

Hors ces cas, c'est le notaire qui reçoit les actes auxquels les parties intéressées veulent ou doivent donner le caractère d'authenticité. Cela ne veut pas dire que le notaire soit obligé de les écrire lui-même; sauf les testaments par acte public qui doivent être écrits par le notaire sous la dictée du testateur, les actes authentiques peuvent être écrits par le clerc. Toutefois il faut que le clerc les écrive sous la dictée ou sous le contrôle du notaire, donc en sa présence. Dire que le notaire reçoit un acte, c'est dire qu'il doit être présent quand les parties déclarent leurs volontés. Il est arrivé qu'en l'absence du notaire les parties ont fait leurs déclarations au clerc, lequel rédigea l'acte, toujours en l'absence du notaire; celui-ci le signa plus tard, sans que les parties fussent présentes. La cour de Nancy a jugé, et avec raison, que cet acte n'était pas authentique, car il n'avait pas été reçu par un officier public, et c'est là une condition essentielle exigée par l'article 1319. Sur le pourvoi, la décision fut cassée; nous reviendrons plus loin sur le motif de cassation; mais tout en annulant la décision de la cour de Nancy, la cour suprême reconnaît que cet acte ne pouvait être considéré légalement comme un acte authentique; cela nous paraît évident (1).

103. Il y a d'autres officiers publics qui ont qualité pour dresser des actes authentiques dans les cas déterminés par la loi; leur compétence, à la différence de celle des notaires, est exceptionnelle. Nous venons de nommer les juges de paix et de citer les actes qu'eux seuls ont le droit de passer. Le code civil déclare encore authentiques les actes de l'état civil reçus par les officiers publics que la loi a chargés de ce soin (art. 45). Les huissiers ont qualité légale pour signifier tous les exploits, soit judiciaires, soit extrajudiciaires; ces exploits font foi des faits qu'ils sont destinés à constater. D'après le décret du 14 juin 1813 (art. 26), les huissiers audienciers ont l'attribution exclusive de faire les significations d'avoué à avoué; de là suit que ces significations sont des actes authentiques

(1) Nancy, 5 décembre 1867 (Daloz, 1868, 2, 45). Cassation, 27 janvier 1869 (Daloz, 1869, 1, 152).

auxquels pleine foi est due jusqu'à inscription de faux (1).

Les juges de paix, les officiers de l'état civil, les huissiers ne peuvent pas recevoir les actes qui sont de la compétence exclusive des notaires. Cela est certain pour les officiers de l'état civil et pour les huissiers; le but de leur institution n'a rien de commun avec les conventions que les parties intéressées voudraient rendre authentiques. Cela est si évident, que le cas ne s'est jamais présenté, croyons-nous, pour les actes de l'état civil; ils ont un objet trop spécial pour que les parties songent à y insérer des conventions d'intérêt privé. Il n'en est pas de même des actes d'huissier, ils touchent aux contrats, puisqu'ils se font pour leur exécution forcée. Un huissier fait un acte de protêt; il y énonce que la veuve, qui avait accepté la lettre de change avec son mari, avait déclaré « que son mari étant décédé depuis peu de jours, elle ne pouvait faire quant à présent le paiement de la lettre de change par elle acceptée, mais qu'elle payerait et ferait honneur à sa signature plus tard. » Poursuivie par le créancier, la signataire opposa que son acceptation était nulle, en ce sens qu'elle n'avait pas pu engager ses biens dotaux. On lui opposa la déclaration qu'elle avait faite à l'huissier. La cour de Toulouse écarta la déclaration comme ne faisant aucune foi; et sur le pourvoi cette décision fut maintenue par la cour de cassation. Il est vrai que le code de commerce (art. 174 du code de 1808 et 65 de la loi belge du 20 mai 1872) veut que l'huissier énonce dans l'acte de protêt les motifs du refus de paiement; mais cette disposition doit être limitée strictement au refus de payer; l'huissier ne peut donner force authentique aux réponses non signées de la partie qui contiennent des engagements autres et plus étendus que ceux qui résultent de la lettre de change. Or, dans l'espèce, la réponse consignée par l'huissier impliquait la renonciation de la veuve au droit qui lui était acquis de ne pouvoir être poursuivie sur ses biens dotaux. Donc l'huissier avait dépassé la mission que la loi lui donne (2).

