

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°).

raisons qui ne sont pas des raisons? Les orateurs du gouvernement et du Tribunat nous ont dit les motifs pour lesquels on appelle des témoins, alors même qu'il y aurait deux notaires; ils doivent garantir la libre expression de la volonté du testateur; ils sont donc les organes de la société dans un acte d'une haute gravité, puisque le testateur, en disposant de ses biens, déroge à la loi de la nature. Cela suffit pour expliquer la théorie du code.

**258.** Les témoins doivent être majeurs. C'est l'application d'un principe général; le majeur seul est capable de tous les actes de la vie civile (art. 488). Il en est ainsi quand même ces actes ne le concernent pas personnellement. La loi punit l'héritier qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice, en le déclarant indigne de succéder; mais l'indignité ne frappe que l'héritier majeur. Le mineur est donc incapable de tout acte civil; partant il ne pouvait pas figurer au testament comme représentant de la société.

**259.** Les témoins doivent être *sujets de l'empereur*. Qu'entend-on par là? La question, quoique controversée, n'est guère douteuse. D'après l'ordonnance de 1735 (article 40), les témoins devaient être *regnicoles*; ce mot était synonyme de *Français*; on excluait par conséquent les étrangers; l'article 40 lui-même le prouve, car après avoir exigé la qualité de *regnicole* en règle générale, il y apporte une exception pour les testaments militaires, dans lesquels les *étrangers* pouvaient servir de témoins. Le droit d'être témoin était donc un de ces droits civils dont les Français seuls jouissent. Domat s'explique sur ce point dans des termes qui ne laissent aucun doute. « Nous appelons *regnicoles* les *sujets du roi*, et les étrangers sont ceux qui sont sujets d'un autre Etat; or, ceux de cette qualité qui n'ont point été naturalisés par lettres du roi sont dans cette incapacité réglée par nos lois et par nos usages (1). » Le projet de code civil, tel qu'il fut adopté en l'an XI, portait le mot de *républicole*, qui rendait exactement le sens de *regnicole*. Il fut remplacé, dans l'édition

(1) Domat, livre préliminaire, tit. II, sect. II, n° 11.

officielle de 1807, par l'expression de *sujet de l'empereur*, qui rend l'idée expliquée par Domat; l'étranger n'est pas sujet de l'empereur, puisqu'il est sujet d'un autre Etat. Donc l'étranger ne peut être témoin. Il resterait incapable quand même, en vertu de traités ou d'une autorisation royale, il aurait la jouissance des droits civils en France, car la jouissance des droits civils ne lui donne point la qualité de Français, de sujet. C'est l'opinion générale des auteurs et de la jurisprudence, sauf quelques dissentiments sur lesquels il est inutile d'insister; la question a cessé d'être controversée, et nous ne voyons aucune utilité à revenir sur des controverses qui n'ont aucun fondement ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi (1).

**260.** Enfin les témoins doivent *jouir des droits civils*. Qu'entend-on par là? Dans le langage des lois, on distingue la *jouissance* des droits civils et l'*exercice* de ces droits; les incapables ont la jouissance des droits, ils n'en ont pas l'exercice. L'article 980 exige-t-il l'*exercice*, ou la *jouissance* suffit-elle? Il y a sur ce point quelque hésitation dans la doctrine, et il ne devrait pas y en avoir, puisque le texte est formel. Duranton dit qu'il faut l'exercice des droits civils; c'est changer la loi. Coin-Delisle demande une jouissance active, ce qui aboutit à remplacer la jouissance par l'exercice, donc à modifier la loi (2). La question n'a d'intérêt pratique que pour les interdits, les mineurs et les femmes étant exclus par l'article 980. A notre avis, il n'y a aucun doute; il faut appliquer le principe que tout le monde admet: pas d'incapacité sans texte. Et où est le texte qui déclare les interdits incapables d'être témoins? On cite l'article 509, qui assimile l'interdit au mineur; mais il suffit de lire l'article pour se convaincre que cette assimilation n'a point le sens absolu qu'on lui prête. On prétend que l'interdit est frappé d'une incapacité absolue; nous avons répondu d'avance à l'objection.

(1) Merlin a approfondi ces questions (*Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, t. XXXIII, p. 31 et suiv.). Comparez Rejet, 23 janvier 1811, et Colmar, 13 février 1818 (Daloz, n° 3170).

(2) Duranton, t. IX, p. 136, n° 106. Coin-Delisle, p. 412, n° 8 de l'article 980.

en expliquant les effets de l'interdiction. La question est si simple que nous croyons inutile d'insister (1).

Il y a des condamnations pénales qui privent le condamné de la jouissance de certains droits civils et politiques, notamment du droit d'être témoin aux actes. Cette privation est perpétuelle ou temporaire, selon la gravité des peines. Nous renvoyons à ce qui a été dit dans le tome I<sup>er</sup> de nos *Principes* (n<sup>o</sup> 404, p. 509).

