Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 2 (1883)

Artikel: De la preuve des obligation en droit cantonal en regard des dispositions du Code fédéral des obligations sur la validité des contrats

Autor: Carrard, H.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896694

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Coreferat

des Herrn Professor H. Carrard in Lausanne.

De la preuve des obligations en droit cantonal en regard des dispositions du Code fédéral des obligations sur la validité des contrats.

Introduction.

Par sa nature, le Code des obligations est une loi théorique, qui détermine abstraitement les conditions de la validité des contrats. Il a sa sanction pratique dans les dispositions de la procédure civile de la Confédération et des cantons; c'est à ces dispositions que doit recourir le créancier qui veut contraindre un débiteur récalcitrant à remplir son obligation. Mais ces lois de procédure diffèrent entre elles; les unes facilitent, les autres gènent, plus ou moins, la manifestation du droit. Voici ce qui peut se passer dans la pratique du barreau.

Un client expose son affaire à un avocat vaudois. — Celui-ci lui dit: Le Code des obligations vous donne cent fois raison. — Eh bien! vous plaiderez ma cause, s'écrie le client tout joyeux. — Nenni, répond l'avocat; je serais un malhonnête homme si je m'en chargeais, car vous la perdrez sûrement. Votre cause serait excellente à Zurich, à Berne, ou à Lucerne, ici, à Lausanne, elle ne vaut absolument rien.

Notre avocat peut avoir parfaitement raison. Le Code des obligations s'occupe du droit à l'état latent, les codes de procédure le font agir et vivre. Si l'on nous permet cette comparaison, l'un est un roi fainéant, les autres des maires du palais tout puissants.

Cependant il ne faut pas exagérer le rôle de ces derniers. La Constitution fédérale n'a pas centralisé la procédure, c'est

vrai; mais il nous parait qu'on l'interprête d'une manière trop restrictive en considérant certaines questions de preuves comme de simples formalités de procédure, bien qu'elles soient des formalités décisoires de nature à trancher le fond même du litige. Ce n'est pas sans de bons motifs qu'elles avaient trouvé leur place dans le Code civil français et dans ceux des cantons qui l'ont imité.

Le projet du Conseil fédéral aurait voulu donner au Code des obligations une valeur indépendante des lois de procédure, en ajoutant à l'article 9, qui porte: „Les contrats ne sont soumis à aucune forme particulière au point de leur validité," les mots „ou de la preuve". Mais les Chambres ont retranché cette adjonction. Elles ont aussi repoussé certaines règles introduites dans la discussion par le Conseil des Etats, qui voulait exiger un acte écrit pour toutes les conventions de f. 3000. et plus, et n'admettre la preuve testimoniale que pour celles d'un chiffre inférieur.

Ainsi les preuves sont restées, en grande partie, dans la compétence des cantons, qui peuvent à chaque instant modifier leur législation au préjudice de la sécurité du droit.

Mais c'est aller trop loin de soutenir que le Code des obligations ne renferme aucune règle relative aux preuves et que les cantons sont absolument souverains à cet égard. Nous croyons entre autres qu'ils ne peuvent pas refuser force probante aux titres qui répondent aux exigences des articles 12, 13 et 14 du Code fédéral.

On nous dit que nous sommes seul à défendre cette opinion, ce sera là notre excuse si nous le faisons avec quelque vivacité.

Nous nous occuperons spécialement des cantons de la Suisse française et du Jura bernois.

Nous constatons avec regret qu'ils n'ont fait presque aucune concession au droit des obligations dans les lois de coordination qu'ils ont publiées. — Ils ont conservé, avec un soin jaloux, les particularités de leurs législations sur les preuves, qui heurtent le Code fédéral. Nous avons été surpris de voir que le nouveau Code de procédure civile bernois maintient encore pour le Jura les règles du Code civil français sur la

preuve littérale, ce qui met le canton de Berne à la tête des opposants et diminue l'espoir que la question des preuves puisse se règler par une entente entre les cantons et la Confédération.

On ne peut considérer comme une concession l'adoption de la part de Berne de certaines dispositions qui sont citées comme telles, par exemple celles qui généralisent la preuve par témoins.

La limitation de la preuve par témoins peut parfaitement coexister avec le droit des obligations, pourvu que les règles soient les mêmes dans toute la Suisse.

La question de la preuve testimoniale est très-intéressante, mais la solution dépend en grande partie de considérations étrangères au droit des obligations. Comme pour la peine de mort, il faut compter avec la culture et la moralité générale, avec l'organisation judiciaire, etc., etc.

Je dis cela parceque je désire que la discussion actuelle de la Société des juristes, qui doit porter sur des rapports d'harmonie que chacun saisit de la même façon, ne s'égare pas sur des questions qui dépendent de préférences individuelles ou locales.

Pour répondre aux questions posées par la Société, je vais mettre en présence des dispositions du Code fédéral sur la formation des obligations, les lois cantonales qui limitent la preuve des contrats.

Cette comparaison montrera que la Confédération n'a pas eu la force de promulguer un code applicable uniformément dans toute la Suisse. Peut-être n'avait-elle pas une compétence suffisante à cet effet. Elle a entrepris témérairement et prématurément une tâche qu'elle était impuissante à bien accomplir.

Mais ce qui n'a pas été réalisé hier peut l'être demain. C'est en vue de cet avenir que je signale, sans craindre le reproche d'exagération, une faiblesse du Code.

Je redoute la centralisation administrative et politique, mais je crains l'énervation du droit. Certaines interférences éteignent les rayons lumineux; il y a aussi des interférences

entre les lois fédérales et cantonales, qui obscurcissent le droit et la justice et nuisent ainsi au développement économique de la nation.

§ 1. De la preuve par témoins.

A. En général.

Le Code des obligations exige que certains contrats soient constatés par écrit pour être valables. Tous les autres contrats peuvent être conclus verbalement, et même tacitement.

Mais, dans la règle, un contrat verbal ne peut être prouvé directement que par témoins. — Je ne parle pas du serment qui est plutôt une transaction qu'un moyen de preuve; il inspire peu de confiance, plusieurs cantons y ont renoncé, et prochainement, peut-être, il sera abandonné par tous.

Dans les cantons de Genève, Vaud, Valais et Neuchâtel, la preuve par témoins est, en général, exclue toutes les fois qu'il s'agit de prouver une convention dépassant une certaine somme, laquelle varie selon les cantons entre f. 200 et f. 1159. —. La législation fribourgeoise contient des réserves relatives à la preuve des prêts de sommes d'argent.[1])

On se trouve ainsi en présence de contrats valables qui ne peuvent pas être prouvés.

La position du créancier a de l'analogie avec celle de ce marin qui disait: „Je suis propriétaire d'un bien beau navire," puis ajoutait tristement; „mais mon navire repose, à dix mille brasses au fond de la mer."

Il sert peu de s'occuper d'un contrat qui n'a pas d'utilité ou d'une propriété qui n'a aucune valeur. — Ce ne sont pas des biens.

L'harmonie doit régner entre la loi qui régit la conclusion du contrat et celle qui s'occupe de sa preuve. Dans la

[1]) Le nouveau Code de procédure civile bernois abroge, pour le Jura, les dispositions du Code Napoléon sur la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment, ainsi que l'art. 109 du Code de Commerce. — Les prescriptions sur la preuve par les livres de commerce avaient déjà été abrogées précédemment lors de l'introduction du Code fédéral.

pratique, qui seule nous intéresse ici, ces deux questions sont étroitement liées; on ne saurait sans inconséquence les séparer complétement.

Ainsi l'art. 11 du Code fédéral permet d'apporter verbalement des modifications à un contrat qui doit être fait dans la forme écrite, pourvu qu'elles ne soient pas en contradiction avec l'acte. En présence de ce principe, le bon sens du peuple ne comprendra jamais q'une loi cantonale reproduise la disposition du Code Napoléon qui, exceptionnellement, interdit de prouver par témoins une telle modification.

