

aucune exception à la règle de l'article 1315 pour ce qui concerne les faits négatifs. Il y a plus, le code exige la preuve de faits négatifs, alors même qu'ils ne peuvent être établis au moyen de la justification d'un fait positif contraire. Celui qui demande la déclaration d'absence doit prouver que la personne présumée absente n'a pas donné de ses nouvelles depuis quatre ans. Celui qui agit en répétition de l'indû doit prouver qu'il n'est pas débiteur; nous reviendrons sur cette dernière question qui est toujours controversée. Malgré l'évidence des principes que nous venons d'exposer, et quoiqu'ils soient reconnus par tous les auteurs, le vieil adage est toujours cité quand le besoin de la cause l'exige. Toullier, après avoir très-bien établi la fausseté de l'adage, s'écrie : « Bannissons donc de l'école, et pour toujours, la subtile et inutile doctrine des glossateurs; bannissons du barreau la fausse et triviale maxime que l'on ne prouve pas une négative. » Les maximes traditionnelles ont une puissance incroyable; il faut les combattre à chaque occasion, jusqu'à ce qu'il se forme une tradition contraire (1).

SECTION II. — De la preuve littérale.

96. La preuve littérale est celle qui résulte d'un écrit authentique ou sous seing privé. Quand l'écrit a été dressé pour servir de preuve, on l'appelle *acte* ou *titre*. Ces deux mots ont encore un autre sens; de là le danger de confusion. Il importe de l'éviter dans une matière qui par elle-même est déjà très-difficile.

L'écrit qui est destiné par les parties à servir de preuve s'appelle indifféremment *acte* ou *titre*. La section première de notre chapitre est intitulée : *De la preuve littérale*. Le § 1<sup>er</sup> traite du *titre* authentique; le § 2, de l'*acte* sous seing privé; le § 4 est intitulé : « *Des copies des titres* », et il n'y est question que de titres authentiques. D'après cela, on pourrait croire que la loi se sert de préférence

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 12, n<sup>os</sup> 17 et 18. Colmet de Santerre, t. V, p. 524, n<sup>o</sup> 276 bis VII. Aubry et Rau, t. VI, p. 326 et notes 16-18, § 749 (3<sup>e</sup> édit.).

du mot *titre* pour désigner des écritures authentiques. Il n'en est rien; les articles 1317-1319, qui parlent des écritures authentiques, se servent du mot *acte*, et l'article 1320 dit : « L'*acte*, soit authentique, soit sous seing privé. »

Telle est la première signification du mot *acte* ou *titre*. Les écrits qui ne sont pas dressés pour servir de preuve ne sont pas des *actes*; l'article 1332 leur donne le nom d'*écritures*. Toutefois l'article 1331 emploie aussi le mot *titre* en parlant d'écritures qui ne sont pas dressées pour servir de preuve. L'expression *titre* a donc un sens plus général que le mot *acte*: il désigne toute écriture pouvant servir de preuve.

97. Le mot *titre* a encore un autre sens. Il désigne le fait juridique, notamment la convention que l'écrit est destiné à prouver. L'article 893 dit : « On ne pourra disposer de ses biens à *titre gratuit* que par donation entre-vifs ou par testament. » Dans cette disposition, le *titre gratuit* est opposé au *titre onéreux*; il comprend des faits juridiques qui ne sont pas des conventions, les testaments, que l'article 895 qualifie d'*actes*; c'est aussi le nom que la loi donne aux donations qui sont de vrais contrats (article 894). C'est dans ce sens du mot *titre* que l'article 2265 exige un *juste titre* comme condition de la prescription par dix ou vingt ans, que l'on appelle usucapion; le juste titre est celui qui aurait transféré la propriété à l'acquéreur si celui de qui il émane avait été propriétaire; c'est donc un fait juridique, convention ou testament qui a pour objet de transférer la propriété. C'est encore en ce sens que l'article 2267 dit que le *titre nul* par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans; il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'écrit, mais du fait juridique qui exige une solennité pour sa perfection, comme nous le dirons au titre de la *Prescription*.

