

## Les Cahiers de droit



# Considérations sur deux tendances jurisprudentielles dans le droit de la preuve

Marie-Louis Beaulieu

Volume 3, Number 1, April 1957

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004110ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004110ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaulieu, M.-L. (1957). Considérations sur deux tendances jurisprudentielles dans le droit de la preuve. *Les Cahiers de droit*, 3(1), 5-14.

<https://doi.org/10.7202/1004110ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1957

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**Érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

# Considérations sur deux tendances jurisprudentielles dans le droit de la preuve

---

DANS un rapport présenté au deuxième Congrès international canadien de l'Association Henri-Capitant, en 1952, sur *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, le professeur René Savatier, de la Faculté de droit de Poitiers, dont il est aujourd'hui le doyen, écrit ceci :<sup>1</sup>

« Deux forces nous paraissent, au cours du dernier siècle, avoir mené l'évolution du droit de la preuve. L'une, dont l'histoire semble une courbe barrée par des réactions autoritaires, consiste dans l'assouplissement progressif et, pour ainsi dire, instinctif, du formalisme par le juge. L'autre a un caractère beaucoup plus moderne et pose à l'observateur de notre temps un grave problème d'orientation de l'avenir : c'est l'invasion des techniques scientifiques. »

L'éminent juriste étudie l'action de ces deux forces dans le droit français. Son travail est du plus haut intérêt et d'une grande utilité pour nous. Il peut servir de point de départ à un chapitre de droit comparé, mais ce n'est pas là la portée que je veux donner à cet article. Mon propos aujourd'hui — je projette de revenir sur le sujet et d'en faire l'objet d'un travail plus développé — consistera à vous montrer, dans les grandes lignes, comment ces deux forces ont mené l'évolution du droit de la preuve en droit québécois car, est-il besoin de le dire, pour avoir opéré sur des terrains plus restreints qu'en France et qu'aux États-Unis par exemple, ces deux forces n'en ont pas moins joué un rôle considérable dans notre droit, la première, l'assouplissement du formalisme par le juge, depuis au-delà de 60 ans, alors que l'invasion des techniques scientifiques, de date récente, occupe une place de plus en plus importante chez nous.

## I. LE RÔLE DU JUGE DANS L'ASSOUPLEMENT DU DROIT DE LA PREUVE

Nous sommes ici en face d'un des principaux aspects de la disparition du formalisme dans le droit. À Rome, sous la République, il y a eu le droit prétorien qui est venu seconder, compléter ou corriger le droit

---

1. Travaux de l'Association Henri-Capitant pour la culture juridique française — Deuxième Congrès international canadien, Montréal et Québec, 1952, page 606.

civil. L'Angleterre au XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles a vu apparaître l'*equity*, une justice à côté de la justice ordinaire qu'était la *common law*, dont l'influence sans cesse grandissante a fini par imprégner tout le système légal anglais et se fondre dans le cadre de jurisprudence pour amener plus tard la fusion des deux systèmes, en greffant les principes d'*equity* sur la *common law* et en introduisant des doctrines légales dans l'*equity*. Les lois de la judicature de 1873 vinrent consacrer cette fusion. Voici comment M. le doyen Savatier explique de telles transformations du droit d'un pays :

« Le juge est, d'instinct, au service de l'équité. Et quand le droit strict lui paraît contraire à ce qu'il estime équitable, son effort, parfois avoué, plus souvent encore inavoué, consiste à renverser ou à tourner la barrière qui lui semble s'opposer à une bonne justice. »<sup>2</sup>

Le préteur romain, et le chancelier d'Angleterre d'abord, puis les juges d'*equity* ont tempéré et réformé la rigueur, la sévérité et le tranchant de la loi. Ils lui ont prêté assistance, comme l'a écrit Lord Talbot pour le droit de son pays en 1705.<sup>3</sup> Jouant un rôle analogue chez nous, le juge a prêté son aide à la loi là où elle était faible et défectueuse. Il a écarté des exigences qui, souvent, privaient de remèdes ceux qui avaient des droits inéluctables. Ainsi, il a été amené à accepter des preuves que la rigueur des textes législatifs écartait et le même instinct, le même sens de la justice réelle au-delà de la justice légale, lui a fait assumer un rôle que les règles de procédure ne prévoyaient pas.

