

DUALISME APPARENT
DU REGIME DE PREUVE
EN MATIERES CIVILES
ET COMMERCIALES

NOUREDINE CHADLI
Maître de conférences
Faculté de droit civil et des
sciences politiques.
Université d'Annaba

ملخص:

تقارب نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية

يعتبر الإثبات دليلا على وجود الشيء وحقيقته، وهو يتفرع من الناحية النظرية إلى وسيلتين يطلق على الأولى الدليل القانوني، وهو الذي يحدد فيه النص القانوني طرق الإثبات التي يمكن الاعتماد بها ومدى حجيتها أمام القضاء، وأمام الوسيلة الثانية فهي تلك المتعلقة بالدليل المعنوي أو ما يفيد في اقتناع القاضي به.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بازواجية النظامين السابق ذكرهما فيما يتعلق بوسائل الإثبات، بحيث نص على نمط الدليل المعنوي المتمثل في حرية الإثبات في المواد الجزائية والتجارية، كما نص على العمل بنظام الدليل القانوني في المواد المدنية. سوف تبين لنا الدراسة أن الاختلاف فيما بين النظامين، يكمن فقط على مستوى المبدأ (I) (لأن الاستثناءات الواردة على كل منهما يخفف من حدة التمييز بينهما.

1. مبدأ الإثبات في القانون المدني والتجاري:

إن دراسة مبادئ قواعد الإثبات في التقنين المدني، يؤدي إلى القول مبدئيا بأنها تختلف عن تلك المتعلقة بالقانون التجاري.

أ- إلزامية الدليل الكتابي في المواد المدنية:

وهو المبدأ الأساسي الذي تضمنته المادة 333 مدني جزائري، ذلك أن ضرورة الاستظهار بالدليل الكتابي تطرح في كل مرة وذلك بغرض إضفاء الثقة في المعاملات بين الأطراف ولتكون حجة في مواجهتهم عند نشوب النزاعات.

إن الدليل الكتابي في المواد المدنية، وجب أن يستجيب إلى مفهوم محدد فهو إما أن يكون عقدا رسميا أو عرفيا ينطوي على شروط شكلية معينة، وبحسب المادة 333 الأنف ذكرها

فإن الدليل الكتابي لا يحض إلا بدليل كتابي آخر، ومن ثمة فلا مجال للأخذ بشهادة الشهود أو بالقرائن في شأن ذلك.

ب- حرية الإثبات في المواد التجارية:

إن نظام حرية الإثبات في القانون التجاري يستند إلى المبادئ التي يعتمدها هذا النوع من فروع القانون، كالسرعة والثقة والائتمان.

وعلى هذا الأساس تبرز حرية الإثبات في المواد التجارية من خلال التزام التجار بمسك الدفاتر التجارية التي تعفيهم من ضرورة صياغة العقود التي يبرمونها، ولأجل ذلك يمكن استعمال الوثائق المحاسبية كدليل للإثبات.

إنه من غير المنطقي استبعاد تطبيق هذا النظام من النشاطات الاقتصادية ذات الصبغة المدنية لأنها بحاجة أيضا إلى مبدئي السرعة والائتمان.

لقد نصت المادة 30 تجاري جزائري على مبدأ حرية الإثبات، وبحسبها يمكن إثبات العمليات التجارية بكل الوسائل ولو بالقرائن، وهذا ما يتعين على القضاء تطبيقه على العقود التجارية بشرط أن تكون هذه العقود مبرمة بين تجار، إذ ينبغي على المدعي إثبات أن المتعاقد معه يتمتع بصفة التاجر، كما يشترط أن يكون النزاع فضلا عما تقدم متعلق بعقد تجاري. وعليه، فإنه لا يمكن تطبيق المادة 30 آنفة الذكر ولو كان المدعي تاجرا إذا كانت العقود المبرمة ذات طبيعة مختلطة وهي إحدى أهم الاستثناءات التي تخفف حدود التمييز بين النظامين.

