

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).

nombre des témoins est une garantie pour le testateur contre les surprises qu'elle redoute; donc le nombre surabondant de témoins est toujours salutaire, dit la cour de Bourges, et ne peut jamais nuire (1).

Si parmi les témoins il y a des incapables, leur incapacité ne nuira pas, pourvu qu'il en reste deux ou quatre qui réunissent les qualités exigées par la loi. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans un cas où le notaire avait appelé surabondamment des témoins pour constater l'identité du testateur, qui était déjà suffisamment établie. Il y avait un motif de douter; quels témoins étaient incapables : étaient-ce les témoins certificateurs, ou étaient-ce les témoins appelés au testament? L'acte gardant le silence à cet égard, la cour de cassation décida que le testament était valable par la présence d'un nombre suffisant de témoins capables (2).

255. Le nombre de deux ou de quatre témoins étant nécessaire pour la validité du testament, il faut qu'il soit prouvé par l'acte même que le testament a été reçu en présence de deux ou de quatre témoins. Cela est constaté par la mention de leurs noms, que le notaire doit faire d'après la loi de ventôse (art. 12) et par la signature qu'ils doivent apposer à l'acte en vertu de la même loi (art. 14). Pour que la mention ainsi faite soit suffisante, il faut naturellement que les noms des témoins indiqués par le notaire concordent avec leurs signatures. Il est cependant arrivé que, malgré la différence entre la signature et le nom mentionné à l'acte, le testament a été maintenu; le témoin était connu indistinctement sous deux noms, le notaire avait indiqué l'un et le témoin avait signé l'autre; aucun doute n'existait sur l'identité du témoin; dès lors il n'y avait pas de motif d'annuler le testament (3).

II. Des conditions légales de capacité.

256. En principe, tout Français est capable d'être témoin; la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

(1) Bourges, 14 juin 1815 (Daloz, n° 3095).

(2) Rejet, 6 avril 1809 (Daloz, n° 3096).

(3) Grenoble, 7 avril 1827 (Daloz, n° 3102).

Les exceptions sont de stricte interprétation, et notamment celles qui créent des incapacités. Donc il faut un texte pour qu'il y ait une incapacité légale. Nous dirons plus loin que ce principe ne s'applique pas aux incapacités naturelles.

L'incapacité étant l'exception, celui qui attaque le testament doit prouver que les témoins sont incapables. On a soutenu le contraire. L'héritier, dit-on, ne doit prouver que le lien de parenté qui lui donne droit à la succession. C'est au légataire qui lui oppose le testament de prouver la validité de l'acte par lequel il est institué; or, le testament n'est valable que si les témoins sont capables; donc c'est à lui de prouver leur capacité. A cela le légataire peut répondre qu'il n'a qu'une chose à prouver, l'existence d'un testament reçu par un notaire et signé de deux ou de quatre témoins; la capacité étant la règle, c'est à l'héritier, qui prétend que les témoins sont incapables, à en faire la preuve (1).

257. L'article 980 porte : « Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils. »

Pourquoi les témoins doivent-ils être mâles? Le code exige aussi que les témoins produits aux actes de l'état civil soient du sexe masculin. C'est donc un principe général de notre législation. Quelle en est la raison? On dit que les testaments sont des actes *pour ainsi dire législatifs*, puisque le testateur, en manifestant ses dernières volontés, fait une loi qui doit lui survivre; de là on conclut que les témoins appelés à concourir à la foi de ces actes exercent une *espèce de fonction publique* ou civique (2). Ce sont des idées romaines; dans nos idées modernes, le testateur est un propriétaire qui dispose de ses biens. Aussi n'ose-t-on pas dire qu'il est législateur, on y ajoute un *pour ainsi dire*. On n'ose pas dire que les témoins sont des fonctionnaires, on dit qu'ils exercent une *espèce de fonction publique*. A quoi bon ces compa-

(1) Bruxelles, 22 février 1811 (rapporté par Merlin, *Répertoire*, t. XXXIII, p. 31, note).

(2) Colmar, 13 février 1818 (Daloz, n° 3170, 2°).