(1) Liège, 2 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 25).

(2) Rejet, 17 novembre 1856 (Daloz, 1857, 1, 57). Voyez, en sens contraire, Aix, 9 août 1839 (Daloz, au mot *Effets de commerce*, n° 911).

La cour de cassation de Belgique a rendu une décision analogue. D'après le code de procédure (art. 813), l'huissier qui fait des offres réelles doit faire mention dans son procès-verbal de la réponse du créancier, c'est-à-dire qu'il doit constater l'acceptation ou le refus des offres; à cela se borne la mission de l'huissier. Dans l'espèce, le créancier avait répondu, aux termes du procès-verbal, qu'il n'avait plus rien de commun avec le débiteur, ayant cédé à un tiers ses droits et actions. La cour de Liège décida que la mention de cette réponse faisait foi jusqu'à inscription de faux et déclara, en conséquence, le créancier non recevable dans la poursuite qu'il dirigeait contre son débiteur. Cette décision fut cassée, l'huissier n'ayant aucune qualité pour constater des faits, des aveux ou des cessions qui rendraient le créancier non recevable à agir; de là la conséquence que tout ce que l'huissier avait constaté au delà du refus du créancier ne faisait aucune foi (1).

104. Le code de procédure (art. 54) veut que le greffier du juge de paix dresse un procès-verbal de ce qui se passe quand les parties comparaissent en conciliation; cet acte doit contenir les conditions de l'arrangement s'il y en a; la loi ajoute : « Les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'*obligation privée*. » Cela veut-il dire que le procès-verbal ne fait pas foi comme acte authentique? Ce n'est pas ainsi qu'on l'entend. L'article 54 ne parle pas de la *foi* due au procès-verbal; il dit que les conventions ont la *force* d'obligation privée, ce qui est tout différent. Le procès-verbal est un acte authentique, puisqu'il est dressé par un officier public qui a mission de constater les arrangements pris par les parties; donc l'article 1317 est applicable et, par suite, l'acte fait foi comme authentique. Que veut donc dire l'article 54? Il résulte de la discussion que le législateur n'a pas voulu permettre aux juges de paix de recevoir des constitutions d'hypothèques, sous forme de conventions intervenues entre les comparants, d'une part, pour empê-

(1) Cassation, 5 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 1, 123).

cher les magistrats de faire concurrence aux notaires et, d'autre part, parce qu'on craignait que les juges de paix ne fussent pas capables de rédiger des actes qui compromettent la fortune des citoyens quand ils sont nuls en la forme (1).

105. La loi du 22 pluviôse an VIII donne aux huissiers et aux greffiers, ainsi qu'aux notaires, le droit de vendre aux enchères des meubles, effets, marchandises, récoltes. Il a été jugé que la loi de ventôse sur le notariat n'avait pas abrogé la loi de pluviôse, et la cour en a conclu que les actes de vente dressés par les officiers publics ayant le droit de faire des ventes mobilières aux enchères étaient des actes authentiques et faisaient foi comme tels (2).

106. Il ne suffit point d'être fonctionnaire public pour avoir le droit de recevoir ou de dresser des écritures authentiques; il faut, comme condition essentielle, que la loi ait investi l'officier public de cette mission. La cour de cassation a décidé, et cela n'est pas douteux, que des dépêches ministérielles ne sont pas des actes authentiques (3).

107. On suppose que l'officier public n'avait point les qualités ou les conditions d'aptitude requises pour les fonctions dont il est revêtu; le notaire, par exemple, est étranger: les actes qu'il reçoit seront-ils authentiques? L'affirmative n'est pas douteuse. Si le notaire a le droit d'instrumenter, ce n'est pas à raison des qualités que la loi exige pour la nomination aux fonctions de notaire, c'est parce qu'un arrêté royal le nomme notaire et qu'il a prêté serment; donc la nomination et la prestation du serment suffisent pour qu'il puisse exercer les fonctions notariales.