2- التقريب بين المبدأين:

تخضع كل من النشاطات المدنية والتجارية إلى ذات القاعدة المتعلقة باسناد عبء الإثبات على المدعي، مع ضرورة تمكين الخصم من الأدلة المقدمة وذلك وفقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية، وكذا المادة 15 و 16 من القانون التجاري وهو ما يؤدي إلى القول في واقع الأمر أن هناك تقارب بين النظامين ويتحقق ذلك بفضل الاستثناءات المتعلقة بكل نظام وبفضل العقود المختلطة.

أ- النظام المطبق على العقود المختلطة:

يتزاحم نظامي الإثبات لأجل تطبيقهما في العقود ذات الطبيعة المدنية والتجارية في آن واحد، إذ يمكن لغير التجار الاحتجاج بمبدأ حرية الإثبات اتجاه خصمه، بينما لا يمكن

للتاجر في مواجهة خصمه سوى التمسك بالدليل الكتابي. ومع ذلك فإنه من الصعب عمليا على التاجر إدراج عقد مكتوب كلما تعاقد مع زبون له من غير التجار. وعليه فإنه من الأفضل تطبيق مبدأ الإثبات الحر. بمناسبة هذا النوع من العقود، مع أنه بالنظر إلى نص المادة 30 تجاري فإنه يصعب تحديد مجال تطبيق مبدأ حرية الإثبات في مواجهة ممن لا يتمتع بصفة التاجر.

ب-الإستثناءات الخاصة:

يرد كل من النظامين السابقين مجموعة من الإستثناءات.

1. الإستثناءات الواردة على القانون المدني:

يمكن القول أن إلزامية الدليل الكتابي لا تطرح إذا كان الدين أقل من مبلغ 100000.00 دج. كما أن البدء بوسيلة الإثبات الكتابية مفاده فتح المجال أمام باقي الوسائل الخرى، خاصة في غياب الدليل الكتابي، إذ يمكن للقاضي اعتبار المراسلات المتبادلة بين الأطراف وكذا السجلات ومختلف الكتابات الباطلة كعقد وغيرها، بداية دليل يمكن الأخذ به .

2. الإستثناءات الواردة على القانون التجاري:

يمكن القول أيضا أن حرية الإثبات في القانون التجاري ليست مطلقة إذ أن القانون ينص في كثير من الحالات على ضرورة توفر الدليل الكتابي، بل وقد اعتبره أحيانا شرطا شكليا لازما لصحة العقد، كما هو الحال في الأوراق التجارية وعقود بيع المحال التجارية ورهنها فهي تخضع للمادة 324 مكرر 1 مدني، وهو ما يفسر محاولة المشرع إضفاء حماية للمتعاقدین.

يمكن أن نستنتج من خلال ما تقدم وجود تقارب وتمائل بين القانون المدني والتجاري فيما يتعلق بالأخذ بنظام الإثبات، بل وأكثر من ذلك يمكن اعتبار هذا الأخير في القانون التجاري مجرد استثناء من القانون المدني.

وعليه فإذا أردنا التمييز بين نظامي الإثبات فإنه ينبغي قبل كل شيء التركيز على نوع وموضوع العقد المراد إيرامه للقول بأنه يخضع لمبدأ حرية الإثبات أو الإثبات المقيد بالدليل الكتابي.

« Prouver, au sens courant du terme, et faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain ; la preuve est donc ce qui sert à rétablir qu'une chose est vrai ; il n'en est pas autrement en matière juridique »¹, sauf qu'il faut convaincre le juge. Pour atteindre ce but, les belligérants s'emploient à rapporter les preuves nécessaires. Seulement celles-ci dépendent du système de preuve adopté par la législation. Il existe en théorie deux systèmes qui s'opposent. D'une part, le système dit de la preuve légale où la loi fixe les moyens de preuve qui peuvent être produits dans un procès, détermine les conditions d'admissibilité et prévoit la force probante que le juge est tenu de leur accorder². D'autre part, le système dit de la preuve morale qui fait confiance au juge. Les moyens de preuve n'obéissent, en principe, à aucune règle de fond spécifique.

