Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 40 (1921)

Artikel: De l'acte authentique en droit civil suisse

Autor: Bertoni, B.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896368

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

De l'acte authentique en droit civil suisse.

CO-RAPPORT

présenté par maître B. BERTONI,
docteur en droit, avocat et notaire à Lugano.

I.

L'importance de l'argument est déterminée par l'absence de toute définition de l'acte public dans le CCS et par l'insuffisance et la divergence des dispositions cantonales en relation avec l'art. 55 du Tit. fin.

L'acte public est essentiellement un acte de la juridiction volontaire, donc un objet de la souveraineté cantonale, mais son application est presque exclusivement du droit civil qui réagit à son tour sur la nature de l'acte (Blumenstein). Les auteurs du CCS ne pouvaient résoudre la question qu'en tenant compte de la souveraineté cantonale, mais cette solution devait se heurter à des difficultés de la part des cantons dont plusieurs n'étaient pas préparés pour improviser une organisation telle que le notariat qui, en général, est gouverné plus encore par la tradition que par les textes. Leurs lois d'application ont dû être soumises à l'approbation du Conseil fédéral qui s'est trouvé dans la nécessité de les approuver après un examen sommaire ou d'entreprendre lui-même une oeuvre à laquelle il était encore moins qualifié que les cantons.

La confusion qui s'en est suivie est considérable: tel acte est considéré comme authentique dans un canton qui serait annullé dans un autre comme dépourvu de tout caractère d'authenticité. Tel canton s'impose des sacrifices pour organiser un notariat pourvu de bonnes études juridiques, surveillé et responsable, tel autre abandonne

la confection des actes les plus délicats de l'art notarial à des praticiens sans études et sans culture suffisante.

Cet état de choses se corrigerait par lui-même, par l'expérience, si des intérêts acquis et des préjugés n'entravaient pas l'oeuvre législative des cantons. Les petits bénéfices de la „öffentliche Beurkundung" arrondissent les honoraires insuffisants d'une foule de petits fonctionnaires de l'ordre judiciaire ou communal et c'est là un genre de résistance particulièrement grave. La prévention fait le reste. A l'occasion des travaux préliminaires au CCS il a été très souvent question de l'antipathie de certains milieux campagnards pour la paperasse, „die Schreiberei". On ferait bien de protéger le paysan contre ses propres méfiances, mais cela ne va pas tout seul. D'autre part la machine législative fonctionne difficilement quand l'intérêt des partis politiques n'est pas en jeu, de sorte qu'il y a peu d'espoir d'améliorer cet état de choses par la simple évolution du droit cantonal.

Une intervention du législateur fédéral serait plus efficace, mais elle n'est ni probable ni désirable. La disposition d'esprit du peuple suisse n'est pas, pour le moment, favorable à de nouveaux sacrifices de l'autonomie cantonale. La matière relève, nous le répétons, moins du droit privé que du droit public, et les cantons ne consentiraient pas à une nouvelle limitation de leur souveraineté dans un but qui peut être rejoint d'une autre manière.

Je ne m'arrête pas à une solution concordataire. L'expérience montre combien de difficultés présente la constitution d'un concordat, même pour une matière qui n'intéresse pas la généralité du public, même entre un nombre limité de cantons.

La seule solution possible consiste à ramener la question à son point de départ indiqué par l'art. 52 du Tit. fin. „Les cantons établissent les règles complémentaires prévues pour l'application du code civil, notamment en ce qui concerne la compétence des autorités . . . Ils sont tenus à les établir et ils peuvent le faire dans leurs ordonnances

d'exécution toutes les fois que les règles complémentaires du droit cantonal sont nécessaires pour l'application du code civil."

Pour aider les cantons dans cette besogne on a émané à son temps un Mémoire indiquant les dispositions à prendre et en quelque sorte la direction à suivre. Rien n'empêche qu'on reprenne le programme là où il est nécessaire de mieux préciser. Les cantons n'y perdraient rien de leur autonomie, seulement il leur sera plus facile de s'approcher d'une solution satisfaisante pour tout le monde en tenant compte de l'expérience acquise.