On le décide généralement ainsi en invoquant l'adage romain : *Error communis facit jus*. Cette maxime est

(1) Duranton, t. XIII, p. 24, n° 17. Colmet de Santerre, t. V, p. 527, n° 279 bis III. Voyez la jurisprudence dans le Recueil de Dalloz, au mot *Conciliation*, nos 368-375.

(2) Liège, 20 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 75).

(3) Rejet, 21 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 278).

très-contestable, comme nous l'avons dit ailleurs. La loi célèbre que l'on cite d'ordinaire ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Un esclave, Barbarius Philippus, qui a donné son nom à la loi, avait été élu préteur; l'erreur fut reconnue. On demanda si les actes qu'il avait faits comme préteur étaient valables. Ulpien décide l'affirmative et il en donne une excellente raison. L'esclave tenait ses droits du peuple souverain; or, le peuple aurait pu lui donner la liberté, il pouvait aussi le nommer préteur. On ne peut pas dire que le roi ait le droit de nommer notaire celui qui serait étranger; mais s'il l'a nommé, le notaire illégalement nommé n'en est pas moins investi des fonctions qui lui donnent le pouvoir d'instrumenter (1).

Que faudrait-il décider si l'officier public n'avait pas une nomination régulière ou s'il était douteux qu'il eût le droit d'instrumenter? Avant l'organisation régulière du notariat en Algérie, un notaire avait été nommé par un sous-intendant militaire. La cour de cassation a jugé que cette nomination était illégale et que, par suite, les actes reçus par le prétendu officier public étaient nuls (2). C'est l'application des vrais principes. Dans l'espèce, il y avait encore une autre nullité : le prétendu notaire n'avait pas prêté serment, de sorte que, même régulièrement nommé, il n'aurait pas eu le pouvoir d'instrumenter.

Il a été jugé, en sens contraire, que l'erreur commune validait, au besoin, les testaments reçus en Algérie par les secrétaires des commissariats civils dans les localités où il n'existait pas de notaire (3). Il nous répugne d'attribuer un effet juridique à l'erreur, fût-elle commune.

108. L'officier public suspendu ou destitué n'a plus le droit d'instrumenter; donc les actes qu'il reçoit n'ont aucune force probante. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, d'après la loi de ventôse (art. 52, 68), que la suspension ou la destitution ait été notifiée au notaire; jus-

(1) Duranton, t. XIII, p. 65, n° 77. Larombière, t. IV, p. 206, n° 7 de l'article 1317 (Ed. B., t. II, p. 490). Aubry et Rau, t. VI, p. 359, note 4, § 755. Bonnier, t. II, p. 25, n° 471.

(2) Cassation, 9 mai 1842 (Daloz, au mot *Organisation de l'Algérie*, n° 853).

(3) Alger, 22 février 1858 (Daloz, 1859, 2, 143).

qu'à cette notification, il a le droit d'instrumenter; la loi l'a décidé ainsi dans l'intérêt des tiers qui peuvent ignorer que le notaire soit suspendu ou destitué; la signification du jugement donne une notoriété de fait à l'incapacité du notaire. Le même principe s'applique par analogie aux autres officiers publics. Cela a été jugé ainsi pour les actes faits par un huissier suspendu (1).

II. Capacité.

109. L'officier public, capable d'instrumenter, peut être incapable à raison d'un empêchement particulier et relatif. Ainsi les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels ils sont personnellement intéressés ou qui concernent un de leurs parents ou alliés au degré prohibé par la loi. Nous renvoyons, pour les détails, à la loi du 25 ventôse an XI (art. 8, 10 et 68) (2).

110. La cour de cassation a conclu de là que le notaire ne pouvait pas figurer comme porte-fort dans un acte de prêt qu'il reçoit. Dans l'espèce, le notaire avait consenti pour le prêteur, c'est lui qui avait compté les fonds à l'emprunteur; il avait donc agi tout ensemble comme officier public et comme partie, soit à titre de mandataire, soit à titre de gérant d'affaires. La nullité de l'acte entraînait la nullité de l'hypothèque qui y était constituée (3). Ce dernier point est d'une importance extrême, beaucoup de notaires étant dans l'habitude de dresser des actes d'hypothèque, en l'absence du prêteur, et sans mandat. Nous reviendrons sur la question au titre des *Hypothèques*.

