

mentation se rapporte au *lien d'obligation* que le *contrat* crée entre le créancier et les débiteurs, tandis que la question de *signature* concerne uniquement la preuve et la validité de l'*acte*. Nous n'insistons pas sur la contradiction qui existe entre les deux décisions de Toullier; Marcadé dit que l'erreur est évidente (1). La confusion, du moins, entre la *convention* et l'*acte* est certaine, et nous dirons plus loin que Marcadé est coupable de la même erreur.

**122.** La jurisprudence est tout aussi confuse que la doctrine. Dans une espèce jugée, sur renvoi, par la cour de Paris, une acquisition avait été faite par le mari et la femme comme acheteurs solidaires; la femme était décédée sans avoir signé l'*acte*. Le *contrat*, d'ailleurs, dit l'arrêt, non daté, était demeuré *imparfait*. Ainsi de ce que l'*acte* est *imparfait*, comme n'étant ni *signé* ni *daté*, la cour conclut que le *contrat* est *imparfait*. L'arrêt continue dans le même ordre d'idées, en disant que le mari n'avait entendu *acquérir* que *conjointement* avec sa femme, et en s'aidant de ses moyens; de son côté, le vendeur qui ne pouvait être obligé à exécuter le *contrat*, ne pouvait, par la même raison, obliger un seul des acquéreurs à son exécution (2). Cela est évident si le *contrat* est *imparfait*; mais nous répétons, parce qu'on ne saurait trop le répéter, que l'*imperfection* de l'*acte* n'a rien de commun avec l'*imperfection* de la *convention*. L'arrêt de cassation qui est intervenu dans cette affaire verse dans la même erreur, elle y est même formulée comme principe. « Au défaut de l'*aveu* des parties, dit la cour, les tribunaux ne peuvent considérer comme *valable* la *vente* d'une chose excédant la valeur de 150 francs que lorsqu'il en a été dressé *acte par écrit* (3). » Voilà l'*acte* qui devient une condition requise pour la *validité* de la *convention*, alors que l'*acte* ne sert que de *preuve* dans les contrats non solennels. Sans doute, quand les parties intéressées ne parviennent pas à prouver l'existence du contrat, les tribu-

(1) Marcadé, t. V, p. 18, n° IV de l'article 1318.

(2) Paris, 24 juillet 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3811).

(3) Cassation, 1<sup>er</sup> décembre 1819 (Dalloz, n° 3811, p. 810).

naux n'en peuvent ordonner l'exécution; est-ce à dire qu'à défaut d'*aveu*, il n'y a pas de contrat? est-ce que, dans l'espèce, l'acheteur n'aurait pas pu déférer le serment au vendeur? Et quand même, il n'y aurait eu aucune preuve, la cour n'aurait pas dû décider qu'à défaut de preuve, le contrat n'est pas valable, elle aurait dû dire que les juges ne peuvent pas ordonner l'exécution d'un contrat dont l'existence n'est pas établie.

Quand le défaut de signature de l'un des acquéreurs vient d'un refus de traiter, alors il est certain qu'il n'y a pas de contrat. La cour de cassation a raison de dire que la signature de quelques-uns des adjudicataires ne peut être invoquée comme preuve d'une vente à deux, alors que les parties ne voulaient traiter qu'à cinq; qu'une vente à deux est un autre contrat exigeant un nouveau concours de consentement et une nouvelle preuve (1). Mais quand il n'y a pas refus de traiter, on ne peut pas induire la non-existence de la convention du défaut de signature; tout ce qui en résulte, c'est que l'*acte* est irrégulier et ne peut servir de preuve (2).

N° 2. A QUELS ACTES S'APPLIQUE L'ARTICLE 1318.

**123.** L'article 1318 porte que l'*acte* qui n'est point authentique par l'*incompétence* de l'officier vaut comme écriture privée s'il est signé des parties. De quelle *incompétence* est-il question dans l'article 1318? Il faut combiner cette disposition avec celle de l'article 1317. La seule *incompétence* que le code ainsi que la loi de ventôse prévoient est celle qui résulte du *lieu* où l'*acte* est passé, c'est-à-dire que le notaire a reçu l'*acte* dans un lieu où il n'avait pas le droit d'instrumenter; cet *acte* est nul, mais il peut valoir comme écriture privée, parce qu'il a été reçu par un officier public; il existe donc, quoiqu'il soit vicié, ce qui suffit pour qu'il puisse être transformé en acte sous seing privé. Mais si l'offi-

(1) Rejet, 26 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3809, 2°).

