de ventôse nous dit : «Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé.» On comprend sans peine le but dans lequel le législateur édictait de pareilles dispositions; il fallait garantir les parties contre la prévarication des offi-

ciers publics. Cela dit, ne semble-t-il pas nécessaire que les deux notaires, ou les témoins qui remplacent l'un d'eux, doivent, dans l'esprit de la loi, assister réellement à la rédaction de l'acte? Cependant, le plus ordinairement, dans la pratique, les choses se passaient d'une autre manière. Un notaire rédigeait la minute et le notaire en second ou les témoins signaient après coup. On a voulu justifier cette manière de procéder, mais on ne pouvait s'appuyer pour cela que sur une argumentation spécieuse facile à réfuter.

Une loi récente, du 21 juin 1843, est venue apporter quelques modifications à cet état de choses; mais les réformes qu'elle a introduites ne sont pas assez radicales et laissent une assez grande prise à la critique. Cette loi ne requiert la présence réelle et effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires, à peine de nullité, qu'autant qu'il s'agit soit d'actes contenant donations entre-vifs, donations entre époux durant le mariage, révocation de donations ou de testaments, reconnaissances d'enfants naturels; soit de procurations pour faire de pareilles dispositions ou déclarations. Encore les actes de cette espèce passés avant la promulgation de la loi, ne peuvent-ils être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception de ces actes.

Une prohibition qui toujours a été respectée est celle qui exige que deux notaires, parents ou alliés en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement, ne puissent concourir à la confection d'un même acte. (Loi de ventôse, art. 10.)

Le même degré de parenté ou d'alliance qui ne doit pas exister entre le notaire et les parties, ne doit pas exister non plus entre les témoins et le notaire, ni entre les témoins et l'une des parties. Mais, de ce que ces per-

sonnes sont parentes ou alliées entre elles, il ne s'en suit nullement qu'elles ne puissent servir de témoins dans un même acte. Les témoins ne doivent être ni serviteurs, ni clercs du notaire ou des parties qui figurent dans l'acte. Il faut enfin qu'ils soient citoyens français. Au cas d'une incapacité absolue d'un témoin, l'acte auquel il aurait concouru ne serait pas vicié, si à l'époque de la passation de cet acte, une erreur commune et publique attribuait à ce témoin la capacité dont il était en réalité dépourvu.

Deux autres conditions sont nécessaires de la part des témoins. Ils doivent tous savoir signer sauf l'exception mentionnée dans l'art. 974 du code civil. Il faut de plus que l'on puisse facilement les retrouver au besoin et qu'ils soient en mesure de reconnaître la sincérité des déclarations faites par les parties ; dans ce double but, on exige qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé.

Arrivant aux formalités matérielles, requises pour la validité intrinsèque de l'acte notarié, voici ce que nous avons à dire. Le notaire doit énoncer dans l'acte le lieu, l'année et le jour où cet acte a été passé. Pour ce qui est de l'indication du lieu, il n'est plus indispensable de mentionner le *locus loci*, comme le voulait l'ordonnance de Blois. La loi n'exige pas que l'on précise le mois, il est cependant à peu près indispensable de l'indiquer. Au surplus, l'énonciation des différents éléments de la date est susceptible d'être remplacée à l'aide de mentions entièrement équipollentes.

L'acte notarié contiendra les noms et la demeure des témoins instrumentaires, c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas seulement appelés pour attester l'individualité des parties, mais pour assister à la confection de l'acte.

Les mots surchargés, interlignés, ajoutés dans le corps

d'un acte sont nuls, et la nullité de ces mots entraîne celle de l'acte tout entier, lorsqu'ils portent sur des énonciations essentielles à sa validité.

En général, les renvois et apostilles doivent être écrits en marge et signés, ou du moins paraphés, tant par les notaires que par les autres signataires ; mais l'absence de ces formalités n'engendre que la nullité des renvois ou apostilles.

La signature des parties, des témoins et des notaires, est requise à peine de nullité, ainsi que la mention de cette formalité, en ce qui concerne les parties et les témoins. Il n'est pas nécessaire que les parties indiquent la cause qui les empêche de signer ; mais si une d'elles ou toutes ensemble ne savent ou ne peuvent signer, l'acte qui ne porterait pas la mention de leur déclaration à cet égard, serait complétement nul.

Il est même un cas ou l'indication de la cause d'empêchement est substantielle. (C. civ. 973.)

A part quelques exceptions spécialement déterminées, les notaires doivent, à peine de nullité, garder minute des actes qu'ils reçoivent.

Maintenant que nous avons vu les différentes conditions essentielles à la validité des actes notariés, si nous nous demandons quel sera l'effet de l'absence de ces conditions, nous reconnaîtrons qu'il varie suivant les circonstances. Les parties n'ont-elles pas même signé l'acte vicieux, il ne vaut ni comme acte public ni comme acte privé ; seulement on établira par d'autres voies, s'il est possible, l'existence de la convention. L'acte est-il signé des parties, mais reçu par un officier radicalement incompétent ou qui n'a pas apposé sa signature, il ne peut valoir que comme écrit purement privé, pourvu qu'il réunisse toutes les qualités exigées pour cette nature d'écrit. Enfin, est-il signé des parties et reçu par un notaire destitué ou incompétent, ou

bien les parties l'ayant signé, le notaire ne l'a-t-il pas revêtu d'une formalité importante, mais non constitutive de l'authenticité, cet acte a besoin d'être vérifié, mais il est dispensé des règles spéciales aux écrits privés.

Si nous n'étions trop resserrés dans les bornes de notre travail, nous pourrions parler ici des formalités extrinsèque des actes notariés, mais nous les omettons puisque aussi bien elles n'ont pas trait à la foi de l'acte en lui-même, mais seulement à sa force extérieure.

Foi des actes notariés et des actes authentiques en général.

Nous venons de voir qu'un acte non revêtu des formalités essentielles, requises pour l'authenticité n'est pas dépourvu de tous effets. Examinons maintenant quelle sera la force probante de l'acte authentique qui ne laisse rien à désirer. Le degré de foi qui s'y attache est subordonné à la nature des faits pour la preuve desquels on veut en faire usage.

Lorsqu'il s'agit de faits matériels que l'officier public y a relatés, com ne les ayant vus se passer en sa présence ou les ayant accomplis lui-même, il faut, pour en faire tomber la preuve, prendre la voie de l'inscription de faux. S'agit-il, au contraire, de faits dont l'officier public n'a pu se convaincre par le témoignage de ses sens et que, partant, il n'a énoncé que comme expression de son opinion individuelle, l'acte n'en fait pas foi jusqu'à inscription de faux. Il en est de même de la sincérité ou de la vérité intrinsèque des déclarations consignées par l'officier public comme ayant eu lieu en sa présence. Quand l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux de certains faits, cette foi est établie à l'égard de qui que ce soit, et nulle autre voie que celle du faux incident civil n'est ouverte. Cependant,

s'il suffisait de voir l'acte pour que sa fausseté devint évidente, par suite de sa contexture, de sa forme et de son ensemble, le juge pourrait le rejeter sans user du moyen dont nous venons de parler.

Pour ce qui est de l'existence et de la sincérité des faits juridiques que servent à constater les actes authentiques, ces derniers en font pleine foi, non-seulement entre les parties , mais encore à l'égard des tiers ; cela ne veut point dire qu'il faille avoir recours à l'inscription de faux. Cette foi, du reste, ne se borne pas à l'existence de la convention ou disposition pour la constatation de laquelle l'acte a été dressé, elle s'étend aussi aux simples énonciations qui ont trait direct à l'objet que les parties avaient principalement en vue. Cette énonciation ne servirait que de commencement de preuve par écrit, si le rapport que nous venons d'indiquer n'existait pas.

Une simple énonciation que renfermerait un acte authentique ne saurait être efficace comme titre constitutif d'un droit qu'il n'était pas au pouvoir de l'une des parties d'établir, en faveur de l'autre, contre une personne qui n'a pas figuré dans l'acte et qui n'y a pas été représentée.

Si les contre-lettres contenues dans un acte, soit authentiques, soit même sous seing privé, sont obligatoires envers les parties par exception aux règles que nous venons de préciser, elles ne peuvent avoir d'effet contre les tiers, lors même qu'elles ont été passées en forme authentique. Les tiers sont ici ceux qui, dans l'application de l'art. 1338, seraient considérés comme tels.

Nous venons ainsi de terminer ce que nous avions à dire sur les actes authentiques; nous allons passer aux écritures privées.

Section II.

Des écritures privées.

Parmi les écritures privées, les unes sont signées, les autres ne le sont pas; nous parlerons successivement de ces deux espèces d'écrits.

De l'acte sous seing-privé.

On comprend combien serait gênante la nécessité de toujours avoir recours à des officiers publics pour la rédaction des conventions que l'on peut faire; aussi, la loi permet-elle, dans la plupart des cas, de se passer de leur intervention, et les parties peuvent-elles s'obliger sous leur seule signature. Cette signature est nécessaire à l'existence de tout acte sous seing-privé; cependant, il importe peu qu'elle soit conforme aux noms sous lesquels la partie est inscrite, sur son acte de naissance, pourvu qu'il n'y ait pas de doute sérieux sur son identité.

On peut donner sa signature à l'avance, et laisser en blanc un espace que le mandataire doit remplir, en se conformant au vœu du mandant. C'est ce que l'on nomme un blanc-seing. Il ne faut pas confondre l'abus du blanc-seing avec le faux, qu'une personne peut fabriquer à l'aide d'une signature soustraite. Dans l'un et l'autre cas, un recours est ouvert au signataire, contre celui qui s'est servi de sa signature; mais au cas de l'abus, il reste engagé vis-à-vis des tiers, qui, sur le vu de l'acte, ont contracté, de bonne foi avec l'autre partie, ce qui n'aurait pas lieu en cas de faux, par suite de soustraction. Toujours est-il, qu'il fallait prévenir le danger, résultant de l'usage des blanc-seings. A cet effet, le Code civil a introduit une première

exception au principe, que, la seule formalité essentielle dans les actes sous signature privée, consiste en cette signature elle-même. Voici comment s'exprime l'art. 1326 : Le billet ou la promesse sous seing-privé, par laquelle une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable (c'est-à-dire, des denrées, des marchandises), doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins, il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. Cette disposition n'a trait qu'aux actes unilatéraux. Il importe peu, au surplus, pour son application, que l'acte soit signé par une seule personne ou par plusieurs, et que les divers signataires se soient engagés conjointement ou même solidairement. Il n'y a pas, non plus, de distinction à faire, soit à raison de la forme de l'acte, soit à raison de la nature particulière de l'engagement et des circonstances dans lesquelles il a été contracté. Cette précision est féconde en conséquences. Au reste, on ne doit pas appliquer notre article quand la somme ou la quantité promise ne pouvait être déterminée ou évaluée lors de la souscription de l'acte. Il n'y a pas lieu de s'y soumettre, non plus, quand on est marchand, artisan, laboureur, vigneron, homme de journée ou de service, art. 1326, pour les actes que l'on a passés au temps où l'on exerçait l'une de ces fonctions.

L'absence de la formalité du *bon pour* ou *approuvé*, exigée pour que le billet fasse par lui-même preuve complète, n'est pas un obstacle à ce que la convention s'établisse par d'autres moyens et que l'acte serve lui-même de commencement de preuve par écrit.

Nous allons signaler une autre exception à la règle : que la signature suffit dans les écrits dont nous nous occupons Cette exception ne s'applique qu'aux actes sous seing-privé,

constatant une convention synallagmatique parfaite. Elle est ainsi formulée : Les actes sous signature privée qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties, ayant un intérêt distinct; chaque original doit renfermer la mention de l'observation de cette formalité.

En pénétrant l'esprit de la loi, il est à remarquer qu'une convention unilatérale, pouvant prendre le caractère d'une convention synallagmatique, on devrait, alors, faire l'application de l'article 1325. Au contraire, lorsque l'une des parties contractantes, dans une convention bilatérale, a pleinement exécuté toutes ses obligations, avant la rédaction de l'acte, ou si elle les exécute lors de cette rédaction, la théorie des doubles est inutile.