Ici se place la question sur laquelle insiste mon éminent collègue le Prof. Mutzner. Je suis parfaitement d'accord avec lui que le principe de l'authenticité est du domaine du droit fédéral. Même en faisant abstraction de la théorie de délégation de souveraineté, il me semble inadmissible que les cantons puissent, par une application inadéquate de l'art. 55 T. f., frustrer les dispositions du CCS sur la documentation des actes qui sont prévus par le code et dont la forme authentique a été prescrite dans un but bien déterminé. S'il est vrai que le code ne définit pas l'acte authentique et qu'il laisse aux cantons le soin d'en fixer la forme et la compétence, il ne s'ensuit pas que ceux-ci puissent en fausser la signification. Tel est le cas par exemple lorsque la loi cantonale n'exige pas que le fonctionnaire compétent (beurkundende Person) s'occupe de la rédaction du contrat et borne son activité à prendre acte de sa consignation; pis encore si elle l'obligeait à recevoir, voir signer et signer lui-même un acte tel qu'il lui est présenté, sans se préoccuper de son contenu.

Cette conclusion est grave, sans doute, mais elle est nécessaire. C'est une raison de plus pour reconduire les cantons dont les ordonnances seraient insuffisantes ou fautives à une meilleur compréhension de leur rôle.

II.

Deux controverses classiques ont absorbé jusqu'à présent l'attention des cercles intéressés: celle du partage héréditaire (art. 634 et 656 CCS) et celle de la validité des stipulations relatives à des biens immeubles faites hors du canton où ils se trouvent. L'une et l'autre ont reçu dans la jurisprudence une solution discutable: il est peu probable que la jurisprudence change, mais encore moins que la critique désarme.

Pour le partage héréditaire on est arrivé à cette construction: d'une part le partage est valable dans la forme écrite (sous seing privé) même à l'égard des immeubles: la propriété de ceux-ci est acquise à l'héritier personnellement par le fait même du partage: seulement pour en disposer dans le registre foncier il faut faire confirmer par un acte authentique le partage qui était déjà définitif. Le principe de la publicité des droits réels immobiliers subit par cette solution une atteinte qui peut être n'était pas dans l'intention de ce qu'on appelle par une figure réthorique le législateur. Je considère cette question comme liquidée et je passe à la seconde.

Le Conseil fédéral d'abord, le Tribunal fédéral ensuite ont consacré par leur jurisprudence le principe de la territorialité de l'acte authentique concernant les biens-fonds. — La rigueur de ce principe ne s'est pas bornée à l'instrument constitutif de droits réels destinés à la publicité du registre foncier: on a frappé de nullité la promesse de vente ne donnant lieu qu'à une action personnelle.

Nous pouvons nous ranger au principe de territorialité dans la mesure où il est justifié par la connexité de la fonction du notariat avec le registre foncier dont le canton est directement responsable. Le canton dont relève le registre doit avoir le droit d'exiger que l'acte soit instrumenté par un notaire qu'il a approuvé et dont il tient une caution. On peut être d'un autre avis pour les conséquences consensuelles du contrat, et croire que l'acheteur

doit au moins avoir le droit d'actionner son vendeur, aux fins de l'art. 665 du CCS. Celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition instrumenté dans un autre canton devrait pouvoir exiger que le propriétaire fasse opérer l'inscription et en cas de refus demander au juge rei sitae l'attribution du droit de propriété. C'est l'opinion énergiquement soutenue par Lehmann et par notre rapporteur, le prof. Mutzner, à laquelle MM. les professeurs Guhl et Blumenstein opposent des difficultés d'ordre pratique. La distinction invoquée n'est pas sans inconvénient, surtout s'il fallait recourir à la procédure ordinaire pour faire reconnaître le droit contesté. (La procédure par homologation serait toute indiquée.) Ces inconvénients de lege lata pourraient toutefois être réduits à peu de chose, de lege ferenda, ce qui nous reconduit à notre thèse principale. Une nouvelle élaboration des dispositions cantonales permettrait en premier lieu aux cantons de prévoir et de régler eux-mêmes ce genre de conflits, peut être dans un sens libéral, en dehors de certaines influences intéressées, et protectionnistes. En second lieu une plus grande uniformité des formes et des garanties permettrait aux cantons d'être plus larges dans l'appréciation des choses.

Il ne faut pas oublier, dans tous les cas, que la jurisprudence fédérale n'a sanctionné le principe de territorialité que dans la mesure où il était invoqué par les cantons eux-mêmes. Si un canton admettait l'inscription des actes libellés dans un autre canton, en général ou sous des conditions à déterminer, le droit fédéral n'en serait pas touché. Or il suffit qu'un canton se refuse à l'admettre pour provoquer une rétorsion, ou pour faire prévaloir une pratique restrictive là où un esprit plus large avait dominé.