L'assouplissement du formalisme dans le droit de la preuve s'est manifesté surtout par l'admission de la preuve testimoniale en marge de la règle fondamentale de la preuve écrite exigée par l'article 1233 c.c., en particulier en matière de commencement de preuve par écrit, ou quand la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite ou ne peut produire celle qui a existé, et dans le rôle du juge au procès.

#### 1. Le commencement de preuve par écrit et la preuve testimoniale :

La jurisprudence a pratiquement créé un droit nouveau qui prend sa source dans l'interrogatoire du plaideur, soit au moyen de l'enquête au préalable, soit au cours de l'enquête devant le tribunal. C'est la première manifestation en date de cette tendance du droit de la preuve puisqu'elle remonte à la fin du siècle dernier. Langelier a dit que c'est une des questions les plus pratiques en matière de preuve. Ici, la jurisprudence rend presque illusoire la règle de la preuve écrite.

2. *Loc. cit.*, page 607.

3. *Dudley vs Dudley*, décision reproduite dans (1909) 24 *English Reports*, 118.

Nos codificateurs n'ont pas défini le commencement de preuve par écrit, contrairement aux rédacteurs du *Code français*, à l'article 1347 :

« Tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qui le représente et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

La définition française, conforme à l'opinion de Pothiers, est acceptée par nos auteurs<sup>4</sup> et nos tribunaux.<sup>5</sup> Le commencement de preuve peut être aussi bien une réponse ou une partie de réponse à une question posée au plaideur ou à quelqu'un qui le représente, qu'un écrit, c'est-à-dire, un document qui, s'il était plus complet, plus précis constituerait une preuve par écrit. J'ai dit « une partie de réponse » car, d'après la jurisprudence, la règle générale de l'indivisibilité de l'aveu que nous trouvons à l'article 1243 c.c. ne s'applique pas ici. Le commencement de preuve par écrit, qui consiste dans un aveu partiel, ne permet pas de contredire par témoin un écrit valablement fait, article 1234 c.c. Quel qu'il soit, le commencement de preuve par écrit n'autorise pas la preuve testimoniale en matières commerciales, lorsqu'elle est interdite par l'article 1235 c.c. Il n'y a que les dépositions proprement dites, c'est-à-dire, les paroles contenant des aveux partiels rendant vraisemblable le fait à prouver qui constituent un commencement de preuve par écrit, mais également les hésitations, les réticences, les contradictions que le juge croit découvrir dans les témoignages. La question qui consiste à savoir si l'écrit ou la partie du témoignage rendent vraisemblable le fait allégué, c'est-à-dire, peuvent servir de commencement de preuve par écrit, est une question de fait laissée à l'entière appréciation des tribunaux.<sup>6</sup> L'opinion du premier juge doit nécessairement s'imposer, prévaloir, mais il n'en va pas moins que, sous cette réserve, la Cour d'appel doit apprécier, se rendre compte par elle-même et intervenir si elle croit que le premier juge a erré quant à la suffisance ou à l'insuffisance d'un commencement de preuve par écrit, comme l'a écrit M. le juge en chef Létourneau dans *Tremblay vs Simard*.<sup>7</sup> Ici, notre droit diffère du droit français et il faut être en garde contre les arrêts de la Cour de Cassation auxquels réfèrent les auteurs et certaines décisions québécoises. La plus haute Cour de France a juridiction en droit seulement. Elle peut fort bien, sur une question de fait, s'en remettre au juge du fond, mais le rôle de notre Cour d'appel est différent parce qu'elle est compétente sur les questions de fait et elle doit changer la

4. LANGELIER, *loc. cit.*, p. 103 ; MIGNEAULT, t. 6, p. 77.

5. *Victoria Precision Works Co. Ltd. vs Weir et al.*, 1946 R.L., p. 439.

6. MIGNEAULT, t. 6, pp. 79 et 80.

7. 1948 B.R., page 505.

décision de la juridiction inférieure chaque fois qu'à son avis, il y a eu erreur. Voilà une synthèse assez complète de notre droit en matière de commencement de preuve par écrit.