Avant le 1er Janvier 1883, on se plaignait de la variété des législations cantonales; mais du moins les codes de chaque canton avaient leur unité et les contractants étaient réellement égaux devant ces diverses législations.

Aujourd'hui l'on proclame l'égalité devant une loi unique, mais cette égalité n'est qu'un leurre.

En voici un exemple.

Un aubergiste bernois achète, dans le canton de Vaud, quelques jours avant la vendange, la récolte d'une vigne, „à prendre sous le pressoir." Le marché est conclu verbalement, selon l'usage de la localité, et le prix de la récolte, evaluée approximativement à 2000 litres, est fixé à 50 centimes le litre.

Après la conclusion du contrat, un soleil magnifique augmente à la fois la quantité et la qualité du vin, et fait hausser les prix. Il est incontestable que l'acheteur doit en profiter; mais il est tout aussi incontestable que cet acheteur, qui aurait pu prouver par témoins le marché, si, comme on l'avait prévu, la récolte eût été de deux mille litres faisant f. 1000 n'est plus admis à opérer cette preuve pour une récolte effective de 2400 litres faisant f. 1200. Le vendeur peut profiter de cette circonstance pour nier son obligation; malheureusement cela est arrivé plus d'une fois.

Supposons maintenant que le marché ait été conclu dans la Suisse allemande, qu'une baisse de prix coincide avec l'abondance de la récolte et que l'acheteur fasse mine de se dédire: le vendeur vaudois prouvera le contrat, le plus facilement du monde, en produisant des témoins.

Les effets d'un même contrat diffèrent donc selon qu'il a été conclu dans la Suisse française ou dans la Suisse allemande; efficace dans celle-ci, il ne l'est plus dans celle-là.

On nous dira, sans doute, que rien n'est changé à l'état de choses qui existait avant la promulgation du Code des obligations. Nous répondrons que là est le mal. D'ailleurs, cette affirmation ne serait pas tout-à-fait exacte. Jadis, chacun savait qu'il n'y avait pas de loi uniforme pour toute la Suisse, et la rédaction des lois cantonales ne pouvait tromper personne.

L'art. 995 du Code civil vaudois, que nous prendrons comme exemple des dispositions analogues contenues dans les autres Codes de la Suisse française, dit: „Il doit être passé acte devant notaire, ou sous seing privé, de toute convention excédant en capital L. 800“ (f. 1159). Pourquoi cette injonction? Certes son but n'est pas de faire dépendre la validité des contrats de la passation d'un acte quelconqne; mais la loi a voulu indiquer à chacun que l'acte est le mode régulier et naturel de prouver le contrat. La nécessité de l'acte est toute pratique, il n'en est pas moins bon de la proclamer.

La loi fédérale est moins sage. Elle dit que les contrats ne sont soumis à aucune forme au point de vue de leur validité: Hélas „bien fol est qui s'y fie“, car ces contrats, que la loi appelle valables, ne sont pas toujours viables, puisqu'il appartient aux cantons d'en interdire la preuve. C'est ce que l'art. 9 ne fait point ressortir.

La loi fédérale est un sphinx et les cantons, comme les individus, sont réduits au rôle d'Oedipe.

On n'a pas interprêté à Berne et à Neuchâtel comme à Genève et à Lausanne les rapports du Code français avec le Code fédéral. En voici la démonstration.

Le Code fédéral, à son art. 275, exige la forme écrite pour la validité des clauses d'un bail arrêtées par les parties en dérogation à la loi, lorsque la chose louée est un immeuble.

De son côté, le Code français, art. 1715 et 1716, ainsi que les articles correspondants du Code vaudois et du Code neuchâtelois, disent que si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve

ne peut en être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix. Ils déterminent de plus comment est fixé, en cas de contestation, le prix d'un bail verbal.

Les raisons qui, en droit fédéral, militent contre la validité de certaines clauses des baux ont, sans doute, beaucoup d'analogie avec celles qui, en droit français, vaudois et neuchâtelois, ont engagé le législateur à n'admettre que la preuve sermentale d'un bail dont l'exécution n'a pas commencé, et celle par serment ou par expertise d'un bail verbal. On a craint que les témoins n'eussent mal compris la convention, ou que leur mémoire ne fût pas fidèle, ou qu'ils ne voulussent pas dire la vérité.

Aussi le Canton de Berne et celui de Neuchâtel ont considéré les articles relatifs à la preuve du bail comme abrogés. En conséquence, dès le 1er Janvier 1883, tout bail a pu être prouvé dans le Jura jusqu'à concurrence de f. 150 et à Neuchâtel jusqu'à celle de f. 1000, conformément à la règle commune.

Au contraire, le projet genevois et la loi vaudoise maintiennent l'ancienne législation. Il en résulte que le Code des obligations, bien loin d'introduire en Suisse l'unité en cette matière, aura eu pour conséquence d'augmenter les divergences actuelles.

Du reste, ce ne sont pas seulement les tribunaux cantonaux qui devront appliquer ces divergences infinies, c'est aussi le Tribunal fédéral lui-même, malgré les attributions ou plutôt, devrions-nous dire, à cause des attributions que lui ont données la Constitution et la loi sur l'organisation judiciaire, dans le but d'assurer l'exécution uniforme du Code des obligations!

B. De la preuve par témoins en matière commerciale.

En France les restrictions apportées, en matière civile, à l'admission de la preuve testimoniale, ne sont pas applicables en matière commerciale.

Les tribunaux de commerce peuvent admettre la preuve par témoins. Celà résulte de l'interprétation donnée à l'art. 109 du Code de commerce, et des art. 631 à 638 du même Code.

Le Tribunal de commerce de Genève a estimé que ces articles étaient restés en vigueur à Genève, malgré le Code des obligations.

Il appartient, en effet, aux cantons d'admettre ou non la preuve par témoins dans certaines causes et de nantir de ces causes des tribunaux spéciaux, entre autres les tribunaux de commerce.[1])

Nous rappellerons ici que le Conseil des Etats, tout en proposant d'interdire la preuve testimoniale pour les contrats d'une valeur de plus de trois mille francs, avait ajouté que cette exclusion ne s'étendrait pas aux contrats conclus en matière commerciale et sur les marchés.

Quoique le Code des obligations ait cherché à fondre en un seul tout le droit civil et le droit commercial, il reste encore dans le nouveau droit fédéral des matières spécialement commerciales, qui peuvent rentrer dans la compétence des tribunaux de commerce.

Mais il est anormal d'aller chercher l'énumération de ces matières dans le Code français qui est inspiré d'un tout autre esprit que le Code fédéral.

Le Code français considère comme commerciales les contestations entre commerçants et celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Or le Code fédéral étend et modifie la notion du commerçant et ne s'occupe pas de l'acte de commerce isolé. D'un autre côté, certaines institutions du Code français n'ont pas leur équivalent dans le Code fédéral. Ainsi, la distinction française entre les lettres de change, qui sont nécessairement des actes de commerce, et les billets à ordre qui peuvent ne pas l'être, ne correspond pas avec la théorie du Code des obligations.

Le Code de commerce français continue néanmoins à sortir ses effets pour les preuves et la compétence. Il coexiste avec le Code fédéral, qui devait, on l'a bien dit haut, le rem-

[1]) Telle est l'opinion de M. Blanc-Laccour, avocat, ancien greffier du Tribunal de Commerce, qui a bien voulu nous donner ce renseignement.

placer avantageusement. Cela montre la confusion qui existe aujourd'hui en Suisse dans les notions juridiques. A l'unité qui régnait précédemment dans chaque canton, on a substitué le dualisme. Or deux principes contradictoires ne sauraient être appliqués journellement par le même tribunal sans de graves inconvénients pratiques. Le juge peut difficilement interprêter correctement dans ses décisions un principe opposé à celui sur lequel se fondent sa compétence et son droit de libre appréciation.