Une troisième question qui mérite d'être examinée est celle concernant la formule de clôture des testaments publics. Elle ne serait pas nécessaire d'après quelques formulaires et instructions. Le notaire ayant ajouté sa signature après celle du testateur n'aurait plus besoin de

contresigner le procès-verbal des témoins, venant ensuite et qui peut bien être l'oeuvre d'un des témoins (voire même d'un tiers). Pour prouver que la signature des témoins a été faite „aussitôt l'acte daté et signé" le formulaire de l'Association des notaires de Berne exige que la déclaration des témoins soit datée et signée à son tour et que les deux dates indiquent non seulement le jour mais aussi l'heure et la minute (sauf si les témoins déclarent avoir vu le testateur apposer sa signature).

Par contre le formulaire de la Fédération suisse des notaires fait rédiger la déclaration des témoins par le notaire, parlant en première personne, et fait clore l'acte par une seconde signature du fonctionnaire après celle des témoins.

La lettre du second alinéa du CCS semble bien justifier, en quelque sorte, la formule bernoise. En est-il de même de l'esprit? La formule: „nous témoins soussignés déclarons etc." n'a rien d'officiel; c'est plutôt un appendice sous seing privé ajouté à l'acte authentique, ce qui fait une impression singulière . . .

Nous pensons que le formulaire de la Fédération est beaucoup plus logique: l'acte y a un seul contexte divisé en deux parties, et la signature finale du fonctionnaire donne au tout un caractère incontestable d'authenticité.

La nécessité de dater deux fois et par l'indication de l'heure et de la minute (ce qui n'est pas prévu par le CCS), montre la préoccupation des auteurs du formulaire bernois; mais qu'arrivera-t-il si la déclaration des témoins n'est pas datée? Mr. le prof. Eug. Huber (page 86 du formulaire, IIe éd.) admet la possibilité que „die Unmittelbarkeit im Falle einer Anfechtung auf andere Weise festgestellt werden kann als mit der Zeugenerklärung". C'est donc l'héritier institué qui devra prouver une des conditions de validité du testament. Il nous semble plus naturel que le notaire déclare lui-même l'Unmittelbarkeit et que ce soit à ceux qui contestent l'acte d'en prouver l'inexactitude d'après l'art. 9.

III.

L'élaboration d'une nouvelle législation cantonale n'aura pas une grande importance pour les cantons qui, comme Berne, Zurich, Genève, Vaud, Bâle-ville etc., ont déjà organisé le notariat d'une façon à peu près complète.

Pour les autres il faudra un certain effort, qu'ils doivent préférer dans tous les cas à l'intervention du législateur fédéral.

Pour la Confédération la tâche principale sera l'élaboration d'un questionnaire qui pourra porter sur certaines questions d'ordre général intéressant le fonctionnement du droit civil unifié et sur d'autres questions plus secondaires qui intéresseront plus particulièrement l'administration intérieure des cantons.

Pour ce qui concerne les premières il faudra se concentrer à peu près sur les points qui suivent et que l'on doit considérer comme essentiels.

A. Définition de l'acte authentique.

Elle n'est pas nécessaire, à la rigueur, dans aucune loi d'application. Il suffit qu'elle soit présente à la conscience du législateur. L'acte authentique est, d'après le Code de Napoléon, celui qui a été reçu par l'officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. Le mot reçu est employé ici dans le sens du style notarial: c'est-à-dire que l'officier doit avoir reçu des parties les déclarations qu'il a libellées dans la forme indiquée par la loi et par l'usage, une forme si importante que le code lui attribue la solennité d'un rite. Cette image est très expressive. Ainsi que Blumenstein nous enseigne, l'importance de la forme d'un acte augmente dans la mesure de l'importance de son but. Lorsqu'il ne s'agit que de la conservation de la preuve d'un rapport juridique l'acte sous seing privé doit suffir: lorsque les parties sont convenues de donner à un contrat la forme