\* \* \*

Que de plaideurs, qui ne disposaient pas de l'écrit nécessaire pour établir leurs prétentions, ont trouvé le salut dans cet amenuisement par le juge du formalisme de la preuve ! Nous devons nous demander si la jurisprudence n'a pas tendance à aller trop loin. Qu'on nous permette encore de citer M. le doyen de la Faculté de droit de Poitiers :<sup>8</sup>

« Alors seront posées, avec toute l'ingénieuse discrétion des juristes, les questions les plus propres à embarrasser l'adversaire auquel on veut arracher le commencement de preuve par écrit. Et bien habile devra-t-il se montrer pour ne pas le laisser échapper. Car la jurisprudence permet de trouver, dans son silence même, le commencement de preuve par écrit grâce auquel rien ne s'opposera plus à ce que puisse être établi l'acte litigieux. Et, s'il parle, la divination du juge pourra toujours s'exercer pour trouver, dans telle ou telle de ses réponses, le commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable l'acte allégué. Ne peut-on, dès lors, considérer que la règle interdisant au juge d'accueillir sans écrit la preuve d'un acte est virtuellement torpillée ? »

Faisons maintenant une revue des principales décisions de nos tribunaux : quelques jugements de la Cour supérieure et certains arrêts de la Cour d'appel.

En 1946, dans *Victoria Precision Works Co. Ltd. vs Weir et. al.*,<sup>9</sup> la Cour supérieure a décidé que lorsqu'un témoin semble vouloir éluder les questions embarrassantes, donne des réponses évasives qui se concilient mal les unes avec les autres et enfin, s'il se contredit nettement, sa déposition peut constituer un élément de commencement de preuve par écrit. Les cinq premiers considérant de M. le juge Salvat renferment un résumé de notre doctrine.

Deux ans plus tard, dans *Lafrenière vs Martel*,<sup>10</sup> la Cour supérieure a dit que lorsqu'un demandeur réclame au défendeur \$355.00 représentant 3% de commission sur la vente d'une propriété négociée au prix de \$28,500, qu'aucune mention de commission n'a été faite, le demandeur s'en rapportant à l'usage quant à la commission, que le défendeur aurait déclaré au demandeur : « si vous trouvez \$28,500 clair à moi, je vous récompenserai : tout surplus sera à vous », le contrat constitue

8. René SAVATIER, *loc. cit.*, p. 609.

9. 1946 R. L., page 439.

10. 1948 C.S., page 253.

un commencement de preuve par écrit autorisant la preuve testimoniale de la considération.

En 1948 également dans *Tremblay vs Simard*,<sup>11</sup> la Cour d'appel de cinq juges, présidée par l'ancien juge en chef Létourneau, dans un jugement unanime, a appliqué la doctrine que nous venons d'exposer, en particulier en ce qui a trait au commencement de preuve par écrit résultant des hésitations, des réticences, des contradictions et des aveux partiels du demandeur.

Dans *Grenier vs Giroux*,<sup>12</sup> en 1951, la Cour d'appel de cinq juges encore, dont un seul avait siégé dans l'affaire de *Tremblay vs Simard*, a décidé que l'aveu de pourparlers relatifs à un contrat constitue un commencement de preuve par écrit de ce contrat, et elle a statué de nouveau que les réticences, les énoncés évasifs dans les actes de plaidoirie, comme dans les réponses aux faits et articles, peuvent aussi constituer un commencement de preuve par écrit.

Sur la divisibilité de l'aveu partiel servant de commencement de preuve par écrit, nous avons l'arrêt de *Laliberté vs Turcotte*<sup>13</sup> où, parlant par la bouche de M. le juge Pratte, la Cour d'appel a décidé que la règle générale de l'indivisibilité de l'aveu établie par l'article 1243 c.c. ne vise que l'aveu qu'on voudrait invoquer comme preuve complète du fait à prouver, mais elle est sans application au cas où l'aveu ne doit servir que de commencement de preuve par écrit. Il faut citer longuement les notes de M. le juge Pratte.<sup>14</sup> Après avoir dit que la question n'est plus discutée en France où les auteurs et la jurisprudence reconnaissent que le principe de l'indivisibilité de l'aveu est inapplicable lorsqu'il n'est invoqué qu'à titre de commencement de preuve par écrit, le savant magistrat continue en disant que chez nous l'opinion est moins fixée, et qu'il semble que l'on puisse dire qu'il n'existe pas une jurisprudence dont l'autorité engage à décider la question dans un sens ou dans l'autre. Puis il écrit :

« Observons que les articles 1243 à 1245 c.c. qui traitent de l'aveu l'envisagent seulement en tant que preuve complète faisant pleine foi contre celui qui l'a fait, et non pas seulement comme un commencement de preuve par écrit. Il semble que cela suffise pour autoriser à prétendre que le principe d'indivisibilité posé par l'article 1244 c.c. ne fait pas obstacle à ce que l'aveu puisse être divisé pour en tirer un commencement de preuve par écrit, si cette divisibilité peut se justifier par ailleurs.