Il suffit d'un seul original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. On ne doit considérer comme parties ayant un intérêt distinct que celles auxquelles la convention impose, dès le principe, et par elle-même, des obligations réciproques, les unes à l'égard des autres. La règle est convenablement observée si l'on rencontre sur l'original qui se trouve dans les mains de chaque partie, la signature de toutes les autres.

L'acte a-t-il été fait double sans qu'il en porte la mention, ou bien porte-t-il cette mention sans avoir été fait double; il est radicalement nul. Il ne peut avoir d'effet ni comme preuve complète ni comme commencement de preuves par écrit. Cela ne veut pas dire que la convention soit considérée comme non avenue; en dehors de l'acte vicieux, on observera les règles ordinaires pour en établir la preuve. art. 1325 *in fine*.

En matière commerciale, où la preuve testimoniale est indéfiniment admissible, on ne saurait faire usage de la théorie des doubles, si ce n'est dans des cas exceptionnels.

C'est ainsi, que l'art. 39 du Code de commerce renvoie à l'art. 1325, pour ce qui est de la rédaction des actes sous seing-privé, constatant l'existence d'une société en commandite ou en nom collectif. On doit appliquer la même décision à certains contrats commerciaux synallagmatiques, comme l'assurance maritime, qui, étant soumis à la rédaction d'un acte écrit, rentrent dans les prescriptions du droit commun.

Celui auquel on oppose un acte sous seing-privé, qui porte en apparence sa signature, doit la reconnaître ou la dénier formellement. Quant à ses héritiers ou ayant cause auxquels on présente un pareil écrit, ils peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas la signature ou l'écriture. Y a-t-il dénégation formelle ou déclaration de non-reconnaissance, c'est le cas de procéder, avant toute condamnation, à une vérification en justice pour laquelle il est loisible de faire usage, soit cumulativement, soit successivement de titres, d'experts ou de témoins; un seul de ces moyens peut même suffire. L'acte sous seing-privé ainsi vérifié et tenu pour certain, ou reconnu par ceux auxquels on l'oppose a, entre les souscripteurs et leurs héritiers ou ayant-cause la même foi que l'acte authentique (1322).

Mais que devons-nous entendre par ayant-cause? Nous pouvons sans doute sous cette dénomination placer les successeurs à titre universel; peu importe que leur auteur ait été frappé d'une incapacité qui ne l'empêchait pas en fait de souscrire des actes. On ne saurait exiger que l'écrit soit en ce cas revêtu d'une date certaine antérieure, par exemple, à l'interdiction qui aurait été prononcée. L'incapable lui-même n'aurait pas un droit plus étendu que ses représentants.

Quand il s'agit de successeurs particuliers, le rappro-

chement des art. 1322 et 1323 fait surgir de sérieuses difficultés. Faut-il regarder ces personnes comme des ayant-cause ou les considérer comme des tiers. On peut admettre le moyen suivant de conciliation pour ces deux textes. Le successeur particulier n'est l'ayant-cause que pour les actes antérieurs à celui qui sert de base à son droit, et c'est en prouvant l'authenticité de son titre que la partie qui le prétend préexistant à celui de son adversaire, l'emportera sur ce dernier, fût-il muni d'un titre authentique.

La date certaine ne s'applique pas aux quittances ; elle n'a pas trait non plus aux matières commerciales où l'on doit avant tout songer à l'économie et à la célérité.

Pour ce qui est des moyens de donner à l'acte date certaine, on ne saurait regarder comme purement énonciatif l'art. 1323. Cela résulte de la manière absolue dont il s'exprime et de la discussion à laquelle a donné lieu l'admission de la date certaine, résultant de la constatation d'écrits privés dans des actes publics.

Des écritures non signées.

Il est des actes qui bien que non signés jouent néanmoins comme moyen de preuve un rôle assez important. Tels sont les livres de commerce, les livres domestiques, les écrits valant quittance et les tailles que l'on peut regarder comme une sorte de preuve écrite.

Si les commerçants sont astreints à tenir des registres réguliers pour qu'ils puissent journellement se rendre compte de leur position ; il est vrai de dire aussi qu'à ce but vient s'en joindre un autre, celui de procurer mutuellement aux commerçants des moyens de preuve. De pareils écrits ont cela de remarquable qu'à la différence des papiers domestiques, ils font foi même en faveur de celui

qui les a rédigés. Au reste, le Code de commerce (art. 586, 60, 591, 18 et suiv.). et le Code pénal (art. 147-402) ont pris des mesures afin d'en garantir l'exactitude.

Dans le premier cas, la force probante des livres de commerce varie selon qu'il s'agit de conventions entre marchands seulement ou entre marchands et particuliers, les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis pour faire preuve de faits commerciaux. Si les registres des deux parties sont d'accord, la preuve est parfaite, à moins qu'une falsification ne puisse être établie. Que si les écritures ne sont pas conformes, et qu'elles soient tenues régulièrement de part et d'autre, les deux autorités se balancent, et le juge a recours à d'autres moyens de s'éclairer. Il pourrait au contraire tenir pour constants les faits énoncés dans celui des livres qui seul est régulièrement tenu.

La représentation des livres peut, dans tous les cas, être ordonnée même d'office à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend; mais pour ce qui est de leur communication en entier, le secret dont a besoin de s'envelopper le commerce, exige qu'elle ne puisse avoir lieu qu'en certains cas spécialement déterminés. (14, 15 C. de Com.)

Si l'une des parties refusait de faire la communication ordonnée de ses livres auxquels l'autre offrirait d'ajouter foi, le serment pourrait être déféré d'office à cette dernière.

Les livres des marchands font preuve contre eux en faveur des personnes non commerçantes, comme en faveur d'autres commerçants, qu'ils aient ou non été régulièrement tenus.

Celui qui veut tirer avantage d'énonciations faites dans de pareils écrits, ne peut les diviser pour rejeter ce qui contrarie ses prétentions (1330).

Le juge est autorisé à puiser dans ces écrits régulié-

rement tenus, un commencement de preuve qui lui permette de déférer d'office le serment, ce qui n'entraîne pas l'admission de la preuve par témoins.

Passant aux écritures non signées, émanant de personnes qui ne sont pas dans le commerce, nous devons faire observer tout d'abord que jamais celui qui les a rédigées ne peut s'en faire un moyen de preuve. Elles ne doivent même pas servir contre lui, encore qu'elles énoncent formellement un paiement reçu ou l'existence d'une créance au profit d'un tiers, lorsqu'elles se trouvent sur de simples feuilles volantes. Il serait possible alors de les considérer seulement comme commencement de preuve par écrit. Mais si elles sont tracées de la main de celui auquel on les oppose, sur des tablettes, registres, carnets destinés à être conservés ; si de plus, elles énoncent formellement un paiement ou si elles contiennent la mention d'une dette avec l'annotation expresse que cette mention a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du créancier; elles font foi complète contre leurs rédacteurs.

La mention formelle d'une libération renfermée dans de pareils écrits ne laisse pas de faire foi, quoique biffée ou barrée, la mention d'une dette au profit d'un tiers appelle dans la même hypothèse une autre solution.

A moins qu'il ne s'agisse de registres communs à l'une et à l'autre partie, le juge n'a pas la faculté d'en ordonner la représentation, ni par suite de déférer le serment dans le cas où nous avons vu qu'il peut le faire, en parlant des livres des marchands.

Quant à l'art 1332, nous l'acceptons dans toute sa teneur, en retranchant seulement du § 1er les expressions : *qui est toujours resté en son pouvoir*. Les mentions libératoires qu'il contient, quoique biffées, font en justice foi contre le créancier.

On se sert quelquefois comme moyens de preuves d'un

morceau de bois fendu en deux parties égales auxquelles on fait des coches transversales, après les avoir rapprochées, de manière à ce que l'une et l'autre se trouvent entaillées par la même incision. Le fournisseur garde l'une des moitiés qui se nomme *taille*, celle qui reste aux mains du consommateur prend le nom d'*échantillon*. Elles se vérifient mutuellement.

Les tailles correlatives à leurs échantillons, dit l'article 1333 du Code civil, font foi contre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou qu'elles reçoivent en détail.

Si l'échantillon n'est pas représenté, la taille seule peut être considérée comme faisant foi, pourvu qu'il soit constant que l'une des parties fournissait à l'autre, et que les fournitures se constataient à l'aide de tailles. Au cas contraire, la taille produite par le marchand ne saurait même pas être considérée comme un commencement de preuve en sa faveur.

Les tailles peuvent avoir une date certaine; c'est ce qui arriverait si elles avaient été mises sous scellé après déconfiture ou décès, leur existence ayant préalablement été constatée par inventaire. Enfin, comme elles constituent une sorte de preuve écrite, elles font foi même pour des valeurs excédant 150 francs.

Section III.

Des copies et des actes récognitifs.

Selon qu'un écrit se référant à un autre écrit plus ancien, en reproduit littéralement la teneur ou qu'il n'en renferme que la substance, mais en manifestant l'intention des parties de maintenir les engagements qui s'y trouvent constatés ; on lui donne le nom de copie ou d'acte récognitif.

Des copies.

Qu'il s'agisse d'écrits privés ou authentiques, il est vrai de dire en principe que l'original peut seul faire foi. Mais cette règle n'est pas sans exception pour les écrits de la seconde catégorie. En effet, bien que pour ce qui concerne les actes authentiques, il soit toujours permis à celui auquel on en oppose une expédition ou une copie, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, d'exiger la représentation de l'original, et que la crainte de retarder la marche de la justice ne puisse autoriser le juge à refuser une pareille vérification, cependant les copies font foi, d'après les distinctions établies par la loi, lorsque l'original ne se trouve plus au lieu où il a dû être déposé ou lorsqu'il n'existe plus.

Il est manifeste que si de simples particuliers tiraient des copies d'un acte, elles n'auraient même pas la force d'un commencement de preuve par écrit.

La copie entière et littérale d'un acte sur des registres publics, moyennant la réunion des deux conditions dont parle la loi dans l'art. 1336, ne vaut que comme commencement de preuve par écrit. L'effet accordé à cette transcription serait refusé, dans tous les cas, à l'enregistrement.

Il y aurait erreur grossière à mettre sur la même ligne les copies dont nous parlons et celles dites *copies figurées*, que le notaire est autorisé à tirer au cas où, par suite d'une procédure, l'original se trouverait déposé au greffe. Elles sont, on le comprend, considérées comme des minutes,

Des actes récognitifs.

Les actes récognitifs se rattachent à la matière de l'aveu

dont nous n'avons pas encore parlé; mais le besoin de ne pas scinder l'ordre que nous avons adopté, donne une place ici à ce genre d'écrits.

En vertu du principe énoncé dans l'art. 1356, l'acte récognitif devrait avoir la même force que l'acte primordial, pourvu qu'on y trouvât nettement énoncée l'intention de maintenir la force d'une déclaration préexistante. Mais des conditions arbitraires ont été exigées pour la validité de tels actes par les rédacteurs du Code, qui se sont laissés conduire aveuglément par l'autorité de Pothier. Ce grand jurisconsulte n'avait pas, en ce point, saisi l'opinion du célèbre Dumoulin.

Voici, du reste, le texte qui nous paraît donner prise à la critique. « Les actes récognitifs ne dispensent pas de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. »

L'acte récognitif n'ayant pour but que de constater une obligation déjà existante, c'est avec raison que l'article ajoute, que ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. Seulement, la reconnaissance devrait suffire, jusqu'à ce que le contraire fût établi, pour constater une obligation déjà existante; mais la loi ne l'ayant pas voulu ainsi, l'interruption de la prescription résulte, et voilà tout, d'un acte de cette nature. Par la teneur de l'acte primordial qui doit être relatée dans l'acte récognitif, on pourrait entendre, selon nous, la substance, c'est-à-dire, les conditions constitutives de la convention clairement et distinctement articulées.

Enfin, l'article se termine en disant que, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de reproduire le titre primordial.

SECONDE DIVISION.

Des preuves orales.