Qu'en est-il du système de preuve en droit algérien ? Il est mixte. On applique le système de la preuve morale en droits pénal et commercial et d'une manière large, car il y a des atténuations, le système de la preuve légale en droit civil. Pour ce qui nous intéresse, c'est à dire les activités civiles et commerciales, nous constatons qu'ils obéissent à deux régimes de preuve distincte. Seulement, en examinant en détail les règles de chaque régime, on découvre que la différence réside seulement au niveau des principes (I) car les exceptions applicables à chacun atténuent cette distinction (II)

I – principe applicable en droit civil et en droit commercial

En étudiant les principes des règles de preuve en droit civil et en droit commercial, il ressort qu'ils sont différents. Pour le droit civil, le principe et l'exigence d'un écrit³ posé par l'article 333 du code civil

¹ - J.GHESTIN et G.GOUBEAU ; Traité de droit civil, T.1 n°- 563 éd. L.G.D.J. 1982.

² - G.ANDRE : Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles ; thèse Paris 1910 – P.LEGEAIS : Les règles de preuve en droit civil, thèse Poitiers.1954.

³ - Selon l'article 323bis « la preuve par écrit résulte d'une suite de lettres ou de caractères ou des chiffres ou tout autre signe ou symbole doté d'une signification intelligible quelques soient leurs supports et leurs modalités de transmission. »

(A). Alors que pour le droit commercial, le principe est la liberté de la preuve énoncé à l'article 30 du code de commerce (B).

A- l'exigence d'un écrit en droit civil

Le principe général de la preuve civile est posé par l'article 333 du code civil. C'est le pilier sur lequel est fondé la preuve par écrit. Cet article est repris de l'article 1341 du code civil français qu'est un des plus anciens articles codifiés. Sa rédaction remonte à celle de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye, d'avril 1667 qui elle-même reprenait les termes de l'ordonnance de Moulins de 1556⁴.

L'exigence d'une preuve préconstituée, chaque fois qu'il y a conclusion d'un contrat, se justifie, estime-t-on seulement par la confiance à l'égard du juge qui risque d'être arbitraire⁵, mais aussi pour assurer une grande sécurité aux relations privées⁶. Il est dit-on, «plus aisé de réunir, lors de la conclusion de l'acte juridique, les moyens d'en apporter ultérieurement la preuve que le litige survenant, de chercher à rassembler les commencements de preuve par écrit, les témoignages, les présomptions et les incidences qui emporteront la conviction du juge». D'ailleurs, ajoute-t-on «un acte bien rédigé limite les contestations ultérieures»⁷. Pour certains, ceci n'est pas évident. D'une part, le système de la preuve libre a fait ses preuves dans plusieurs pays européens⁸. D'autre part dans notre société actuelle, les clauses du contrat sont souvent imposées par l'une des parties. Quant à dire que la preuve littérale et plus rigoureuse que les autres moyens de preuve⁹, elle n'empêche pas des injustices

⁴ - F.CHAMOUX : La preuve dans les affaires (l'écrit ou microfilm) p.23 éd .Litéc.1979 .

⁵ - J.B DENIS : Quelques aspects de l'évolution récente du système de preuve en droit civil – R.T.D.CIV. 1977-673.

6- إن القرآن الكريم في سورة البقرة الآية 281 يقول : "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكن بينكم كاتب بالعدل" صدق الله العظيم . إن هذه الآية تدل على أهمية الكتابة .

⁷ - M. VION : Les modifications apportées au droit de la preuve par la loi du 12-07 1980, Rep. Défrénois 1980 – 1329.

⁸ - Angleterre, Allemagne, pays de commun Law .Cité par M.VION .op.cit.

⁹ - J.GHESTIN et G.GOUBEAUX : op. cit.p.16.

choquantes, surtout dans les contrats d'adhésion ou les dispositions sont fixées par la partie la plus forte.