(2) Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 3809.

cier était incompétent à raison de la nature de la convention, l'acte serait sans valeur aucune; un acte de vente reçu par un huissier ou un bourgmestre ne serait pas un acte; donc il ne peut produire aucun effet (n° 112). La loi ne le dit pas, mais cela résulte de la définition que l'article 1317 donne de l'acte authentique; la condition essentielle exigée par la loi est qu'il soit reçu par un officier public; or, un officier public incompétent n'ayant pas qualité de recevoir l'acte n'est pas un officier public, donc il n'y a pas d'acte et partant l'article 1318 est inapplicable, car cet article suppose qu'il existe un acte (1).

**124.** L'article 1318 s'applique, en second lieu, aux actes qui ne sont point authentiques par l'incapacité de l'officier. Dans quels cas l'officier est-il incapable? Si l'on suppose qu'un acte est reçu par une personne qui n'avait pas la qualité d'officier public, il faut dire que cet acte n'a aucune existence aux yeux de la loi, ce qui rend l'article 1318 inapplicable, sauf à valider les actes en vertu de l'erreur commune, dans l'opinion générale qui admet cette doctrine. L'article 1318 suppose une incapacité qui rend seulement l'acte nul: tel serait le cas où le notaire est parent ou allié de l'une des parties au degré prohibé par la loi. La cour de cassation l'a jugé ainsi en invoquant l'article 68 de la loi de ventôse qui contient la même disposition que l'article 1318; or, l'article 68 vise l'article 8 qui établit l'incapacité relative du notaire pour cause de parenté ou d'alliance: ce qui est décisif (2).

**125.** Que faut-il décider si le notaire lui-même est partie intéressée? Les auteurs enseignent que le notaire qui a reçu un acte constatant une convention dans laquelle il était personnellement intéressé ou contenant en sa faveur des énonciations ou stipulations quelconques ne peut se prévaloir de la disposition de l'article 1318 (3). La jurisprudence est divisée et, à notre avis, il y a doute.

La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion la

(1) Duranton, t. XIII, p. 58, n° 71 et p. 61, n° 74, et tous les auteurs.  
 (2) Rejet, 26 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 1, 101).  
 (3) Aubry et Rau, t. VI, p. 375 et note 60, § 755. Larombière, t. IV, p. 235, n° 5 de l'article 1318 (Ed. B., t. II, p. 499).

plus sévère, et nous sommes tenté de la préférer, parce qu'elle est la plus morale. Les notaires, dit la cour, sont établis par la loi pour recevoir les contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité; ils ont par cela même pour mission d'être les conseils désintéressés des personnes qui ont besoin de leur ministère et ils doivent être les rédacteurs impartiaux de leurs volontés, chargés de faire connaître aux parties toute l'étendue des obligations qu'elles contractent. Ces devoirs constituent une incompatibilité absolue entre les fonctions notariales et la qualité de partie aux actes que ces officiers sont appelés à recevoir. Par cela seul qu'ils sont notaires, la loi les rend incapables de faire des actes pour eux-mêmes et frappe d'une nullité d'ordre public ceux qu'ils auraient faits en contradiction avec le principe de leur institution. Le motif que la cour invoque est évident, en théorie. Mais est-il fondé sur un texte? Ici est le doute. L'arrêt cite l'article 68 de la loi de ventôse et l'article 1318. La loi maintient l'acte nul comme authentique en lui laissant la force d'une écriture privée, mais le texte ne parle que des *parties contractantes* dont l'acte porte les signatures; peut-on dire que la signature du notaire est celle d'une partie contractante? Non, car s'il signe l'acte, c'est en qualité d'officier public; or, cette signature qui n'a été donnée que pour rendre l'acte solennel est nécessairement annulée avec le caractère authentique de l'acte. La cour invoque encore la disposition de la loi de ventôse qui réserve aux parties une action en dommages-intérêts contre le notaire; n'en faut-il pas induire plutôt que la loi a eu en vue, non l'intérêt du notaire, mais exclusivement celui des parties qui comparaissent devant lui (1)?

