

pôt par témoins, de même que la violation du dépôt? Non, car le dépôt étant un contrat, on ne peut le prouver par témoins; il faudra donc que je commence par prouver le dépôt par titre, bien que la preuve du dépôt tende au même but, à la preuve de la violation du dépôt. De même je demande la nullité d'un testament pour captation; les faits de captation se rapportent à l'année 1870, tandis que le testament est de l'année 1869. Serai-je admis à prouver par témoins que le testament a été écrit en 1870? Non, si la date fait foi jusqu'à inscription de faux, je dois commencer par m'inscrire en faux contre la date.

Il règne tant d'incertitude dans cette difficile matière que l'on trouve un arrêt qui semble laisser le choix au demandeur entre la preuve ordinaire et l'inscription de faux. Dans l'espèce, celui qui attaquait le testament s'était inscrit en faux contre la date. Sur le pourvoi, la cour décida que l'arrêt qui avait admis l'inscription n'avait fait aucun grief au défendeur, en permettant une preuve plus rigoureuse que celle qui aurait pu être faite. Cette décision nous paraît injustifiable (1). Est ce que les voies de preuve dépendent du choix des parties intéressées? Elles pourraient donc s'entendre pour admettre la preuve testimoniale!

249. On admet une troisième exception lorsque le testament est attaqué pour cause d'incapacité du testateur à l'époque de sa confection. Tous les genres de preuve sont alors admissibles, dit-on (2). Il y a cependant controverse sur ce point. Dans un excellent rapport fait à la cour de cassation, le conseiller rapporteur d'Oms pose comme principe incontestable que le testament olographe fait *pleine foi* de sa date. Il est également certain, dit-il, que si un individu décédait en état d'incapacité légale, telle que l'interdiction, laissant un testament daté d'une époque où il jouissait de la plénitude de ses facultés, l'héritier naturel ne serait pas admis à prouver l'antidate

(1) Rejet, 16 décembre 1829 (Daloz, au mot *Faux incident*, n° 72).

(2) Caen, 8 avril 1824 (Daloz, n° 2714, 1°); Bourges, 17 juillet 1841 (Daloz, n° 2712, 3°); Bruxelles, 22 juin 1822, et Rejet, 15 avril 1825 (*Pasicrisie*, 1822, p. 184; 1825, p. 377).

autrement que par la voie de l'inscription de faux. A ceux qui s'étonneraient que la loi ait donné à un écrit privé la même autorité qu'à un acte authentique, en cette matière, le rapporteur répond que le testateur est législateur; il date et il impose la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus : *Dicat testator et erit lex* (1). On a objecté que les mêmes raisons pour lesquelles on admet toute preuve contraire en cas de fraude doivent faire admettre la preuve contraire en cas d'incapacité; car la date est aussi frauduleuse (2). Il y a du vrai dans cette objection. Si, comme le dit le rapporteur, le testateur est législateur, on ne peut jamais contester la date du testament sans s'inscrire en faux; que si, malgré sa prétendue autorité législative, on permet de combattre la date frauduleuse par témoins et présomptions, pourquoi admettre cette preuve en cas de captation et la rejeter en cas d'incapacité? La vérité est que le testateur n'est jamais législateur, pas plus que fonctionnaire ou notaire; c'est un simple particulier qui date comme il veut, sans donner à la date une force probante; cette force ne peut lui être donnée que par une délégation de l'autorité publique.

§ III. Du testament par acte public.

ARTICLE 1. Les solennités.

250. Le code appelle testament par acte public celui qui est reçu par un notaire en présence de quatre témoins, ou par deux notaires en présence de deux témoins (article 971). Ce testament est donc un acte notarié. De là la question de savoir si, outre les formalités spéciales prescrites par le code civil, il faut observer celles que la loi du 25 ventôse an XI prescrit pour tous les actes notariés. La question n'est pas sans difficulté, comme tout ce qui concerne l'abrogation tacite des lois. La loi de ventôse sur le notariat n'est pas abrogée par la loi du 30 ventôse

(1) Rapport sur l'arrêt de rejet du 22 février 1853 (Daloz, 1853, 1, 132).

