

DOCUMENT NOTARIÉ : SA VALIDATION HISTORIQUE ¹¹

Margarida Sá Nogueira Lalanda

Introduction

Comment et pourquoi un objet de communication et de mémoire devient-il valide, comme enregistrement d'un accord entre deux personnes ? Et qu'est-ce qui oblige tous et pendant des décennies ou plus à respecter ce qui pourrait être maintenu seulement dans le domaine des relations personnelles entre des individus ? Dans quelles circonstances, dans l'espace-temps de la connaissance et de la vie d'une société, un acte devient-il un document ? Quels sont les processus de validation, avec des effets immédiats et futurs, de quelque chose qui est, à l'origine, propre à très peu d'individus, mais qui devient ainsi un morceau de la mémoire historique de toute une communauté humaine ?

De telles préoccupations de connaissance nous ont tous convoqués à cette cinquième manifestation scientifique du Réseau MUSSI - Médiations et usages sociaux des savoirs et de l'information, son troisième Colloque international, « Transformations du document dans l'espace-temps de la

¹¹ Originalmente publicado em: LALANDA, Margarida de Sá Nogueira. Documento notarial: sua validação histórica. III Colóquio Científico Internacional da Rede MUSSI. *Anais...* Salvador: Rede MUSSI, Universidade Federal da Bahia, 2014.

Republicado em: LALANDA, Margarida Sá Nogueira. Documento notarial: sua validação histórica. *Tempo Brasileiro*, n. 203, out-dez, 2015.

Tradução da autora.

Revisão de Viviane Couzinet.

Agradecemos aos editores da revista *Tempo Brasileiro* pela autorização para a republicação.

connaissance », et constituent le cœur de la réflexion de cet axe de recherche sur « document : origines historiques et processus de validation ». Ma contribution à la discussion porte sur la validation des actes notariés avant le XIXe siècle.

Notariat latin

Dans les archives des districts et autres sphères géographiques il y a des documents anciens produits par des études notariales des bourgs et des villes. Leur préservation est aujourd'hui considérée comme essentielle à la connaissance du passé et à la compréhension du présent, une heureuse façon d'envisager leur importance dans l'enracinement de ce qui, au fil du temps, a été attribuée de plus en plus aux titres de possession de biens matériels et à ceux qui sont responsables de leurs enregistrements. En fait, on sait que dans l'Antiquité occidentale et proche-orientale la rédaction des contrats a été au début la responsabilité de certains des quelques esclaves masculins lettrés qui servaient des riches seigneurs. Une telle activité avait une valeur variable en fonction de la complexité historico-géographique de son insertion; en Europe du sud, au cours des deux derniers siècles médiévaux, les mesures administratives des pouvoirs politiques lui ont donné reconnaissance et consolidation. Dans la terminologie actuelle, utilisée dans le présent texte, « notaire », « greffier » et « écrivain » sont presque synonymes (1). Historiquement il y avait des précisions terminologiques, à savoir : le « notaire » était celui qui devait prendre « note » très vite du dialogue entre les parties contractantes, pour ensuite le mettre par écrit avec les formes de style, le lire et le faire valider par tous les participants; la désignation « notes » a été appliquée successivement à des « anotations rapides en brouillon », « procès-verbaux » et « actes notariés finaux », et il en a été de même pour les « minutes »; comme ces documents étaient écrits sur des petites planches ou tables, les « notaires » étaient aussi appelés « tabulaires » (Sylvestre, p.184-188) ou « tabellions ». Dans l'acte d'écrire s'enracine le mot « écrivain », qui

apparaît parfois dans un autre sens, de moindre importance et avec lequel nous ne pouvons pas le confondre : celui de « scribe » ou « écrivain » (le « clerc » ou « commis » français), apprentis ou serviteurs du notaire qui ont, parmi d'autres, la tâche lente et répétitive, mais indispensable, de rédiger le brouillon sur des feuilles volantes et, après l'éventuelle insertion de corrections lors de la lecture à haute voix conduisant à leur acceptation à l'unanimité, réécrire dans un livre le texte intégral signé à la fin par leur patron (« maître », titre du notaire français de nos jours encore) et tous les intervenants.

Avant le XIXe siècle, il n'y avait pas de formation scolaire spécifique pour être notaire : il suffisait de savoir lire et écrire, réussir l'examen (obligatoire en Droit public mais seulement convenable en Droit privé) d'écriture et d'être familiarisé avec les pratiques du métier, ce qui se préparait en travaillant comme clerc dans une étude de notaire. « Parmi les conditions pour être nommé écrivain par le roi y figuraient autant les morales que les intellectuelles » (Gadow, p.196). Il est à noter que dans le monde portugais « être notaire » n'est pas la même chose que « être propriétaire de l'étude notariale » : cette deuxième expression s'applique à ceux qui ont reçu de la part du roi la grâce (ou, avec sa permission, l'ont achetée à un particulier qui l'avait) pour jouir d'une partie du revenu inhérent à un poste déterminé (par exemple, écrivain de notes, ou des impôts sur les ventes, ou des orphelins, d'une certaine localité), pour laquelle il doit trouver une personne capable de l'exercer, c'est-à-dire d'en « avoir l'usage »; de cette manière, la Couronne obtient une plus grande couverture du territoire en ce qui concerne le service public de notariat. Cependant, il est expressément interdit à un greffier de vendre son métier (office) : comme tout autre officier public, il ne peut y renoncer qu'en se manifestant directement au roi, sans aucune vénalité (Ordonnances Alphonsines, Livre IV, Titres VIII et XXIII).