Les preuves orales peuvent émaner de tiers désintéressés au procès ; elles peuvent émaner encore des parties elles-mêmes. Cette différence dans leur origine conduit naturellement à la division de cette matière en deux sections.

SECTION PREMIÈRE.

Des preuves orales émanant de tiers désintéressés.

On donne à la preuve orale émanant des tiers, le nom de preuve testimoniale. Il est une sorte de preuve testimoniale dans laquelle les témoins ne sont appelés que pour témoigner de ce qu'ils ont ouï dire ou pour exprimer l'opinion qu'ils se sont formée, n'importe comment, sur le fait litigieux. Elle est toujours admissible dans un cas, mais c'est le seul, à peu près, dans lequel elle soit recevable. Ce cas se produit, quand il faut déterminer la consistance d'un mobilier non inventorié, contre celui qui devait faire procéder à l'inventaire. Nous venons d'indiquer la preuve par commune renommée.

La preuve testimoniale ordinaire , laquelle n'est complète qu'à la condition que les témoins déposeront sur des faits dont ils se sont personnellement assurés, bien que d'un usage plus fréquent, est cependant renfermée dans d'assez étroites limites. Les rédacteurs du Code civil ont, en effet , voulu prévenir un double mal ; d'un côté, la multiplicité des procès; de l'autre, la subornation des témoins. Les restrictions de la loi sont donc basées sur des

considérations d'ordre public, d'où cette conséquence : que le juge doit repousser d'office l'audition des témoins, lorsqu'elle est prohibée par une disposition légale.

Voyons quelles sont les bornes que le législateur a voulu imposer à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Il est à remarquer, d'abord, que les faits purs et simples, et les événements de la nature en général, peuvent être prouvés par témoins. Pour ce qui concerne les faits juridiques, on s'est montré plus rigoureux. La règle consiste à exiger qu'ils soient constatés par un acte notarié ou une écriture sous signature privée, lorsqu'ils portent sur un objet dont la valeur s'élève au moins à cent cinquante fr. On doit uniquement tenir compte de la valeur de cet objet pour reconnaître si l'on n'a pas excédé les limites d'admission de la preuve par témoins. Il ne faut pas se préoccuper du chiffre de la demande. Le principe que nous venons de poser se justifie par les dispositions insérées dans les articles 1343-1344 du Code civil, qui n'en sont que des applications.

Le premier de ces articles porte que la preuve testimoniale sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est pas prouvée par écrit. Il ne faut pas induire de ces expressions, *lorsque cette somme est déclarée,* que le juge ne puisse, à défaut de la déclaration du demandeur, prendre pour base de sa décision le résultat de l'enquête à laquelle a donné lieu la réticence de celui qui se prétend créancier. D'après la teneur de l'art. 1343, celui qui a formé une demande supérieure à cent cinquante francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive, à moins, faut-il ajouter, qu'il n'établisse

préalablement qu'il y a eu erreur de fait dans ses conclusions primitives.

Bien que la somme réclamée excède cent cinquante fr., on doit considérer comme admissible la preuve testimoniale, si la valeur de l'objet qui forme la matière du fait juridique à prouver, n'atteint pas ce chiffre ; du reste, la valeur de cet objet s'apprécie par la réunion à la prestation principale, des prestations accessoires qni se trouvent stipulées, et ce même objet se détermine, en envisageant le fait à prouver dont il est la matière, dans les conséquences juridiques que prétend en faire sortir la partie qui l'allègue.

Puisque la loi reconnaît que la corruption des témoins est à craindre, quand il s'agit d'une somme excédant cent cinquante francs; et puisque, d'autre part, il est facile de se procurer une preuve écrite lorsque, par suite de créances successives, le montant de ce que vous doit une même personne qui s'oblige envers vous va dépasser cent cinquante francs, l'art. 1345 se trouve justifié bien qu'on ait voulu dire. Il veut que si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y aît pas de titre écrit, et que jointes ensemble elles dépassent cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en puisse être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se sont formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. On comprend sans peine la cause de la restriction qui termine le texte. Mais, pour que de pareilles prescriptions ne fussent pas éludées, il fallait exiger autre chose et c'est ce que fait l'art. 1346. Il ordonne que toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit, c'est-à-dire dont il n'existe pas une preuve littérale complète, soient formées par un même

exploit, après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront pas reçues.

Il faut, au surplus, voir autre chose qu'une sanction de l'art. 1345 dans les dispositions de l'art. 1346. On y a eu en vue également de diminuer le nombre des procès. La loi ne se préoccupe plus, en effet, du chiffre de chaque demande en particulier ou du montant de toutes les demandes réunies. Elle ne s'arrête pas davantage à l'origine de ces diverses créances, et ne se demande pas si elles sont ou non appuyées d'un commencement de preuve par écrit.

Si la preuve testimoniale est généralement admise au-dessous de cent cinquante francs, il n'en est, cependant, pas ainsi dans tous les cas, et la disposition finale de l'art. 1341, nous en fournit un exemple en établissant un nouveau principe. Il repousse toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes passés devant notaire ou sous signature privée, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant lors où depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

Que l'on ait eu recours à des écrits pour constater une convention, soit dans le cas où la loi l'exige, soit dans le cas où elle laisse pleine latitude, il sera toujours exact de dire que l'acte sous signature privée ou l'acte authentique dont on aura fait choix, a pour effet d'écarter l'équivoque et l'arbitraire, et de donner à la pensée des parties une précision qu'il est difficile de retrouver dans les dires des témoins. Il valait donc mieux s'en tenir aux écrits quand ils existent, que de s'en rapporter à des paroles.

Lorsque l'article 1341 dispose que l'on ne peut faire entendre de témoins contre et outre le contenu aux actes, il faut interpréter sagement ces expressions. Ainsi, quand il s'agira de faits à constater ayant un rapport avec d'autres faits établis par un écrit, dussent-ils influer sur ces der-

niers, la preuve par témoins sera admissible, pourvu, du reste, qu'ils ne constituent pas des additions ou changements aux énonciations de l'écrit, et qu'ils ne soient pas en contradiction avec sa teneur.

Nous venons de constater deux principes bien distincts qui, l'un et l'autre sont renfermés dans l'art. 1341 : La preuve testimoniale n'est pas, en général, admise pour établir un fait juridique dont l'objet excède cent cinquante francs; d'autre part, la preuve testimoniale est rejetée contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou d'une valeur moindre de cent cinquante francs. Mais ces principes ne sont pas tellement absolus que nous ne puissions signaler quelques exceptions : et d'abord disons, qu'à part les cas spécialement prévus par la loi, les restrictions qui limitent la recevabilité de la preuve testimoniale sont étrangères aux matières commerciales lesquelles ne sauraient s'en accommoder. Nous croyons qu'alors la preuve écrite pourrait être combattue par toute preuve orale. Mais s'il est vrai, qu'en droit commercial, la preuve testimoniale peut être généralement invoquée, le pouvoir du juge n'est pas toujours le même quand il s'agit de la rejeter. Cette preuve se trouve-t-elle autorisée par les principes du droit civil, il faut que les faits manquent de vraisemblance ou de pertinance pour repousser l'audition des témoins, ce qui n'est pas nécessaire si cette preuve n'est admissible qu'en vertu des principes qui sont exclusivement applicables au droit commercial. C'est donc au droit civil proprement dit, qu'il faut s'attacher pour rechercher les exceptions aux deux règles déjà posées.

Première exception ayant pour motif le commencement de preuve par écrit. — Aux termes de l'art. 1347 du Code civil, lorsqu'il existe un commencement de preuve par

écrit, la preuve par témoins est admissible tant pour une valeur supérieure à cent cinquante francs, que contre et outre le contenu aux actes.

Le sens mal déterminé que renfermait autrefois l'expression *commencement de preuve par écrit*, est aujourd'hui, grâce à notre législateur moderne convenablement précisé. Il signifie tout écrit émané, soit de la personne à laquelle on l'oppose, soit de celui qu'elle représente ou par lequel elle a été représentée, et qui est de nature à rendre vraisemblable le fait allégué (1347). Toutefois, les art. 1335, 1336, ainsi que nous l'avons vu, donnent le nom et la force de commencement de preuve par écrit, à des éléments de preuve qui ne rentrent pas dans notre définition; mais enfin, ce ne sont là que des exceptions. On peut donc voir comme un aveu imparfait dans l'écrit dont parle l'art. 1347, et l'on comprend dès-lors comment dans ce cas, il est raisonnable de ne plus s'arrêter à la crainte de subornation des témoins, et comment par suite leurs dépositions ne sont pas repoussées. Il est évident, ce nous semble, qu'il faut pour que le commencement de preuve par écrit soit considéré comme un aveu incomplet de celui auquel on l'oppose, qu'il soit constant que ce dernier en est l'auteur. Comme on l'a déjà dit avec raison, ce serait faire une véritable pétition de principes que de vouloir corroborer par la preuve testimoniale un aveu dont l'existence n'est pas démontrée.

Le point de savoir si l'écrit n'est pas d'une forme telle qu'il soit complétement écarté par la loi, comme commencement de preuve par écrit, ainsi que celui d'établir quel en est l'auteur, sont des questions de droit, dont l'examen peut être soumis à la cour de cassation. Quant à l'appréciation du plus ou moins de vraisemblance que le fait à prouver peut acquérir par la production de l'écrit, c'est une question purement de fait, soumise à l'ar-

bitraire des tribunaux, dont la décision peut seulement constituer un mal jugé.

Seconde exception, ayant pour motif l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. — Dans son début, l'article 1348 formule une autre exception en faveur du créancier, pour tous les cas dans lesquels il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Les quatre paragraphes qui viennent ensuite sont consacrés à différentes applications auxquelles il ne faut pas se borner. D'un autre côté, ce serait dépasser le vœu de la loi, que d'admettre dans tous les exemples qu'elle donne, l'usage de la preuve par témoins, alors même que l'on aurait pu se procurer un titre écrit. Le juge n'exigera pas une impossibilité absolue et physique ; il se contentera d'une impossibilité morale et relative, pour l'appréciation de laquelle, au surplus, rien ne vient gêner son indépendance.

Le premier exemple d'impossibilité que donne l'article 1348, est celui d'obligations qui naîtraient d'un contrat ou quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit. On aurait tort de se laisser guider par ces termes trop généraux et de croire qu'il faut étendre l'exception même à la réception de l'indû.

Lorsque nous lisons, dans le second paragraphe de notre article, que les témoins sont toujours entendus, s'il y a eu lieu à dépôt nécessaire ou à dépôt fait par le voyageur, en logeant dans une hôtellerie, nous ne saurions, par voie d'analogie, décider que la même latitude est accordée à celui qui a effectué une remise d'objets à un voiturier, attendu que la position est loin d'être la même. Le texte offre encore comme espèce où les principes de l'article 1341 ne reçoivent pas d'application, les obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. Il termine, enfin, en disant que,

dans le cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, la preuve testimoniale sera admissible. Mais on comprend qu'il faut, avant tout, parfaitement établir l'accident qui a été la cause de la perte du titre; ce n'est qu'après, que l'on pourra procéder à l'enquête. Agir autrement, ce serait encourir la censure de la cour suprême. Du reste, il ne suffirait pas de prouver l'accident, il faut encore qu'il soit constant que la perte de l'acte doit en avoir été la suite, et que l'écrit était revêtu des formalités exigées pour sa validité.

Aux deux causes d'exception que nous venons d'examiner rapidement, c'est-à-dire au commencement de preuve par écrit et à l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, faut-il en joindre une troisième que nous trouverions comme M. Bonnier, par exemple, dans le consentement de l'adversaire? Cette question est loin d'être neuve; elle a soulevé des opinions opposées bien avant le Code civil, qui ne l'a cependant pas tranchée d'une manière directe. Mais il nous semble que c'est faire pressentir une solution négative, que de poser le principe que nous avons déjà établi, lequel consiste à dire que les restrictions apportées à l'emploi de la preuve par témoins sont d'ordre public.