§ 2. De la preuve littérale.

La loi et les conventions des parties, peuvent exiger que certains contrats soient constatés par écrit. Dans ce cas, le Code des obligations fait dépendre leur validité de l'accomplissement de cette formalité, et c'est pour ce motif qu'en traitant de la formation des obligations, il s'occupe des actes sous seing privé. Je parlerai d'abord de ces actes, puis des titres authentiques, et enfin des écritures non signées, au point de vue de leur force probante.

A. Des actes sous seing privé.

L'acte sous seing privé, qui peut être remplacé par un échange de lettres ou même de télégrammes portant la signature des parties qui s'obligent, doit être revêtu de la signature de toutes les personnes à qui il impose des obligations.

Telle est la formalité très simple, mais tout-à-fait suffisante, prescrite par l'art. 12 du Code.

Il n'appartient pas aux cantons d'y ajouter un iota, en ce qui concerne la validité du contrat; cela est incontestable.

Mais la question change de nature, si l'on envisage l'acte au point de vue de sa force probante.

Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, peut désavouer sa propre signature, ou ignorer celle de son auteur, ce qui amène la vérification de l'acte en justice. L'acte reconnu ou tenu pour tel, est efficace, dans le plus grand nombre des cantons de la Suisse, à prouver la convention dont il est la formalité habilitante.

Dans la Suisse française on est plus difficile. Cela nous conduit à nous occuper de la date certaine, du bon pour, de la règle des doubles, et des marques à la main.

Le projet de Code des obligations présenté par le Conseil fédéral aux Chambres, contenait la règle excellente que la date non certifiée d'un acte sous seing privé ne fait pas preuve par elle-même contre les tiers.

La commission du Conseil National a fait, un peu imprudemment peut-être, retrancher cet article, en donnant comme motif que la matière des preuves doit rester dans la compétence cantonale. Tout en tenant compte de ce retranchement qui soulève des difficultés presque inextricables, nous chercherons à démontrer que les Chambres n'ont pas voulu séparer le titre qui oblige d'avec celui qui prouve.

Nous trouvons ailleurs cette séparation réalisée d'une manière absolue, je veux parler de l'art. 196 du nouveau Code de procédure civile bernois.

D'après cet article, un titre qui émane de celui qui y est indiqué comme son auteur, et qui n'est pas falsifié, qui est revêtu des caractères et formalités requis pour sa validité en général, et qui a force obligatoire pour les parties, n'a point par cela seul force probante. Il faut en outre qu'il soit revêtu des caractères dont la loi fait dépendre cette force dans le cas particulier.

Cette disposition se trouvait déjà dans le Code de procédure du 31 juillet 1847, elle avait anciennement pour but de montrer que ce Code ne portait pas atteinte dans le Jura à l'autorité du Code Napoléon; aujourd'hui, cet article a pris une tout autre portée; il met le Code de procédure bernois on opposition avec le Code fédéral des obligations.

Mais c'est le Code fédéral qui doit avoir le dessus.

Qu'on me permette un souvenir. En mai 1844, près du pont de St.-Maurice, où je commandais un poste de troupes vaudoises, j'arrêtai en plein jour le colonel fédéral Salis qui, à la tête d'un état-major, venait prendre le commandement de nos troupes que lui avait confié le Vorort de Lucerne. Il ne me fournissait pas la preuve de son droit. Aujourd'hui,

si je pouvais redevenir aspirant d'artillerie, je n'arrêterais pas de mon chef le général Herzog.

Les temps sont changés, la Confédération veut être obéie, aussi bien dans le droit que dans l'armée.

Quand elle prescrit une forme pour la validité des actes, les cantons ne peuvent pas en prescrire une autre pour leur force probante.

Qu'un acte couvert de ratures et de surcharges, ou écrit dans une langue inconnue ou d'une manière illisible, ou qui n'est pas revêtu du timbre prescrit par la loi, ou dont les signatures et la date sont contestées, soit impuissant à opérer une preuve littérale, on peut l'admettre. Mais un acte sans défaut doit par sa nature prouver la convention qu'il constate.

L'importance de l'acte instrumentaire est double, il peut être requis pour la validité ou pour la preuve de la convention.

L'acte solennel remplit les deux fonctions, il oblige et prouve à la fois.

L'acte non solennel se borne à prouver.

Si réellement les actes solennels ne suffisent pas en Suisse, comme partout ailleurs, à prouver les conventions, le Code fédéral ferait courir un danger immense aux contractants, surtout aux étrangers. Rien, en effet, ne leur indique qu'ils courent à leur ruine en se faisant remettre une reconnaissance de dette revêtue de toutes les formalités requises par la loi fédérale pour la validité de l'engagement. Comment pourraient-ils croire que le Tribunal fédéral lui-même sera contraint de prononcer, en vertu de la loi d'un canton qui admet peut-être la libre appréciation des preuves, qu'un tel acte ne prouve rien, bien qu'il émane de celui qui l'a signé et ait force obligatoire?

Nous ne croyons pas non plus que cette manière de voir soit justifiée.

Le projet présenté aux Chambres par le Conseil fédéral facilitait la preuve des contrats valables, en ce sens que ceux qui n'étaient soumis à aucune forme particulière au point de vue de leur validité, ne l'étaient pas non plus en ce qui concerne la preuve. Quant aux contrats qui devaient être faits

dans la forme écrite, on n'avait pas même jugé nécessaire de dire, comme l'avait fait un précédent projet (V. Pr. 1875, art. 61), que la forme prescrite intéressait à la fois la force de l'acte et sa preuve.

Les Chambres, sur la demande des cantons où la preuve par titres est de tradition, ont supprimé la facilité de prouver par témoins les contrats non solennels; mais pas un mot dans la discussion ne peut faire croire qu'elles aient voulu faire fléchir les titres fédéraux devant les titres cantonaux et ôter aux premiers leur force probante. Cela n'a été demandé par personne et répugnerait à l'esprit du Code.

Ainsi l'on n'a pas inséré dans le Code fédéral l'art. 134 de l'avant projet de 1879, ainsi conçu: „Une quittance fait preuve du jour de sa date.“ On n'a cependant point voulu permettre par là aux cantons d'appliquer la disposition du droit romain et du droit commun allemand, d'après laquelle le débiteur a un délai de deux ans pour nier la reconnaissance de dette qu'il a souscrite, et le créancier une délai de trente jours pour nier la quittance qu'il a délivrée. Au contraire, il a été bien entendu que lorsque le Code parle d'une reconnaissance de dette et d'une quittance, ces titres ont immédiatement force probante.

Le Code fédéral, qui impose au débiteur l'obligation de payer contre une quittance, doit pouvoir lui garantir que cette quittance fera preuve du paiement. Sans cela, on reprocherait à juste titre au législateur fédéral d'accepter des vessies pour des lanternes et de les faire passer lui-même pour telles.

De nombreux articles du Code démontrent que les actes rédigés dans la forme qu'il prescrit ne peuvent pas être repoussés comme dépourvus de toute force probante.

Je prends d'abord l'art. 14. Il présume que les parties qui ont convenu de donner au contrat une forme spéciale, n'ont entendu se lier qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité; mais on peut aussi convenir du contraire. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, l'écrit est régi par les art. 12 et 13; mais il n'est point requis pour la validité du contrat, c'est à dire *ad solemnitatem*, il n'a d'utilité que pour

la preuve; *ad probationem*, donc l'acte conforme aux articles 12 et 13 est titre probant.

