

ans? Pothier répond que les copies anciennes énoncent qu'il y a eu un original en règle; il faut donc appliquer l'adage d'après lequel *in antiquis enuntiativa probant* (1). Si tel est le motif de la loi, elle est en contradiction avec les nouveaux principes; en effet, le code n'admet point la maxime *in antiquis enuntiativa probant* et il en consacre une conséquence dans l'article 1335, n° 2.

L'orateur du gouvernement reproduit la raison donnée par Pothier, et il ajoute que si la copie est ancienne, on ne peut pas supposer qu'elle ait été faite en vue d'une fraude quelconque, car on ne prépare pas une fraude trente ans à l'avance (2). Ce motif est rejeté par tous les auteurs; il n'a pas grande force, à notre avis. Si la loi n'ajoute pas foi à une copie qui a moins de trente ans de date, ce n'est pas parce qu'elle soupçonne la fraude, le dol ne se présume jamais, mais étant faite hors la présence des parties intéressées, elle mérite moins de foi, par cela seul qu'elle n'a pu être vérifiée; c'est une question de négligence et non de mauvaise foi, mais la négligence ne se corrige pas par le temps; on ne voit donc pas pourquoi une copie présumée inexacte dans le principe acquiert force probante après trente ans.

378. L'article 1335 dit que les copies anciennes *peuvent faire foi*. Cela veut-il dire que la force probante dépend de l'appréciation du juge? Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté la théorie des copies, dit que les copies anciennes *font foi contre tous*, et l'on ne voit pas que le législateur ait entendu déroger à cette opinion, puisque l'Exposé des motifs reproduit les raisons données par Pothier (3). Il faut donc dire que les mots *peuvent faire foi* signifient que les copies anciennes, à la différence des copies qui ont moins de trente ans, ont force probante (4).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 770 et 771.

(2) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 202 (Loché, t. VI, p. 183). Toullier donne une autre raison qui ne vaut guère mieux (t. IV, p. 408, n° 433) et Larombière, en guise de raison, fait la paraphrase du texte t. IV, p. 535, n° 3 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 98).

(3) Larombière, t. IV, p. 545, n° 16 de l'article 1335 (Ed. B., t. III, p. 102).

(4) Duranton, t. XIII, p. 254, n° 246.

Si les copies ont moins de trente ans, dit l'art. 1335, n° 2, elles ne *peuvent* servir que de commencement de preuve par écrit. Voilà encore le mot *pouvoir*. Comment faut-il l'interpréter? Duranton dit que les juges ne sont pas obligés d'admettre ces copies à titre de commencement de preuve, si leur conviction s'y oppose. Il nous semble que cela est trop absolu. La copie est admise comme écrit susceptible de former un commencement de preuve par écrit, quoiqu'elle n'émane pas de la partie à laquelle on l'oppose. Ce n'est pas à dire que la copie *doive* nécessairement être acceptée par le juge comme formant un commencement de preuve par écrit. Il y a dans le commencement de preuve un élément qui est toujours abandonné à l'appréciation des tribunaux, c'est la probabilité du fait litigieux qui permet de recevoir la preuve par témoins. En ce sens, il est vrai de dire qu'il appartient au juge d'apprécier la copie, fût-elle ancienne, et de déclarer qu'elle ne rend pas probable le fait allégué.

III. Des copies du n° 3 de l'article 1335.

379. La loi suppose qu'une copie a été tirée sur la minute par un notaire autre que celui qui a reçu l'acte ou son successeur, ou par un officier public dépositaire des minutes. Tous les auteurs remarquent que ce cas se présentera rarement. Autrefois les notaires remettaient aux parties les minutes des actes après les avoir copiés au long sur les registres ou protocoles qu'ils étaient obligés de tenir; il arrivait alors fréquemment que les parties saisies de la minute la présentaient à un notaire autre que celui qui avait reçu l'acte pour en tirer une copie. Mais la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de se dessaisir de la minute des actes qu'ils ont reçus (art. 22); il est donc difficile que la copie d'un acte soit tirée par un autre notaire que le dépositaire de la minute (1). Quelle sera la force probante de ces copies?