spéciale de l'acte authentique, elles l'ont fait pour se placer sous la protection que la loi garantit à cette forme, qui doit alors être observée d'une manière sérieuse; mais lorsque la loi elle-même impose cette forme particulière, elle le fait dans un but de protection sociale qui ne doit pas être frustrée par les lois cantonales d'application ni, encore moins, par l'insuffisance du fonctionnaire. Cette protection peut être considérée à trois degrés: d'abord la simple garantie contre l'inexpérience des parties contractantes, leur manque de réflexion, leur ignorance de la loi; ensuite la faiblesse présumée de telle catégorie de parties contractantes dans certains contrats (intervention d'une autorité de tutelle, autorisation d'un organe administratif, etc.), enfin l'incorporation du rapport juridique lui-même avec son titre constitutif, qui n'est plus alors un simple moyen de preuve, mais la substance du contrat.

Il suffit de se représenter cette conception pour en voir découler les conséquences. L'action du fonctionnaire ne doit pas se limiter à prendre en consignation les écritures rédigées par les parties elles-mêmes et à les revêtir d'une formule quelconque. Dans la documentation publique, écrit mon corapporteur, la rédaction n'est pas l'oeuvre des parties elles-mêmes mais du fonctionnaire qui tout au moins doit y avoir collaboré. Cette collaboration est présumée nécessaire (bien qu'en fait des exceptions soient possibles) afin qu'on soit sûr que la déclaration des parties contractantes réponde bien à leur volonté, que l'expression employée par le laïque ne dépasse pas son intention, qu'une partie n'ait pas obtenu le consentement de l'autre grâce à un équivoque ou un malentendu. La collaboration du notaire ou de tout autre fonctionnaire dans la confection de l'acte est donc essentielle.

Ce principe n'est pas suffisamment consacré par toutes les lois cantonales. Il en existe une qui, sauf erreur, affirme le principe opposé, c'est-à-dire que „dans la règle la documentation est présentée (vorgelegt) au fonctionnaire par les parties elle-mêmes". Dans tous les cas les limites entre

l'acte authentique et la simple légalisation de signatures doit être exactement tracée. Il est impossible d'admettre certaines formes bâtardes, telles que la pratique en a déjà signalées où le fonctionnaire se borne à attester que les parties ont signé en lui déclarant que l'acte répondait à leur volonté contractuelle.

B. Le contrôle de la volonté des parties

qui n'est pas mentionné dans quelques lois d'application, cherche dans quelques autres une expression nouvelle. On cherche à rajeunir les formes vieillies. Ainsi Glaris, après avoir dit que dans la règle la documentation est présentée au fonctionnaire par les parties elles-mêmes, ajoute que le fonctionnaire doit s'assurer que les parties ont pris connaissance de l'acte, et doit attester que celui-ci est conforme à leur volonté; il doit les éclairer (belehren) et rectifier leurs erreurs. Ces mêmes principes sont contenus dans les lois de Lucerne et de St-Gall. Par contre la loi de Schaffhouse par ex. se tient à une formule très vague: elle se borne à exiger que le fonctionnaire atteste que l'acte exprime la volonté des parties et qu'il en a porté le contenu à leur connaissance. La lecture de cet acte aux parties, simultanément ou successivement n'est donc pas expressément voulue. La loi Thurgovienne mérite une mention spéciale. „Les parties peuvent rédiger l'acte elles-mêmes ou s'en remettre au notaire; celui-ci doit pourtant s'assurer que l'acte réponde à la volonté et les avertir là où cette volonté paraît incompatible avec la loi; le notaire doit lire l'acte aux parties (même si c'est elles qui l'ont rédigé) et les entendre dire qu'il exprime bien leur volonté. L'acte est signé après que l'observation de cette volonté a été verbalisée; par contre il est dit que la présence simultanée des parties n'est pas nécessaire. Uri par contre veut que le notaire confirme par sa signature que l'acte a été rédigé par lui-même.

Il faut reconnaître que dans la vie moderne les cas sont toujours plus nombreux, particulièrement en matière

commerciale (constitution de sociétés, prêts hypothécaires etc.) où les parties ont fixé au préalable des formules définitives qui ne peuvent être considérées comme l'oeuvre rédactionnelle du notaire. La collaboration (Mitwirkung) de celui-ci n'en demeure pas moins essentielle dans le sens indiqué par les exemples ci-dessus.

Une réaction contre certaines formes surannées de l'instrumentation serait même à souhaiter en général. On lit encore dans certain canton de ma connaissance des actes de vente libellés à peu près selon les formules espagnoles du XVIIe siècle.