Et nous répondrons immédiatement à une objection qui a été présentée. On a dit: Comment serait-il possible d'appliquer à la preuve des contrats solennels des dispositions moins sévères que les dispositions cantonales qui régissent la preuve des contrats ordinaires? Cet argument s'évanouit si l'on veut bien remarquer que toutes les fois qu'il y a un écrit conforme au droit fédéral, c'est parceque les parties ont convenu de le faire. Ainsi il n'y a pas lieu d'appliquer des dispositions plus sévères que celles des art. 12 et 13.

L'art. 16, al. 2, du Code vient encore à l'appui de la thèse que nous soutenons. Il porte: „Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers de bonne foi qui possède une reconnaissance écrite de la dette."

Evidemment, la loi parle d'une reconnaissance qui a force probante, car on ne peut pas agir contre un prétendu débiteur, en vertu d'une reconnaissance qui ne fait pas preuve contre lui. Mais les lois cantonales sont en désaccord entre elles sur les réquisits exigés pour la preuve. Si l'on veut appliquer ces lois, le droit fédéral devra dans chaque canton être glosé différemment, tandis qu'il doit pouvoir être interprêté partout de la même façon, par lui-même, sans qu'il y ait lieu de recourir à une foule de lois étrangères à ce code.

Il saute aux yeux que l'art. 16 a eu en vue une reconnaissance conforme aux art. 11 et 12 qui précèdent et que ces articles ont par conséquent une valeur probante.

Les titres dont il est question aux art. 104, 105, et ailleurs, sont tout aussi incontestablement des titres probants; les mots „reconnaissance" et „titre" employé dans le Code fédéral ont la même portée dans toute la Suisse; ils ne signifient point dans un canton un acte conforme à l'art. 12 du Code, dans un autre, un acte revêtu d'un bon pour, dans un troisième, un acte fait en plusieurs doubles, ailleurs encore, un acte portant en toutes lettres le chiffre de l'intérêt promis et la date, etc., etc. Le gâchis ne va pas jusqu'à ce point. Dans tous les cantons de la Suisse, la preuve des contrats régis

par le Code fédéral peut donc se faire par un acte conforme aux dispositions de ce Code.

L'art. 15 confirme cette opinion. Il considère la *reconnaissance* de la dette comme valable encore que la cause n'en soit pas exprimée. Nous trouvons dans ces termes une opposition entre le contrat lui-même, qui doit avoir une cause, et la reconnaissance, c'est-à-dire l'acte instrumentaire qui prouve la convention, lequel acte peut ne pas mentionner cette cause. L'art. 15 n'a quelque sens que pour autant qu'il se rapporte à la preuve du contrat, ce qui démontre que le Code des obligations s'occupe de cet objet.

Il va sans dire qu'il n'est pas seul à s'en occuper. Les législations cantonales énumèrent les différents modes de preuves et déterminent leur valeur respective. En ce qui concerne les titres elles peuvent avoir des exigences moindres que la loi fédérale et donner, par exemple, quelque valeur à des écrits non signés; elles peuvent aussi admettre une preuve contre un titre ou en remplacement d'un titre perdu, même s'il l'a été par négligence.

Nous n'avons rien à ajouter au grand travail, extrêmement utile, qu'a fait M. Zeerleder sur ce sujet dans son rapport.

Il nous faut cependant exprimer un vœu en présence de ces législations multiples. On doit respecter les titres et leur donner une importance exceptionnelle, quelle que soit, du reste, la liberté que l'on admette en matière de preuves.

C'est là un vœu conforme, d'une part aux législations de la Suisse centrale aussi bien qu'à celles imitées du Code français, et d'autre part à l'esprit du droit commercial qui a pénétré dans le Code des obligations (v. par ex. les art. 11, 15 et 16, al. 2).

Le respect du titre est le correctif des dangers de la preuve par témoins et par indices.

Pour le moment, le Tribunal fédéral peut être appelé à juger dans une cause où la valeur d'un titre a été détruite par une preuve testimoniale qui n'a laissé aucune trace. Il peut aussi avoir à prononcer sur un titre solennel perdu par la faute du créancier, qui en a rétabli le contenu par les dé-

positions de témoins, auxquels les vices de l'acte peuvent avoir échappé. — Soit, mais que l'on permette du moins au Tribunal fédéral de puiser sa conviction dans l'acte qu'il a sous les yeux, lorsque cet acte est conforme aux prescriptions des art. 12 et 13 du Code fédéral!

Ce n'est pas pour les tribunaux que l'apôtre a dit: Nous ne regardons pas aux choses visibles, mais aux invisibles.

I. De la date certaine.

Dans les diverses législations de la Suisse française, y compris le Jura, l'acte sous seing privé n'a de date certaine que du jour où son existence est certifiée par des officiers publics, ou du jour du décès du signataire. Actuellement, nulle autre preuve ne saurait remplacer cette certification, sauf à Neuchâtel. Ces législations sont plus sévères que le projet du Code des obligations; celui-ci se bornait à dire que la date non certifiée ne fait pas preuve par elle-même contre des tiers.

L'étude de deux contrats importants, la cession des créances et le gage, nous permettra de marquer les difficultés que fait naître l'exigence de la date certaine en regard du Code fédéral.

On est d'accord qu'aucune formalité autre que celles prescrites par le Code fédéral, ne peut être exigée pour la validité de la cession d'une créance ou de la constitution d'un gage. Mais tous les cantons de la Suisse française ont maintenu la certification de la date, au chapitre des preuves. Ainsi, dans ces cantons, la cession ne fait pas preuve à l'égard des tiers si la date n'est pas certaine.

Je remarque que cette disposition se concilie difficilement avec l'art. 184 du Code des obligations. D'après cet article, le transport des créances, valable sans aucune condition de forme, doit cependant être constaté par un acte écrit pour être opposable aux tiers, notamment en cas de faillite du cédant. Le Code n'exige rien de plus, et il y a là une forme prescrite à la fois pour la validité de l'acte et pour sa preuve.

En effet, l'opposition que fait le Code entre les tiers et

ceux qui ne le sont pas, le sens du mot „opposable“ et surtout le sens du mot allemand „*wirksam*“, le silence que garde le Code des obligations sur la date certaine, tout concourt à démontrer que le cessionnaire est en règle vis-à-vis des tiers, s'il s'est conformé aux art. 12 et 184 du Code fédéral, et que les cantons n'ont pas le droit de lui imposer la certification de la date.

Les législations cantonales et le Code des obligations s'entrecroisent comme les baguettes d'un trébuchet, et les personnes qui font des affaires en Suisse courent grand risque de se faire prendre à un piège, d'autant mieux dissimulé qu'il a été involontairement tendu par le législateur. Ce dernier s'y est pris lui-même! En effet, le Code dit que la cession est opposable aux tiers si elle est faite par écrit. Or, si elle a lieu par écrit non certifié, la preuve de la réalité de sa date ne peut s'opérer *en aucune façon,* sauf à Neuchâtel. Donc, dans les autres cantons français, la cession écrite qui n'a pas date certaine n'est jamais opposable aux tiers, ce qui nous paraît contraire au texte de l'art. 184. On voudra bien remarquer que ce raisonnement est indépendant de la question de savoir si le premier alinéa de l'art. 184 prévoit une cession ou un „*pactum de cedendo.*“

La question de preuve se transforme en une question de validité. Il y a là un cercle vicieux, dans lequel se débattront les malheureux cessionnaires. La certification de la date, chose excellente en soi, en sortira fort meurtrie; cela est regrettable.

Une contradiction de même nature entre les lois cantonales et les lois fédérales se présente pour le gage des créances. Lorsqu'une créance ordinaire est remise en gage, le Code des obligations exige que le contrat soit constaté par écrit. Mais plusieurs législations de la Suisse française veulent que l'écrit ait acquis date certaine, pour être opposable aux tiers, ce qui est le propre d'un privilège. La certification de la date deviendrait ainsi la condition de la validité du privilège, ce qu'on ne saurait admettre. Donc les règles cantonales sur la date certaine sont inapplicables au contrat de cession, c'est-à-dire

là où elles seraient le plus utiles. Tout ceci mérite encore une explication.