Un arrêt plus récent dit que la loi ne reconnaît plus au notaire le caractère de fonctionnaire public ayant mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit, lorsque ces actes contiennent des dispositions en sa faveur (2).

(1) Cassation, 15 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 211 et 213, 2 arrêts).  
 (2) Rejet, 29 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 465).

Quelle est la loi qui dit cela? La cour cite l'article 8 de la loi de ventôse. Or, il se trouve que cet article ne contient pas même une disposition formelle qui interdise au notaire de recevoir des actes dans lesquels il est partie; on est obligé de recourir à un argument *à fortiori* pour en induire l'incapacité du notaire. Donc pas de texte qui prononce la nullité; partant l'article 1318 aussi ne saurait être invoqué, puisqu'il suppose un acte nul comme authentique. Il ne faut donc pas invoquer la loi, il n'y en a pas. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le notaire n'est plus notaire quand il est partie; il ne faut pas de loi pour déclarer que le notaire ne peut pas comparaître devant lui-même; de là on peut conclure que l'acte est inexistant, parce qu'il n'y a plus d'officier public; il n'y a que des parties contractantes, ce qui exclut l'application de l'article 1318 (1).

**126.** Le notaire est encore incapable lorsqu'il est suspendu; à partir du moment où la suspension lui est notifiée, il ne peut plus instrumenter. A plus forte raison est-il incapable lorsqu'il est destitué. S'il passe des actes après que sa destitution ou sa suspension lui ont été notifiées, les parties contractantes pourront-elles invoquer le bénéfice de l'article 1318? Si la question pouvait être décidée d'après les principes, il faudrait répondre négativement et sans hésiter. Le notaire suspendu ou destitué n'est plus un fonctionnaire public, c'est un particulier; donc les actes qu'il reçoit n'ont plus aucune apparence d'authenticité, pas plus que si un particulier les avait reçus; l'article 1318 est donc inapplicable, car il suppose que l'acte est l'œuvre d'un officier public; si l'acte est inexistant comme acte authentique, cet acte n'existe point, et ce qui n'existe pas ne peut produire aucun effet.

L'opinion contraire est enseignée (2); elle résulte du

(1) Comparez deux arrêts de la cour d'Orléans, 31 mai 1845 et 5 mai 1849 (Dalloz, 1849, 2, 100 et 115). Il y a des arrêts en sens contraire (Dalloz, n° 3791). La cour de Douai qui s'était prononcée en ce sens, 10 février 1851 (Dalloz, 1851, 2, 61) s'est rangée à l'avis de la cour de cassation, 11 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 5, 218).

(2) Duranton, t. XIII, p. 63, n° 76. Mourlon, t. II, p. 810, n° 1538.

texte de la loi du 25 ventôse an xi. L'article 68 de cette loi porte que tout acte fait en contravention aux dispositions des articles qui y sont cités est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties, et que lorsqu'il est signé par toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écriture sous signature privée. Parmi les articles visés par l'article 68 se trouve l'article 52 qui est ainsi conçu : « Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état. » Ce renvoi suppose qu'au mépris de la loi qui lui défend d'instrumenter, le notaire suspendu ou destitué a reçu des actes; ces actes sont nuls, mais ils jouissent du bénéfice de l'article 68, et, par conséquent, l'article 1318 est applicable. C'est une dérogation à la rigueur des principes; elle se justifie par l'intérêt des parties contractantes; celles-ci peuvent ignorer la suspension ou la destitution du notaire, et voyant celui-ci continuer ses affaires, elles peuvent de très-bonne foi s'adresser à lui, comme s'il était encore dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, il faut remarquer que la loi ne fait pas de la bonne foi des parties contractantes une condition requise pour l'application de l'article 1318; l'acte serait donc valable comme écriture privée, quand même les parties connaîtraient la suspension ou la destitution du notaire, ce qui est peu logique, mais telle est la loi (1).

**127.** L'acte qui n'est point authentique par un défaut de forme vaut aussi comme écriture privée s'il a été signé des parties. C'est l'application la plus usuelle que reçoit l'article 1318. Elle suppose qu'il s'agit d'un contrat non solennel. Si l'acte nul comme authentique contient une donation, un contrat de mariage ou une hypothèque, l'article 1318 est inapplicable, parce que dans ces contrats la forme authentique est substantielle, les actes ne peuvent pas valoir comme écritures privées, parce que les contrats solennels exigent l'authenticité pour leur existence.