C. Le fonctionnaire.

Les lois des cantons où le notariat n'était pas organisé à l'entrée en vigueur du CCS manifestent une tendance regrettable à éparpiller les compétences pour la „öffentliche Beurkundung".

Les cantons romands, le Tessin, Berne et Zurich s'en rapportent dans la règle à leurs lois sur le notariat. D'autres cantons alémaniques désignent le notaire comme la „beurkundende Person" par excellence, tout en sanctionnant des compétences spéciales. D'autres ne connaissant pas le notariat partagent la compétence entre une foule de fonctionnaires: syndics et secrétaires communaux, juge de paix, président de tribunaux et leurs greffiers, chancelier d'état etc. Le maximum de la dispersion s'observe dans deux cantons qui ne manquent certainement pas du personnel nécessaire à une bonne organisation: St-Gall et Lucerne. Typique pour les petits cantons de montagne le cas de l'Obwald: „Beurkundende Personen sind die Landschreiber und in jeder Gemeinde zwei bis drei hiefür bezeichnete öffentliche Schreiber"; désignés par le gouvernement sur une double liste présentée par la Municipalité. Trop de démocratie et trop de fonctionnaires.

La qualité de notaire n'implique pas toujours des connaissances juridiques. Ainsi dans les Grisons.

Le danger de cette situation est que l'on confie à des „Pfuscher" sans préparation des actes extrêmement délicats, tels que les testaments publics, les pactes successoraux, les constitutions de sociétés anonymes d'après la nouvelle loi, etc.

Il n'est pas dans les moyens du législateur fédéral d'améliorer cet état des choses, mais il est possible, nous y insistons, que le Conseil fédéral remette en question l'exécution de l'art. 55 du Tit. fin. Il est probable d'autre part que l'expérience ait inspiré aux cantons intéressés le désir d'améliorer leurs institutions dans un sens plus favorable au fonctionnement du CCS.

D. Identification et présence des parties.

Les dispositions plus disparates se rencontrent dans les diverses législations à ce sujet. La forme ancienne (attestation de deux témoins déclarant connaître la personne) n'est certainement plus à la hauteur. Il faut laisser au fonctionnaire une plus ample liberté d'action, surtout par l'examen des actes émanant de la police. Bâle-ville, Bâle-camp. et Schaffhouse exigent seulement que le notaire indique de quelle manière il a identifié les parties. D'autres lois demandent encore moins et exigent seulement que le notaire doive se convaincre (sich überzeugen, sich vergewissern), ou bien d'une manière générale que les parties doivent prouver leur identité (Glaris, Grisons, Lucerne, Thurgovie).

Il faudrait porter un peu d'ordre dans cette matière essentielle. Entre autre il faut décider si le vice de forme dans la procédure d'identification doit causer la nullité de l'acte ou bien s'il ne donnera lieu qu'à une mesure disciplinaire.

Les anciennes législations admettaient comme nécessaire la présence simultanée des parties et des témoins pour tout acte authentique. La tendance moderne est moins rigoureuse. Cette simultanéité n'a de valeur qu'au point

de vue du contrôle de leur intention, lequel peut avantageusement être remplacé par l'examen et la discussion d'un projet, d'une minute. Aucune loi d'introduction du CCS ne prescrit la simultanéité de la signature (sauf renvoi à une loi spéciale sur la notariat). Thurgovie dont la loi est rédactionnellement l'une des meilleures l'exclut expressément.

Par contre il est essentiel à notre avis pour l'authenticité de l'acte que la signature ait été faite par devant le notaire. Il en est autrement pour la simple législation où le signataire peut se borner à reconnaître une signature déjà faite: on peut même admettre une plus grande liberté d'appréciation du notaire sous sa responsabilité (Bâle-ville).

E. Langue de l'acte et de ses annexes. Interprètes.

Ici c'est la tour de Babel. La règle dans les vieilles lois était que l'acte devait être libellé dans la langue du pays: ainsi Neuchâtel et Schaffhouse. Fribourg admet naturellement les deux langues, ainsi que Berne: toutefois Berne limitait la compétence des notaires à leur territoire de législation (vieux canton et Jura). Le Tessin distingue les Istrumenti qui doivent être faits en italien et les brevetti qui peuvent être reçus dans toute autre langue connue au notaire.