En France, jusqu'à la Révolution de 1789, les notaires qui exercent dans les villes sont privés, nommés par les seigneurs de

ces terres, et les notaires apostoliques et les notaires royaux sont confinés dans les territoires de l'Église et de la Couronne ; il y a des autorités supérieures, nommées par le roi et ayant autorité sur tout le pays (Meyer, p. 46). Au contraire, au Portugal et dans le monde portugais de la même époque, les greffiers sont presque tous assermentés par le pouvoir royal après des examens ; ceux qui font exception sont ceux qui exercent auprès de certaines entités, choisis et nommés par celles-ci selon leurs propres règles, comme des organismes de l'Église (et ici un « écrivain » peut être un laïc, mais un « notaire » est obligatoirement un ecclésiastique) ou publics hormis la Couronne (les mairies et conseils municipaux) ; ces officiers sont, donc, privatifs de ces institutions et n'agissent que dans le domaine du Droit privé, c'est-à-dire entre particuliers, aux compétences limitées et dans une zone géographique bien définie. Tous les autres (et certains d'entre eux lorsqu'ils sont laïcs, car ils cumulent parfois des fonctions) sont écrivains publics, appliquent les règles de Droit public dans n'importe quelle partie du territoire sous juridiction portugaise, et exercent leurs fonctions dans au moins l'une des trois dimensions possibles : a) celle « du judiciaire » ou « des audiences », que ce soit dans les maisons de celles-ci, c'est-à-dire les tribunaux civils ou criminels, ou dans d'autres domaines spécifiques (partages, sauvegarde de personnes, biens et autres questions relatives aux orphelins mineurs, par exemple) ; b) celle des taxes fiscales et administratives (telles que la collecte des impôts sur les transactions ou sur les denrées), qui reçoit la désignation spécifique de chaque cas ; c) celle du « public et notes », également appelée « du nombre » (car le roi définit la limite maximale de ces officiers pour chaque ville) et « du palais », laquelle peut être exercée dans l'étude notariale individuelle, ou chez l'officier, ou encore dans l'espace collectif prévu à cet effet dans le chef-lieu de la municipalité, le « palais des greffiers », qui existe dans un lieu central afin que la population y puisse accéder facilement et être écoutée immédiatement s'il y a besoin de l'intervention d'un notaire, lequel elle peut choisir parmi

ceux qui sont là. C'est dans ce dernier contexte que se contractent les affaires des résidents communs, l'objet de notre attention.

Au Portugal, en France, en Espagne, en Italie, dans tous les pays américains qui furent leurs colonies, et aussi dans les régions de la Louisiane et du Québec et dans d'autres États sur plusieurs continents, est en vigueur le notariat latin (appelé en anglais *Civil Law* pour le distinguer de l'anglo-saxon, appelé là *Common Law*), héritier du Droit romain et du Wisigoth; sa caractéristique identitaire est la « foi publique notariale » (inexistante dans le *Common Law*, où le notaire certifie seulement que les parties lui ont présenté, d'un commun accord, un texte tout fait) : est réputé véridique et valide tout acte ou contrat que le notaire déclare avoir témoigné ou avalisé.

L'acte notarié a le pouvoir de preconstituer une preuve dotée de foi publique, c'est-à-dire que les faits que le notaire déclare être survenus en sa présence sont présumés véridiques, ils deviennent crédibles, jusqu'à preuve du contraire. C'est pourquoi on dit que l'acte notarié a la particularité de perpétuer le fait dans le temps, avec la force de la foi publique. Une telle efficacité probante de l'acte notarié a un ancrage positif dans le [...] Code de Procédure Civile brésilien [...] : «de document public prouve non seulement sa formation, mais aussi les faits que le greffier, le notaire ou le fonctionnaire déclare s'être produits en sa présence». (Brandelli, p. 55)

La « foi publique » (12) n'est pas l'apanage exclusif des greffiers : dans l'Espagne du XVI^e siècle d'autres fonctionnaires royaux ou ecclésiastiques l'ont aussi, et là, dans les petits bourgs où il n'y a pas d'écrivain public, la vérité des faits peut être garantie par le curé ou le sacristain (Marchant Rivera, p. 205-206). Au Portugal, les greffiers dits « jurés », qui rédigeaient ce qui leur était ordonné par les différents types de juges, «pouvaient même donner une accréditation publique aux actes de leur cabinet, à condition qu'ils aient pour cela un signe reconnu par une licence royale» (Coelho,

p.180). Et nous voici au cœur de ce qui rend unique la certification faite par les notaires : l'association de l'accréditation publique à un ensemble exclusif d'attributs (signe, sceau, signature, présence, témoignage), ce qui renforce l'importance déjà grande de chacun d'entre eux et dont nous parlerons plus tard.

Dans les pays de notariat latin, le système juridique se caractérise, essentiellement, par une justice préventive, dans laquelle l'État intervient immédiatement lors du titrage des affaires juridiques, par l'officier public qu'est le Notaire, qui, en tant que délégué de la « foi publique » de l'État, confère l'authenticité aux documents qu'il élabore et aux actes qu'il accomplit ou dans lesquels il intervient. C'est le notaire – à la fois officier public par les fonctions publiques qu'il exerce, et professionnel libéral, par la manière dont il rend service – qui donne ainsi forme légale à la volonté des parties, qui conforme la volonté des parties à la loi, qui contrôle et assure la légalité. C'est l'État qui, de cette manière, donne des garanties de vérité, de certitude, de sécurité juridique. Dans ces systèmes de justice préventive, les taux de contentieux sont très faibles, puisque l'intervention de l'État, par l'intermédiaire des notaires, en amont, garantit la rareté du recours à la voie judiciaire, en aval (Ordre Des Notaires Portugais).