Dans le projet de Code présenté par le Conseil fédéral, les articles actuels 184 et 215 étaient subordonnés à une disposition portant que la date non certifiée ne fait pas preuve par elle-même contre les tiers. En retranchant cette disposition, on a donné aux articles en question une valeur absolue. Nous ne croyons pas qu'une loi cantonale puisse la leur ôter; mais à supposer que l'opinion opposée vienne à prévaloir, il faudrait, tout au moins, comme le fait le Code neuchâtelois, réserver la preuve de la date.

Mentionnons encore une conséquence inattendue de l'exigence de la date certaine. Lorsqu'il a été fait plusieurs cessions d'une même créance, la cession constatée par le titre *le plus ancien* l'emporte sur les autres, Code fédéral art. 186. Or, dans le Jura Bernois, le titre le plus ancien est celui dont la date a été certifiée la première et, dans l'ancien canton, celui qui a réellement été signé le premier. Cela revient à dire qu'il existe actuellement dans le Jura un Code suisse des obligations différent de celui qui régit l'ancien canton. Tel est le résultat fatal et funeste du principe erroné que les cantons sont absolument souverains en matière de preuves.

Le nantissement des titres à ordre présente une bizarrerie.

En ces matières, le droit des cantons français est d'accord avec le droit fédéral, car tous deux se contentent d'un simple endossement. Il faut rechercher l'origine de cette règle exceptionnelle dans la disposition du droit français qui donne aux ordres date certaine; elle continue à subsister, bien que le Code des obligations permette d'antidater les endossements ou même de ne pas les dater du tout. Certes, ce n'est pas la logique qui a produit sur ce point spécial l'accord entre le droit fédéral et le droit cantonal.

II. De la Règle du „Bon pour".

Le Code des obligations considère l'acte sous seing privé comme régulier s'il est souscrit par celui qui s'oblige. Pour obvier à certains dangers, le Code français, art. 1326, et les

lois des cantons romands qui l'ont imité, veulent de plus que l'acte privé constatant l'obligation unilatérale d'une certaine somme ou d'une quantité de marchandises, présente l'indication de cette quantité en toutes lettres de la main du débiteur, au moins dans un *bon* ou *approuvé* ajouté au corps de l'acte.

La règle du „bon pour" a été expressement conservée dans le Jura bernois et dans les cantons de Vaud et de Neuchâtel, comme concernant la matière des preuves, bien qu'elle s'applique à des contrats régis par le Code des obligations, tels que le prêt, le dépôt, le bail à ferme et le cautionnement; elle l'est au même titre dans le projet genevois.

Ainsi, il y a deux formes prescrites pour les actes privés, l'une par la loi fédérale, l'autre par la loi cantonale.

On prétend que la première intéresse la validité du contrat, la seconde la preuve.

Nous croyons, au contraire avoir démontré que tout acte conforme à la loi fédérale, sans bon ou approuvé, est non seulement valable mais est propre à prouver le contrat.

Nous ne faisons pas de différence à cet égard entre les simples billets et les billets de change, les titres nominatifs et les titres au porteur, entre les titres ordinaires et ceux qu'on appelle des valeurs (*Werthpapiere*).

Il est certain que la distinction entre le titre qui oblige et le titre qui prouve, répugne tout spécialement en matière d'effets de change, de titres au porteur et, en général, de valeurs. Ces titres incorporent l'obligation et ils la prouvent, de même que la monnaie prouve son poids, son aloi et sa valeur. Aussi nos adversaires reconnaissent qu'en matière de valeurs l'acte rédigé conformément à la loi fédérale est un titre probant. Il ne me paraît pas que cela soit logique. L'expression de valeurs se rapporte plutôt à la science économique qu'à la science juridique. La théorie des valeurs est bien loin d'être arrêtée, et s'il est vrai, comme on nous l'objecte, que toute la question des preuves rentre, à teneur de la Constitution fédérale, dans la compétence des cantons, cela est vrai pour les valeurs comme pour les autres titres. Il ne

suffit pas, par exemple, d'appeler valeur un titre nominatif, stipulé payable à présentation, pour permettre en faveur de ce titre une dérogation à un principe constitutionnel.

S'il est permis aux cantons de rendre le „bon pour" obligatoire en matière de simples billets, on ne saurait leur interdire de l'exiger dans un billet de change.

En effet, le billet de change est un titre rigoureux et dangereux, celui de tous, peut-être, où il est le plus facile d'abuser d'un blanc-seing. Sans doute, le billet de change est valable sans bon pour, mais à condition cependant que la signature se rapporte au titre; le droit des obligations réserve la preuve du contraire. Si donc les cantons sont souverains en cette matière, ils peuvent considérer l'absence du bon pour comme une preuve suffisante que la signature ne se lie pas à l'acte.

La question de savoir s'il faut un bon ou approuvé écrit de la main du signataire, lorsque le corps du billet à ordre n'est pas rédigé en entier de sa main, est discutée en France. La jurisprudence des tribunaux applique l'art. 1316 du Code civil et assujettis à cette formalité les billets à ordre souscrits par des non commercants. Plusieurs ardeurs, au contraire soutiennent l'opinion négative en se fondant sur ce que l'art. 188 du Code de commerce forme une législation spéciale, que le législateur a voulu faire complète, et qui par conséquent déroge à la législation générale.

L'argument analogue tiré de l'art. 825 du Code fédéral perd beaucoup de sa valeur dans le Jura en présence de l'art. 196 du Code de procédure civile du canton de Berne et de la théorie qui laisse aux cantons une compétence absolue en matière de preuves. — Malgré tout, nous espérons bien que les tribunaux bernois n'exigeront jamais qu'un billet de change soit revêtu du bon pour.

Notre but, en faisant cette hypothèse, a été de démontrer que tout se tient dans l'unité du Code. Si l'on interdit aux cantons d'imposer la règle du bon pour en matière de billets de change, de billets à ordre, d'autres titres endossables et de titres au porteur, il faut leur interdire

également de l'exiger pour de simples billets. Il faut aussi admettre qu'une cédule fribourgeoise n'a plus besoin d'être datée et de porter en toutes lettres la somme et le taux de l'intérêt.

S'il existe encore, en dehors du Code fédéral, quelque contrat comportant l'obligation du bon pour, il reste soumis à cette règle.

Nous reconnaissons aussi que les lois cantonales, telles que celles du canton de Vaud, qui n'admettent comme exécutoires par voie de saisie que les actes revêtus du bon pour, restent en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi fédérale sur les poursuites.

De même, les obligations bernoises rédigées sous seing-privé doivent, pour assurer au créancier un privilège dans la faillite, *mentionner la cause de la dette*, *être écrites en entier de la main du débiteur* et être signées de son nom de famille et de *baptême*. Ces règles, ainsi que le bon pour, ont leurs excellents côtés, mais c'est le contre-pied du Code fédéral.

III. Règle des doubles.

D'après le Code des obligations, l'acte est valable s'il a été signé, soit sur un double, soit sur plusieurs, par toutes les personnes qui s'obligent.

La loi française, au contraire, veut que les actes privés qui constituent des conventions synallagmatiques, soient rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original renferme la mention de cette conformité, C. N. art. 1325.

Selon Mr Demolombe, „cette formalité qui se rapporte „par elle-même à une question de preuve, s'est toujours trans-„formée en une question de validité de la convention, parce „qu'en effet les deux questions en ce point sont indivisibles."

Nous les considérons aussi comme telles, du moins en ce sens que la question de preuve est comprise dans celle de validité, et nous estimons qu'il y aurait désharmonie complète entre la législation fédérale et la législation cantonale, si un contrat billatéral conclu dans une forme valable par un acte

fait en un seul double signé par les parties, ne pouvait pas être prouvé par la production de cet acte.

