

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).

termes duquel les conditions contraires aux bonnes mœurs sont réputées non écrites (1). Cette interprétation est inadmissible; l'article dit que les conditions immorales sont effacées et que le testament subsiste. Est-ce que, dans un testament reçu par le notaire légataire, il y a des conditions immorales que l'on efface? Il n'y a, à vrai dire, d'autre motif de nullité qu'un argument *à fortiori*. Conçoit-on que le notaire ne puisse recevoir un testament par lequel son neveu serait gratifié, tandis qu'on lui permettrait de recevoir un testament dans lequel il serait lui-même institué légataire (2)? L'inconséquence serait certes inexplicable. Mais l'inconséquence suffit-elle pour étendre une nullité? Cela nous paraît bien douteux. Si l'on admet la nullité, il faut lui conserver le caractère qu'elle a dans l'article 8 de la loi de ventôse, c'est-à-dire que tout le testament sera nul. C'est l'opinion générale (3).

N° 2. LES TÉMOINS.

I. Nombre des témoins.

253. Les actes notariés ordinaires sont reçus par deux notaires ou par un notaire et deux témoins. D'après l'article 971, il faut quatre ou deux témoins, suivant qu'il y a un ou deux notaires. Quelle est la raison de cette différence? L'orateur du gouvernement explique la loi comme suit : « Quant aux testaments par actes publics, on a pris un terme moyen entre les solennités prescrites par le droit écrit et celles usitées dans les pays de coutumes. Il suffisait, dans ces pays, qu'il y eût deux notaires ou un notaire et deux témoins. Dans les pays de droit écrit, les testaments nuncupatifs écrits devaient être faits en présence de sept témoins au moins, y compris le notaire. La liberté de disposer ayant été en général beaucoup augmentée dans les pays de coutumes, il était convenable

(1) Coin-Delisle, p. 354, n° 15 de l'article 971.

(2) Orléans, 5 mai 1849 (Daloz, 1849, 2, 113).

(3) Daloz, au mot *Notaire*, n°s 406 et 411. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 355, n° 16 de l'article 971.

d'ajouter aux précautions prises pour constater la volonté des testateurs; mais en exigeant un nombre plus considérable que celui qui est nécessaire pour atteindre ce but, on eût assujéti à une grande gêne ceux qui disposent, et peut-être les eût-on exposés à se trouver souvent dans l'impossibilité de faire ainsi dresser leurs testaments. » Le rapporteur du Tribunat s'exprime à peu près dans les mêmes termes. « Il y aura des témoins même avec les deux notaires, non que la loi se méfie des notaires, mais parce que les testaments se faisant le plus souvent à l'extrémité de la vie, il était utile de multiplier les surveillants, en faveur d'un individu qui peut être assiégé par l'intrigue et par la cupidité (1). » Ainsi les témoins sont des surveillants qui ont pour mission de constater la volonté des testateurs, en ce sens qu'ils sont une garantie que la volonté du testateur est libre; c'est dans ce but qu'on a multiplié leur nombre. Le législateur ne s'est-il pas fait illusion? Il a augmenté les chances de nullité en augmentant le nombre des témoins; bien des testaments ont été annulés parce que l'un des témoins n'avait pas la capacité exigée par la loi. Est-ce à dire que ces testaments ne fussent point la libre expression de la volonté des testateurs? L'œuvre de la captation et de la suggestion est consommée quand les témoins et le notaire se présentent; la volonté du testateur n'est plus libre, et la présence du notaire et des témoins ne lui rend pas la liberté. Nous reviendrons plus loin sur la mission des témoins; la question a donné lieu à d'interminables controverses.

254. Il est arrivé que l'on a appelé au testament plus de deux ou de quatre témoins pour diminuer les chances de nullité résultant de leur incapacité. Sera-ce une cause de nullité? Il a été jugé que la loi, n'ayant pas prévu ce cas, n'a pu en faire une cause de nullité; or, les nullités ne peuvent jamais être suppléées. Et si le législateur avait prévu l'hypothèse, il se serait bien gardé de prononcer la nullité, puisque, dans l'esprit de la loi, le

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 58 (Loché, t. V, p. 329. Jaubert, Rapport, n° 56 (Loché, t. V, p. 355).