Le rôle du notaire est de prévenir et de prendre des précautions contre les risques futurs que peut engendrer l'insécurité juridique. Il doit agir avec prudence, lutter contre les incertitudes *et* avertir ses clients sur les risques. Il doit protéger les parties avec égalité, les avertir et les libérer impartialement des erreurs. [...] En conséquence, les parties s'abstiennent de recourir à d'autres mesures pour sauvegarder leurs droits subjectifs privés, y compris des procédures judiciaires. [...] La fonction du tabellion ne se limite pas à être un

simple instrumenteur et authenticateur de documents (Leonhardt).

Éviter des litiges dans le présent et dans l'avenir, grâce au choix de la figure juridique la plus appropriée à la fois aux objectifs des parties et aux exigences formelles de l'administration judiciaire, est précisément l'une des deux fonctions principales d'un notaire, lequel doit savoir interpréter et conseiller ceux qui le sollicitent et assumer la responsabilité d'éventuelles erreurs de forme. Son autre fonction principale est l'authentification, qui définit trois types de documents : les authentiques (faits par lui, donc publics) (3), les authentifiés (privés, confirmés par les parties en sa présence) et les légalisés (dont il déclare que l'écriture ou la signature appartient à son auteur) (Portugal. Código, art. 35, p. 26).

Documentation notariale

Testaments, cens et baux, procurations, échanges, prêts, ventes d'intérêts et rentes ou propriétés, dots pour le mariage ou pour l'entrée en religion, affranchissement d'esclaves, donations, cautions pour l'exercice d'une fonction publique ou à toute autre fin, contrats d'apprentissage de métier et de travail pour orphelins mineurs, affrètements de navires pour certains transports, contrats de promesse ou de construction de biens immeubles : les types d'actes notariés ne s'épuisent pas dans cette multiplicité. Et jusqu'au XIXe siècle beaucoup plus d'autres affaires exigeaient l'intervention d'un notaire.

Il existait en France « plus de 500 motifs de rendre visite à son notaire ». Bien mieux, plusieurs sortes d'actes étaient alors authentifiés pardevant notaire qui aujourd'hui ne nécessitent plus le concours de l'officier public : par exemple, des contrats d'apprentissage, de droit du travail, des devis et marchés, des commandes artistiques (Moreau, p. 465).

La documentation générée ou validée par les notaires est celle qui résulte de leurs compétences ; voilà celles qui figurent dans la législation portugaise en vigueur : « dresser des testaments » et les actes s'y rapportant ; « dresser d'autres actes publics » ; « émettre des déclarations d'authentification dans des documents privés ou de reconnaissance (légalisation) de l'auteur » des écritures ; « délivrer des certificats » (de vie, d'identité, d'exercice de fonctions) ; « délivrer des certificats attestant d'autres faits qu'il a vérifiés » ; « certifier ou faire et certifier » des traductions de documents ; « faire des extraits certifiés d'actes publics, de registres et d'autres documents d'archives, extraire des copies certifiées » et « certifier des photocopies » ; « dresser des instruments » (4) d'honorabilité ou de non-faillite (au moyen d'une déclaration solennelle ou sous serment) ; dresser les procès-verbaux de certaines réunions ; « transmettre » des documents à d'autres services publics, et en « recevoir », par télécopie certifiée ; « intervenir dans les actes juridiques extrajudiciaires auxquels les intéressés prétendent donner des garanties spéciales de certitude ou d'authenticité » ; « conserver les documents » (Portugal. Código, art. 4^o, p. 16-17).

D'emblée, deux ensembles vocabulaires se dégagent : « dresser » et « certifier », pour les actions, « instruments » et « documents », pour leurs produits. « Certifier » est la réaffirmation de l'accréditation publique ; « dresser » (5) renvoie à créer sur une base solide, participant à la fois au monde rural et à la création d'auteur, dans une belle synthèse entre l'importance des registres de propriété et la responsabilité personnelle d'un notaire dans la génération de chaque acte. Quant aux résultats, les termes s'éclaircissent par rapport à d'autres points du Code : l'article 16 parle d'« enregistrement d'instruments volants et de documents », et l'article 28 de « documents relatifs aux actes dressés » ; ainsi, on peut en déduire qu'un « acte notarié » peut être fondé sur des « instruments volants » (imaginons : procurations d'une constituante absente, les titres de la propriété à transaction,

ordonnances judiciaires), qui sont montrés ou même inclus dans les actes finaux (ceux-ci sont appelés « documents »).

La notion de ce qui est un « document » présente des particularités parfois insoupçonnées, tant dans le langage courant que dans le langage technique ; prenons un exemple tiré de chaque cas. Dans un monastère bénédictin de Málaga, en Espagne, une carte de profession était faite pour le passage d'une novice à religieuse, où le nouveau membre de la communauté promettait d'accomplir les vœux prononcés publiquement ; les cartes les plus récentes ont des cadres dessinés autour du texte, très élaborés et surmontés de figures religieuses, mais les plus anciennes n'ont que le texte et les signatures de la religieuse, de l'abbesse et de l'évêque. On dit d'elles qu'il s'agit d'un « document, de droit canonique bien que privé, qui [...] doit être ratifié avec ces trois signatures », et que « les plus anciennes se bornent au texte de la promesse, elles ne sont rien d'autre qu'un document » (Camacho Martínez, p.724). « Rien d'autre qu'un document » traduit un certain manque de consolation, un sentiment de perte car on ne peut pas profiter de l'art qui, dans d'autres exemples, a été (seulement) utilisé parce qu'était grande la valeur de ce qui méritait un tel travail décoratif : la preuve, le témoignage pour la postérité, c'est-à-dire le document – l'essentiel, au bout du compte... De même dans la terminologie technique, dans ce cas juridique, il y a des « documents » qui sont plus importants que d'autres : ceux qui modifient une situation, les « écritures », sont, permettez-moi de le dire comme cela, « plus documents » que les « procès-verbaux », lesquels ne font que témoigner d'une chose qui a été exposée ou transmise par les parties et enregistrée par ceux qui en ont le droit.