« La règle de l'indivisibilité est motivée uniquement par l'équité. Parce que l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait qu'il ne peut être révoqué

11. 1948 B.R., page 505.

12. 1951 B.R., page 26.

13. 1946 B.R., page 208.

14. Page 212.

(sauf le cas d'erreur) ; et qu'il dispense de tout autre preuve, il ne serait pas équitable de permettre à celui qui veut s'en prévaloir de le scinder, d'en prendre seulement ce qui pourrait être à son avantage, et de rejeter le reste.

« Mais lorsque l'aveu est invoqué non plus comme preuve complète, mais uniquement comme contenant un commencement de preuve par écrit, il semble bien que la position soit différente. Il faut reconnaître qu'on ne voit pas dans le fait admis la preuve complète du fait juridique qu'on cherche à établir, mais seulement un fait matériel qui donne une apparence de vérité à la prétention que le fait juridique — qui reste à prouver — a existé. Serait-il équitable, alors qu'une partie aurait admis un fait matériel qui, par ce qu'il rendrait vraisemblable le fait juridique qu'on veut établir, aurait le caractère d'un commencement de preuve par écrit, serait-il équitable de permettre à celui qui aurait ainsi admis d'anéantir ce caractère par une déclaration accessoire dont la partie adverse n'aurait pas l'occasion de démontrer la fausseté. Il semble bien qu'ici l'équité soit du côté de la divisibilité de l'aveu. En effet, si en pareil cas l'aveu devait être tenu pour indivisible, il serait vraiment trop facile à une partie peu scrupuleuse qui n'aurait pu s'empêcher de faire un aveu, d'échapper aux conséquences de celui-ci par une simple déclaration accessoire qui aurait pour effet de faire obstacle à la preuve testimoniale. »

Le commencement de preuve par écrit contenu dans un aveu ne permet pas de contredire par témoin un écrit valablement fait, avons-nous écrit. On sait que l'aveu complet, ce qui à vrai dire n'est pas un témoignage, permet d'écarter l'écrit. Est-il nécessaire de citer de la jurisprudence ? Entre autres décisions, nous avons deux jugements de la Cour supérieure, l'un rendu en 1940 : *Tétreault vs Desserres*<sup>15</sup> et l'autre en 1953 : *Petit vs Auger*.<sup>16</sup>

Nous avons dit qu'en matière commerciale, dans les cas où l'article 1235 c.c. exige un écrit signé par la partie, la preuve testimoniale au moyen d'un commencement de preuve par écrit n'est pas admise. Est-ce que l'amenuisement par le juge du formalisme de la preuve a opéré ici ? Avant de répondre à cette question, situons-la dans son contexte.

Par exception à la règle de l'article 1233 c.c., à l'effet que la preuve testimoniale est admise de tout fait relatif à des matières commerciales, l'article 1235 nous dit que dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède \$50.00, dans quatre cas qu'il mentionne, aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle. En d'autres termes, la preuve littérale est la règle et la preuve testimoniale l'exception, et sous le coup de cette exception tombent les matières commerciales, mais il y a deux exceptions à la règle de la preuve testimoniale de tout fait relatif à des matières commerciales : la première, par appli-

15. 47 R. de J., p. 156.

16. 1953 C.S., page 203.

cation de l'article 1234 c.c., interdit la preuve testimoniale pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait, car ce texte s'applique aux matières commerciales comme aux matières proprement civiles puisque le législateur dit « dans aucun cas » et l'autre, à l'article 1235, exclut la preuve par témoin en certains cas où la fraude est à redouter.