Malgré l'inadaptation du système de la preuve par écrit au développement économique, le législateur, par la loi N°- 88/14 du 3 mars 1988¹⁰, a maintenu sa prééminence à l'égard des autres moyens de preuve. Elle s'applique aux manifestations de volonté ayant pour but immédiat et direct soit de créer ou de transformer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits. Le domaine de cette loi est l'ensemble des actes juridiques de nature civile ou commerciale¹¹.

Par ailleurs, on n'admet pas n'importe quel écrit. Au sens du code civil, il doit répondre à une définition précise. Il doit être entendu comme le titre original. Dès lors, on exclut tous ce qui est reproduction¹². Il peut être soit un acte authentique soit un acte sous seing privé qui doit répondre à des conditions de forme¹³. Cette première obligation posée par l'article 333 du code civil est complétée par une seconde énoncée par le même article. Seule une preuve écrite peut être présentée contre un écrit. C'est à dire, un plaideur qui essaye d'établir que l'écrit est inexact ou incomplet, ou bien qu'un événement est survenu, depuis le contrat, y apportant des modifications, doit se servir d'un moyen de preuve parfait¹⁴, à savoir un écrit. On ne peut apporter la preuve contraire par témoignages ou présomptions. Le juge se trouve devant un cas de preuve légale. Il n'a

¹⁰ - Article 324 et suiv. du code civil

¹¹ - Voir article 324 bis 1 du code civil (vente du fond de commerce, cessions des parts ou d'actions de sociétés etc.....)

¹² - Microfilm, photocopie etc.

¹³ - Voir les critiques contre ce formalisme faites par F.CHAMOUX ; op.cit. p .69 et suivi .

Il reçoit de la loi n- 88/14 du 3 mars 1998 que le législateur préfère que les actes écrits soient établis authentiquement. Par cette loi, il a élargi le domaine des actes authentiques (Voir article 323 et suiv. du code civil.)

¹⁴ - J-GHESTIN et G.GOUBEAUX ; op. cit. p : 527 et suiv.

pas de pouvoir d'appréciation lorsque la preuve écrite remplit les conditions de forme¹⁵.

Par contre dans le système de la preuve morale, le juge est tout à fait libre d'apprécier les arguments avancés par les billégérants. C'est ce système qui s'applique aux règles de preuve en droit commercial qui, du coup, limite le domaine d'application de l'article 333 du code civil qui écarte les matières commerciales.

B- Liberté de la preuve en droit commercial

Le régime de la liberté des preuves en matières commerciales a une origine ancienne. Il était admis dans l'ancien régime¹⁶, par la coutume, avant d'être consacré par l'ordonnance de 1667 du législateur français (Article 2 du titre XX)¹⁷

La solution est justifiée à plusieurs titres. L'application sans réserve de la preuve légale aux opérations commerciales. Entraînerait des entraves sérieuses dans la marche des affaires¹⁸ qui exigent de la rapidité dans les transactions et des rapports de confiance entre les parties¹⁹. Il était nécessaire d'instituer la liberté des moyens de preuve. N'est-il pas logique et équitable d'élargir ce système aux activités économiques de nature civile qui on besoin aussi de rapidité et de confiance. On justifie la liberté de preuve en matières commerciales par l'obligation faite aux commerçants de tenir des livres de commerce²⁰ qui les dispensent de transcrire les contrats qu'ils

¹⁵ - Concernant les conditions de forme des actes authentiques sous seing privés, voir les articles 324, 324bis2 à 324 bis 4 , 327 et 328 du code civil.

¹⁶ - Dans le système de droit français.

¹⁷ - B.DUTHEILLET – LAMONTHEZIE : Preuve en matière commerciale, Juris. clas. commercial, Fasc. N°- 395.

¹⁸ - HJL MAZEAUD et P.F. CHABAS : leçon de droit civil, T. II 1^{er} volume, obligations, éd. Montchrestien, 1998 P.469 – J-GHESTIN et G.GOUBEAUX : op. cit. N°- 4.