III. Compétence.

111. L'article 1317 exige, pour qu'il y ait authenticité, que l'officier public ait le droit d'instrumenter dans le lieu

(1) Rejet, 25 novembre 1813 (Daloz, au mot *Huissier*, n° 120).

(2) Rejet, 20 janvier 1874 (Daloz, 1874, 1, 171).

(3) Rejet, chambre civile, 3 août 1847 (Daloz, 1847, 1, 305). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 361, note 12, § 755 (3^e édit).

où l'acte a été rédigé. Par application de ce principe, la loi de ventôse dispose que les actes reçus par les notaires hors de leur ressort sont nuls (art. 6 et 68). Quel est le ressort dans lequel les notaires ont le droit d'instrumenter? Sur ce point, nous renvoyons à la loi du 25 ventôse an XI.

112. Le code ne parle pas de la compétence à raison de la nature de l'acte. Il va de soi que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui sont de la compétence exclusive d'autres officiers publics. Ainsi les actes d'adoption qu'ils recevraient seraient radicalement nuls, c'est-à-dire qu'ils n'auraient aucun effet comme actes. Il ors de sa mission, l'officier public n'est plus qu'un simple particulier (1).

La jurisprudence est en ce sens. Une déclaration dressée et signée par un maire et deux témoins atteste qu'un créancier a reconnu, au lit de la mort, avoir été payé. Il a été jugé que cette déclaration ne faisait pas foi en faveur du débiteur. La cour de Metz dit très-bien que la déclaration ne pouvait valoir que comme preuve testimoniale; or, dans l'espèce, la preuve testimoniale n'était pas admissible. De plus, les témoignages n'étaient pas reçus dans la forme légale. L'acte était donc nul sous tous les rapports (2).

IV. Formes.

113. L'article 1317 dit que l'acte, pour être authentique, doit être reçu avec les solennités requises. C'est la loi du 25 ventôse an XI qui prescrit les formes dans lesquelles les actes notariés doivent être reçus, et elle détermine aussi les cas dans lesquels l'inobservation des formes légales entraîne la nullité de l'acte (art. 68).

114. Un acte sous seing privé devient-il authentique par le dépôt que les parties en font entre les mains d'un notaire? Notre loi hypothécaire prévoit la difficulté en ce

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 529, n° 279 bis VI.

(2) Metz, 29 mai 1818 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 3065, 2°).

qui concerne les hypothèques et la transcription. Le conservateur des hypothèques ne peut transcrire que les actes authentiques, mais la loi assimile aux actes notariés les actes sous seing privé *reconnus devant notaires* ou *en justice* (art. 2). De même l'article 76 dispose que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique, et il ajoute : ou par acte sous seing privé *reconnu en justice ou devant notaire*. Ainsi la loi ne se contente pas d'un simple *acte de dépôt*, elle exige un *acte de reconnaissance*, c'est-à-dire un acte par lequel les parties reconnaissent et constatent, par conséquent, les diverses clauses contenues dans l'acte sous seing privé; tandis que l'acte de dépôt constate seulement que les parties ont déposé chez un notaire un écrit sous seing privé. On conçoit que l'acte de reconnaissance équivaille à un acte authentique, car le notaire constate que les parties ont reconnu devant lui l'écriture et la signature de l'acte sous seing privé, en mentionnant en même temps l'objet et les clauses de l'acte, car la loi ne dit pas que la reconnaissance se borne à l'écriture. L'acte de dépôt, au contraire, ne constate que le fait matériel du dépôt, et, comme le mot l'indique, le seul but des déposants ainsi que de tout dépôt, c'est la garde de la chose; le seul effet juridique que produise le dépôt, en ce qui concerne la force probante, c'est de lui donner date certaine, le notaire devant constater la date à laquelle l'acte a été déposé entre ses mains.

Il a été jugé en ce sens que le seul effet du dépôt de l'acte sous seing privé est de donner à cet acte une date certaine et d'assurer sa conservation (2). Toutefois l'opinion contraire est plus généralement suivie. On pose en principe que l'acte sous seing privé revêt d'une manière absolue le caractère d'acte authentique lorsqu'il est déposé dans l'étude d'un notaire par toutes les parties qui l'ont signé, et que le dépôt en est régulièrement constaté (3). Sur quoi ce principe est-il basé? Est-ce sur la tradition?