IV. Des marques à la main.

L'art. 13 du Code des obligations permet aux personnes qui ne peuvent pas signer de remplacer leur signature par une marque à la main dûment légalisée. Au contraire, le code français et ceux de la Suisse romande qui l'ont imité, considèrent la signature comme une condition essentielle de tout acte privé. Elle ne saurait être remplacée par une simple croix, ni par d'autres marques même légalisées.

L'acte au pied duquel se trouve une marque légalisée, est donc valable, mais la question de savoir s'il fait preuve de son contenu est douteuse.

On rencontre ici, pour tous les contrats que régit le Code des obligations, les mêmes difficultés que pour les actes auxquels manque le „bon pour".

Ces difficultés se présentent également dans la Suisse allemande, mais sous une forme un peu différente. Le Code de procédure civile argovien et d'autres, disent que celui qui ne sait pas signer doit apposer sa marque en présence de deux témoins irréprochables, qui attestent cette marque après que l'acte leur a été lu.

M. Haberstich, dans son excellent travail sur la coordination de la législation argovienne avec le Code des obligations, estime que cette disposition est abrogée pour tous les contrats que régit le Code fédéral; de leur côté, les instructions lucernoises disent que la signature de deux témoins ne peut plus créer un acte ayant force probante. Cela implique l'opinion que l'acte conforme à l'art. 13 du Code des obligations oblige et prouve à la fois, ainsi que nous le soutenons nous-mêmes dans ce travail.

V. Des titres qui représentent la marchandise.

Toute la théorie des connaissements, des récépissés de dépôt, des bulletins de chargement, des warrants et autres titres semblables, est basée sur le fait que ces titres font

une preuve absolue et rigoureuse contre la personne qui les a délivrés. Le Code des obligations ne s'est pas occupé spécialement de leur forme, sauf lorsqu'ils sont à ordre, mais s'il s'est désintéressé à cet égard, c'est, comme le dit M. Hafner dans l'édition qu'il a donnée du Code, pour laisser aux cantons tout pouvoir. Ainsi du moins on ne sépare pas la validité d'un connaissement de sa force probante dans le canton où il a été émis. Mais il faut réserver la question de savoir si, comme nous le pensons, un tel titre, régulièrement délivré dans un canton, sera valable et aura force probante dans toute la Suisse.

B. De l'acte authentique.

Le désaccord qui se manifeste entre certaines législations cantonales et la législation fédérale au sujet de l'acte privé ne se produit pas au même degré pour les titres authentiques. Il appartient en effet, dans la règle, aux cantons de déterminer la forme de ces actes, puisque la législation fédérale n'en prescrit aucune, pas même la signature des parties.

Mais il est un acte authentique de création fédérale, je veux parler de l'inscription sur le registre du commerce, qui cadre mal avec les règles cantonales sur les preuves.

Je prends comme exemple la société en nom collectif et celle en commandite.

L'art. 49 du projet Munziger, tiré du Code de commerce allemand, art. 85, porte que le contrat de société n'est soumis pour sa validité à aucune forme déterminée et peut être fait verbalement ou par écrit. Cette disposition, tacitement consacrée par le Code des obligations, est toute nouvelle dans la Suisse française, et y a causé un certain étonnement. Elle a des inconvénients, mais ils sont corrigés en partie par l'obligation que le Code impose aux associés de s'inscrire sur le régistre du commerce. C'est un système complet qu'il faut accepter ou repousser dans son ensemble.

Ce n'est point ce qu'a fait le législateur vaudois, qui a conservé, au point de vue de la preuve, les anciennes dispositions relatives à la formation et à la preuve des sociétés

commerciales, telles qu'elles sont renfermées aux art. 24 et 26 de la loi du 14 décembre 1852.

Art. 24. „La société en nom collectif et en commandite doit être constatée par des actes authentiques ou sous seing-privé."

Art. 26. „Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte, ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au dessous de f. 1200."

Au moyen de certaines subtilités, on peut chercher à concilier le Code et la loi vaudoise, mais le bon commerçant y verra l'affirmation de propositions opposées, et par conséquent une contradiction. Les associés quoique inscrits au régistre du commerce, ne sont pas admis à prouver, même par leurs livres de commerce, le but de leur société, leurs apports, leurs conventions sur le partage des bénéfices et des pertes et sur la durée de la société. Cela est rigoureux, mais au moins le canton de Vaud a le mérite d'avoir nettement crié „gare" à ceux qui entrent dans une société, en les engageant à régulariser leur position par écrit.

A Genève, les mêmes questions se présentent, mais d'une manière plus dissimulée. En effet, les articles, qui correspondent aux art. 24 et 26 de la loi vaudoise précités, doivent être abrogés ainsi que l'art. 1834 du Code civil. Il en résulte que le contrat de société ne sera plus régi par des dispositions exceptionnelles quant à sa preuve; mais il naît des questions nouvelles.

Les sociétés en nom collectif et en commandite non commerciales, nous paraissent devoir rentrer sous l'empire des dispositions générales, qui exigent un acte écrit pour toutes choses excédant la valeur de deux cents francs; quant aux sociétés commerciales, elles pourront être prouvées par témoins, si l'on donne à Genève la même interprétation qu'en France à l'art. 109 du Code de commerce.

Ainsi le droit des obligations ne peut pas respecter les

lois cantonales sur les preuves sans y apporter un profond bouleversement.

Pour chaque canton, il y aurait à faire là une étude dont nous tenons seulement à indiquer la direction.

C. Des écrits non signés.

Nous avons ici surtout en vue les livres de comptabilité. Le Code des obligations se tait intentionnellement sur leur valeur probante. Il faut donc s'en référer à cet égard aux diverses législations cantonales.

Elles peuvent admettre ou non ce genre de preuve et exiger diverses formalités intrinsèques et extrinsèques autres que celles qui sont prescrites par la législation fédérale. Je citerai la tenue du livre-journal et l'obligation de faire coter les feuillets. Les cantons ont aussi le droit de distinguer l'effet probant des livres, selon qu'il s'agit de commerçants ou de non commerçants.

Le Code fédéral n'a fait que jetter de la confusion dans une matière déjà fort compliquée. A Fribourg et dans le Jura, on a abrogé toutes les anciennes lois commerciales sur les livres de commerce. Le projet genevois abroge les articles relatifs à la forme dans laquelle les livres doivent être tenus et laisse subsister les dispositions qui concernent leur force probante. Dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et du Valais, on a tout maintenu, en partant sans doute de l'idée que les règles relatives à la tenue des livres sont inséparables de celles qui concernent leur force probante.

§ 3. Des indices.

Nous avons examiné les preuves directes par témoins et par titres, c'est-à-dire celles qui portent sur des faits juridiques qui ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de modifier ou d'éteindre des droits.

Il nous reste à dire quelques mots des preuves indirectes qui se font à l'aide des présomptions de fait ou de l'homme, c'est-à-dire des indices.

Les indices permettent au juge de tirer des conséquences de faits connus pour arriver à la connaissance d'un fait contesté.

On oppose souvent la preuve par indices à la preuve par témoins et par titres, c'est une erreur. Les témoins et les titres peuvent servir à établir des indices. C'est une autre erreur de prétendre, comme le fait le Code de procédure civile vaudois, art. 193, que l'expertise et l'inspection locale ne sont jamais qu'une preuve par indices. Nous n'avons pas à approfondir ces questions et nous nous bornons à renvoyer ceux qui veulent le faire au savant travail que notre collègue, M. le professeur Heusler, a publié dans le Journal *Archiv. für civ. Praxis,* I. 62.

La preuve par indices nous transporte sur un terrain nouveau. En effet, les lois fédérales qui, par un respect presque superstitieux des droits des cantons, ont laissé à ceux-ci sur certains points une large compétence en matière de preuve, la suppriment en matière d'indices et abaissent même ici toutes les barrières que la procédure dresse devant le juge.