L'article 1335, n° 3, répond qu'elles ne pourront servir,

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 411, n° 437.

quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit. Que signifient ces mots : *quelle que soit leur ancienneté*? Le sens naturel est que ces copies, quand même elles seraient *anciennes*, c'est-à-dire quand même elles auraient plus de trente ans de date, ne pourront néanmoins servir que de commencement de preuve; d'où suit qu'anciennes ou non, elles ont toujours la même force probante. Cela n'est pas en harmonie avec la règle qui sert de base à l'article 1335, n° 2 : *In antiquis enuntiativa probant*. Il en résulte encore une autre anomalie, à savoir que les copies faites par un notaire qui n'est pas dépositaire de la minute, quand elles ne sont pas anciennes, ont la même foi que les copies faites par les dépositaires de la minute, c'est-à-dire lorsqu'elles ont plus de trente ans. Pour échapper à cette dernière contradiction, Duranton interprète le n° 3 en ce sens que les copies dont il y est traité n'acquiescent force probante que lorsqu'elles sont anciennes. Mais cette interprétation est contraire au texte de la loi; la doctrine (1) et la jurisprudence se sont prononcées pour l'opinion contraire (2).

IV. Des copies du n° 4 de l'article 1335.

380. « Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements » (art. 1335, n° 4). Qu'est-ce que la loi entend par *copies de copies*? Ce sont des copies tirées sur une grosse ou une expédition par un officier public. Il arrive quelquefois, dit Toullier, qu'une personne, éloignée de son domicile pour ses affaires, se trouve avoir besoin d'un double de la grosse ou de l'expédition d'un acte dont elle est saisie et qu'il est nécessaire de produire en même temps dans plusieurs lieux. Elle s'adresse à un notaire de l'endroit et le prie de tirer une copie certifiée conforme à l'expédition qu'elle lui remet. La copie d'une copie dont parle la loi est donc une copie tirée par un officier public ayant droit

(1) Larombière, t. IV, p. 542, n° 13 de l'article 1335 (Ed. B., t. IV, p. 101). En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 256, n° 248.

(2) Montpellier, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4379).

d'instrumenter, c'est-à-dire un notaire. Quant aux copies tirées par des personnes privées ou, ce qui revient au même, par des officiers publics qui n'ont pas qualité d'instrumenter, la loi n'en parle pas, parce qu'elles ne font aucune foi; Pothier les appelle des copies absolument informes (1).

381. Quand les copies de copies sont tirées par un notaire, la loi dit qu'elles pourront, suivant les circonstances, être considérées comme de *simples renseignements*. Dumoulin compare la certification du notaire qui tire une copie sur une première copie à la déposition d'un témoin qui ne dépose que sur la foi d'autrui, ou sur un ouï-dire. Or, de pareils témoignages ne font pas preuve, sauf dans les cas très-exceptionnels où la loi admet la preuve par commune renommée. Il est difficile de préciser le sens des mots *simples renseignements* dont se sert l'article 1335, n° 4. Il est certain qu'un simple renseignement n'est pas un commencement de preuve par écrit. On a dit que *peut-être* il autorisait le juge à déférer le serment supplétoire (2); cela est très-douteux, car l'article 1367 exige un commencement de preuve ou une demi-preuve; et peut-on dire qu'un simple renseignement soit une preuve quelconque? Tout ce qu'il est permis d'en induire, c'est que les juges y peuvent puiser des présomptions, parce que les présomptions sont entièrement abandonnées à leur sagesse.