D'autres cantons, tels que Soleure admettent les trois langues nationales, d'autres encore, comme les deux Appenzell, les deux Bâle, les Grisons, Lucerne, Nidwalden, Uri, Valais et Zoug admettent n'importe quelle langue à condition qu'elle soit connue par le notaire et par toutes les personnes coopérantes.

Bien entendu, des règles spéciales sont prévues pour les actes déstinés aux registres publics; ainsi Lucerne, qui admet toutes les langues, ajoute que la communication au RF doit avoir lieu en allemand.

La question se complique du fait des annexes qui de par la nature des choses peuvent être en chaque langue,

telles les procurations. Mais il peut arriver que l'annexe soit lui-même la partie essentielle du contrat, de sorte que l'oeuvre du notaire se borne à s'assurer de la réalité de son contenu, comme il est dit ci-dessus, et en prendre acte. Tant que le notaire connaît la langue de cette pièce il n'y aura pas d'inconvénient à ce qu'il l'admette sans traduction, mais puisque l'acte est public il faudrait toujours pourvoir à sa traduction avant ou après la signature de l'instrument.

Quelques vieilles lois (Tessin p. ex.) veulent que si une des parties ne connaît pas la langue du pays, elle soit assistée par un interprète juré. D'autres dans un sens plus moderne ne prescrivent l'interprète que si le notaire ne peut pas accomplir lui-même cette fonction; c'est la règle générale. Mais on n'est pas bien au clair sur la fonction de cet interprète dont le rôle peut être celui d'un comparse. Fribourg exige de lui la traduction écrite à côté de l'original: c'est demander trop; les parties sont quelquefois très pressées et il faut éviter les longueurs inutiles. Mais s'il s'agit d'une traduction orale il est évident que celle qui sera faite par le notaire sera la seule qui compte: dans la pratique c'est lui qui doit habituellement suggérer à l'interprète l'expression juridique qui lui manque ou qu'il fausse complètement.

F. Actes sous seing privé ou légalisés comme fondement d'un acte authentique.

Il se peut que l'acte authentique soit fondé complètement sur un acte privé, par ex. une procuration contenant toutes les conditions du contrat, un statut contenant toutes les conditions essentielles d'une fondation. On se demande alors à quoi sert la forme authentique de l'acte principal qui n'est en réalité qu'un accessoire. La doctrine est unanime à admettre ces actes sous seing privé comme partie constitutive de l'acte public, mais alors il faut pourvoir à leur conservation: on ne saurait admettre

la disposition d'un canton dans le sens que le fonctionnaire peut se borner à déclarer dans l'instrument „die erfolgte Vorweisung des Originals".

Par contre il nous semble excessif si une autorité de registre (de commerce) demande l'exhibition d'un mandat qualifié quant au nombre des actions à signer dans la constitution d'une société anonyme, etc.

G. Différentes espèces d'acte authentique.

La doctrine admet différentes formes, d'après leur importance. La loi tessinoise p. ex. connaît en ligne générale l'Istrumento, il Brevetto et les Inventari. Le „brevetto" est réservé aux actes dont la conservation dans les actes du notaire n'est pas essentielle et qui peuvent être livrés aux parties en original. Une nouvelle loi y ajoute les actes relatifs aux biens ruraux de moindre valeur qui peuvent être reçus par les secretari comunali.

Il faut généraliser ces distinctions. D'un côté il faut faciliter certains actes, de l'autre il faut réserver les plus difficiles à des fonctionnaires dont la responsabilité ne soit pas un vain mot.

H. Conservation des actes et responsabilité des fonctionnaires.

Cet argument n'est pas étranger aux fins du droit privé suisse. Le CCS n'y pourvoit d'une manière impérative que par l'art. 504 concernant la conservation des testaments publics, — mais la règle générale de l'art. 52 Tit. fin. permet d'exiger d'eux des mesures conservatoires qui sont de l'essence même du principe de publicité: la „öffentliche Beurkundung" cesse d'être telle si la suppression de l'acte dépend de l'arbitraire de son détenteur.

Or les lois d'introduction sont généralement insuffisantes. Quelques-unes se bornent à prescrire en relation avec l'art. 504 qu'un double soit remis au testateur et un autre à un archive public. Lucerne élargit la règle dans

le sens que la partie a toujours le droit de demander au fonctionnaire qu'une copie de l'acte soit déposée.