Dans l'écriture il y a une performance notariale plus complète [...] le notaire agit en tant que conseiller impartial auprès des parties, en plus d'externaliser son rôle d'authentification. Dans le procès-verbal, à son tour, il y a une simple activité d'authentification du notaire. L'écriture vise à créer, modifier ou éteindre des droits ; le procès-

verbal se caractérise par son aspect conservateur. [...] Dans les écritures le notaire rédige et dans le procès-verbal il raconte (Brandelli, p. 56).

Une conséquence d'un tel critère est la définition légale des textes qui doivent être conservés et pour quelle durée. Une autre est l'utilité pour l'historien de connaître les caractéristiques de chaque type d'acte, et de créer des typologies selon des critères diversifiés, comme l'illustre le pionnier des études notariales, Jean-Paul Poisson. Parmi d'autres possibilités, sa proposition : actes de crédit [prêts et certains contrats d'intérêts et de cens] ; actes économiques sans crédit [ventes, baux, dots et donations, apprentissage de métier] ; écritures de droit de la famille [testaments, inventaires, dots de mariage] ; la complexité des actes ; l'urgence et le moment d'élaboration ; lieu de résidence des parties ; durée de permanence d'un bien en possession de ses propriétaires successifs ; condition sociale des participants (Poisson, p. 293-303). Cette méthodologie a déjà permis à ce chercheur de conclure que le principal type d'activité des études notariales parisiennes dans une longue période de l'Ancien Régime se situait dans le domaine du crédit et du financement avec de l'argent, et non, comme on le supposait, dans celui du droit de la famille et en particulier en matière testamentaire et successorale.

Pour conclure ce point, il convient de noter une particularité de la documentation notariale: son langage technique, développé sous des formulaires très spécifiques à chaque territoire et à chaque type de document, dont l'explication verbale revient au notaire mais dont la pleine compréhension par les parties semble faible.

Ce jargon présente selon ses usagers un avantage majeur : compréhensible par tous les notaires, de tout temps, il permet aux actes de franchir les années sans perdre en exactitude. [...] Les notaires] estiment correctement remplir l'obligation de traduire ce langage ésotérique, inaccessible au commun des mortels, lorsqu'ils en font l'exégèse

au fil de la lecture d'un acte (Charette; Boulard, p.104)

Modes de validation

Le langage spécifique et les formules dans lesquelles il est élaboré sont, précisément, une garantie de sécurité juridique et d'authenticité d'un écrit fait par un spécialiste doté de l'accréditation publique et titulaire d'une charte royale de la fonction qu'il a juré d'exercer. L'une des dernières parties s'appelle désormais « validation » ; aux XIII^e et XIV^e siècles au Portugal elle était composée de « robore, témoins, écrivain, sceau, signe. La robore, pas toujours présente, [...]est constituée d'une phrase où se trouve le verbe « roborer » (Almeida, p.22), qui signifie « renforcer », utilisé au nom des parties juste avant les signatures. Au fil du temps et jusqu'aux réformes législatives portugaise et brésilienne qui, au XIX^e siècle, ont révoqué les Ordonnances Philippines (publiées au début du XVII^e siècle), l'expression a disparu (aujourd'hui, seul le terme « corroborer » existe) ; en outre, deux autres éléments de validation, le sceau et le signe, se sont fusionnés. Le « signe public » est une marque individuelle différenciée, dessinée par le notaire à la fin de la copie d'un document, juste avant de le signer, et qui lui confère authenticité et solennité ; il doit être autorisé par le Roi et enregistré en lieu approprié (le verso de la lettre d'office, ou un livre pour ces signes à la chancellerie royale ou à la mairie). Le « signe plat » est le nom donné à la signature du notaire en toutes lettres, plus simple que lorsqu'elle est encadrée par les traits dits « gardes » et plus complète que le simple paraphe (de son nom de famille principal). Souvent, les deux signes sont présents dans le même document (l'expression, à elle seule, est encore bien connue au Brésil aujourd'hui).

Ainsi, les formes d'authentification d'un acte notarié et de ses contenus, au moins du XV^e au XIX^e siècle et dans le monde

portugais, sont à la fois la personne concrète du greffier, l'accréditation publique conférée par lui, les témoins (au moins deux), et, dans les originaux, les signatures de ceux-ci, de celui-là et des contractants. Ce n'est donc pas un hasard si, à la base de la « fermeté » (« *firmeza* » ou « *firmidão* ») d'un texte, on trouve les marques personnelles et uniques de ses intervenants, appelées « *firmas* » dans les langues espagnole et italienne et « signatures » ou « *assinaturas* » (dérivées de « *signum* », signe ou signal) en français et en portugais – justement les quatre langues du notariat latin... Ce n'est que dans les copies qu'il appartient aux signes propres de chaque écrivain de remplacer avec une force et une validité égales les signatures des parties et des témoins. Les formulaires en vigueur au XVIIe siècle le démontrent bien : il est dit au début que « en présence de moi public et notaire greffier et des témoins à la fin nommés et signés, les parties contractantes sont comparues », dûment identifiées; à la fin, celles-ci « dans la foi et le témoignage de la vérité l'ont accordé ainsi et ont ordonné que cet acte soit fait dans cette note pour en donner les copies certifiées qu'il faut accomplir et soient nécessaires ». Pour cette raison, dans les dernières lignes il est déclaré: « de tout [ce qui s'est passé] j'ai fait le présent acte, que [tous] ont accepté, et moi, greffier, en tant que personne publique acceptante et stipulante, j'ai tout accepté et stipulé par les parties présentes et absentes qui puissent y être concernées; et ont été présents à tout, les témoins » qui sont immédiatement nommés et qui signent à la fin.