Que le commencement de preuve par écrit ne permette pas de produire une preuve testimoniale dans les cas prévus à l'article 1235 c.c., la question ne fait pas de doute. C'est l'enseignement de nos auteurs et le sens de la jurisprudence<sup>18</sup> définitivement fixée depuis l'arrêt de la Cour d'appel dans *Charest vs Murphy*, en 1894.<sup>19</sup>

L'article 1235 nous vient du droit anglais avec quelques changements. Il reproduit certaines dispositions de la loi célèbre connue sous le nom de *Statute of Fraudes*, modifiée légèrement par une autre loi célèbre dans la jurisprudence anglaise *The Lord Tenterden's Act*.<sup>20</sup> D'après les autorités anglaises, l'écrit dont il est question ici doit former une preuve complète par lui-même. Il doit renfermer tous les éléments essentiels du contrat, s'il s'agit d'un contrat, ce qui signifie qu'il ne ne suffit pas qu'il contienne un commencement de preuve.

En plus de l'argument que l'on tire des autorités anglaises, pour dire que la preuve testimoniale avec un commencement de preuve par écrit n'est pas permise en matières commerciales dans les cas prévus par 1235 c.c., nous avons celui que nous fournit l'analyse de notre texte. Comme l'écrit Perreault, la preuve en matières commerciales est spécialement prévue au premier paragraphe de l'article 1233 c.c. Les autres paragraphes regardent les matières civiles, entre autres, le paragraphe 7 concernant le commencement de preuve par écrit. D'après les termes mêmes de l'article 1233, pour suivre le raisonnement de Perreault, il ne saurait être question de commencement de preuve par écrit en matières commerciales, puisque le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1233 permet en ce cas la preuve testimoniale. L'article 1235, écrit l'ancien professeur à l'université de Montréal, est une exception au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1233. Le législateur qui, à l'article 1233, ne s'était pas

17. LANGELIER, *loc. cit.*, n° 631, p. 268 ; MIGNEAULT, *loc. cit.*, vol. 6, p. 88 ; PERREAULT, *Traité de droit commercial*, vol. 1, p. 505, n° 506.

18. *Burtner Coal Co. Inc. vs Bona Moore Co. Ltd. and the Canadian Pacific Railway Co.*, 24 R.L., n.s., p. 435 ; *Bonin vs Guilbault*, 21 R.P., p. 411 ; *Forest vs Morin*, 27 R.L., p., 258 ; *Baril vs Read Motors*, 46 B.R., p. 174 ; *Vandry, Inc. vs Gobeil*, 1952 C.S., p. 193 ; *Marchand vs Dalfen & Sand*, 1955 C.S., p. 462.

19. 3 B.R., p. 376.

20. Le *Statute of Frauds* fut passé dans la vingt-neuvième année du règne de Charles II, et le *Lord Tenterden's Act*, en 1829. Le premier statut fut introduit dans notre droit par la loi 25 Georges II, ch. 2, art. 10, en 1735 et le second par la loi 10 et 11 Victoria, ch. 11, en 1847.



préoccupé du commencement de preuve par écrit en matières commerciales puisqu'il y autorisait sans réserve la preuve testimoniale, manifesta clairement son intention que dans les cas exceptionnels de l'article 1235, il faut un écrit. Ainsi, il ne pouvait être question ici de l'amenuisement par le juge du formalisme de la preuve au moyen d'un commencement de preuve par écrit.

*2. L'impossibilité de la preuve écrite :*

Deux cas sont à considérer : l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, paragraphe 5 de l'article 1235 c.c., et l'impossibilité de produire la preuve écrite qui a existé, paragraphe 6 de cet article. Il ne faut pas confondre les deux cas. Dans le premier, il n'y a jamais eu de preuve écrite et, malgré le montant en jeu, la preuve par témoin est permise parce qu'il n'a pas été possible de se munir d'un écrit. Dans l'autre cas, la partie qui veut produire des témoins, non seulement a pu se procurer un écrit mais elle en a eu un ; seulement, elle dit qu'il lui est impossible de le produire.

Ici, notre droit diffère du droit français. En France, c'est seulement en rapport avec le premier cas qu'on parle de l'impossibilité de la preuve écrite, c'est-à-dire quand la partie n'a pu s'en procurer une, les paragraphes 2 et 3 de l'article 1348<sup>n</sup>. Dans l'autre cas, on parle de perte de la preuve, paragraphe 4 du même article.