(2) Demolombe, t. XXI, p. 175, n° 159.

an XII qui a seulement aboli les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements. Les lois intermédiaires portées depuis 1789 ne sont pas comprises dans cette énumération. Nous en avons dit la raison en exposant les principes qui régissent les rapports du code civil et du droit antérieur (1). La loi de ventôse n'étant pas abrogée expressément, naît la question de savoir si le code civil, qui est postérieur, l'a abrogée tacitement et dans quelles limites. On sait que l'abrogation tacite est difficilement admise, il faut qu'il y ait incompatibilité entre la loi ancienne et la loi nouvelle, en ce sens qu'il soit impossible de les appliquer simultanément; il y a nécessité, dans ce cas, d'admettre que le législateur a entendu abroger les dispositions anciennes. Mais si la conciliation est possible, il n'y a pas d'abrogation tacite. Si l'on appliquait ce principe à la loi de ventôse, il faudrait décider que presque toutes ses dispositions doivent recevoir leur application aux testaments, car il y en a très-peu qui soient incompatibles avec les dispositions du code civil. Mais il y a un autre principe qui vient modifier le premier.

On lit, dans les règles de droit du Digeste, que les lois spéciales dérogent aux lois générales et que, dans le concours d'une loi générale et d'une loi spéciale, il faut s'en tenir à cette dernière. Cela est évident quand la loi spéciale est en opposition avec la loi générale; c'est l'application des principes qui régissent l'abrogation. Faut-il aller plus loin et dire que la loi générale ne peut pas même être invoquée dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette? Non, car il en résulterait que la loi générale sur le notariat serait abrogée par le code civil, en ce qui concerne les testaments, ce qui certainement n'a pas été l'intention du législateur. On l'avait prétendu dans les premiers temps qui suivirent la publication du code civil; mais les conséquences absurdes qui découlent de cette interprétation l'ont fait rejeter (2). L'absurdité des consé-

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 39, n^o 27.

(2) Merlin. *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art II, n^o 8 (t. XXXIII, p. 513); Cassation, 1^{er} octobre 1810 (Daloz, n^o 3139, 1^o).

quences n'est pas une objection décisive contre un principe; mais, dans l'espèce, le principe même est contestable. La loi de ventôse veut que le notaire date ses actes sous peine de nullité; le code civil ne dit pas que les testaments doivent être datés. Conçoit-on que l'intention des auteurs du code ait été de dispenser les testaments authentiques de la formalité de la date, alors qu'il la prescrit sous peine de nullité dans les testaments olographes pour des motifs qui s'appliquent identiquement aux testaments notariés? L'abrogation est une question d'intention; or, l'intention, dans l'espèce, ne saurait être douteuse.

Ce second principe ne résout pas la difficulté, il la complique. Les deux lois doivent être combinées, mais non appliquées simultanément dans toutes leurs dispositions. Quand un point est réglé dans les deux lois, ne faut-il pas admettre que la loi spéciale déroge à la loi générale? On l'admet, et avec raison; le testament est un acte spécial; donc quand une forme est établie pour les actes notariés en général et que la disposition analogue du code sur les testaments diffère de celle de la loi de ventôse, il faut s'en tenir à celle du code et ne pas appliquer celle de la loi de ventôse, quand même les deux dispositions seraient compatibles; ici le principe de la spécialité l'emporte, parce que telle est la volonté probable du législateur. A plus forte raison, le code civil abroge-t-il la loi de ventôse quand il reproduit, mais en partie seulement, une règle tracée avec plus d'étendue par la loi de ventôse; l'intention du législateur, de réduire l'ancienne disposition et d'en limiter l'application en matière de testaments, est alors évidente (1).

Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre le considérant d'un arrêt de la cour de cassation qui dit que le code civil, loin de déroger à la loi de ventôse, en établissant des formalités particulières aux testaments publics, en a voulu de plus en plus l'exacte observation, *en tout ce à quoi il n'a pas dérogé d'une manière formelle* (2). C'est

(1) Demante, t. IV, p. 272, n^o 116 bis II.