[Jusqu'au XIIIe siècle, la foi publique, l'accréditation publique, était basée sur la conjugaison de l'écriture personnelle et la signature de l'écrivain, d'une part, avec la référence aux témoins; désormais, sa base est devenue la « capacité du notaire de légitimer et d'authentifier ». Mais la certification notariale ne suffisait pas. Le document devait également être rédigé en forme publique, ce qui explique le suivi de certaines formules. [...] Le signe individualisé était le signal que le Monarque octroyait, avec le titre royal, au

nouvel écrivain pour valider avec lui les actions stipulées en sa présence [...] Comme la désignation correspondait au Monarque, l'écrivain ne pouvait modifier le signe octroyé sans l'autorité royale expresse [...]. Ces signes, en plus de rendre difficile la possible falsification du document, remplissaient l'objectif de pouvoir être reconnus par les analphabètes [...]. Le signe notarial primitif était généralement une croix, le signe du christianisme, et entre ses bras se trouvaient quatre points, trois devant être placés par le greffier et le quatrième par le déclarant. [Plus tard, il y a eu une grande variété de dessins.] (Mendoza Garcia, p. 301, 304, 305)

Après avoir remis les documents aux contractants, ce n'est qu'avec l'autorisation royale qu'une copie de plus peut être faite : on tente ainsi d'empêcher qu'un greffier malhonnête et suborné par l'une des parties modifie quelque chose sur un seul exemplaire. De nombreux renforcements de la sécurité juridique d'un acte public sont prévus par la loi : l'exigence pour le notaire de connaître les parties ou les témoins ; la non-acceptation d'un contrat qui, au lieu d'être régi par le Droit écrit, soit basé sur la parole donnée ou sur le serment et la bonne foi entre les parties (ce qui semble viser avant tout les donations promises de biens à l'Église) ; l'obligation pour les notes d'être rédigées, et sans effacement non marqué, non pas sur des feuilles individuelles, mais dans des livres séquentiels et légalisés, c'est-à-dire ayant chacun des termes d'ouverture et de fin et toutes les pages numérotées et paraphées ; l'archivage convenable des livres, pour toujours, et leur inspection par les *Corregedores* ; l'importance d'être fait par des écrivains et non par des écrivains, clercs ou d'autres personnes, l'examen des instruments présentés par chaque partie pour la construction de l'acte final, « concert » (vérification) pour lequel il peut être nécessaire de faire appel à un notaire de plus ; la déclaration de nullité d'un acte sans témoins ou qui n'a pas été lu à haute voix et expliqué ; l'interdiction véhémente pour le notaire de signer ou d'apposer son signe avant

que les parties et les témoins ne manifestent leur accord avec tout le contenu de l'acte. Les sanctions pour le notaire qui ne respecte pas ces règles sont variables mais toujours lourdes : remboursement de la valeur de l'acte, paiement des dommages en résultants, expulsion du métier, interdiction d'exercer toute autre fonction publique. Les situations les plus graves sont la falsification délibérée d'un sceau authentique ou d'un acte: pour elles, la peine de mort se maintient à travers les siècles, et sans possibilité de pardon royal (Ord. Man., L^oV, Tit.VII et VIII ; Ord. Fil., L^oV, Tit.LII et LIII) ; cela remonte au roi D. Dinis, qui au XIII^e siècle l'a déterminé ainsi pour ces cas et pour quiconque donne ou incite à donner un faux témoignage, et qui au XIV^e siècle n'a « allégé » la punition (la commuant en amputation des pieds, des mains et des yeux) que pour ces derniers (Ord. de D. Duarte, p.176). Très grande, plus grande que tout, est la valeur juridique, sociale et personnelle de la « foi publique » inhérente à l'office de notaire; par conséquent, la violation de cette énorme confiance et de cette sécurité ne peut être punie que par le plus grand châtement qui existe : la mort.

Quelques réflexions

Le pouvoir de déclarer quelque chose comme vraie ou valide dépasse les limites physiques d'un texte, de sorte qu'un écrivain fait foi même aussi de ce qu'il a vu et entendu dire, uniquement en tant que résident d'un certain lieu, sans aucune preuve, sans avoir rien lu car qu'il n'y a pas de document à lire : « Je certifie et fais foi [...] qu'il est vrai que j'ai parfois vu plaider et requérir dans [...] des audiences [...] F..., de qui on disait qu'il avait obtenu son diplôme et avait reçu une formation de lettré pour pouvoir plaider dans les auditoriums » (*Album de Paleografia*, p.242, doc. de 1641/mai/8; orthographe actuelle). Sa conscience de garant de la vérité peut l'amener à vouloir témoigner et authentifier, spontanément, une réalité exceptionnelle qu'il voit et enregistre pour l'Histoire.

Il y a des écrivains qui, au début de chaque année de protocoles [actes notariés], enregistrent un résumé des succès les plus importants qui se sont produits dans leurs bourgs.[...] Ils se considèrent eux-mêmes responsables de faire arriver aux « siècles à venir » le récit de ce qui s'est passé sous leurs yeux et, aussi, de léguer à ces siècles leurs opinions et idées particulières sur certains événements historiques. (García Naranjo, p.241-242)

Le notaire en tant que personne est influencé, dans la façon dont lui-même et la société le voient, par son ministère de validateur. Ainsi, ses affirmations et ses attitudes ne sont pas seulement reflétées dans ses écritures : elles influencent et façonnent les décisions des autres et modifient son propre statut personnel. Par analogie, si l'on utilise la terminologie de Jean Meyriat, qui a tant réfléchi sur les manières d'appréhender la communication documentaire, on peut dire de manière grossière que, outre le fait que les actes notariés coïncident avec les statuts du « document par intention », une chose produite à dessein pour être une information, et du « document par attribution », une chose perçue par son utilisateur comme fournisseur d'information, alors que ce n'était pas le but initial (Couzinet, p.21), l'auteur lui-même a une valeur documentaire par attribution.