¹⁹ - D.DUTHEILLET- LAMONTHEZIE : op. cit. N°- 4

²⁰ - Article 9 et suiv. du code de commerce.

concluent²¹. Il leur est accordé d'utiliser les documents comptables comme moyen de preuve²². Cet argument n'a plus de raison d'être lorsqu'on sait que la plupart des entreprises, ayant des activités civiles, tiennent une comptabilité pour la bonne gestion de leur activité.

Le principe de la liberté de preuve en matières commerciales est posé à l'article 30 du code de commerce qui énonce : « tous contrats commerciaux se constatent : par actes authentiques, par actes sous signature privée, par une facture acceptée, par la correspondance, par les livres des parties (documents comptables) et dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre, par la preuve testimoniale ou tout autre moyen ». Il ressort de la dernière phrase que l'article consacre la liberté de la preuve. C'est au juge d'apprécier les preuves avancées par les parties.

On peut prouver une opération commerciale par tous les moyens, c'est à dire par simples présomptions, par aveu ou serment. Il n'existe aucune hiérarchie entre tous les moyens de preuve. Cette égalité, entre les moyens de preuve, permet de combattre n'importe quel acte ou démontrer qu'il a été modifié postérieurement à sa conclusion. La preuve peut être rapportée par tous les moyens autorisés par les règles de droit. Ainsi la preuve par témoins ou présomptions est admise contre les énonciations d'une facture acquittée, contre les mentions d'un bordereau de transporteur pour combattre les clauses imprimées d'une convention contraire en fait à la volonté des parties, ou bien établir qu'une signature est de pure complaisance. On peut utiliser la preuve par tous les moyens pour rétablir certaines mentions non inscrites dans un contrat ; par exemple la date.

D'une manière générale, le juge applique l'article 30 du code de commerce aux actes effectués par un commerçant dans l'intérêt de son commerce. Il faut, néanmoins, deux conditions. Premièrement, que l'acte émane d'un commerçant. Le plaideur doit prouver que son adversaire est un commerçant. Deuxièmement, il faut que le litige

²¹ - G.RIPERT et R.ROBLLOT : Traité de droit commercial, T.I éd. LGDJ. 1980 . N°-340.

²² - Article 13 du code de commerce.

porte sur un acte de commerce. Autrement l'article 30 est inapplicable alors même que le plaideur est commerçant. Il s'agit des actes mixtes qui posent des limites à l'application des principes de la liberté du mode de preuve²³. Ces actes constituent l'une des importantes exceptions, qu'on examinera au point suivant, qui atténue la distinction entre les deux principes régissant la preuve en droit civil et en droit commercial.

II –Atténuation des principes

Il est utile de rappeler, qu'on matière de charge de la preuve, les activités civiles et commerciales obéissent aux mêmes règles de droit civil, C'est le système de la production forcée des preuves institué par l'article 32 du code de procédure civile²⁴. On peut croire qu'il s'agit de l'élargissement des règles prévues aux articles 15 et 16 du code de commerce qui concernent la communication des documents comptables. Ce rapprochement entre les deux régimes se réalise aussi, grâce aux exceptions à l'égard de chacun. Il y a d'une part une exception importante qui joue dans les deux sens, il s'agit des actes mixtes qu'on examinera en premier et d'autre part, des exceptions spécifiques à chaque régime qu'on exposera en deuxième lieu.

A- Régime applicable aux actes mixtes

On définit d'une manière générale, comme acte mixte, tous les actes qui sont civils pour une partie et commerciaux pour l'autre partie. Il s'agit de toutes les opérations accomplies par un non-commerçant avec un commerçant²⁵.

²³ - شاذلي نور الدين : القانون التجاري ، دار العلوم 2003 ص: 63 وما بعدها .