(2) Cassation, 1^{er} octobre 1810 (Daloz, n^o 3139, 1^o).

le principe de l'abrogation tacite; mais d'après ce que nous venons de dire, le principe de la spécialité modifie la règle générale.

Le code civil étant incomplet, nous sommes forcé de le compléter par la loi de ventôse. Toutefois nous n'écrivons pas un ouvrage sur le notariat; nous nous bornerons donc à constater les formes, en les interprétant par la jurisprudence et la doctrine, sans entrer dans la discussion des points controversés, sauf quand il s'agit d'un principe de droit civil. D'un autre côté, nous renvoyons au titre des *Obligations* les principes généraux sur la matière. C'est morceler le système des formes prescrites pour les testaments; mais l'ordre du code et la nature des formes le veulent ainsi.

N° 1. LE NOTAIRE.

251. Les notaires n'ont le droit d'instrumenter que dans un certain ressort; hors de ce ressort, ils ne sont plus des officiers publics, par conséquent ils ne peuvent pas recevoir d'actes authentiques. Donc ils ne peuvent pas recevoir de testament hors de leur ressort; la prohibition est sanctionnée par la nullité (1).

Les notaires doivent de plus être capables. Il y a une capacité générale requise pour tous les actes; nous en traiterons au titre des *Obligations*. Nous ajournons aussi à ce titre les règles qui régissent la destitution et la suspension, en ce qui concerne la validité des actes reçus par les notaires destitués ou suspendus. Ici nous n'avons à nous occuper que de l'incapacité relative qui frappe les notaires en matière de testaments.

252. La loi de ventôse annule *tout* acte reçu par deux notaires parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (art. 10 et 68). Cette disposition s'applique aux testaments. Le testament sera donc nul pour le tout,

(1) Loi du 25 ventôse an xi, art. 6 et 68. Coin-Delisle, p. 351, n° 3 de l'article 971.

s'il est reçu par deux notaires parents ou alliés au degré prohibé.

La loi de ventôse porte, article 8 : « Les notaires ne pourront recevoir des *actes* dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient *parties*. » Cette disposition s'applique-t-elle aux testaments? L'affirmative est certaine. En effet, le testament est un *acte* et le testateur y est *partie*, sinon il faudrait dire qu'il n'y a aucune *partie* dans le testament, car le testateur seul y figure (1).

La loi de ventôse défend aussi aux notaires, sous peine de nullité, de recevoir des actes qui contiendraient des dispositions en faveur de leurs parents ou alliés au même degré. La sanction est toujours la nullité (art. 10 et 68). Est-ce la disposition que la loi frappe de nullité ou est-ce tout le testament? Le texte ne laisse aucun doute, tout le testament est nul. Cela n'est-il pas contraire au vieil adage d'après lequel *utile per inutile non vitiatur*? Non, l'adage s'applique aux nullités qui concernent le fond de la disposition : le testament peut contenir une substitution fidéicommissaire nulle et un legs valable. Il n'en est pas de même quand le testament est nul en la forme; la forme concerne nécessairement l'acte tout entier; et quand la loi fait d'une forme une condition substantielle de l'acte, l'acte tout entier est vicié et par conséquent nul.

Le notaire peut-il recevoir un testament par lequel lui-même est gratifié? Non, d'après l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence. Mais, chose singulière : il n'y a point de texte formel (2). Les mots de l'article 8 de la loi de ventôse, *ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur*, ne s'appliquent qu'aux parents et alliés du notaire; la construction grammaticale de la phrase le prouve (3). On a cité l'article 900, aux

(1) Coin-Delisle, p. 351, n° 8 de l'article 971. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, nos 2831 et suiv.

(2) Coin-Delisle, p. 353, n° 14 de l'article 971.

(3) Un arrêt de Riom, du 23 mai 1855, cite l'article 8 de la loi de ventôse Dalloz, 1857, 5, 224, n° 6).