(1) Favard, *Répertoire*, au mot *Acte notarié*, § 1.

(2) Metz, 24 mars 1819 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 3228).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 360 et note 8, § 755.

Pothier enseigne que « les actes sous signature privée deviennent munis de l'autorité publique et produisent hypothèque du jour de la reconnaissance qui en est faite par-devant notaire par le débiteur, ou du jour que la reconnaissance en est prononcée par le juge (1). » C'est le principe formulé par la loi hypothécaire belge. Les auteurs ne sont pas aussi unanimes qu'on le prétend, et il en est de même des arrêts, qui disent parfois le contraire de ce qu'on leur fait dire. La vérité est que la doctrine est incertaine, ainsi que la jurisprudence. Toullier commence par dire que dans nos usages les actes sous seing privé déposés chez un notaire pour être annexés à ses minutes, deviennent authentiques par l'acte de dépôt qui en est rédigé, *pourvu que la reconnaissance en ait été faite*, au moment du dépôt, par ceux contre lesquels ils font preuve. C'est le principe de Pothier et le nôtre. Mais l'application que Toullier fait de ce principe prouve qu'il entend par reconnaissance une simple déclaration que l'acte émane des déposants. Il cite la déclaration du testateur qui teste dans la forme mystique, que le papier, même non signé ni écrit par lui, contient ses dernières volontés; cette déclaration, d'après lui, fait la même foi que le testament authentique. Nous avons enseigné le contraire; en tout cas, ce n'est pas là une reconnaissance telle que nous l'entendons. M. Larombière va plus loin et dit que l'acte sous seing privé devient authentique par le dépôt, parce que le dépôt vaut reconnaissance d'écriture et de signature (2). Suffit-il qu'un écrit sous seing privé soit reconnu par celui à qui on l'oppose, pour devenir authentique? Non, certes; l'acte reste une écriture privée; seulement, à certains égards, il fait la même foi que l'acte authentique. Or, pour le moment, il ne s'agit pas encore de la foi due à l'acte, il s'agit de savoir si une écriture privée devient authentique par cela seul qu'elle est déposée en l'étude d'un notaire.

Il y a des arrêts qui décident que l'acte de dépôt im-

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 13.

(2) Toullier, t. IV, 2, p. 189, n° 200. Larombière, t. IV, p. 229, n° 40 de l'article 1317 (Ed. B., t. II, p. 497).

prime l'authenticité à l'écrit sous seing privé (1), mais on ne sait ce qu'ils entendent par dépôt; est-ce un simple dépôt ou est-ce une reconnaissance? On l'ignore. Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de ces arrêts; la chose serait difficile, car ils ne sont pas motivés; il y en a qui sont des décisions d'espèce et non de principe (2).

115. Dans quelle langue les actes authentiques doivent-ils être rédigés? La constitution belge porte (art. 23) que l'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif. En France, les actes notariés doivent être rédigés en français. Il n'y a cependant pas de disposition formelle qui prescrive cette condition sous peine de nullité. Mais la cour de cassation a jugé que « la peine de nullité est une sanction nécessaire de la règle et s'attache d'elle-même à l'infraction, parce qu'il s'agit d'un principe essentiel et de droit public qui importe à un haut degré à la bonne administration de la justice (3). »

§ II. Des actes nuls comme authentiques.

N° 1. PRINCIPE.

116. L'article 1318 porte : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. » Quand un acte ne réunit pas les conditions prescrites par la loi pour l'authenticité, il est nul comme authentique. Peut-il valoir comme acte sous seing privé? Il y a un motif de douter; les parties ont voulu faire, non un acte sous seing privé, mais un acte authentique; ce qu'elles ont voulu est nul : comment l'acte vaudrait-il comme écriture privée alors que les parties n'ont pas voulu faire un acte pareil? La loi n'admet

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, nos 3231-3235.

(2) Caen, 22 juin 1824 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1246). Rejet, 7 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 2583).

(3) Rejet, 4 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 453). En sens contraire, Rejet, 1^{er} mars 1830 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1306).