Après tout ce que nous venons de dire, on voit à peu près quels sont les éléments à l'aide desquels le juge reconnaît les cas dans lesquels la loi regarde comme admissible l'usage de la preuve testimoniale. Une erreur des tribunaux dans une pareille appréciation ouvrirait la voie du recours en cassation. Mais il en est tout autrement quand il s'agit de savoir si la preuve testimoniale offerte est ou non pertinente, ou si elle a été administrée d'une manière suffisante et complète.

Bien que l'homme ne soit pas, ainsi que le suppose

Bentham, menteur pour le plaisir de l'être, toujours est-il que l'intérêt lui fait souvent déguiser la vérité. Aussi la loi a-t-elle pris des mesures pour obtenir autant que possible une déposition sincère des témoins ; mais ce serait entrer dans le domaine de la procédure que de s'en occuper.

Section II.

Des preuves orales émanant des parties elles-mêmes.

Les preuves émanant des parties elles-mêmes peuvent se ranger sous deux chefs principaux : l'aveu et le serment.

De l'aveu.

Si l'on comprend difficilement comment au criminel l'aveu peut quelquefois n'être pas un sûr moyen de s'éclairer pour le juge, ce n'est pas du moins être imprudent que de le regarder comme à peu près infaillible, lorsqu'il a pour objet d'établir un fait de nature à n'atteindre que des intérêts purement privés ; aussi les anciens auteurs l'avaient-ils désigné sous le nom de *probatio probatissima* ; mais, pour le considérer comme le témoignage valable que porte une partie contre elle-même, de la vérité d'un fait qu'allègue son adversaire, nous devons y trouver les conditions qu'il faut maintenant préciser.

L'aveu peut consister en une déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial ; il peut consister encore dans une déclaration faite hors de la présence du juge ou dans une instance autre que celle lors de laquelle on veut s'en prévaloir. Au premier cas, l'aveu est dit *judiciaire* ; il se nomme *extrà-judiciaire* dans le second.

Aveu judiciaire. — Ceux-là seuls qui sont capables de disposer de l'objet auquel a donné lieu le litige, peuvent être liés par leur aveu. Cette conséquence résulte de ce que avouer est souvent une même chose qu'aliéner. Par la même raison, il faut que le mandataire soit spécialement autorisé pour modifier ainsi la position de son mandant.

L'officier public dont nous avons fait choix comme procureur *ad lites* est, par cela même suffisamment autorisé, et, bien que l'avocat ne soit pas le représentant immédiat de la partie, son aveu n'est pas sans effet contre cette dernière, lorsque l'avoué n'a pas eu le soin de le rétracter.

S'il s'agissait de faits dont la loi défend la constatation, si l'aveu devait compromettre un droit sur lequel il n'est pas permis à la partie de transiger ou qu'il lui est interdit d'aliéner; si enfin la loi, par suite de certaines considérations, rejette l'aveu, il est évident que nous n'avons plus à nous enquérir du degré de sa force probante. Mais, à part ces différentes hypothèses, l'aveu fait complétement foi contre celui dont il émane. Le juge ne peut dès-lors le considérer comme non-avenu. Toutefois, une sage disposition se trouve dans le code pour admettre la rétractation au cas d'une erreur de fait; il en serait de même si l'on argumentait de la violence ou du dol. Mais il serait nécessaire de prouver préalablement l'existence de la cause corruptrice de l'aveu. Il y aurait trop de danger à ce qu'une partie ne pût revenir immédiatement sur des paroles irréfléchies et l'on doit accepter alors une prompte rétractation qu'il faudrait repousser lorsque l'aveu est simplement interruptif de prescription.

L'aveu peut être accepté; il peut être rejeté, mais le dénaturer n'est pas chose permise; c'est ce que les rédacteurs du code civil ont entendu lorsqu'ils ont déclaré son indivisibilité. L'application du principe de l'indivisibilité est facile, quand

il s'agit d'un aveu pur et simple ; mais on rencontre quelque difficulté quand il est complexe ou qualifié. Dans le premier cas, lorsqu'il est complexe, c'est-à-dire quand celui qui avoue le fait allégué veut créer une exception à son profit, en articulant simultanément un autre fait, il est une distinction à établir. La déclaration accessoire qu'il contient porte-t-elle sur un fait complétement distinct du fait principal, il est clair que la division de l'aveu sera possible à celui qui l'invoque ; mais il en serait tout autrement si cette déclaration se rattachait comme une suite ordinaire ou accidentelle, au fait principal dont elle suppose l'existence, et si elle avait pour résultat de l'étendre ou de le restreindre dans ses conséquences juridiques.

L'article 1924 fournit une application de cette règle. Quant à l'aveu qualifié, c'est-à-dire, qui reconnaît le fait en le modifiant dans son essence, il est toujours indivisible.

En parlant de l'indivisibilité de l'aveu, on n'entend pas dire que la preuve contraire ne soit admissible pour faire tomber ce qu'a d'inexact la déclaration de celui dont il émane.

Aveu extrà-judiciaire. — Lorsque l'on veut se prévaloir d'un aveu extrà-judiciaire. il convient de commencer par l'établir, ce qui ne peut se faire indifféremment à l'aide de tous les moyens de constatation. L'art. 1355 porte en effet que l'allégation d'un aveu de cette espèce, lorsqu'il est purement verbal est inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dontla preuve testimoniale ne serait point admissible. Au surplus, quand on a constaté d'une manière légale qu'il ne manque d'aucune des conditions constitutives de l'aveu en général, le juge ferait injure à la raison s'il refusait d'en tenir compte. Mais il ne faut pas augurer de là que sa décision soit susceptible d'ouvrir la voie du recours en cassation. Les tribunaux ont donc un pouvoir discrétion-

naire pour apprécier la force probante d'une déclaration de cette nature, lorsqu'elle est reconnue. Cette latitude se justifie sans peine lorsque l'on réfléchit à ce qu'ont d'incertains les aveux extrà-judiciaires. Ce sont presque toujours des paroles prononcées sans avoir été pesées, et il fallait bien n'être pas gêné dans l'appréciation des circonstances qui sont de nature à modifier, d'une manière si complète et de tant de façons, les dires d'une personne. C'est pour cela que l'on peut encore se rétracter de ce que l'on aurait dit extrà-judiciairement.

On s'est demandé si l'indivisibilité n'est pas admise dans le cas de l'aveu dont nous parlons; elle ne lui est assurément pas étrangère, en ce sens qu'il est sage d'en faire ici le plus ordinairement application, mais c'est encore une des choses abandonnées à la conscience du juge, et sa décision en ce point ne saurait constituer qu'un mal jugé.

Du serment.

Considérer le serment comme une simple déclaration civile, serait, pour ainsi dire, en nier l'existence et rendre inintelligibles les différentes dispositions légales qui le concernent. Aussi nos lois n'ont-elles jamais cessé de lui reconnaître le caractère religieux qu'on lui retrouve partout. Le conseil-d'état fit, en effet, remplacer par le mot *serment*, celui d'*affirmation* dont se servait, dans le projet, la commission de rédaction.

Le serment est *supplétoire* ou *décisoire*, selon que c'est le juge qui le défère d'office, soit à l'une soit à l'autre des parties, pour achever sa conviction; ou bien que c'est une des parties qui veut trancher la difficulté, en le déférant à son adversaire qui, d'ordinaire, pourra le référer.

Quelquefois le serment a pour objet d'assurer l'accom-

plissement d'une promesse, d'autrefois il garantit la sincérité d'une assertion ; dans le premier cas, il se nomme *promissoire* ; on l'appelle *affirmatif*, dans le second.

Le serment judiciaire se prête en levant la main, geste que l'on accompagne de ces paroles : *je jure*. On ne saurait, sous aucun prétexte, imposer une autre manière de prêter serment à celui qui voudrait user de celle que nous venons d'indiquer. Toutefois on devrait autoriser une partie à suivre dans cette prestation les rites de son culte, si elle le demandait. On devrait même se contenter d'une affirmation en son âme et conscience pour celui qui appartient à des sectes aux yeux desquelles jurer est un acte d'impiété.

Du serment supplétoire.

Lorsqu'un fait est parfaitement établi, on ne conçoit pas qu'il soit utile d'ajouter à la preuve, puisqu'elle est entière. Il ne serait pas plus raisonnable de lui chercher un complément quand elle n'existe en aucune façon. Or, le serment supplétoire n'étant pas le résultat de la volonté des parties, ne saurait être qu'un supplément aux modes divers de vérification : L'homme, en effet, ne redoute malheureusement pas toujours assez le parjure pour qu'il puisse en être différemment ; aussi, voici comment la loi s'exprime : « Le juge ne peut, d'office, déférer le serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : 1o que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2o qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

Si le témoignage des tiers est le plus souvent un élément suffisant de conviction pour le juge, et si cependant celui-ci

ne peut, à part quelques exceptions, en faire usage lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à cent cinquante francs, il ne nous semble guère possible que les tribunaux aient une plus grande latitude pour ce qui concerne le serment supplétoire. Il ne saurait appartenir à leur prudence de faire choix d'un tel moyen de s'éclairer, alors que l'enquête est inadmissible. On doit néanmoins excepter les cas nominativement prévus par la loi; par exemple la preuve par témoins est repoussée lorsqu'elle vient à l'appui du registre qu'invoque un marchand, contre un particulier non marchand, mais si ce registre est régulièrement tenu, le juge se décidera par le serment supplétoire, déféré au demandeur. Au surplus, il n'en fera jamais l'emploi dans les causes qui touchent à l'état des personnes.

S'il n'est pas toujours loisible d'user du serment supplétoire, le juge peut-il choisir du moins celle des parties à laquelle il entend le déférer. Cette règle n'est pas absolue, mais elle peut être regardée comme générale. Elle souffre, exception quand le législateur se déterminant par la qualité de la personne s'en rapporte exclusivement à l'une des parties, ce que l'on peut voir dans l'art. 1716. Cet article dispose que le locateur en sera cru, sur son serment, au cas de contestation sur le prix d'un bail verbal, dont l'exécution est commencée, lorsqu'il n'existe point de quittance. C'est ce qu'entend dire encore l'art. 1781 concernant le maître qui est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

Au surplus, lorsque toutes choses sont égales d'ailleurs, ce sera toujours agir sagement que de s'adresser au défendeur. Mais on comprend que le juge n'indique pas sans motif une des parties plutôt que l'autre : elles ne peuvent pas toutes deux lui inspirer la même confiance et comme la

loi veut qu'il se fasse une conviction bien assurée, elle ne permet pas en pareil cas de référer le serment.

Le résultat d'une enquête bien que plus sûr que celui du serment supplétoire ne lie point le juge. On ne comprend pas dès lors, comment il serait, dans l'hypothèse où nous raisonnons, irrévocablement contraint d'accepter comme vraie la déclaration de celui qui prête serment. La partie elle-même pourrait revenir sur ses dires, et son adversaire en prouver la fausseté. Le juge d'appel aurait la faculté de regarder, comme sans nul effet, un pareil serment intervenu en première instance, et de le déférer à la partie adverse.

Ce serment peut être imposé à une partie sur un fait qui ne lui est pas personnel, mais dont elle a déclaré avoir connaissance.

Il est une autre espèce de serment que peut déférer le magistrat sur la valeur d'une chose demandée lorsqu'il lui est impossible de constater autrement cette valeur. Il doit même en ce cas déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Cette valeur ne peut être que réelle et non pas d'affection. Il est à remarquer que cette sorte de serment auquel on donne le nom de serment *en plaids* ou *in litem*, n'enlève au juge quant à sa décision rien de son indépendance.

Du serment décisoire.

Le serment décisoire renferme une transaction, mais une transaction *sui generis*, puisque celui dont on est en droit de l'exiger, et à qui on l'impose se trouve placé dans l'alternative nécessaire de le prêter ou de reconnaître la sincérité des prétentions de son adversaire.

Du principe que nous venons de poser découle cette conséquence, que celui-là peut seul déférer le serment qui peut aussi transiger sur le point de la contestation.

C'est pourquoi le tuteur devra préalablement remplir toutes les conditions exigées par l'art. 467, avant de déférer le serment au nom de son pupille. Il faut de plus être partie dans le procès pour déférer le serment, et on ne peut s'adresser qu'à celui qui plaide en son nom personnel, pour avoir à jurer. C'est donc avec raison que la cour d'Angers a décidé le 28 janvier 1825, que le serment décisoire n'est pas valablement déféré au mari, qui ne se trouve dans l'instance que pour autoriser sa femme.