La loi du 29 juin 1875, sur la responsabilité des chemins de fer en cas d'accidents, est caractéristique à cet égard. Elle dit, en effet, à l'art. 11, que le Tribunal prononce sur les faits établis, en appréciant librement l'ensemble de la cause, sans être lié par les règles des lois de procédure en matière de preuves.

Dans le cas prévu par cet article, le juge n'a donc d'autres règles que sa volonté; elle seule le guide en ce qui concerne la production et l'appréciation des titres, des témoignages, de l'expertise, de l'inspection locale. Il peut écouter les rumeurs, les bruits publics, tenir compte de lettres anonymes ou de lettres volées.

D'autres lois, entre autres celle sur la responsabilité des fabricants et plusieurs articles du Code des obligations, parlent de la libre appréciation du juge, sans reproduire la disposition qui délie celui-ci de toute règle en matière de preuves; il paraît que cette disposition est sous-entendue. A notre avis, c'est mauvais. Cette absence de règle prive les parties de toute garantie et

masque parfois l'existence de règles détestables. Je n'hésite pas à condamner la tendance qu'avait le droit fédéral antérieurement à 1874 d'admettre comme moyens de preuve les rapports officiels des autorités cantonales, c'est-à-dire des rapports de police souvent anonymes. [1]) (V. le règlement du 5 juillet 1862 sur le mode de procéder pour le divorce des mariages mixtes.) — Nous espérons que ces erreurs ne se renouvelleront pas et nous désirons que la Confédération prescrive des règles sur l'administration des preuves.

A l'appui de ce voeu, nous vous montrerons d'abord que le Code des obligations est déjà entré partiellement dans cette voie, puis nous présenterons quelques considérations qui ont trait au droit international privé. Cela fera l'objet des deux paragraphes suivants.

§ 4. Des expertises et des demi-preuves.

Le Code des obligations, loin d'ignorer les questions de preuve prescrit dans de nombreux articles des expertises, qui seraient bien inutiles si elles ne devaient rien prouver, et admet des présomptions. En outre, il introduit dans notre législation certaines preuves imparfaites ou demi-preuves.

Ainsi, à l'art. 267, concernant la vente sur échantillon, il est dit que la partie à laquelle l'échantillon a été confié n'est pas tenue à prouver l'identité de cet échantillon, mais en est crue sur son affirmation en justice; sauf la faculté qu'a l'autre partie de prouver qu'il n'y a pas identité. Il ne s'agit point d'un serment, ni de la promesse solennelle qui en tient lieu, et qui exclurait toute preuve contraire, ni de ce que les Allemands appellent *Handgelübde*, promesse sur l'honneur et le devoir de citoyen, mais d'une affirmation faite *personnellement* par la partie en justice.

A l'art. 794, le Code dit que celui qui demande l'annulation d'une lettre de change, doit établir qu'il a possédé le titre et qu'il l'a perdu; le texte allemand traduit le mot „établir" par *glaubhaftmachen*. La *Glaubhaftmachung* est une

[1]) Le gouvernement sait qui a fourni les renseignements, mais la partie qui plaide l'ignore et est dans l'impossibilité de les contrôler.

preuve incomplète, administrée promptement, sans formalités, dans le but de rendre la demande vraisemblable et d'exclure toute idée de chicane. Elle suffisait déjà à Rome lorsqu'il y avait lieu à une *summaria cognitio.*

Donc le Code des obligations se considère comme compétent pour tracer de simples règles de procédure qui ne préjudicient point au fond. La compétence est certaine, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de formalités décisoires telles que celles qui ont trait à la force probante des actes.

§ 5. De la preuve des obligations en droit intercantonal et des conflits en matière de preuve entre les lois cantonales et le Code de procédure fédéral.

Toute la Suisse obéit à un seul et même Code des obligations, mais son application soulève de vraies questions de droit international privé entre cantons, et même entre districts du même canton, par exemple entre Berne et Délémont.

Si l'on ne veut pas compromettre grandement la réalisation effective du droit, il faut en effet que chaque preuve soit appréciée d'après les règles en vigueur dans le pays où la convention s'est formée.

Notre éminent collègue M. Charles Brocher, assure dans son nouveau *traité de droit international privé* (p. 281) qu'on est généralement d'accord sur le continent pour admettre ce principe dans ses termes généraux.

En France, la règle „*locus regit actum*“ est appliquée, en ce qui concerne la preuve, en ce sens que la loi du pays où un contrat a été conclu détermine la manière en laquelle il pourra être prouvé, soit par titres, soit par témoins. On m'a assuré que cette règle avait aussi prévalu jusqu'ici à Berne.

Si on l'applique à Lausanne, où l'on est admis à prouver par témoins un contrat portant sur une somme de f. 1159, le tribunal pourrait refuser d'admettre la preuve d'un achat pour une valeur de f. 250 fait à Genève où la preuve testimoniale n'est admise, en matière civile, que jusqu'à concurrence de f. 200. Par contre, à Genève, où la preuve testimoniale et celle par

les livres de commerce sont admises sans limites entre commerçants, on pourrait refuser d'autoriser ces moyens pour établir un marché de deux mille francs conclu à Lausanne entre deux négociants.

A Délémont, la cession d'une créance écrite à Berne datera du jour où elle a été signée, tandis qu'à Berne on exigera la date certaine pour une cession faite à Délémont.

Voilà bien des chassez-croisez. — Il se présente de plus des difficultés sur la question de savoir où le marché a été conclu, nous n'avons pas à la discuter ici ; il nous suffit de montrer qu'elle se rattache à la question des preuves.

L'application du principe „*locus regit actum*“ ne se concilie pas avec la souveraineté cantonale absolue en matière de preuves; il implique l'idée que les preuves sont une formalité décisoire, *materielles Recht.*

Quelques auteurs n'admettent pas le principe „*locus regit actum*“. Selon eux, les preuves destinées à agir sur la conviction du juge, importent comme telles à la bonne administration de la justice, et rentrent en conséquence dans la compétence de chaque souveraineté, sur le territoire de laquelle siège le tribunal chargé de statuer. Cette opinion est partagée par le rapporteur allemand.

En Suisse où les souverainetés pullulent, ce système, loin de contribuer pour l'ensemble du pays à la bonne administration de la justice, tendrait à la déconsidérer.

Nous avons montré qu'un contrat conclu à Berne ou à Zürich avait des effets tout autres que ceux qu'aurait eus le même contrat fait à Lausanne. Il y a là une inégalité relative. Avec la doctrine que nous combattons l'inégalité devient absolue; les effets d'un contrat dépendant pour chaque partie de la loi de la commune de son domicile actuel. Tour à tour, l'acheteur pourra contraindre le vendeur à livrer, sans que réciproquement le vendeur puisse obliger l'acheteur à prendre livraison, ou l'inverse. Ainsi, il y aura moins d'accord entre deux communes du même canton sur la loi qui régit l'exécution des contrats, qu'il n'y en a entre deux nations éloignées, sous la garantie des vrais principes du droit international.

Quelque soit le système que l'on adopte, on se heurte à des difficultés presque insolubles.

La double souveraineté de la Confédération et des cantons et l'organisation imparfaite du Tribunal fédéral ont d'autres conséquences encore plus fâcheuses, si possible, en matière de preuves.

Les causes qui sont portées devant le Tribunal fédéral directement, sont instruites conformément à la procédure civile fédérale. Celle qui lui parviennent par voie de recours, le sont d'après les Codes de procédure des divers cantons. Il en résulte qu'une cause peut être excellente, si elle est portée directement devant le Tribunal fédéral, et détestable, si elle n'est portée devant ce Tribunal que par voie de recours, même s'il s'agit non de l'appréciation des faits, mais d'une simple question de droit!