(1) Comparez Marcadé, t. V, p. 21, n° V de l'article 1318.

Cela est de jurisprudence, et il ne saurait y avoir aucun doute (1); ceux-là mêmes qui rejettent la théorie des actes inexistant admettent que la donation ne peut valoir quand elle est constatée par un acte sous seing privé, ce qui suffit pour décider notre question. Il en est de même du contrat de mariage et de l'hypothèque.

L'article 1318 s'applique à tous les contrats non solennels, quels que soient les vices de forme qui rendent l'acte nul. Il a été jugé que l'acte nul pour défaut de date vaut comme écriture privée quand il est signé des parties (2). La loi n'exige pas que les actes sous seing privé soient datés; rien n'empêche donc que les actes nuls pour défaut de date ne valent comme actes sous seing privé. Il en serait de même si la date était erronée. La cour d'Orléans l'a décidé ainsi; nous citons les termes de l'arrêt parce qu'on y trouve l'éternelle confusion de la convention et de la preuve. « L'acte, dit la cour, étant signé de toutes les parties, vaudrait comme écriture privée et n'en laisserait pas moins subsister le lien de droit (3). » Non, quoique signé, l'acte ne prouve pas qu'il y a lien de droit, car la convention peut être nulle, quoique l'acte soit valable; il ne fallait donc pas parler du lien de droit, la validité de la convention n'étant pas en cause.

**128.** L'article 1318 dit que l'acte vaut comme *écriture privée*. Il faut donc appliquer les principes qui régissent la foi due aux actes sous seing privé; or, d'après l'article 1322, l'acte sous seing privé ne fait foi que lorsqu'il est reconnu ou vérifié. Dans l'espèce, c'est la signature qui doit être reconnue ou vérifiée en justice; quant à l'écriture, elle n'émane pas de celui à qui l'acte est opposé, puisque c'est l'œuvre du notaire ou de son clerc. On pourrait croire que la signature n'a pas besoin d'être reconnue, puisqu'elle se trouve sur un acte authentique; mais l'acte n'est plus authentique, donc la signature ne peut jouir du privilège de l'authenticité, ce n'est qu'une

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3782.

(2) La Haye, 7 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 420).

(3) Orléans, 18 décembre 1857 (Dalloz 1859, 2, 127).

signature privée et soumise comme telle à l'art. 1322 (1).

**129.** Si l'acte n'est pas signé, ou si la signature n'est pas reconnue, ni légalement tenue pour reconnue, il n'y a plus d'acte ni sous seing privé ni authentique. La convention sera-t-elle nulle? Non, à moins que les parties, par une clause expresse, n'aient subordonné l'existence de la convention à la validité de l'acte (n° 98) (2). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

### § III. *De la force probante des actes authentiques.*

#### N° I. NOTIONS GÉNÉRALES.

**130.** Pothier dit que l'acte authentique fait foi par lui-même, il n'est sujet à aucune reconnaissance; tandis que l'acte sous seing privé doit être reconnu ou, à défaut de reconnaissance, vérifié en justice (3). Le code consacre implicitement le principe; il prescrit la reconnaissance de l'acte sous seing privé, il ne l'exige pas pour l'acte authentique. C'est une différence capitale entre les deux catégories d'actes: quelle en est la raison? On dit d'ordinaire que l'acte authentique est l'œuvre d'un fonctionnaire public, tandis que les écritures privées sont dressées par des particuliers sans caractère ni mission. La réponse n'est pas satisfaisante. Sans doute, s'il était certain que la signature qui se trouve au bas de l'acte est celle du notaire devant lequel les parties ont comparu, cet acte devrait faire foi sans reconnaissance aucune, car il serait absurde d'exiger la reconnaissance de ce qui est certain et de ce qui n'a pas besoin d'être reconnu. Mais qu'est-ce qui atteste que la signature soit celle du notaire qui déclare dans l'acte avoir instrumenté? Il porte son sceau, c'est déjà une espèce de garantie, mais elle n'équivaut pas à la reconnaissance; un faussaire peut s'emparer du sceau, il peut le contrefaire. Il en est de même de la légalisation, c'est une garantie, mais elle est loin d'être décisive.

(1) La Haye, 7 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 420).

(2) Duranton, t. XIII, p. 66, n° 78.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 742.