Ce serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (Art. 1358 du C. civ.), ce qui, cependant, ne doit s'entendre que moyennant certaines restrictions. S'il devait porter, par exemple, sur des droits qui ne fussent pas susceptibles de faire l'objet d'une renonciation ou d'une transaction, il serait inadmissible ; ce qui aurait également lieu dans tous les cas où il s'agirait d'une action ou d'une exception combattue par la prescription ou que l'on voudrait repousser en *invoquant l'autorité de* la chose jugée.

Au surplus, un semblable moyen de preuve ne peut être jamais employé contre une partie, que tout autant qu'on exige d'elle une déclaration sur un fait qui lui est personnel. Toutefois, le serment de crédibilité peut être déféré aux héritiers, qui doivent affirmer s'ils ne sont pas instruits de tel ou tel fait que l'on attribue à leur auteur.

Il ne suffit pas que les faits soient personnels à celui que l'on provoque pour qu'il ait à se prononcer; il faut de plus, qu'ils puissent influer d'une manière sérieuse sur la décision du litige, en un mot, qu'ils soient relevants et décisifs, ce que les tribunaux apprécient avec une entière liberté.

Aux termes de l'art. 1360, le serment décisoire est recevable en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception

sur laquelle il est provoqué. Il n'est dont pas nécessaire qu'on le fasse précéder de l'emploi de tous autres moyens dirigés contre l'exception de la demande, et l'on peut en faire usage en appel comme en première instance. Mais, lorsque la loi laisse à la partie une aussi grande latitude, elle n'abandonne pas à l'arbitraire du juge l'admission d'un serment valablement déféré; il ne pourrait le rejeter que s'il était évident, ce dont ferait mention la sentence, que la délation est le résultat d'un esprit de vexation.

Il est à considérer que pour produire tous ses effets légaux vis-à-vis de l'adversaire, le serment doit être déféré en justice; d'où la solution négative de la question qui consiste à se demander : si l'on peut devant le juge-de-paix siégeant comme conciliateur, imposer le serment décisoire.

Voici quels sont les effets de la délation du serment : celui auquel elle s'adresse légalement est censé faire un aveu tacite s'il ne veut jurer, ou référer le serment lorsqu'il le peut. On entend par référer un serment, l'imposer à celui qui vous le proposait, ce qui n'est possible qu'autant que les faits vous sont communs avec cet adversaire. S'ils ne vous étaient communs qu'avec l'auteur de ce dernier, vous auriez la faculté de répondre à la provocation en déférant un serment de crédibilité. Dans ces deux cas, celui qui refuserait l'affirmation sous serment que vous lui demandez, devrait nécessairement succomber dans ses prétentions.

La preuve de la fausseté du serment régulièrement prêté est inadmissible (art. 1363), soit que pour en ébranler la force, on veuille employer un moyen direct, soit que l'on ait recours à une voie indirecte. Lors donc que le ministère public poursuit le faussaire, nous ne saurions nous porter partie civile demanderesse en dommages-intérêts.

Le serment décisoire termine irrévocablement la contes-

tation entre les parties qui luttaient dans le procès. Quant à ses effets, à l'égard des tiers, il convient de se référer aux principes concernant l'autorité de la chose jugée.

—

SECONDE PARTIE.

Des présomptions.

Nous avons eu déjà l'occasion, lorsque nous opposions la preuve qui repose sur le témoignage, à la présomption dont nous allons à présent nous occuper, de faire observer que cette dernière s'appuie sur une induction plus ou moins conjecturale, ayant elle-même pour base, des indices émanés de l'ordre physique ou moral. Ces expressions, *induction, plus ou moins conjecturale*, se justifient en ce que nous ne saurions classer, au nombre des présomptions, l'induction qui se fonde sur des lois constantes de la nature. Il s'agit alors, en effet, d'une évidence, à laquelle on a donné quelquefois le nom d'évidence externe.

Il est encore un caractère bien saillant, qui sépare la présomption de la preuve, c'est que la présomption repose sur des éléments qui ne sont qu'accidentellement usités, comme moyens de conviction, tandis que la preuve, au contraire, se produit, à vrai dire, uniquement pour témoigner des faits dont on veut s'assurer.

Conçue comme nous l'entendons, la présomption ne se trouve pas suffisamment déterminée, par les rédacteurs du Code civil, qui la définissent : une conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Quelle sera, si nous acceptons ce langage, la ligne sépa-

rative qui distingue la présomption de la preuve? Cette dernière n'est-elle pas tout aussi bien, que la présomption, une induction que tire le juge, pour arriver à l'inconnu, après être parti du connu ? Mais si les deux choses se confondent à ce point de vue, dira-t-on que l'on peut du moins les séparer, en les considérant sous le rapport de leur influence, quant à la conviction du juge? Non pas, assurément, l'une comme l'autre peut démontrer au plus haut degré la vérité d'un fait, comme elles peuvent toutes les deux ne l'éclairer que d'une manière très imparfaite. Il faut donc reconnaître, ainsi que nous l'avons fait, que la présomption ne diffère de la preuve, que par son origine; dans un cas, nous interrogeons des choses muettes par elles-mêmes; dans l'autre, c'est l'homme qui nous parle, c'est son témoignage que nous allons recueillir.

Il est vrai que nous avons mission d'interpréter et non pas de faire, et que nous paraissons avoir contre nous les termes de la loi. Heureusement qu'il n'est pas impossible d'établir qu'elle se plie à notre opinion. Ce n'est cependant pas en invoquant l'article 1349, que nous pouvons établir notre assertion, puisqu'il range le serment et l'aveu parmi les présomptions; mais l'économie de tout le chapitre, relatif à la matière des preuves, justifie ce que nous avons avancé.

Ainsi, l'article 1316, qui a pour but d'indiquer les différents éléments de conviction, a bien soin de ne pas confondre le serment et l'aveu avec les présomptions. Les régles, nous dit-il, concernant la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

Et plus tard, cet ordre est respecté, car il est parlé des présomptions, sous la section III, tandis que le serment et l'aveu sont traités dans les deux sections suivantes. La définition de l'article 1349 et l'énumération vicieuse de

l'article 1350, doivent donc être rectifiées, tant d'après l'esprit de la loi, que d'après la raison même.

Dominé par des considérations d'un ordre supérieur, le législateur tire quelque fois, lui-même, d'un fait, une conséquence, qui, pour cela, se nomme *présomption légale.* Mais, le plus ordinairement, il est laissé au juge un pouvoir discrétionnaire, pour décider jusqu'à quel point tel élément connu rend vraisemblable l'existence de telle ou telle cause inconnue ; et la conséquence qu'il tire, constitue ce que l'on appelle une présomption *simple* ou de *l'homme.*

SECTION PREMIÈRE.

Des présomptions légales.

Les présomptions légales sont des preuves, si nous donnons à ce mot le sens le plus étendu dont il est susceptible dans la langue du droit. Elles constituent, en effet, des éléments de conviction, pour déterminer la sentence des tribunaux. Mais il ne s'agit ici que d'une conviction factice, le juge n'a plus à considérer ce que les choses sont en réalité ; il doit accepter comme vraie, l'opinion de la loi, sauf la faculté que lui accorde cette dernière, de combattre en certains cas, et par des moyens qui varient, ce qui, tout d'abord, est regardé comme existant.

Il n'est de présomptions légales, que celles qu'un texte formel reconnaît. Le Code civil s'explique à cet égard en ces termes non équivoques : La présomption légale est celle qui est attachée, par une loi spéciale, à certains actes ou à certains faits. (Art. 1350.)

Au surplus, les cas dans lesquels le législateur a pris lui-même le soin de tirer des conséquences de certains faits, voulant qu'on le considère comme étant dans le vrai jus-

qu'à preuve contraire et même malgré cette preuve qu'il, défend quelque fois, sont en assez grand nombre dans nos lois. Et comme on l'a sagement fait remarquer, l'ordre politique comme l'ordre social, repose tout entier sur des présomptions légales. Il est donc vrai de dire, que si l'article 1350 a trop d'extension en ce qu'il range le serment et l'aveu parmi les présomptions, il n'est, d'autre part, que purement énonciatif dans les exemples qu'il fournit.

Parmi les actes ou les faits auxquels s'attache une présomption légale, l'article 1350 cite : 1o les actes que la loi déclare nuls, comme présumés accomplis en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. C'est ainsi que l'article 444 du Code de commerce regarde, comme nuls et sans effet, relativemeut à la masse, les actes translatifs de propriété à titre gratuit, faits dans les dix jours qui précédent la cessation de paiements ou depuis cette cessation. Et que les articles 911 et 1100 du Code civil présument s'adresser à l'incapable, la donation faite à certains de ses parents.

2o Le cas dans lequel la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. Tels sont ceux que nous indiquent les articles 553, 653, 666, etc.

3o Enfin l'autorité que la loi attribue à la chose jugée. Nous avons déjà vu que c'est à tort que la disposition finale de notre texte termine son énumération en parlant de l'aveu et du serment qui doivent rester parmi les preuves proprement dites.

On comprend sans peine que celui qui prétend s'appuyer sur une présomption légale se trouve, avant tout, dans la nécessité de bien établir le fait qui sert de base à cette présomption; mais cette preuve accomplie, toute présomption légale a pour effet de dispenser celui qui l'invoque, de démontrer la vérité de ce que la loi présume

constant en sa faveur. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il doive nécessairement triompher. Il est même de règle générale que les présomptions légales puissent être combattues, et ce qui prouve que le contraire est bien l'exception, c'est que dans le second alinéa de l'art. 1352, où la loi n'admet pas de preuve contraire, elle s'est vue obligée de se prononcer formellement. Du reste, cette exception en prouvant le principe prouve aussi qu'il n'est pas absolu.

Lorsque la loi se borne à considérer certains faits comme le signe apparent du droit, et qu'elle regarde la preuve du contraire comme admissible, la présomption se nomme *juris tantum*, ou tout simplement *juris*. La preuve contraire, en pareil cas, peut se faire par tous les moyens de preuve que la loi autorise, ce qui ne veut point dire que le juge ait la faculté de repousser une présomption légale en la considérant comme erronée en elle-même indépendamment des circonstances particulières de la cause. Il est à considérer, toutefois, que, dans certains cas, la loi n'admet l'usage de la preuve contraire que d'une manière restreinte contre une présomption qui ne doit pas trop facilement être ébranlée. Par exemple, la présomption, en vertu de laquelle l'enfant né durant le mariage est réputé fils du mari, ne peut être combattue que dans le cas d'impossibilité physique, ou bien dans le cas où l'on peut prouver, à la fois, l'adultère et le récel de l'enfant désavoué (312-313).

Nous venons de voir un cas dans lequel la loi n'admet la preuve, contre une présomption, que dans certaines circonstances. Nous pouvons maintenant citer un cas où elle n'admet que certains moyens de preuve. C'est lorsque, par exemple, on veut renverser les présomptions de mitoyenneté établies par les art. 653, 666 et 670. Les preuves littérales, les marque de mitoyenneté ou les

présomptions sont les seuls moyens de preuve qu'il soit alors permis d'employer.

Il est des présomptions qui repoussent, d'une manière absolue, l'emploi de la preuve contraire; elles prennent le nom de *presomptiones juris et de jure*, expressions qui sont dues aux docteurs du moyen-âge, tout comme celles de *presomptiones juris vel juris tantum*.

Il y a présomption légale *juris et de jure*, lorsque la loi, sur le fondement de cette présomption, accorde une exception péremptoire, comme en matière de prescription, par exemple ; lorsqu'elle annulle certains actes. Il ne s'agit pas ici d'une nullité de formes non plus que d'une nullité radicale résultant de l'absence d'une des conditions essentielles au fond pour la validité de l'acte; mais bien de cette nullité qui vient de ce que vous êtes présumé, par la seule qualité de votre acte, avoir violé les dispositions de la loi. Il ne se trouve pas, dans le Code, une seule exception qui vous accorde l'usage de la preuve contraire pour repousser cette présomption de nullité. Quant à l'exception péremptoire qui vous est accordée par suite d'une présomption, elle peut être combattue en certains cas (1283).