Dans notre droit il faut, comme principe général, interpréter de la même façon, appliquer les mêmes règles dans le cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite, et dans celui où une preuve qui a existé ne peut être produite parce qu'elle a été perdue par cas imprévus, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut être produite. En d'autres termes, dans les deux cas, il s'agit d'impossibilité de même nature et il n'est pas nécessaire qu'elle soit absolue, matérielle, comme dit Langelier en parlant de l'impossibilité de produire une preuve écrite qui a existé.<sup>21</sup> Une impossibilité morale suffit-elle ? Encore ici, notre droit diffère du droit français. Chez nous comme en France, une impossibilité morale suffit, mais les deux droits n'entendent pas de la même façon l'impossibilité morale. Notre jurisprudence n'a pas suivi la jurisprudence française. L'on peut dire, pour intégrer davantage ce point dans les cadres de notre étude, que dans notre droit il n'y a pas eu ici d'amenuisement par le juge du formalisme de la preuve, ou bien peu. Par impossibilité morale, nous entendons ce que j'appellerai une impossibilité pratique et j'ajouterai avec Langelier qu'une simple difficulté ne suffit pas.

21. *Loc. cit.*, n° 561, p. 237.

Pendant la guerre 1914-18, dans *Poplis vs Chaput*,<sup>22</sup> la Cour supérieure a décidé que la naissance d'un enfant, peut être prouvée par témoins et par sa possession d'état, si l'état de guerre qui existe au lieu de sa naissance rend impossible l'obtention et la production d'un certificat ou extrait authentique. Ce jugement a été confirmé par l'ancienne Cour de révision.

Bien que nous ne croyions pas que nos tribunaux soient prêts à suivre la jurisprudence française sur ce principe que le doyen de Poitiers appelle l'impossibilité morale qu'il attribue, avec raison, à l'amenuisement par le juge du droit de la preuve, il y a intérêt pour nous à la connaître.

Les rapports de confiance ou de subordination qui existent entre deux personnes sont de nature à faire obstacle à la rédaction d'un écrit, dit Jausserand,<sup>23</sup> et l'ancien doyen de la Faculté de droit de Lyon donne comme exemple les rapports entre maître et domestique ; entre l'instituteur du village et les parents de ses élèves ; entre un médecin et ses clients. Dans ce cas, dit-il, la preuve est recevable sans limitation de somme. Il y avait impossibilité morale pour la partie réclamante de se procurer un écrit. Voici comment M. le doyen de Poitiers apprécie cette jurisprudence. Après avoir dit que le texte du *Code* vise sans doute les hypothèses où la précipitation des événements et l'action des éléments extérieurs ont rendu matériellement impossible la rédaction d'un écrit au moment de l'acte, et qu'à cette impossibilité la jurisprudence a été conduite à assimiler l'impossibilité morale, il écrit :<sup>24</sup>

« Par là même, elle s'est ouvert une voie si largement tracée que rien, désormais, ne pouvait efficacement y limiter sa marche.

« Car elle était dès lors autorisée à qualifier d'impossibilité morale toute difficulté toute incommodité, tout scrupule ayant pu justifier la discrétion du créancier à demander un écrit. N'est-il pas impossible de manifester cette marque de défiance à tous ceux avec lesquels on a des rapports courtois et simples. L'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite existera donc en famille ; car, comment une femme exigerait-elle un écrit de son mari, un père de ses enfants ou réciproquement ? Et le jouera dans les rapports d'une personne avec ses fournisseurs habituels, car l'habitude finit par y rendre la confiance de règle. Elle apparaîtra dans les foires et marchés, où l'usage se contente d'engagements verbaux. Elle régnera chez le client qui confie une montre à un horloger, ou une fourrure en garde pour l'hiver à un spécialiste fourreur.

« De sorte que l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite en arrive aujourd'hui à couvrir, dans les motifs des tribunaux, tous les cas où ceux-ci jugent bon d'écarter la règle légale qui eût rigoureusement interdit

22. 53 C.S., page 440.

23. *Cours de droit civil positif français*, tome 2, n° 212, p. 113.

24. *Loc. cit.*, p. 609.

faute de production d'un écrit la preuve de l'acte litigieux. Ici encore, le formalisme du droit strict est efficacement torpillé. »

Cette citation montre bien la différence qu'il y a sur ce point entre la jurisprudence française et la nôtre.

Dans le prochain numéro des *Cahiers* nous terminerons la première partie de cette étude en parlant du *Rôle du juge au procès*. Puis nous traiterons la deuxième partie : *L'invasion des techniques scientifiques*.

Marie-Louis BEAULIEU