Dans le notariat latin le notaire est toujours censé être l'auteur des actes, ce qui donne à ceux-ci le caractère public de preuve, [...] et il peut refuser de les faire si ce qu'on lui demande est contraire à la loi. [...] Le notaire, on le sait déjà, n'est pas un élément neutre dans la construction d'un acte, d'une validation juridique de la volonté de son client. Ses conseils sont essentiels pour la réussite. [...] Chez les notaires latins de l'Ancien Régime, les questions éthiques étaient indissociables soit de leur profession soit de leur fonction sociale : conseiller, autoriser, garantir la vérité, et influencer (Lalanda 2011, p. 520, 526 et 528).

Cela est prouvé quand on étudie un grand nombre d'écritures; cependant, très peu d'historiens qui travaillent avec cette source y réfléchissent sous cet angle.

L'histoire notariale [...] cherche à comprendre dans toute leur complexité les rapports qui se nouent autour et dans l'acte notarié entre toutes les parties prenantes : non plus seulement les parties contractantes, mais encore le notaire, éventuellement le(s) clerc(s) de ce dernier, et, enfin, les témoins, instrumentaires ou non. [...] Cependant, le dénominateur commun [...] de la production historique fondée sur l'exploitation d'actes notariés est l'occultation du notaire. Jamais [...] sa médiation n'est prise en compte (Laffont, p. 27 et 18).

L'option d'un constituant ou d'un contractant pour un notaire spécifique, pas toujours le plus proche en termes géographiques (Lalanda, 2002, p. 215-216), existe légalement et est largement mise en pratique; on peut déduire à sa racine certaines caractéristiques observées par la partie chez ce notaire, en mettant l'accent sur la confiance en sa discrétion (prouvée par plusieurs actes déjà faits pour cette personne ou pour ses proches, dans la même génération ou dans une tradition familiale séquentielle) et pour l'appréciation de ses connaissances et de son « *modus faciendi* », garanties de sécurité juridique et de pleine exécution de la volonté de la partie. C'est pourquoi il nous est vraiment nécessaire de regarder plus loin.

[Poisson, notaire et historien, sait] voir, à travers les formules conventionnelles, ou les absences de formules plus difficiles à déceler, les intentions véritables du rédacteur. « L'acte n'est que l'enveloppe extérieure, voire apparente de la réalité » [selon lui] (Biraben, p.780)

Cette réflexion va remettre en question la présupposition tacite selon laquelle un acte notarié est un enregistrement descriptif et neutre de la réalité. Un acte appartient aux sources nettement qualifiées comme « documents historiques », produites dans des circonstances temporelles et spatiales bien définies et, dans ce cas, avec des objectifs concrets : valider une situation et servir de preuve pérenne ; nous espérons seulement qu'elle sera utilisée uniquement et exactement comme telle. Le commentaire des textes historiques suit généralement quatre paramètres qui peuvent définir des dimensions du concept de « document » : l'importance du contexte, la fonction du contenu, l'identification, la valeur attribuable (Couzinet, p. 23). Or il est essentiel que les actes soient également analysés sous l'angle de la manière dont la communication (expresse ou cachée) s'y déroule, dans les choix linguistiques et juridiques faits par le notaire (parmi les différents possibles et présents dans d'autres actes dont il est l'auteur) ainsi que dans les relations (familiales, vicinales, de proximité affective ou géographique, de subordination) entre les parties et avec lui, cherchant également à dévoiler les véritables objectifs de la réalisation de chaque contrat et de ses séquences.

Le document est porteur d'une relation. La production et la réception du document ne suffisent pas à épuiser tous les ressorts de la notion. Il s'agit aussi de prendre en compte les mouvements entre les acteurs qui manipulent l'objet (producteur, récepteur, intermédiaire médiateur), la matière de l'objet (support, matérialisation, virtualisation) et son contenu (le message, le signe véhiculé) (Frayse, p.68).

Un acte est, par définition, quelque chose qui confère authenticité légale à une volonté et qui transforme en un document public ce qui ne relèverait que du privé; cependant, il n'est pas exempté de l'analyse critique que les historiens ont à faire de toutes les sources qu'ils étudient.

Des questions critiques assiègent l'acte notarié d'un quintuple problème : [a]) représentativité, [b]) véricité, [c]) objectivité, [d]) adéquation, [e]) suffisance. [a:)] [Parmi d'autres:] savoir qui va chez le notaire et pourquoi, prendre conscience du caractère social différentiel de chaque type d'écriture [et] des éventuelles lacunes dans la documentation. [b:)] Non seulement le document fiscal, mais aussi le notarié, peut falsifier les données. [c:)] Le notaire intervient comme filtre entre la réalité et la représentation dans la source : il est non seulement un témoin, mais aussi l'auteur. [d:)] L'historien ne peut pas demander à l'acte notarié ce qu'il ne peut pas donner ; il ne doit pas [se passer] des circonstances dans lesquelles il a été rédigé. [e:)] Il y a des champs où le document notarial est unique, des champs où il est nécessaire, mais nécessairement à compléter, et des champs où il est nécessairement incomplet. (Eiras Roel, p. 28-29, avec suppressions)

Dans le cas des écritures anciennes, le regard de l'Histoire, déjà très attentif et multiforme, ne peut que bénéficier de la complémentarité qu'il trouve dans d'autres regards, spécialement ceux du Droit, de la Sociologie et de la Communication.