Le mot *acte* désigne aussi un fait juridique; nous venons de citer les articles qui emploient cette expression pour désigner la donation et le testament. Dans l'article 778, la loi se sert du mot *acte*, d'abord comme synonyme d'écrit, en disant que l'acceptation d'une succession est expresse quand on prend la qualité d'héritier dans un *acte authen-*

*tique* ou *privé*. Puis la loi dit que l'acceptation est tacite quand l'héritier fait un *acte* qui suppose nécessairement son intention d'accepter. Tels sont la donation, vente ou transport que l'héritier fait de ses droits successifs, aux termes de l'article 780; donc des conventions.

98. Ainsi les mots *acte* et *titre* signifient tantôt le fait juridique qui doit être prouvé, tantôt l'écrit qui sert de preuve. Il faut cependant se garder de confondre ces deux ordres d'idées. Autres sont les conditions requises pour la validité du fait juridique, de la convention; autres sont les conditions prescrites pour la validité de l'écrit qui sert de preuve littérale. Il peut donc arriver que l'écrit soit nul, bien que le fait juridique soit valable; la nullité de l'écrit n'exerce, en général, aucune influence sur la validité du fait juridique. Il en est ainsi dans tous les contrats non solennels. L'écrit que les parties dressent de leurs conventions ne sert, dans ces contrats, que de preuve; est-il nul, tout ce qui en résulte, c'est que la preuve littérale fait défaut; mais si la convention réunit les conditions voulues par la loi, les parties intéressées seront admises à prouver leurs conventions par les autres voies légales de preuve. Par contre, la validité de l'écrit ne valide pas le fait juridique qui y est constaté; la convention sera nulle ou inexistante si le consentement est vicié ou s'il n'y a pas de consentement, bien qu'il y ait un écrit, valable en la forme, qui constate la convention.

Il n'y a d'exception à ces principes que lorsque le fait juridique est un acte ou un contrat solennel : la solennité est, en ce cas, substantielle : nulle en la forme, la convention est par cela seul nulle ou inexistante. Telle est la donation nulle en la forme; cette nullité est si radicale, que la loi ne permet pas même au donateur de confirmer la libéralité qu'il a faite; s'il veut la maintenir, il doit la refaire en la forme légale (art. 1339).

La loi détermine quels contrats sont solennels; ceux qui exigent un acte authentique pour leur existence, ou du moins pour leur validité sont : la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. Aux divers titres des contrats, nous examinerons s'il y a d'autres conventions pour la

validité desquelles la loi exige un écrit sous seing privé. Les parties pourraient faire de l'écrit une condition de leurs conventions, en ce sens que la convention n'existerait que si un acte était dressé(1). Dans ce cas, l'existence de la convention dépendra de la rédaction d'un écrit; jusque-là les parties ne sont pas liées, elles peuvent encore refuser de traiter au moment où l'on va passer à la rédaction de l'acte. Si l'acte est dressé, mais qu'il soit nul, la convention tombera-t-elle avec l'acte? Cela dépend encore de la volonté des parties contractantes; elles peuvent rendre leurs contrats solennels au même titre que la donation; ce qu'elles veulent fait loi, pourvu que leur volonté ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais si telle est leur intention, il faut qu'elle soit manifestée d'une manière bien expresse, car c'est une exception au droit commun, et une exception que l'on ne peut admettre facilement, puisqu'elle n'est pas dans les habitudes des parties contractantes. Quand elles dressent acte de leurs conventions, c'est uniquement pour en avoir une preuve littérale; l'acte change de nature quand il cesse d'être une preuve pour devenir une condition sans laquelle la convention n'existera point. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que les parties l'aient formellement stipulé(2). Tel est le principe, nous en verrons des applications au titre de la *Vente*.

99. La confusion entre l'acte et le fait juridique qu'il constate est facile. On la rencontre dans un grand nombre d'arrêts; il faut l'éviter, ne fût-ce que pour conserver à notre science la rigueur logique qui la distingue; l'erreur, d'ailleurs, est fertile en fausses conséquences; nous aurons l'occasion de les signaler. Pour le moment, nous nous bornons aux principes, en écartant tout ce qui pourrait les obscurcir. Les auteurs du code ne sont pas à l'abri de tout reproche : il n'y a pas d'articles plus mal rédigés

(1) Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XV, p. 505, nos 448 et 449).