V. De la transcription.

382. La transcription est la copie littérale d'un acte faite, sur un registre à ce destiné, par un officier public que l'on appelle le conservateur des hypothèques. D'après notre nouvelle loi hypothécaire, tous les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits, ainsi que les baux de plus de neuf ans et les baux qui constatent un payement anticipatif de trois ans

(1) Toullier, t. IV, 2, p. 416, n° 439 et p. 420, n° 443. Pothier, *Des obligations*, n° 740.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 578, n° 304 bis.

de loyer; on n'admet à la transcription que les actes authentiques (art. 1 et 2). La transcription étant la copie littérale d'un acte authentique faite par un officier public non dépositaire de l'acte, rentre dans la catégorie des copies de copies. La loi n'y attache, en principe, aucune force probante. Pothier en dit la raison : l'officier public qui transcrit l'acte n'a aucun moyen de s'assurer si l'écrit qu'on lui présente émane du notaire dont il porte la signature; dès que l'acte a les caractères extérieurs de l'authenticité, il doit le recevoir et en faire la transcription. Un faussaire pourrait donc fabriquer un acte de donation ou de vente, qu'il ferait transcrire, et détruire ensuite l'acte pour empêcher la preuve du faux (1).

Cependant l'article 1336 attache à la transcription plus de foi qu'aux copies de copies; celles-ci sont considérées, suivant les circonstances, comme simples renseignements; tandis que la loi dit de la transcription qu'elle pourra servir de commencement de preuve par écrit; la loi lui attribue donc la même foi qu'aux secondes expéditions tirées par un notaire (art. 1335, n° 2). Mais les termes de l'article 1336 impliquent que le législateur a peu de confiance dans les copies faites par le conservateur. « La transcription, dit l'article 1336, ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit, et il faudra même pour cela... » Suivent les conditions exigées par la loi; elles sont rigoureuses et destinées à prouver que l'acte a réellement existé et qu'il a péri par accident.

383. Quand on allègue la transcription comme preuve, cela suppose que l'original n'existe plus. Cet original est la minute d'un acte notarié. Comment se fait-il que la minute ne se retrouve point? Voilà un premier soupçon qui s'élève; la loi y répond : « Il faut qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été passé, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a eu lieu par un accident particulier. » La loi n'exige pas cette preuve

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 772. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 203 (Loché, t. VI, p. 183).

pour les copies dressées par les notaires dans les divers cas prévus par l'article 1335; elle se montre donc plus défiante pour les actes transcrits par le conservateur des hypothèques que pour les copies délivrées par les notaires; sans doute parce que les notaires connaissent d'ordinaire les signatures mises au bas de l'acte dont ils sont appelés à délivrer une copie, tandis que le conservateur peut ne pas les connaître.

La loi exige une seconde condition, c'est qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la date qu'il porte. On entend par répertoire un registre où les notaires inscrivent jour par jour, sans blanc ni interligne et par ordre de numéro, tous les contrats et actes qu'ils reçoivent. L'inscription des actes sur le répertoire empêche les notaires d'antidater les actes et en prévient la soustraction. Elle offre une garantie précieuse dans l'hypothèse prévue par l'article 1336. Un acte est transcrit sur les registres du conservateur, on ne représente pas l'original; mais on prouve d'abord que les papiers et minutes du notaire qui l'a reçu ont péri, et le double du répertoire, signé de lui, se retrouve au greffe du tribunal. Ce répertoire s'accorde avec le registre du conservateur; on peut encore consulter le registre du receveur de l'enregistrement, puisque l'acte a dû être enregistré; si tous ces renseignements concordent, il en résultera certes un commencement de preuve par écrit constatant que l'acte transcrit est sincère; cette preuve sera encore confirmée par les témoignages de ceux qui ont assisté à la rédaction de l'acte.

L'article 1336 exige, en effet, une dernière condition : « Lorsque au moyen du concours de ces deux circonstances la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins à l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. » Pothier ajoute que si les témoins instrumentaires n'existent plus, il ne suffira pas de faire entendre des témoins qui aient seulement vu l'acte dont il s'agit, soit entre les mains du notaire, soit entre les mains des parties; les témoins qui ne font que voir un acte ne savent pas s'il est véritable et s'il est revêtu des formes légales;

il faut donc, et c'est l'avis de Toullier, que l'on fasse entendre des témoins qui aient lu l'acte ou qui en aient appris les clauses des parties intéressées (1). Il nous semble qu'il y a là un vrai luxe de défiance. Les auteurs du code qui ont suivi Pothier en cette matière n'ayant pas reproduit les conditions sévères qu'il exige, il est certain qu'elles ne lient pas le juge; ce n'est qu'un conseil de prudence, et c'est à ce titre que nous le reproduisons.