²⁴ - « Les pièces, titres ou documents dont il est fait état par les parties à l'appui de leur prétention doivent être communiqués à la partie adverse »- voir à ce propos : E.MARRAUD : Le droit à la preuve, JCP 1973 -I-2572 ; BELLAMY : Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès, JCP 1973-I- 2522 »

²⁵ - J.HAMEL, G.LAGARDE et A.JAUFFERT : traité de droit commercial, T.I, N°- 178, éd. DALLOZ 1954 - G.RIPERT et R.ROBLOT : op.cit N° 31 – A.JAUFFRET : Acte de commerce, Ency. Dal. Droit commercial, N°- 532 et suiv.

Quand l'acte accompli entre les deux parties est mixte, les deux régimes de la preuve interviennent pour écarter l'application des deux principes. En effet le particulier (non commerçant) peut apporter la preuve par tous moyens vis-à-vis des commerçants qui est son adversaire. Par contre le commerçant est obligé de se soumettre aux règles de droit civil, c'est à dire la preuve doit être faite par écrit. Ce double système de preuve a été critiqué par une partie de la doctrine²⁶. On estime inconcevable à l'esprit de soumettre dans un litige unique les parties à deux systèmes différents. En plus, il est difficile à un commerçant de faire signer un écrit à toute sa clientèle non-commerçante. Ceci peut être considéré par celle-ci comme un signe de méfiance et le commerçant risque de perdre une partie de cette clientèle. De son côté, le commerçant est amené à refuser tout crédit à ses clients s'il n'obtient pas des moyens de preuves suffisants pour démontrer l'existence de crédit. Or, la rapidité caractérisant les transactions commerciales, est souvent en opposition avec l'exigence d'un écrit. Il est donc, préférable d'appliquer le principe de la liberté de preuve par toutes les parties de l'acte mixte²⁷. Mais au regard du contenu de l'article 30 du code de commerce, il nous paraît difficile d'élargir le domaine de l'application de la liberté de la preuve vis-à-vis des non-commerçants. Le commerçant doit se soumettre aux règles du droit civil pour apporter la preuve à l'encontre de ces personnes.

Le commerçant dispose, néanmoins, de certaines exceptions prévues par le code civil pour prouver qu'il est dans l'impossibilité de se procurer un écrit, ce qui rend admissible la preuve par tous moyens. Ceci va être l'objet du point suivant.

B- les exceptions spécifiques

Les deux principes régissant la preuve, en droit civil et en droit commercial, souffrent d'un certain nombre d'exceptions spécifiques qu'on exposera successivement.

voir aussi E.ESCARA : Manuel de droit commercial éd. Sirey 1932 (il n'admet pas cette catégorie d'acte mixte).

²⁶ - G.RIPERT et R.ROBOIT : op.cit N- 345 – F.CHAMOUX : op. cit. p 69.

²⁷ - G.RIPERT et R.ROBOIT : op.cit N- 345 – F.CHAMOUX : op. cit. p 93.

1) Les exceptions au principe de droit civil :

La règle de la preuve littérale voit son domaine limité par plusieurs exceptions. L'obligation d'un écrit n'est pas nécessaire pour un acte dont la somme ne dépasse pas 100.000 DA²⁸.

La preuve par écrit peut être écarté par la volonté des parties, sauf dans les cas où le législateur considère l'écrit comme une condition de validité de l'acte²⁹. La règle de l'article 333 n'a pas un caractère d'ordre public. Mais les exceptions que les juges peuvent appliquer pour sortir du cadre trop rigide de l'article 333 du code civil et réduire du coup sa portée, sont prévues aux articles 335 et 336. Il s'agit de l'existence d'« un commencement de preuve par écrit » et l'impossibilité de la preuve écrite³⁰.

Le « commencement de preuve par écrit » a pour effet de rendre la preuve libre. Il fait échec à l'application de l'article 333 du code civil. Il rend admissible la preuve par tous moyens, c'est à dire les témoignages et les présomptions, même en présence d'un texte imposant la rédaction d'un écrit. Peu importe l'intérêt en jeu, du moment qu'il s'agit d'une exigence de preuve et non d'une condition de forme³¹.