(2) Duranton, t. XIII, p. 67, n° 79; Toullier, t. IV, 2, p. 135, n° 140. Larombière, t. IV, p. 243, n° 13 de l'article 1318 (Ed. B., t. III, p. 502). Toulouse, 19 août 1806 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 3006, 1°); Rennes, 7 juillet 1845 (*ibid.*).

que ceux qui concernent la preuve littérale. L'un des esprits les plus nets parmi les hommes qui ont pris part aux travaux préparatoires du code, Jaubert, a confondu le fait juridique avec la preuve. On lit dans son second rapport : « Respectivement aux parties contractantes, une obligation est également valable du créancier au débiteur, soit qu'elle ait été consentie par acte public, soit qu'elle ait été consentie par écrit privé. » Une obligation ne se *consent* pas par *acte* : l'acte ne fait que constater le consentement, et une obligation n'est pas *valable* pour être constatée par un acte authentique ou privé ; elle est valable ou peut l'être, quand même il n'y aurait pas d'acte et quand même l'acte serait nul. Jaubert ajoute : « Une *quittance* sous seing privé libère le débiteur envers le créancier autant qu'une quittance devant notaires (1). » Non, ce n'est pas la quittance qui libère, c'est le paiement, la quittance ne fait que constater le paiement ; de sorte que la quittance notariée pourrait être nulle, et le paiement n'en serait pas moins valable, et l'obligation n'en serait pas moins éteinte.

Ce qui favorise cette confusion, c'est que le défaut de preuve littérale peut mettre le créancier dans l'impossibilité de poursuivre son droit. Mais la difficulté de prouver, fût-elle une impossibilité, n'empêcherait pas la validité de la convention. Écoutons Merlin, il est d'une netteté admirable. « Dès que les parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée ; et soit qu'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractants. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte ne peut pas en emporter la nullité, il n'en peut résulter qu'un empêchement de fait à son exécution ; et si l'on parvient à suppléer à ce défaut, à lever cet empêchement par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte n'en serait-il pas pleinement exécuté ? En vain dirait-on que, dans le principe et d'après l'acte même, l'obligation n'était pas susceptible d'exécution forcée ; l'obligation était valable dans le principe, et cela suffit pour qu'elle ait tout son

(1) Jaubert, 2<sup>e</sup> rapport, n<sup>o</sup> 4 (Loché, t. VI, p. 224).

effet du moment que la preuve en est acquise (1). » Toullier ajoute : « On ne saurait trop répéter qu'il ne faut pas confondre les actes avec les conventions qui s'y trouvent écrites. Les conventions existent indépendamment des actes qui les contiennent ; elles existent même nécessairement avant les actes qui ne sont faits que pour en rendre la preuve plus facile et plus durable (2). »

100. Puisqu'on ne saurait trop répéter une vérité qui est cependant de toute évidence, nous citerons un arrêt de la cour de Bruxelles qui consacre les principes que nous venons d'exposer. Dans l'espèce, l'acte était nul comme authentique, et il ne pouvait valoir comme acte sous signature privée par défaut de signatures. Mais, dit la cour, si un acte est nul en la forme et ne peut servir de preuve, la convention n'en subsiste pas moins et doit sortir ses effets, indépendamment de l'acte qui en est dressé, lorsque la preuve de l'existence de la convention est acquise d'ailleurs d'une manière légale. La cour établit ensuite que la vente litigieuse avait reçu sa perfection par le consentement des parties et qu'elle est prouvée par l'aveu des parties et par l'exécution qu'elle a reçue (3).