En général il faut déplorer le manque de construction relatif à la conservation des testaments qui devrait être mise en rapport avec les dispositions du droit civil sur la dévolution et sur l'attestation officielle de la qualité d'héritier (art. 559). Il est inutile p. ex. qu'un notaire tessinois dépose à son archivio notarile les dispositions à cause de mort d'un testateur dont la succession s'est ouverte à St-Gall, tandis qu'il serait nécessaire que le Tribunal de St-Gall ait à sa disposition non seulement les testaments publics mais tous les testaments et pactes successoraux concernant les personnes dont la succession s'est ouverte dans sa juridiction.

La responsabilité des fonctionnaires relève plus strictement du droit cantonal: toutefois il serait bon d'en affirmer autant que possible le principe.

Louable dans ce sens est la disposition du Valais qui laisse aux communes la faculté de conférer la compétence pour certains petits contrats à tels fonctionnaires communaux, mais rend ces communes responsables en première ligne pour ces fonctionnaires.

I. Questions accessoires.

Il y en a plusieurs qui n'intéressent pas directement l'application du droit civil fédéral. Nous allons en indiquer quelques-unes à cause de leur intérêt général.

a) La signature des parties est-elle toujours essentielle à l'acte authentique? La loi de Soleure fournit un exemple divergeant pour le cas de constitution de société par actions.

b) Des témoins. La législation moderne tend à la suppression de ces comparses. Des lois introductives du CCS presque aucune n'en fait mention, sauf pour prescrire un témoin quand une des parties ne sait ou ne peut signer (voir Zurich). La loi tessinoise par contre prescrit les

témoins aussi pour les brevets ce qui n'a pas lieu ni en France ni en Italie. La loi de Bâle-ville prescrit la présence d'un témoin si une des parties ne signe pas, mais elle ne frappe pas de nullité l'acte défectueux.

c) Sceau et paraphe. Le sceau est une vénérable tradition très respectée en Suisse romande comme ailleurs. Elle a perdu les neuf dixièmes de son importance depuis qu'on peut le reproduire en fac-similé par des procédés galvaniques. C'est pourquoi Berne a été bien avisé en remettant en honneur le paraphe, c'est-à-dire „un signe graphique particulier qui se distingue par un certain caractère ornamental et doit toujours rappeler au notaire l'importance et la dignité de sa charge ainsi que la responsabilité qui lui incombe".

Schaffhouse observe que le manque du sceau ne produit pas la nullité de l'acte.

Ecriture à la machine. Copies imprimées. Exclue par plusieurs lois. Glaris se borne à dire que l'écriture doit être lisible et durable (haltbar).

Il serait plus juste de n'exclure que les copies à la machine (reproduction), l'écriture directe, tapée en un seul exemplaire peut être aussi haltbar qu'une écriture à la plume.

La copie imprimée, même l'original imprimé d'après un formulaire, répondent à une nécessité de la vie moderne et fournit un maximum de garanties.

Abstention. Une circulaire bernoise de 1903 rappelle qu'il est inadmissible qu'un notaire récusé prépare l'acte et le fasse publier par un collègue. D'accord!

Droits des tiers. Les lois introductives contiennent peu de dispositions à l'égard du droit des tiers à prendre connaissance d'un acte authentique. L'acte étant public par son essence, sa vision devrait être admise en principe, mais sous réserve. Soleure dit très bien que l'acte peut être consulté par toutes les parties et par les tiers qui justifient y avoir un intérêt, sauf si par sa nature l'acte est soumis au secret (autorité de recours le gouvernement).

CONCLUSIONS:

I° C'est au juge du droit fédéral qu'il appartient en dernier lieu de décider si un document fait dans un canton selon les formes prévues par le droit local, répond aux conditions essentielles de l'authenticité.

II° Il n'est pas nécessaire de reviser, à cet effet, le droit fédéral ni d'augmenter les compétences de la Confédération.

III° Il est très désirable que le Conseil fédéral, en se plaçant sur le terrain de l'art. 52 du Tit. fin., provoque un complètement, éventuellement une revision des dispositions cantonales sur l'acte authentique.

IV° Cette revision devrait tenir compte autant que possible de la liberté des parties.

V° Par contre la forme de la documentation publique devrait être entourée du maximum d'exigences compatibles avec l'autonomie cantonale.