Le juge peut considérer comme commencement de preuve, les lettres échangées entre les parties ou des registres, les écrits frappés de nullité en tant qu'acte. La Cour Suprême a admis dans un litige entre deux époux concernant les parures d'or, que l'épouse, qui est dans l'impossibilité de prouver la propriété par écrit sauf par la détention des factures, peut recourir à d'autres moyens de preuve, entre autre le serment supplétoire³².

²⁸ - Article 333 du code civil (La somme avant la réforme de la loi N°- 10/05 du 20/06/2005 était de 1.000 DA)

²⁹ - Article 324Bis 1 et suiv. du code civil. (Loi N°- 88/14 du 3 mai 1988)

³⁰ - Ph. MALINVAUD : L'impossibilité de la preuve écrite, JCP 1972 -I- 2468

³¹ - J-GHESTIN et G.GOUBEAUX : op. cit. 604-1.

³² - قرار المحكمة العليا 82/05/19 المجلة القضائية 1989 عدد 1 ص 29

Le juge peut-il admettre des simples faits matériels ou des agissements d'une partie comme un commencement de preuve ? Par exemple, une femme accompagnant son mari plusieurs fois chez le notaire, ou des déclarations verbales constatées dans un document, ou bien inaction ou le silence d'une partie relaté dans un écrit. Il n'y a rien qui empêche le juge d'interpréter d'une manière extensive « le commencement de preuve par écrit » alors même que l'article 335 du code civil exige pour son application un écrit imparfait. Le champ d'application de la preuve par tous les moyens se conforte par le recours aux exceptions prévues à l'article 336 du code civil.

L'article 336 du code civil vise plusieurs situations où il n'y a pas eu préconstitution de la preuve. Quand le juge aura établi qu'il y a impossibilité d'apporter la preuve par écrit, il se libérera du coup du respect de l'article 333 du code civil. Il appréciera librement les preuves quand lui présente.

L'examen des différentes situations énoncées dans l'article et leur interprétation par le juge réduit d'une manière substantielle le domaine d'application de la preuve écrite. L'article 336 du code civil prévoit deux situations. D'une part quand il y a impossibilité matérielle et morale d'exiger un écrit. L'impossibilité matérielle n'est que l'application logique de la maxime « a l'impossible nul n'est tenu ». En principe le législateur vise les cas de force majeure ; par exemple : l'incapacité d'écrire. Toutefois, le juge peut assimiler à l'impossibilité matérielle, la simple difficulté et par fois même l'inconfort³³. Quant à impossibilité morale, le juge peut la retenir chaque fois que l'exigence d'un écrit apparaît comme une atteinte à la confiance réciproque³⁴ entre les parties. Son domaine d'élection sont les relations qui peut exister entre les parents, amis, voire entre les employés et les employeurs. Une autre source d'impossibilité morale de préconstituer la preuve écrite et constitué par les usages chez certaines professions libérales³⁵.

³³ - Vente d'animaux du champ de foire, remise d'un vêtement au vestiaire d'un théâtre

³⁴ - Ph. MALINVAUD : op.cit, p.18.

³⁵ - Médecins, architectes, avocats...

D'autre part, lorsque le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve par suite d'une cause qui ne peut lui être imputé. Le législateur permet à tout créancier, après avoir prouver que la perte de l'écrit résulte d'un fait auquel sa volonté est étrangère, d'utiliser les autres moyens de preuve. On peut considérer comme un fait étranger à la volonté du créancier la perte du titre à cause d'un incendie ou bien d'un cambriolage.

L'Interprétation d'une manière exclusive des articles 335 et 336 du code civil réduit le champ d'application du système de légalité en ce qui concerne la recevabilité des preuves. On se rapproche de se fait du système de la preuve applicable en matières commerciales qui souffre lui aussi de certaines exceptions.