Les présomptions *juris et de jure*, peuvent, en général, être renversées par l'aveu ou le serment décisoire, pourvu, toutefois, qu'elles aient été établies exclusivement dans le but de garantir des intérêts privés, et qu'elle ne se rattachent des matières dans lesquels l'aveu et le serment sont inadmissibles.

SECTION II.

Des présomptions simples ou de l'homme.

Pour ne pas laisser les particuliers dans la nécessité de recourir à des moyens de preuve d'une administration dif-

ficile et propre à faire concevoir souvent à la mauvaise foi l'espérance du succès, la loi, dans la plupart des cas, a, comme nous l'avons déjà vu, forcé de se munir d'écrits revêtus de certains caractères. Ces écrits en effet, auxquels on a quelquefois donné la dénomination de preuves *préconstituées*, sont de nature à beaucoup diminuer le nombre des contestations. L'esprit de chicane ne saurait se trouver à l'aise, en face d'une rédaction, dont le but est de bien déterminer la volonté des parties, et lors surtout qu'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 cette rédaction.

Quand on a, contrairement aux prescriptions légales, négligé d'avoir recours à des écrits, bien que généralement la convention pour cela ne soit pas frappée de nullité, toujours est-il que des témoins ne sauraient être entendus. Mais on comprend combien aurait manqué de sagesse le législateur, s'il n'avait repoussé de la même manière l'usage des présomptions de l'homme. Elle sont des moyens tout aussi équivoques que la preuve testimoniale, car si le rapport qui existe entre différents faits est de lui-même incertain, combien le deviendra-t-il davantage quand on voudra tenir compte de la préparation frauduleuse que l'on aurait pu donner à ces faits par avance. Il ne faut donc pas être surpris de ce que l'art. 1353 du Code civil nous dise que les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la lumière et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans le cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale. Mais lorsque ce même article, après avoir dit que la présomption de l'homme est admise dans les mêmes cas que l'enquête, ajoute : *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol* , il fait soupçonner à tort que les témoins ne seraient pas entendus dans une pareille circonstance.

De ce que la loi en signalant les différents caractères que doivent avoir les présomptions de l'homme, demande qu'elles soient graves, précises et concordantes, il ne faudrait pas en conclure que le juge ne soit pas entièrement libre dans son appréciation, et croire par exemple, qu'il ne puisse se contenter d'une seule présomption lorsqu'elle lui paraît suffisante. Autrefois sans doute, il pouvait ne pas en être ainsi; mais aujourd'hui que l'on repousse avec raison la singulière pensée, que la vérité ne saurait, avec certitude, sortir de la bouche d'un seul témoin même irréprochable, et que les témoignages se pèsent plutôt qu'ils ne comptent, pourquoi voudrait-on agir différemment quand il faut se déterminer d'après une présomption de la nature de celles dont nous parlons.

JUS ROMANUM.

—

De probationibus et præsumptionibus.—De fide instrumentorum et amissione eorum.—De testibus.(D. L. XXII. T. III. IV. V.)

PROOEMIUM.

Insignem in juris materiâ locum probationes obtinent. Rarò enim lis ulla oritur, quin altera pars de facti veritate aut sinceritate cum altera dissentiat, quod confirmare necesse est. Judex tamen hoc verum tunc solum inquirit, quum lex non prohibet, et quamvis etiam hæc veri inquisitio per legem liceat, non admittenda est, nisi facta de quibus litigatur ea sint ex quibus litis exitus pendeat. Dicturus autem judex de rei alicujus veritate aut sinceritate, quibusdam debet adminiculis suam conscientiam fulcire quæ probationes vocantur. Quandoque fit ut, dumità lucem inquirit, lux illa subito ex se ipsa erumpat; *si evidentia*, *si lex ipsa*, *ut* inferius dicemus, dijudicaverit, vel demum si pars quæ prius contendebat nunc adversæ partis et recta et justa argumenta fateatur. Quod si trium horum unum fiat, non est quærendum uter judici probationes ad eum edocendum necessarias suppeditet. Sin autem veritas hâc non possit viâ judici patere, et si, exempli gratiâ, illam judex ex testis alicujus ore veritatem debet elicere, tunc necessario quœrendum est utra partium judici afferat probationis documenta, id est utri probandi onus incumbat.

His præmissis, animadvertendum est qui factum enunciet eum debere confirmare ; sin autem in intentione quæ huic facto initebatur formulâ excidet ; parvi autem refert utrum in hoc facto enunciando negativâ vel affirmativâ formâ utatur; quamquam de hoc non omnes admodum consentiant. Sunt

etenim quidam docti viri qui putent negans propositum non ab eo probandum à quo profertur, et ut sententiam suam formulâ confirment legem secundam de probationibus Digestorum pretendunt, cujus hœc verba sunt :« ei incumbit probatio qui dicit non qui negat». Nonne autem sic illa interpretenda est quasi probatio illi incumbat factum qui allegat, id est qui dicit, nec curat utrum affirmans sit aut denegans, dùm illi qui factum repellit, id est qui negat, non sit probandum. Illud autem eo magis est probabile quòd ita profecto interpretandum est rescriptum imperatoris Diocletiani, in quo legitur : « actor quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit, cùm per rerum naturam factum negantis probatio nulla est». (C. de Probat. l. 23.)

Denique nonne expressè ab Africano in lege quintâ décimâ : de op. nov. nunc., Digestorum definitur illa regula juris quæ semper curam probandi illi assignat qui factum etiam negans obtendit?

Hæc autem opinio ut juri romano consentanea , ita etiam sanæ rationi est accommodata.

Jam perpendendæ sunt variæ probationum species quibus licet uti. Quas omnes, ut prius diximus, latâ partitione complecti possumus. Primo enim de his dicemus quæ, hoc omisso utri probationis onus incumbat, proferuntur; post autem de iis quæ proferuntur, cum hoc non sit quœrendum.

PARS PRIOR.

De probationibus quæ, hoc omisso utri probationis onus incumbat, proferuntur.

Primo quidem dicemus de evidentiâ, quæ non propriè probatio est. Sed idem atque illa, licet firmius, operatur; secundo de præsumptionibus quibus extremum confessionis investigatio accedet.

SECTIO PRIMA.

De Evidentia.

Ea evidentia est quæ recta mentem invadit ; illam ad nos ire, non autem nos ad eam dixeris. Itaque plerumque non probationis nomine appellatur, quod tantummodo his adminiculis tribuitur quæ obliquè nos ad verum ducunt et aliquem ingenii laborem expectant. Una admodum est, ut verum dicamus, evidentia, quæ nos de iis admonet quæ intra nosmetipsos fiunt, et quam intimam evidentiam vocant. Attamen usu quædam etiam evidentia dicuntur quæ nostram mentem tam rapidâ animi inductione tamque vehementi invadunt ut laborare ingenium vix sentiamus. Tunc evidentia externa dicitur : ita cùm aliquo affectu movemur, declaramus hunc affectum illo extraneo corpore excitari cujus naturam cognoscimus.

Utraque autem evidentia continuò judicem occupat. Quis posset enim judex se propria sententiâ dubitare, et non pro certo habere antè se testes adesse et testari, et sub oculis esse instrumenta subjecta, cum reipsa his probationibus se sentiat adjutum? De his autem cum philosophia ultra disserere possit, nos, quantum ad nostrum opus pertinet, in primis dictis consistemus.

SECTIO SECUNDA.

De præsumptionibus.

Lex magnas sectata utilitates, quæ ad commune omnium commodum spectant, ex rei alicujus notæ veritate rei alius non æquè cognitæ veritatem concludit. Indè extat legis præsumptio quæ sola illum pro quo lex dicit à probatione afferenda liberat.

Ne tamen præsumptiones dividamus, de inductionibus dicemus quibus judex ex noto facto ad noscendum ignotum

factum utitur. *Quæ hominis præsumptiones* vel *simplices* dicuntur.

Prius de legis præsumptionibus. Lex ut ita dicam fit judex; quapropter alia judicis alia legis opinio non sit; lex igitur si persuasam se dicat, et persuasum judex fateri se debet. Lex aliquando veritatis locum assignat, et ita veritatem invenisse ait, ut nullam ultra investigationem permittat. Hujus speciei præsumptione cui nomen *præsumptio juriset de jure,* fit ut post decem menses mortis natus non admittatur ad legitimam hæreditatem (D. de suis et legit. hæred. l. 3 §. 11.). Et alia sunt quædam exempla (C. de const. pecu. l. 14.).

Nonnunquam autem lex demonstratam sibi veritatem habet, nisi illam in errore versari demonstretur; in hoc casu præsumptio quam adhibet *præsumptio legis* vel *legis tantum* dicitur. Hæc appellatio quâ præsumptiones, vel *legis* et *legis tantum* vel *juris et de jure* vocantur, non est ex jure romano collecta, sed in ævo posteriori à juris consultis fuit inventa.

Frequenter legis præsumptiones adhibentur quarum ut proferantur exempla dicendum: si cum pubere filio mater naufragio periit : cùm explorari non possit uter prior extinctus sit, humanius est, filium diutiùs vixisse præsumere (D. de reb. dub. l, 22, 23, 10, 16.). Et sunt alia : D. de testib. l. 12. — D. de his qui sui vel al. l. 6.

Et animadvertendum ne legis præsumptiones loco fictionum accipiantur; illud est enim discrimen, quod lex verum aut verisimile aut incertum præsumit : fingit verò falsum et certum, ut cum lex fingit eum qui ab hostibus captus est, semper fuisse in civitate, qui revera captus fuit, sed tamen utilitatis gratiâ, eum captum non esse fingit. Item præsumptio quandoque contrariam probationem admittit, fictio vero, quæ veritati adversatur, semper contrariam veritatem respuit.

Quæ sunt præsumptiones *simplices* vel *hominis* nomen de-

monstrat; præsumptiones etenim *hominis* hæc sunt quæ ab homine id est à judice procedunt.

Hæ licet per se quidem singulæ non conficiant probationem (D. de prob. l. 16). In gravissimis tamen probandi adminiculis sœpe habendæ sunt, dixit etenim Diocletianus, indicia certa non minorem probationis quam instrumenta continere fidem (C. de rei vendit. l. 19).

SECTIO III.

De confessione.

Confessio est assertio quædam ab altera partium emissa quâ agnoscit veritatem facti quod adversarius edidit. In hac exquisitum, præsertim in privatâ causâ, probationis adminiculum continetur.

Duo sunt confessionis genera ; vel tacita vel expressa est , quod in Digestorum titulo de interrogationibus in jure factis latius apparet.

Est quoque alia divisio : cum in jure vel in judicio fit confessio dicitur judicialis, extra judicialis autem si non ita agitur.

Ut valeat multæ sunt conditiones : confiteri oportet de eo quod et jus et naturam recipere potest (D. de conf. l. 14. § 1). Ideoque constare debet factum esse quod se fecisse fatetur, si quis rem, quæ non ampliùs erat in rerum naturâ, se debere fateatur , putans eam necdum extinctam esse; ex suâ confessione is damnandus non est (D. l. ult. ibid.).

Cum quilibet sui quidem facti, non œquè autem alieni scientiam habere præsumatur , ut de suo non de alieno facto confessionem faciat requiritur (D. de int. in jure fa. l. 19.).

Nostrâ sententiâ si damnari possumus , haudquaquam tamen nosmetipsos absolvere licet ; itaque contra se non pro se fateri datur (C. de prob. l. 5.).

Vi metuque carere confessionem oportet, minimèque valet, nisi ex liberâ voluntate proferatur. Nisi jus ignoraverit nemo fatetur qui errat, illi etenim non esse videtur libertas (D. de conf. l. 2.). Sed qui facti errore se confessum ait; idipsum probare debet (D. l. 5. ibid.).

Ob eamdem causam exigitur ut fiat per tales qui plenum habeant animi judicium : nam si pupillus confessus sit sine tutore, confessio nulla est : si minor sine curatore, restituitur in integrum.