VI. De l'enregistrement.

384. La loi ne parle pas de l'enregistrement. On demande s'il fait la même foi que la transcription. C'est une de ces questions que l'on ne devrait pas même débattre à l'école, bien moins encore devant les tribunaux. Elle est cependant controversée et en doctrine et en jurisprudence. A notre avis, elle n'est pas douteuse; le silence de la loi suffit pour la décider. Peut-il y avoir d'autres preuves que celles que la loi consacre? Tout est de stricte interprétation en matière de preuves, et surtout les dispositions qui admettent des preuves exceptionnelles; or, tels sont certes les articles 1335 et 1336, et notamment le dernier article. La loi accorde, et à grande peine, une certaine force probante aux copies de copies, et quand c'est le conservateur des hypothèques qui les fait, elle exige les conditions les plus rigoureuses. Or, la mention que fait le receveur de l'enregistrement n'est pas une copie, c'est une énonciation sommaire de la nature de l'acte qui a pour objet de déterminer le montant des droits à percevoir. Le seul effet juridique que la loi attache à l'enregistrement, c'est qu'il donne date certaine aux actes enregistrés. Aller au delà, c'est faire la loi. Qu'en théorie l'enregistrement suffise pour former un commencement de preuve par écrit, peu nous importe; nous renvoyons ces considérations au législateur, l'interprète n'a pas le droit d'en tenir compte.

Delvincourt a énoncé l'opinion contraire, et Duranton a

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 772. Toullier, t. IV, 2, p. 436, n° 471.

essayé de la justifier; mais Toullier dit avec raison que ses propres raisonnements suffisent pour le réfuter. Toullier pose en principe, c'est la loi qui le dit, que l'écriture doit émaner de celui à qui on l'oppose pour qu'elle puisse servir de commencement de preuve; c'est par exception que la loi admet les copies à ce titre; or, l'article 1336 ne parle que de la transcription, c'est-à-dire de la copie complète et littérale de l'acte; donc on ne peut l'étendre à la mention de l'enregistrement. Telle n'est pas la conclusion de Duranton: il dit qu'on peut, sans inconvénients sérieux, admettre l'enregistrement des actes comme commencement de preuve parce que l'enregistrement rend le fait allégué plus probable qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent. *Sans inconvénients sérieux!* N'est-ce pas plus qu'un inconvénient que de se mettre au-dessus de la loi? Est-ce ainsi que les interprètes témoignent leur respect pour la volonté souveraine du législateur? Concluons avec Toullier que la loi a décidé, et que nous devons nous tenir à sa décision (1).

La jurisprudence est divisée. Il a été jugé que l'extrait de l'enregistrement ne peut suppléer l'acte de vente. Cela est d'évidence. Cependant le tribunal de première instance avait décidé le contraire, et l'arrêt qui infirma le jugement fut déféré à la cour de cassation; il va sans dire qu'il intervint un arrêt de rejet (2).

Il y a des arrêts qui admettent que la mention de l'enregistrement forme un commencement de preuve par écrit (3). Il nous est impossible de les combattre, car ils ne sont pas motivés; les cours affirment; nous affirmons le contraire, mais nous le prouvons. Il y a un arrêt dans le sens de notre opinion, également sans motif (4). Dans ces termes-là, la jurisprudence est sans autorité aucune.

385. Il est encore certain que l'enregistrement des

(1) Toullier, t. V, 1, p. 67, n° 72. Colmet de Santerre, t. V, p. 579, n° 305 bis III. Aubry et Rau, t. VI, p. 418 et note 7, p. 760. En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 263, n° 255.

(2) Rejet, 28 décembre 1858 (Daloz, 1859, 1, 470).

(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Daloz, au mot *Obligations*, n° 4403.