2- Les exceptions au principe du droit commercial

La liberté des preuves, en matières commerciales, n'est pas absolue. Il existe plusieurs textes qui exigent dans des domaines relevant du droit commercial, la rédaction d'un écrit. Le législateur a élargi le domaine de l'écrit par la loi N°- 88-14 du 3 mai 1988. On remarque dans cette loi que le législateur considère l'écrit comme une condition de forme. En effet l'article 324 bis1 du code civil énonce « outre les actes que la loi assujettit impérativement à la forme authentique, les actes portant mutation...de fonds de commerce ou d'industrie ou tout élément les composant, les cessions d'actions ou de parts de société,..., les baux commerciaux, les gérances de fonds de commerce ou d'établissements industriels doivent à peine de nullité, être dressés en la forme authentique»³⁶. On remarque que le législateur exige non seulement un écrit mais il doit être sous forme

³⁶ - Concernant les baux commerciaux, le législateur a abrogé l'article 172 du code de commerce qui n'exige pas un écrit pour la conclusion d'un bail commercial. Il est possible de conclure un bail verbalement. Le locataire peut prouver l'existence du contrat par les reçus de loyer (أنظر قرارات المحكمة العليا رقم 35734 المجلة القضائية 1989 عدد رقم 4 ص 145 ، قرار رقم 344 36 بتاريخ 1985/07/13 المجلة القضائية 1990 عدد 2 ص 106 ، قرار 36001 بتاريخ 1985/06/29 المجلة القضائية عدد 2 1990 ص 166).

Concernant les autres actes commerciaux, le législateur a confirmé ce qui a été énoncé dans le code de commerce (Voir l'article 79 pour la vente du fond de commerce, 203 al. 3. pour la location du fond de commerce , article 120 pour le nantissement du fond de commerce).

authentique, autrement l'acte est considéré comme nul. L'exigence d'un écrit authentique est obligatoire lors de la constitution d'une société commerciale³⁷. Comme en matière d'aval en blanc d'une lettre de change, le tireur ne peut prouver par témoignages ou présomptions que l'aval a été donné en réalité pour le tiré³⁸.

On explique ce formalisme par le souci de protéger les contractants et d'éviter le dépérissement des preuves³⁹. L'inconvénient, est qu'il est difficile de déterminer si l'écrit a seulement une fonction probatoire ou s'il constitue une condition de forme⁴⁰. Il ressort des intervention du législateur qu'il faire plutôt de l'écrire une condition de forme⁴¹.

On peut croire, à la lumière de ce qu'on vient d'étudier que le régime de la preuve, en matières civiles et commerciales est unifié. Non seulement les exceptions propres à chaque régime les rapprochent, mais on constate que le régime de la preuve en matières commerciales constitue, en fait, une simple exception⁴² au même titre que celles prévues par les articles 335 et 336 du code civil. S'il y a lieu de faire une distinction, il faut tenir compte de la nature de l'objet de l'acte en question. On remarque dans l'évolution de l'esprit du législateur en matière de preuve qu'il a tendance à exiger un écrit surtout sous forme authentique qu'on la conclusion et l'exécution de l'acte sont- complexes. Il préfère obliger les parties à recourir à des professionnelles (Notaires) pour la rédaction de leurs actes juridiques qu'ils soient de nature civile ou commerciale⁴³. Par contre, pour les actes quotidiens et simples et ne dépassant pas une certaine somme⁴⁴,

³⁷ - Article 545 du code de commerce.

³⁸ - Article 409 al. 6 du code de commerce.

³⁹ - J.FLOUR : Quelques remarques sur l'élaboration du formalisme, Etudes G.RIPERT ; éd 1960 T.I p.93.

⁴⁰ - J-GHESTIN et G.GOUBEAUX : op.cit .602 .

⁴¹ - Voir l'article 324 bis et suiv. du code civil.

⁴² - Article 333 du code civil « Sauf disposition légale contraire et en dehors des matières commerciales ... »

⁴³ - Voir l'article 324 bis et suiv. du code civil où le législateur exige un écrit authentique pour certains actes sans faire la distinction entre les actes civils et les actes commerciaux.

⁴⁴ - Voir article 333 et suiv. du code civil.