Et procuratoris, tutoris, curatoris, similiumque confessio perperam emissa, pupillo, minori, aut domino non nocet, sed magis ipsis confitentibus (D. de conf. l. 6. § 4.—D. ad leg. aqui. l. 25. § 1).

Advocatus si quid per errorem confessus sit, cliens absens usque ad sententiam, erroris corrigendi facultatem habet (C. de err. adv. l. 3.). Prœsens verò statim, id est intra triduum emendare debet, quia quæ advocati allegant, prœsentibus his quorum res agitur, perindè habenda sunt ac si ab ipsis litium dominis prolata essent (C. ibid. l. 1.).

Insuper confessionem certam esse oportet ; confessus enim certum pro judicato erit ; incertum non erit (D. de conf. l. 11. § 4, 5, 7.).

Cùm omnia prædicta necessaria confessio continet ab illo ne dividatur cui prodesse potest, ità ut pars rejiciatur altera, altera servetur. Sin autem multa dixerit confessus non inter se connexa et multæ confessiones esse videntur itaque fieri licet ut omnes non sint admissæ.

Si judiciali confessione sit aliquis confessus, ut suprà dictum est, hæc sunt judicis partes, ut judicet, nisi confessus errore se lapsum doceat.

Quod extrajudicialem confessionem attinet, nisi jam litis contestatio sit facta, revocari licet (D. de nox. act. l. 26. §. 5.). Ex eâ nascitur tantùm præsumptio quædam *hominis* : vis illius varia variis pro casibus. Magis valet scripta,

et in mortis articulo vel testamento facta magni est momenti (D. de donat. l. 2.— de legat. l. 37. § 5 et 3.).

—

PARS SECUNDA.

De probationibus quæ, hoc non omisso utri probationis onus incumbat, proferuntur.

De testibus, de instrumentis, de jurejurando seorsim in hâc secundâ parte videbimus.

SECTIO PRIMA.

De testibus.

Ut autem ordinem temporum sequamur, priùs de testibus dicendum est quàm de instrumentis. Antequam enim apud romanos ars scribendi in usu esset, facilè intelligitur testes ad id fere solum, adhibitos fuisse ut judicis mentem confirmarent. Nec huic usui magnum suberat periculum ; etenim ut prœclarus quidam dixit non libenter mendacium cum virtute consentit, quâ barbari plerumque eminent, præsertim si perpetuis bellis exerceantur. Animadvertendum est etiam eos qui congregatim habitant intelligere quanti suâ intersit ut inter se inconcussæ pactiones valeant. Rarò igitur infici testimonia corruptelis possunt, si sola in his vim habeant conventionibus. Denique ob aliam etiam causam ille de quo loquimur populus, minori periculo ad probandum testes adhibebat. Plerumque enim coram testibus erant obligationes contractæ, quumque se verbis solemnibus obligarent, facilius testes conventionis cui interfuerant propria verba poterant referre, et ita quœdam testium et instrumentorum erat similitudo.

Causæ propter quas magnus fuerat testium usus paulatim evanuêre ; sed publici mores adeò testimoniis erant

accommodati ut difficilimè in eo reformate fuissent. Itaque Justinianus, cùm instrumenta adhibere tentasset, in plerisque casibus, matrimonii probandi causâ (Nov. 74. C. 4.), non nisi in illustrium nuptiis invitus dotalia instrumenta adservavit. (Nov. 117. C. 4.).

Non obstant quæ suprà diximus cur leges romanæ quibusdam in casibus testes non acciperent. Sed de his non est hic locus.

Sin autem plerumquè testimoniis veritatem quœrere judici fas esset indiscretè quemlibet audire testem haudquaquam permittebatur.

In primis observandum duo testium fuisse genera ; alii negotiorum constituendorum solemnitatisque causâ adhibebantur, alii non nisi probationibus inserviebant. Et in negotiis constituendis major est legum severitas cùm, ut puta, testium in numero esse mulieres prohiberentur (D. de test. ord. § 6. — D. qui. test. fac. poss. l. 20. § 6.), duoque, nisi lex plures desiderabat, requirerentur (D. de test. l. 12). Sed de his qui probationibus inserviunt disserere non de aliis oportet.

Ad fidem judici faciendam non sunt testes omnes idonei ; alii in universum testari prohibentur, alii autem quibusdam tantùm in causis.

In universum testari prohibentur quidam quos inter furiosi, vel iis quibus bonis interdictum est ; nullâ videntur enim frui voluntate (D. de reg. ju. l. 40). Item de calumniæ damnatis (D. de test. l. 13); item de Judæis et Hœreticis nisi inter se litem haberent (C. de hær. et Mani.). Nec denique servorum testimonia admittebantur sed eorum responso tunc erat credendum, cùm alia probatio ad eruendam veritatem non esset (l. 7, ibid.).

Etiamsi nec imbecilles, nec pravo animo agniti, sunt permulti quorum in quibusdam casibus testimonia sunt reprobanda ne odio, amore, timore, suo vel commodo corrupti fuerint. Itaque etiam jure civili domestici testi-

monii fides rejicitur (D. l. 6. ibid.). Domesticum autem testimonium non ex cohabitatione sed magis familiæ et potestatis jure œstimandum. Undè parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittuntur (C. de test. l. 6.). Parum refert utrum in patris potestate sint liberi nec ne ; manet in utroque casu pietas, vel odium exardescit.

Audiendus testis non est cui imperari potest ut testis fiat (l. 6. ibid.). Nec ullus in re suâ testandi facultatem habet (D. de test. l. 10.). Quapropter durante tutelâ non admittendum est tutor ad testimonium pro pupillo quoties pro eo in judicio stat ; admittitur autem si per actorem ex judice datum pupilli nomine lis agitetur. Eamdem ob causam, ne patroni in causâ cui patrocinium præstiterunt, ne executores, negotiorum ad testimonium admittantur cavendum (D. l. ult. ibid.).

Sed id litigantibus non satis est quòd idoneos sibi testes agnoscant, et illis facultas esse debet ut nolentes ad testimonium cogantur ; hæc itaque facultas fuit tributa. (C. de test. l. 16.).

Omnibus testibus nullo autem eorum detrimento id fieri decebat, quapropter ab his per quos postulabantur, sumptus competentes dari placebat (l. 11 ibid.). Testes non sunt tamen per longum iter temerè evocandi, et multominus ait Hadrianus, evocandi sunt signis vel muneribus, perhibendi testimonii causâ (D. l. 3. § 6. ibid.). Denique animadvertamus quosdam esse quorum invitorum testimonium non exigebatur (D. l. 5, l. 8, l. 19. ibid.).

Si audirentur testes, veritas ut testimoniis tutiùs appareret, nundum testimonio facto, jurisjurandi religione testes arctabantur (C. l. 9. ibid.).

Sed non satis est quòd juraverint testes et ad testimonium fuerint admissi ut testimonium probationis vices obtineat. Quando igitur exaudiuntur testes, multa sunt à judice observanda. In omnibus enim non eadem fides esse

debet : vita, dignitas, divitiæ, paupertas , omnia denique ad causam pertinentia examinentur; nec omittatur quis sit in suo testimonio testis habitus. Quamobrem alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent. Haudquaquam igitur immeritò Hadrianus Julio Rufino proconsuli Macedoniæ rescribebat testes se, non testimoniis crediturum (D. l. 3. ibid.).

Quin in re dijudicandâ magna apud Romanos judicis fuerit libertas nemo dubitat (D. l. 3 , § 2. ibid.). Attamen plerique putant ità testium numero judicem impeditum fuisse , ut nisi duobus testibus auditis , si res plures non exigeret, judicium dare non potuerit. Illa nititur opinio textu quodam ubi Paulus unius testimonium reprobat ; sed animadvertamus in hoc casu, inhabilem fuisse testem , is cùm pro patre testaretur (D. de quæst. l. 20), et Papinianus dixit : « Ubi numerus testium non adjicitur , etiam duo sufficiant : pluralis enim elocutio duorum numero contenta est» (D. de test. l. 12.). Sed horum in fine facilè videtur de his tantùm negotii perficiendi solemnitatisque causâ testibus adhibitis , hìc actum fuisse.

Hæc vero si sunt interpretatione dubia ; nunc sunt evolvenda quibus unius testimonium ad probationem sufficere apertè patebit. Primùm, nisi sententia nostra prævaleat , nulla foret ratio his Valerii Maximi quibus Q. Scævolæ laudatur modestia dicentis cùm in judicio testimonium dixisset : ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli, (l. IV. C. 1. § 11.). Sed multo magis res ad lucem accedit si audiatur Constantinus qui primus necessitatem duorum testium imposuit, cujusque hæc ità sunt verba: simili modo sanximus , ut unius testimonium nemo judex in quâcumque causa facilè patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus , ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi prœclaræ curiæ honore perfulgeat (C. de test. l. 9.).

Sed plerumque cum sufficiat testis unus attamen plures aliquando requiruntur.

Denique extra requisitum à lege numerum, numerus solùm, ut veritas appareat, non est inspiciendus : non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit (D. de test. l. 21. § 3.).

SECTIO SECUNDA.

De instrumentis.

Aliquando instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt qnibus causa instrui potest : et ideò tam testimonia quam personæ instrumentorum loco habentur (D. de instrum. l. 1). Hâc tamen in parte operis nostri instrumentum est scripturâ ad rerum gestarum fidem cumprobandam adhibita (D. l. 4. ibid).

Multæ sunt causæ propter quas in usum venêre instrumenta : fallaciis etenim hominum, incertæ memoriæ vitæque brevitati humana negotia quia sunt obnoxia, scriptum fuit assumptum.

Instrumentorum alia sunt publica, puta censûs tabulæ (C. l. 17. ibid) ; et ità appellata propter auctoritatem publicam quâ conficiebantur ; alia sunt privata, puta syngraphæ ; et ità appellata propter auctoritatem privatam quâ scribebantur. Est quoque alia divisio ; sunt etenim obligatoria ut chirographum syngrapha, vel liberatoria ut apocha.

Ut jam supra diximus, multo magis ad negotia statuenda, testes quamscriptura, apud Romanos, frequentabantur. Itaque in paucissimis tantùm casibus lex instrumenta requirebat. Marco etenim Aurelio imperante, quamvis, quominus natalium memoriæ servandæ causâ, tabulæ exstarent (Jul. Cap. vita Marc. A. § 9.), usquè per testes status personarum fuit demonstratus (C. de nupt. l. 9). Sin autem ingenuitatis controversia fieret, soli testes ad probationem

non sufficiebant (D. de test. l. 2). Nec sufficiebant testimonia, nisi quinque idonei testes et summæ atque integræ opinionis præstò fuissent solutioni celebratæ, hique cum jurisjurandi religione deposuissent sub prœsentia sua debitorem esse solutum, cum scriptis contractum fuerat (C. l. 18. ibid). Sunt etiam alii quidam casus in quibus scriptura requirebatur.

Plerumque igitur contrahentes, sponte suâ nec jubente lege, negotia à tabellione scripto facto adjuvabant.

Tabelliones, id est personæ servili conditione auctoritate publicâ ad instrumenta conficienda constitutæ, civium negotia in charta scribebant. Hisque scriptis nomen fuit forenses scripturæ, quòd priùs tabelliones forum occuparent. Horum paulatim usus adcrevit, multaque fuerunt requisita ne prœsertim litteras ignorantes defraudarentur. Quapropter tabelliones negotiis præpositos, ipsos et non alios pro ipsis adesse placuit (Nov. 44. c. 1. 2).

In scriptis à tabellionibus conficiendis, imperatoris nomen imperiique annus, et post illa consulis appellatio qui in illo anno erat, insuper denique indictio, dies et mensis locusque exprimebantur (Nov. 47. C. 1. 2).

Quod si quœdam adscripturæ vim lege vel more necessaria facta omitterentur damni reparationem à tabellione lœsus exigebat, cum culpa sit profiteri artem quam non calleat, aut negligenter in eâ exercendâ versari (C. de testamentis. l. 29. in fin.). Quin etiam nonunquam, legis observatione prætermissâ, tabellioni officium adimebatur (Nov. 44. cap. 1.).