Le document peut être considéré comme un dispositif communicationnel et la partition par « intention » ou par « attribution » est toujours d'actualité. La manière dont l'histoire l'appréhende conforte l'approche développée par les SIC. Dans ce contexte, il peut être analysé comme matériau de recherche. Il est possible également de l'appréhender d'une autre manière et de le construire en objet de recherche pour le définir comme concept. Sous le travail de l'historien transparaissent des dimensions encore à approfondir et probablement à enrichir par des travaux à partir d'autres disciplines, mais dès à présent se dessinent des dimensions et des indicateurs transposables en SIC. Cependant, si la

question posée par l'histoire est: « qu'apporte le document pour la construire ? », celle des SIC est: « comment permet-il la mise en commun des connaissances ? ». C'est ce rôle complexe dans la transmission des connaissances qui est à interroger (Couzinet, p. 29).

L'acte notarié du XVe au XIXe siècle est un exemple très complet d'une construction sociale, non pas d'une source d'information à l'état naturel ou d'une application inerte de la législation ou, encore moins, du concept positiviste de « document » où on lirait la vérité neutre. Cette construction résulte de la combinaison séquentielle de nombreux actes de volonté et de choix, d'analyse, de concertation d'intérêts et de stratégies, à savoir:

1 - décision personnelle d'accomplir un acte (donation, achat, vente, bail, location, prêt, affranchissement, testament, dot, ...), de lui donner forme et validité juridiques, pour une garantie totale présente et future, et de choisir le spécialiste habilité qui l'effectuera ;

2 - négociation entre particuliers, dans le cas de contrats, avant de contacter le notaire

3 - dialogue entre les parties et avec le notaire, en exposant les objectifs, en donnant des conseils juridiques et en discutant des stratégies et des résultats, où l'interprétation par le notaire de leurs volontés et le choix subséquent de la figure juridique la plus appropriée de l'acte sont cruciaux ;

4 - analyse, par le greffier, de documents antérieurs, le cas échéant, afin de bien connaître la situation concrète et de rédiger le texte final de manière à ce qu'il réponde à toutes les exigences de légalité, de validité et de sécurité ;

5 - composition par les scribes et révision par le notaire (autant de fois que nécessaire jusqu'à ce que l'accord de tous les intervenants soit obtenu) de la structure finale, dans le plein respect de la volonté des parties, de la législation, de la forme technique, des documents judiciaires (tels que les sentences) ou quasi-

judiciaires (tels que les procurations ou les contrats) présentés ou même copiés dans le nouvel acte ;

6 - lecture à haute voix, explication des termes et de la portée des actions, manifestation publique d'accord ou de volonté de modifier la minute (brouillon), dans une intermédiation du notaire entre les connaissances hermétiques et techniques et une population commune ;

7 - validation formelle, par signature présente, par chacun des individus participants : seule cette action conjointe et par tous sans exception confère la validité au document original, malgré la grande importance de chaque élément lorsqu'il est considéré séparément.

Conclusion

La présence de l'écrivain, sa compétence légale pour faire l'acte, l'existence de témoins, la signature de chaque contractant, celle de chaque témoin, celle du notaire, le signe spécifique du tabellion dans les copies certifiées d'originaux dûment signés, la « foi publique » qui consiste en la présomption automatique d'authenticité dans tout ce qu'un écrivain déclare vrai : voici les marques qui, de manière solidaire et non individuelle, valident un acte notarié de tradition latine du XIII^e au XIX^e siècle.

Notes

(1) Les traductions des dénominations en Latin de ces trois types d'officiers sont toujours en vigueur en Portugais (notário, tabelião, escrivão), Espagnol Castillan (notario, tabeliano, escribano) et Italien (notaio, tabellione, scrivano). Il semble qu'en Français, à présent, « notaire » et « greffier » ont pris les devants sur « écrivain », « tabellion », « secrétaire » (auprès de la mairie) et qu'on n'utilise plus ces mots pour celui qui valide les greffes; toutefois, dans ce texte « écrivain (public) » et « tabellion » maintiennent leur sens historique: ils équivalent à « notaire » et « greffier », l'officier public qui garantit l'authenticité des actes notariés où il participe.

(2) La « foi publique » ne subsiste dans la langue française de nos jours que dans l'expression « faire foi »; cette validation, porteuse de confiance et de crédit, est actuellement appelée « accréditation ».

(3) Pour l'actualité en France un tout petit résumé, « Preuve par écrit: l'acte authentique », a été écrit en 2020 par Olivier Merle sur le site des notaires français :
<https://notaires21.fr/?s=Preuve+par+%C3%A9crit+%3A+1%E2%80%99acte+authentique>.

(4) Techniquement, un « instrument » est un des textes sur lesquels l'acte notarié (final) est basé.

(5) Le texte original a été écrit en Portugais, où le verbe « lavar » a les significations, parmi d'autres, soit de « labourer la terre », « tailler un joyau », « graver ou inscrire », soit de « écrire des documents solennels, c'est à dire authentiques et avec les formalités légales ». En Français, même si des verbes différents sont utilisés plus fréquemment que lui pour des actions proches, le verbe « dresser », lui aussi polysémique, s'applique soit pour faire un contrat, un procès-verbal, un acte de décès ou d'autre certification, soit pour préparer, développer ou améliorer une construction en pierre, en bois ou même en habitudes (animales ou humaines). Cf. Domingos de Azevedo, Grande Dicionário Português / Francês, 6^a ed, et idem, Grande Dicionário Francês / Português, 7^a ed.; +Amadora: Bertrand, 1980.