Un exemple: Dans un procès entre l'Etat de Vaud et un commerçant, l'un des avocat pourra rémédier à l'informalité résultant d'un défaut de visa pour date certaine ou de l'absence du bon pour, s'il a l'habileté de nantir directement le Tribunal fédéral.

Au contraire, si le même procès est instruit d'abord devant les tribunaux vaudois, puis porté par voie de recours par devant le Tribunal fédéral, ce dernier devra appliquer strictement la loi vaudoise sur les preuves.

Dans le premier cas, une preuve par témoins ou par les livres des parties sera admise, et non dans le second.

Ainsi partout, jusqu'au sommet de l'organisation judiciaire, règnent l'incertitude et l'inégalité du droit en matière de preuves.

D'une part, le droit des obligations paraît ignorer presque complètement ce domaine et, d'autre part, le Code de procédure civile fédéral n'y pénétre qu'en intrus.

Ainsi les lois fédérales ne sauraient devenir populaires, et elles ne remplissent qu'incomplétement leur tâche. Aux conflits qui résultaient de la coexistence des lois des divers cantons, sont venus s'ajouter ceux qui naissent dans chaque canton de l'opposition entre le Code fédéral et la législation particulière.

Nous avons indiqué sommairement la nature de ces conflits en matière de preuves, sans chercher à épuiser le sujet. Nous l'aurions essayé sans succès, car les cantons peuvent chaque jour modifier leur législation, introduire de nouvelles exigences et paralyser ainsi le Code.

§ 6. Compétence reciproque des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral. — Recours de droit public contre l'application de lois cantonales contraires au Code des obligations.

Dans toutes les causes où il s'agit de l'application du Code des obligations, les tribunaux des cantons restent souverains, si l'objet du litige est inférieur à f. 3000 et leur jurisprudence, il faut s'y attendre, sera souvent fort différente de celle du Tribunal fédéral, car ils sont absolument libres d'interpréter la loi comme ils l'entendent.

Il est cependant une limite que les autorités cantonales ne doivent jamais franchir dans leurs jugements et leurs décisions, elles ne sauraient appliquer une loi cantonale contraire au Code fédéral. Si elles élevaient une loi particulière contre la loi commune, au mépris de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, le débat cesserait d'être une simple contestation de droit privé pour devenir un conflit de droit public. Dans ce cas, la partie condamnée aurait le droit d'adresser au Tribunal fédéral un recours de droit public.

Voici un exemple relatif à la matière des preuves:

La loi vaudoise interdit le protêt d'un effet sans frais, non timbré, même lorque le porteur offre de payer l'amende.

Il s'élève un conflit entre le droit du canton en matière d'impôts et celui de la Confédération en matière de législation. Si réellement le canton n'est pas fondé à ôter tout ou partie des effets civils à un acte non revêtu du timbre légal, s'il n'a pas le droit d'empêcher le protêt, le porteur de l'effet doit être admis à présenter un recours, en vertu de l'art. 59 a. de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire. Et comme le protêt est toujours chose urgente, le Président du Tribunal fédéral pourra, par mesures provisionnelles, ordonner à tout notaire d'y procéder.

§ 7. Appendice.

A raison de la multiplicité des facteurs qui concourent à sa formation, le droit suisse présente de graves difficultés. Les inconnues qu'il s'agit d'en dégager rappellent la solution des équations d'un degré élevé.

Malgré cela les juges qui sont chargés de résoudre ces questions ne sont pas toujours des juristes. De là l'idée d'exiger à l'avenir des preuves de capacité de nos juges.

Je reconnais que dans tout Etat démocratique et surtout en Suisse, c'est la justice qui laisse le plus à désirer. Nos tribunaux sont remplis d'Alexandres qui tranchent les noeuds qu'ils ne peuvent dénouer. On voit le curieux spectacle d'hommes réputés pour leur bon sens qui jugent les questions de droit les plus ardues, tout en ignorant les premiers principes de cette science. Il est certain qu'il serait fort désirable que nos juges fussent plus instruits.

Mais le pays qui ne pose aucune condition d'éligibilité aux juges fédéraux et aux juges supérieurs des cantons, répugnerait sans doute à être plus exigeant pour les juges inférieurs. D'ailleurs des conditions de capacité empêcheraient parfois de bons choix et forceraient souvent d'en faire de mauvais.

En tout cas, ce nouveau système ne pourrait être appliqué que graduellement.

Ce qui est plus urgent à nos yeux, c'est de simplifier la législation en diminuant les causes de conflit.

Nous croyons qu'il est absolument nécessaire de préparer un Code de procédure civile fédéral. Tant que nous ne l'aurons pas, le droit des obligations constituera un recul plutôt qu'un progrès sur l'état de choses antérieur.

Thèses:

1° L'unité du droit des obligations ne sera qu'une apparence trompeuse aussi longtemps que le système des preuves variera de canton à canton. La doctrine peut séparer la théorie des preuves de celle de la validité des conventions; dans l'application, cette distinction ne peut être absolue. Le Code des obligations s'occupe de questions de preuve. En cas de doute, son autorité doit prévaloir.

2° Ainsi, lorsqu'un acte privé est fait dans la forme prescrite aux art. 12 et 13 du Code, cet acte, s'il émane des parties qui l'ont signé, doit opérer la preuve de la convention, lorsque celle-ci rentre dans le droit des obligations, sous réserve d'une contre-preuve. Les cantons ne sauraient donc exiger d'autres formalités telles que la date, le bon pour ou un certain nombre de doubles; ils ne doivent pas non plus rejeter au point de vue de la preuve l'acte dans lequel la signature est remplacée par une marque à la main légalisée.

3° Il doit être permis de prouver la date non certifiée de l'écrit par lequel une créance a été cédée ou donnée en gage, si l'effet de la cession ou du gage dépend de la date.

4° On peut adresser au Tribunal fédéral un recours de droit public, toutes les fois qu'une autorité cantonale a refusé d'admettre une preuve ou de permettre la création d'un acte destiné à faire preuve en se fondant sur une loi contraire au Code des obligations.

5° Il est déplorable que sous l'empire d'un seul et même code il faille appliquer des principes de droit international privé entre cantons suisses, et même entre districts du même canton; mais l'égalité entre les parties exige que le contrat puisse être prouvé par les preuves admises au lieu où il a été conclu.

6° Dans tous les cas, mais surtout si les thèses ci-dessus ne sont pas reconnues vraies, la sécurité juridique de la Suisse est compromise. Elle n'existe pas dans un pays où le Tribunal suprême est obligé, par des lois qui le lient également, de reconnaître et de refuser successivement à un même acte une valeur probante.

7° On ne remédiera pas aux inconvénients qui résultent de la confusion actuelle en matière de preuves, en exigeant des juges des conditions de capacité et en modifiant les compétences et les ressorts des tribunaux.

8° Les décisions prises par les Chambres lors de la discussion du Code fédéral relativement à certaines questions de preuve rendent nécessaire une procédure civile uniforme, au moins quant aux divers genres de preuves et à leur valeur relative. La difficulté, — toute compétence constitutionnelle réservée, — gît dans la divergence des points de vue sur la preuve testimoniale, sujet qui mérite une étude spéciale.

9° La société des juristes doit réclamer de l'autorité l'étude de cette question et, en général, celle des principes qui devront être à la base d'un Code de procédure civile comprenant la procédure devant les tribunaux cantonaux et devant le Tribunal fédéral. Elle doit mettre elle-même ce sujet à l'ordre du jour d'une réunion subséquente.

10° Un Code de procédure civile sera un grand lien entre les juristes suisses; de plus, si ce Code est simple, s'il permet la recherche de la vérité et sa libre appréciation dans de sages limites et accorde à la preuve littérale une juste importance, il sera utile pour tous.

Lausanne, 9 juillet 1883.