Longè alia sunt nostris à notariis instrumenta confecta ac Romanis à tabellionibus acta. Etenim apud Romanos minimè monumenta valebant nisi ipse tabellio jurejurando quæ scripserat confirmaret, vel illo defuncto testes nisi jurejurando idem declararent (Nov. 44. 47. cap. 7.).

Et animadvertendum aliquando cives tabellionis sine officio scripturam adhibere. Ille cui talibus scriptis uti

placebat hæc vera esse priùs demonstrare debebat. Non autem prœtermittamus quædam quasi publica secundùm jus Romanum, instrumenta fuisse, quamvis privatím scripta essent. Quæ fiebant cum trium testium fide dignorum subscriptione scripturæ munirentur (C. qui pot. in pig. l. p. ult.).

Monumenta ut tutiora forent insinuatione usum fuit; quam ità Justinianus utilem œstimavit ut in unius cujusque provinciæ civitatibus, habitationem quamdam publicam esse curavit, in quâ defensores monumenta reconderent, eligendo quemdam in provinciâ qui horum haberet custodiam (Nov. 15. cap. 5. § 2.).

Prœdicta prœter instrumenta sunt scripturæ quæ probationis faciendæ gratia minimè valent. Instrumenta namque domestica, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuvantur, ad probationem sola non sufficiunt (C. de test. l. 4.).

Nec exemplum alicujus scripturæ valet etiam si publicæ (D. l. 2. de fide instrum.).

Et aliquando quamvis per se ipsa valeant instrumenta tamen nullum habent effectum; quod fit si scripturæ diversæ sibi invicem derogantes ab unâ eâdemque parte prolatæ fuerint (C. l. 14. ibid.). Nec aliter si à reo instrumenta producantur directo repugnantia cum iis quæ ab actore pro ejus intentione prolata sunt, sic ut alterum falsum necesse sit.

Nonnumquam etiam testimoniis omnino instrumentorum fides evanescit (C. contrah. et comit. stip. l. 14. — de inutil. stipul. l. 12.). Nec obstat lex quæ ità concipitur: « In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium » (C. de fide instrum. l. 15.). Hic etenim textus ad vim seorsim instrumentorum et testium spectat, nec alia aliis opponit.

Postremo dicendum est testes adversus scripturam interrogari non posse cum nihil de fide tabularum objicitur (Paul. sent. l. 5. tit. 15. § 4.).

Restat ut de amissione instrumentorum disseramus. Si negotium nisi scripto facto valeret, seu contrahentium pacto, seu volontate legis, instrumento amisso, dummodo doceretur ea de re scripturam confectam esse, non noceret (C. l. 18. in fine. ibid.); si tantùm ad faciliorem probationem scriptura facta sit, deperdito instrumento, dum per testes vel aliter idoneè probetur negotium gestum, amissio instrumenti non nocet (C. l. 1, 5, 7, 8, 10. ibid.).

Sed benè sunt adservanda instrumenta, nam si adversarius instrumentum falsum esse contendit, quamvis illud semel adprobasset, tamen iterùm petere potest ut exibeatur, et nisi id fiat, habetur pro falso, nisi alter à quo petitur juret instrumentum amisisse (C. l. ult. ibid).

SECTIO TERTIA.

De jurejurando.

Jusjurandum affirmatio est religiosa, ut ipse Tullius in libro de officiis scripsit (lib. III. c. 29.). Qui enim aliquid *jurejurando firmat*, *is Deum* testatur vera se profiteri, cœlestemque in se iram invocat, si suam ipse conscientiam vulneret perjurio. Undè fit ut vel antiquissimis temporibus et cunctas apud gentes jusjurandum ut veri auctor semper valuerit. Illo tamen, ut omnem sanctitatem apud genus humanum retineat, moderatè utendum est; ideòque non possumus hujus intemperantiorem usum in Justiniani constitutionibus, non vituperare.

Istâ partitione quidquid ad jusjurandum spectat continetur : aut enim promissorium est aut assertorium. Ut ipso verbo patet jurejurando assertorio promissum asseveratur ; cujus generis illud est quo, ut jam diximus, se vera testari testes (C. de testib. l. 9. p.), vel etiam quo judex priusquàm causam perpendat, omnimodo sese cum veritate et legum observatione judicium dispositurum affirmant (C. de jud. l. 1.). Quod si usitatis conventionibus accederet, restitutionem in integrum, minoribus quinque et vigenti annos natis afferret (C. si adv. vend. l. 1.). Hoc etiam jure-

jurando liberti se patronis suis quœdam officia prœstituros fidem suam obstringebant (D. de ap. lib. l. 7.).

Jusjurandum assertorium illud est quod factum esse aliquid, vel non factum asserit. Cujus exempla proferre minimè necesse est, cùm illud, ut potè quod recta solum ad probationem spectet, jam scorsùm explanaturi simus ; sunt quidem ex iis quæ assertoria dicuntur, de quibus nihil dicendum, cùm nihilominùs adjuvent ad confirmandam facti alicujus de quo ambigitur veritatem. In quorum numero locum tenet calumniæ juramentum.

Exortalis jurisjurandi assertorii religione, vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis, solvi potest. Faciliùs autem se aliquis actionum oneribus liberaret jurejurando haudquaquam ab alterâ parte vel à judice quœsito ; quapropter tale jusjurandum irritum evaderet (D. de jur. l. 1 et 3).

Ex pactione ipsorum litigatorum jusjurandum etiam extra litem priusquam in judicio vel in jure partes sint, interponi potest. Putat Voetius cujus sententiæ nos ipsi accedimus, hoc de jurejurando intelligi cui nomen a Digestis indictum est voluntarium. Adversarius enim à quo adversa pars jusjurandum poscit, propositam conditionem vel admittere, vel respuere in libero arbitrio habet ; nullâ necessitate ejus cohibetur voluntas, et si neque juratum est neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum non fuisset admissa (ibid. l. 5. § 4). Quæ tamen opinio non omnium jurisconsultorum est. Cujas enim illud voluntarium jusjurandum appellat quod in jure aut in judicio defertur, et de quo jam dicturi sumus, quòd, ut ait, illud vel jurare vel referre nostrâ in voluntate est. Relatum verò jusjurandum necessarii nomine designat ; quam nominis attributionem ad diversum omnino modum infrà interpretabimur.

Qui voluntarium jusjurandum accepit, illud referre non potest (Ibid. l. 17). Illo enim accepto, unum so-

lummodo perpendendum : num ad constitutas leges juratum sit. Quâ de re si ambigitur, qui se juravisse affirmat, si reus sit, exceptione jurisjurandi utitur, et actione de jurejurando si actor sit (Ibid. l. 9.).

Jam confectum est quonam jurisjurandi genere partes quæstionem omnimodo extra litem positam dirimere possint. Plerumque autem in jure vel in judicio ab uno alteri adversario defertur jusjurandum. Quo jurisjurandi genere uti multo satiùs est, quam voluntario ; facilior enim fit illius probatio ; ad hoc accedit ut dignitas ejus ante cujus conspectum stant magis perjurii suspicionem tollat ; denique eo quod sit jusjurandum vel deferendum, vel referendum ; silere enim idem esset ac fateri ; eo quod silere perseverantis causam omnino corrumperet (Ibid. l. 34. § 6). Cæterum tunc etiam jusjurandum juratum habetur, quamvis omnino extra litem defertur, si paratæ ad jurandum parti adversarius jurisjurandi gratiam fecerit (ibid., l. 6.). Tacito autem fit illa gratia, cum adversarius qui jusjurandum poposcit ipse priùs de calumniâ jurare abnegat (l. 34. § 4; l. 7. ibid). Ille cui jusjurandum refertur minime queri posset, quod litis exitus totus sui factus sit arbitrii, exactâ hâc conditione quam ipse alii adscribebat ; nulla igitur illi optio permittitur : vel enim jurare vel damnari eum oportet. (l. 34. § 7. ibid.).

Jusjurandum in jure et in judicio hoc commune habent ut necessario litem dirimant, quod prius dictum est ; itaque nomen jure datur necessarium, sive delatum sit sive relatum. Cæterum hoc uno dissentiunt : si jusjurandum in jure delatum sit, prœtor reum de causâ deturbat eum solvere cogens quasi fuerint damnatus ; vel actorem, petitam abnegans actionem (l. 34. § 6 et 7. ibid). Si contrà jàm data actio est, et causa in judicium adducta tunc ipse judex sententiam profert reum absolvendo vel condemnando (l. 34. 8. 9. § 9. ibid).

Jam explanato quod de jurejurando expactione ipso-

rum litigatorum dicendum erat, restat ut de illo etiam disseramus quod judex ipse imponere potest et ob eam causam judiciale est appellatum. Illo toties judex uti potest quoties ei res non admodum est explorata (ibid. l. 31.). Facilè autem intelligitur judici omnino licere utri adversariorum fidem habeat; nec non patet illum cui jusjurandum adscribitur non posse hoc adversæ parti referre, et adversus istum vel pro ipso, prout jura vel jurare abnegat jusjurandum converti posse. Neque tamen tali jurejurando judex adeo est constrictus ut nunquam possit illud nullum habere (Ibid. l. 31.).

Est etiam aliud jurisjurandi genus quod judex injungere potest; quod autem nisi in quibusdam definitis ipsâ lege casibus non debet adhibere : nunquam enim adhibetur nisi in actionibus *in rem* vel *in personam bonæ fidei*, vel denique ad *exibendum*, et tum etiam solùm cum rei dolus est aut aversa voluntas. Si defensori nihil nisi culpa objicitur, judex prohibetur illo uti jurejurando, cui nomen *in litem* (D. de in lit. jur. l. 5. § 3, l. 2. § 1, l. 4. § 4).

Petitori defertur cujus intentio æquavidetur ut ipse litis pretium definiat (Ibid. l. 8 et 10.).

Si verò judex nisi in expressis quibusdam casibus hoc jurejurando uti non debet tamen nunquam illo lege uti cogitur. Licet ei solummodo quosdam intrà fines et ad præfixum ab ipso pretium illud deferre (Ibid. l. 4. § 2.). Quod si etiam jusjurandum juratum sit potest judex, si res postulet minori damnare pretio vel etiam omnino absolvere (Ibid. l. 4. § 3, l. 5. § 2.).

Scorsim perpensis singulis jurisjurandi generibus, quæ ad probationem spectant, nunc evolvendum quibus necessariis conditionibus jusjurandum generatim valeat.

Qui jurat jurare debet sano animo et pro vero habere id quod jurejurando asserit; debet etiam judicium habere, id est intelligentiam ejus rei de quâ agitur; unde nequit jusjurandum pupillo deferri (D. de jureju. l. 34.). Necesse

ut res de quâ juratum est in privatorum commercio sit, et in jurantis arbitrio posita, nec in earum numero sit de quibus jurare non est permissum.

Quod autem formam attinet in jurejurando usitatam, illa adhibenda est quæ legibus vel admissa, vel imposita fuit ; leges autem multum litigantium arbitrio concedebant (ibid. l. 5. l. 13. § 6. l. 33). Illud autem animadvertamus necessarium jusjurandum eo modo jurari debere quo fuit delatum (ibid. l. 3. § 4). Voluntarium autem eodem modo quo conventum fuit.

Jurisjurandi autem vis non tantum consciencià jurantis tuebatur lex cùm pænam sanciret perjurio imminentem (l. 13. § 6.).

Sit postremo dictum animadvertendum esse ut per procuratorem nequeat jurari ; nisi in quibusdam casibus definitis (ibid. l. 9. §. 6.; l. 42. § 2. de dam. inf. l. 13. § 3.)

Hic sit nostro operi modus, quum enim nisi cùm cætera probationis adminicula judici rem satis perspectam facere non potuerunt, vel partes nullo aliomodo litem dirimere valuerunt, jusjurandum adhibendum non sit, sane liquet jurisjurandi investigatione nobis fuisse finiendum.

Vu par le président de la thèse,
BENECH.

Toulouse, Impr. de Ve DIEULAFOY, rue des Chapeliers, 13.