(4) Bordeaux, 30 novembre 1825 (Daloz, au mot *Arbitrage*, n° 1183).

actes sous seing privé n'a aucune force probante; l'article 1336, qui admet la transcription à titre de commencement de preuve par écrit, suppose qu'il s'agit d'un acte authentique; il ne peut pas, à raison des conditions qu'il prescrit, recevoir d'application aux actes sous seing privé; donc toute base manque pour argumenter par analogie de la transcription des actes notariés à l'enregistrement des actes sous seing privé: et peut-il y avoir une preuve légale sans loi? La jurisprudence est en ce sens; nous croyons inutile de citer les arrêts (1).

§ VI. Des actes récongnitifs.

N° 1. ACTE RÉCOGNITIF ET TITRE PRIMORDIAL.

386. L'acte récongnitif est celui qui contient la reconnaissance d'un titre antérieur. On l'appelle *titre nouvel* quand il a pour objet d'interrompre la prescription: aux termes de l'article 2263, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier après vingt-huit ans de la date du dernier titre. Nous reviendrons sur cette disposition, spéciale aux rentes, en traitant de la *Prescription*. Pour le moment, nous considérons l'acte récongnitif comme l'une des preuves littérales admises par le code. L'acte récongnitif dont parle l'article 1337 suppose aussi l'existence d'un titre antérieur, que l'on appelle *primordial*. Lorsqu'il s'agit d'une prestation annuelle et perpétuelle, par exemple d'une rente, il arrive souvent, quand la création de la rente remonte à un temps reculé, que les parties intéressées dressent un acte par lequel le débiteur reconnaît l'obligation constatée par le titre primitif. La question est de savoir quelle foi est due à l'acte récongnitif (2).

387. Si les parties intéressées conservaient les titres primitifs, il serait tout à fait inutile d'en dresser une reconnaissance. Mais, dit Jaubert, le rapporteur du Tri-

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nos 4407-4409.

(2) Jaubert, Rapport au Tribunal, n° 23 (Loché, t. VI, p. 230).

bunat, on sait ce qui se passe dans les familles. Il y en a tant où les titres ne se conservent pas. Les partages, les absences, les déplacements de papiers, les accidents qui arrivent chez les notaires, tout cela peut empêcher qu'on ne retrouve ni la minute de l'acte, ni son expédition. C'est en vue de ces chances de perte ou de destruction que les parties dressent un acte récongnitif, quand le titre primordial existe encore, ou qu'elles y suppléent, quand il a péri.

Quel rapport y a-t-il entre le titre primordial et l'acte récongnitif? Tant que le titre primordial subsiste, il n'y a aucune difficulté; c'est le titre primordial qui fait foi; l'acte récongnitif n'est que la reconnaissance de ce titre. De là une première règle que le législateur aurait dû placer en tête de l'article 1337, et qui est formulée par le deuxième alinéa en ces termes: « Ce que les actes récongnitifs contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. » Cette règle résulte de l'essence même de l'acte récongnitif; celui qui le souscrit n'entend pas contracter une nouvelle obligation, il reconnaît seulement l'ancienne, telle qu'elle est constatée par le titre primordial. Si donc il y a une différence entre l'acte récongnitif et le titre primordial, il suffira de représenter celui-ci pour prouver qu'une erreur s'est glissée dans la reconnaissance qui en a été faite; le titre primordial l'emportera sur l'acte récongnitif. Le code le dit pour ce que l'acte récongnitif contient *de plus* ou *de différent*; ce sont les expressions de Pothier que le législateur a suivi pas à pas. Pothier prévoit aussi le cas où l'acte récongnitif contiendrait quelque chose de *moins* que le titre primordial; d'après lui, s'il y a plusieurs reconnaissances conformes et qui remontent à trente ans, le créancier ne peut pas réclamer ce qui est porté dans le titre primordial et ce qui manque dans la reconnaissance, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus (1). Faut-il encore suivre cette opinion de Pothier? La question est controversée et il y a quelque doute; on peut dire que les auteurs du code, ayant reproduit la doctrine de Pothier

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 778 et 779.