Voici, au contraire, une décision d'un tribunal de première instance qui confond entièrement la convention et l'acte qui la constate. « En l'absence d'acte qui établisse le concours simultané de la volonté des parties, acte qui, entraînant des obligations réciproques, devait, aux termes de l'article 1325, être dressé en autant de doubles qu'il y avait de parties intéressées, il n'a pu se former un contrat légal entre les parties. » L'erreur est si palpable qu'il est inutile d'y insister. Sur le pourvoi en cassation, il intervint néanmoins un arrêt de rejet. La cour cherche à excuser l'erreur du premier juge, en disant que le considérant que nous venons de transcrire doit être entendu en ce sens que le juge a trouvé l'obstacle à la formation du contrat non pas dans l'absence d'un acte destiné à la prou-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Double écrit*, n<sup>o</sup> 7.

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 131, n<sup>o</sup> 133.

(3) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76; et Dalloz, au mot *Obligations*, n<sup>o</sup> 2898).

ver, mais dans le défaut de concours de volonté des parties. Même ainsi interprétée, la décision serait encore incorrecte, car du défaut d'acte on ne peut pas induire l'inexistence de la convention. La cour de cassation elle-même ne s'exprime pas exactement quand elle ajoute : « En admettant que le tribunal eût confondu la preuve de la convention avec les éléments de celle-ci, cette confusion aurait été sans influence sur la décision, la convention dépourvue de preuve légale devant être considérée comme n'existant pas (1). » Nous préférons le langage de Merlin : la convention existe, seulement il y a un obstacle à ce qu'elle soit exécutée.

**101.** Nous disons que la confusion que nous signalons est très-dangereuse, comme l'est toute erreur. Celle-ci conduit très-facilement à une erreur nouvelle que les auteurs du code ont commise : que dis-je? Pothier lui-même est coupable, comme nous le dirons plus loin. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne profitent pas aux tiers et elles ne leur nuisent pas (art. 1165). Si l'acte se confond avec la convention, il faut dire des écrits ce que l'article 1165 dit des conventions ; les écrits n'auront donc d'effet, c'est-à-dire de foi, qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers ou successeurs universels. C'est ce que dit l'article 1319 de l'acte authentique, et l'article 1322 le répète pour les actes sous seing privé. C'est une double erreur, sur laquelle nous reviendrons. Nous la constatons dès maintenant, pour montrer que rien n'est indifférent en droit. La précision du langage est une marque de la précision des idées ; quand le langage est confus, il y a fort à craindre que les idées ne soient également confuses. C'est notre excuse de ce que nous insistons tant sur des notions qui paraissent élémentaires et qui le sont réellement ; ce qui n'empêche pas les juges de les oublier, et parfois même les auteurs, qui sont tenus à une plus grande rigueur, puisqu'ils enseignent le droit.

(1) Rejet, 8 août 1851, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicriste*, 1852, 1, 465).

ARTICLE 2<sup>o</sup>. Du titre authentique.

§ 1<sup>er</sup>. Conditions requises pour l'authenticité.

1. Un officier public.

**102.** « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises » (art. 1317). Cette définition est incomplète ; nous la compléterons en exposant les conditions requises pour qu'un acte soit authentique. La première est que l'acte soit reçu par un officier public. Il faut ajouter que l'officier doit avoir reçu de la loi mission de donner l'authenticité aux actes qu'il est appelé à rédiger. La loi du 25 ventôse an xi a confié cette mission aux notaires : ce sont, dit l'article 1<sup>er</sup>, des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, pour en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses et expéditions. Il y a des actes qui doivent être reçus par notaires : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque ; quant aux autres, il dépend de la volonté des parties contractantes de les faire rédiger par un notaire ou de les dresser elles-mêmes sous seing privé. Mais si elles veulent leur assurer l'authenticité, elles doivent s'adresser à un notaire. Il résulte du texte que nous venons de transcrire que l'institution du notariat a pour but de conférer l'authenticité aux actes. Les notaires ont donc une compétence générale pour recevoir toute espèce d'actes. Il n'y a d'exception que pour les actes que la loi a expressément chargé d'autres fonctionnaires de recevoir. Nous avons déjà rencontré les exceptions que le code consacre. Il charge le juge de paix de recevoir le contrat d'adoption (art. 353), ainsi que le contrat de tutelle officieuse destiné à faciliter l'adoption (article 363). L'émancipation se fait également par une déclaration que le juge de paix reçoit, assisté de son greffier (art. 477).