Références

DIAS, J. J. A.; MARQUES, A. H. O; RODRIGUES, T. F. **Álbum de Paleografia**. Lisboa: Estampa, 1987.

ALMEIDA, M. L. A Estrutura textual de documentos notariais na Idade Média. In: PAIVA, M. H. **Linguística Histórica e História da Língua Portuguesa**: actas do Encontro de Homenagem a Maria Helena Paiva. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Letras, 2004, p. 9-27.

BIRABEN, J.-N. Compte-rendu à POISSON, J.-P., Essais de Notariologie. In: **Population**, v. 57, n. 4-5, 2002, p.780-781.

BRANDELLI, L. Atas notariais. *In*: BRANDELLI (coord.). **Ata notarial**. Porto Alegre: Instituto de Registro Notarial do Brasil, 2004, p.39-73.

CAMACHO MARTÍNEZ, R. Las cartas de profesión del Convento del Císter de Málaga: un documento entre la devoción, el derecho y el arte. *In*: JAVIER CAMPOS, F.; SEVILLA, F. (coord.). **Actas del Simposium “La clausura femenina en España”**, Madrid: Ed. Escorialenses, v. II, 2004, p.717-740.

CHARRETTE, L.; BOULARD, D. **Les notaires**. Enquête sur la profession la plus puissante de France. [Paris:] Robert Laffont, 2010.

COELHO, M. H. Os Tabeliães em Portugal: perfil profissional e sócio-económico (séculos XIV-XV). **Historia, Instituciones, Documentos**, Sevilla, n. 23, p. 173-212, 1996.

COUZINET, V. Le document: leçon d'histoire, leçon de méthode. **Communication et langages**, n. 140, p.19-29, 2. trimestre 2004.

EIRAS ROEL, A. La Metodología de la investigación histórica sobre documentación notarial: para un estado de la cuestión. Introducción general. *In*: **La Documentación Notarial y la Historia. Actas del II Coloquio de Metodología Historica Aplicada**, v. I, Santiago de Compostela: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España/Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1984. p. 13-30.

FRAYSSE, P. Document. *In*: GARDIÈS, C. (dir.). **Approche de l'information-documentation: Concepts fondateurs**. Toulouse: Cépaduès, 2011. p. 36-73.

GADOW, M. R. Breve estudio sobre los Escribanos Públicos Malagueños a comienzos del siglo XVIII. **Baetica: Estudios de arte, geografía e historia**, Málaga, n. 5, p.195-204, 1982.

GARCÍA NARANJO, R. M. Te doy mis ojos: la Palma del seiscientos a través de los relatos del escriba no Nicolás Francisco González.

Haïresis: Revista de investigación histórica, Palma del Río, n. 1, p.237-245, 2013.

LAFFONT, J. L. Introduction. *In:* LAFFONT, J. L. (dir.). Problèmes et méthodes d'analyse historique de l'activité notariale (XVe-XIXe siècles). **Actes du colloque de Toulouse.** Toulouse: Presses Universitaires du Mirail, 1991, p.17-28.

LALANDA, M. S. N., Questions d'éthique chez les notaires dans l'Ancien Régime. *In:* BENOÎT, D. L'éthique en communication. **Actes du colloque international «Éthique et métaéthique dans les professions de l'Information et de la Communication».** Presses Universitaires Européennes, 2011, p.519-531.

LALANDA, M. S. N. **A Sociedade Micaelense no século XVII:** estruturas e comportamentos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/ Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002.

LEONHARDT, L. A Função do Tabelião na Prevenção de Litígios. **Colégio Registral do Rio Grande do Sul.** 02 jan. 2003.

MARCHANT RIVERA, A. Aspectos sociales, prácticas y funciones de los escribanos públicos castellanos del Siglo de Oro. *In:* VILLALBA PÉREZ, E.; TORNÉ, E. (ed.). **El nervio de la república:** el oficio de escribano en el Siglo de Oro. Madrid: Calambur, 2010, p. 201-221.

MENDOZA GARCIA, E. En testimonio de verdade: los signos de los escribanos públicos. **Baetica:** Estudios de Arte, Geografía e Historia, n. 35, 2013, p. 299-312.

MEYER, J. L'apport notarial à l'histoire sociale de l'époque moderne en Europe. *In:* La Documentación Notarial y la Historia. **Actas del II Coloquio de Metodología Historica Aplicada,** v. I, Santiago de Compostela: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España/ Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1984, p. 33-73.

MOREAU, A. Les notaires, le droit et société: la période 1789-1989. **Les Cahiers de Droit**, v. 42, n. 3, 2001, p. 461-476.

ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES. **Ordenações Afonsinas**. Ed. fac-simile. 5 v. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998-1999.

ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES. **Ordenações de D. Duarte**. Ed. fac-simile. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES. **Ordenações Manuelinas**. Ed. fac-simile. 5 v. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES. **Ordenações Filipinas**. Ed. fac-simile. 5 v. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

POISSON, J.-P. Essai sur quelques modes de classement des actes notariés. Un exemple en 1899. *In*: LAFFONT, J. L. (dir.). Problèmes et méthodes d'analyse historique de l'activité notariale (XVe-XIXe siècles). **Actes du colloque de Toulouse**. Toulouse: Presses Universitaires du Mirail, p. 293-322, 1991.

PORTUGAL. **Código do Notariado**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SYLVESTRE, G. Les notaires, de l'antiquité à nos jours. **Les Cahiers de Droit**, v. 1, n. 2, 1955, p.183-200.