**261.** Les conditions de capacité requises par l'article 980 diffèrent des conditions exigées par la loi de ventôse. Aux termes de l'article 9 de cette loi, les témoins doivent être citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. La différence porte sur deux points. La loi de ventôse exige la qualité de *citoyen*, le code civil se contente de la qualité de Français. Si donc les lois politiques établissent certaines conditions pour être citoyen, ces conditions s'appliquent aux témoins des actes notariés en général; il en était ainsi de la constitution de l'an VIII, qui régissait la France lors de la publication du code civil; mais ces conditions n'étaient pas applicables aux témoins des testaments. En ce point, la dérogation est certaine, puisque le code exige moins que la loi de ventôse. La seconde différence concerne le domicile; la disposition de la loi de ventôse qui exige le domicile doit-elle être appliquée aux testaments? Il y a controverse, mais il n'y a vraiment pas lieu de controverser. Sans doute si l'on s'en tenait au principe général de l'abrogation tacite, on pourrait dire qu'il n'y a pas incompatibilité entre la loi de ventôse et le code civil pour ce qui concerne le domicile, puisque le code civil ne parle pas du domicile. Mais le principe de la spécialité de la loi domine en cette matière (n<sup>o</sup> 250); or, la disposition de l'article 980 est spéciale, puisqu'elle est moins rigoureuse que celle de la loi de ventôse; elle se contente de la qualité de Français et elle n'exige pas le domicile; la disposition spéciale de l'article 980 déroge

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 507, note 10, et les auteurs qu'ils citent. Comparez le tome V de mes *Principes*, p. 365, n<sup>o</sup> 308.

donc en ce point à la disposition générale de l'article 9. La dérogation est admise par tout le monde pour la qualité de Français; or, conçoit-on qu'une seule et même disposition sur un même point, les qualités des témoins, déroge à la loi ancienne et la maintienne tout ensemble? Telle ne peut être l'intention du législateur. C'est à dessein qu'il s'est montré moins rigoureux pour les testaments, d'abord parce qu'il faut un plus grand nombre de témoins, ce qui augmente le danger de nullité; ensuite parce que les testaments, par leur nature, exigent le secret, et que le secret, pour qu'il soit observé, demande des témoins discrets, donc une certaine latitude de choix.

La jurisprudence est en ce sens, mais elle est assez mal motivée, sauf un arrêt de la cour de Bruxelles qui applique le principe de la spécialité des lois (1). Nous devons même signaler une erreur de droit dans un arrêt de la cour de cassation: « Considérant, dit la cour, que le code civil a, dans les articles 974, 975 et 980, prescrit les conditions qui constituent la capacité des témoins dans un testament; qu'il a par conséquent abrogé, aux termes de la loi du 30 ventôse an XII, les dispositions qui, dans les lois précédentes, étaient relatives à cette capacité (2). » Si la loi du 30 ventôse an XII est applicable aux lois intermédiaires, il faut aller beaucoup plus loin que l'arrêt de la cour de cassation. En effet, d'après la loi de l'an XII, il suffit qu'une *matière* soit l'*objet du code civil* pour que les lois anciennes qui règlent cette matière soient abrogées en entier. Or, la matière des formes testamentaires fait certainement l'objet du code civil; donc par application de la loi du 30 ventôse, il faudrait décider que la loi sur le notariat est abrogée en ce qui concerne les testaments. Il faut laisser de côté la loi de l'an XII; le texte même de l'article 7, comme nous l'avons dit ailleurs, prouve

(1) Bruxelles, 5 juin 1816, et Rejet, 19 février 1819 (*Pasicrisie*, 1816, p. 143, et *ibid.*, 1819, p. 322) Comparez Liège, 14 juin 1833 (*Pasicrisie*, 1833, p. 179); Bordeaux, 18 août 1823 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § 11, 2<sup>o</sup> (t. XXXIII, p. 58).

(2) Cassation, 24 janvier 1826. Voyez cet arrêt et toute la jurisprudence dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § 11, n<sup>o</sup> 111, 2<sup>o</sup> (t. XXXIII, p. 56 et suiv.), et Dalloz, n<sup>o</sup> 3137.

qu'il ne reçoit pas d'application aux lois portées depuis la révolution de 1789 (1).

La doctrine et la jurisprudence française admettent assez généralement que les faillis non réhabilités ne peuvent être témoins dans un acte notarié; on le décide ainsi par application de la loi du 25 ventôse an xi, combinée avec la constitution de l'an viii (2). Comme la loi de ventôse ne reçoit pas d'application aux témoins testamentaires, il s'ensuit que les faillis sont capables. C'est la conséquence du principe qu'il n'y a pas d'incapacité sans texte (3).

**262.** La loi du 25 ventôse an xi veut que les actes reçus par des notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure. Cette disposition est applicable aux testaments. Il a été jugé que le testament est nul quand il ne mentionne pas la demeure des témoins (4). C'est une formalité très-importante; elle permet aux héritiers de vérifier si les témoins réunissent les conditions de capacité prescrites par la loi; de plus, la présence des témoins est souvent nécessaire dans les débats qui s'élèvent sur la validité des testaments; il faut donc que les parties intéressées connaissent leur demeure.

### III. Des incapacités naturelles ou accidentelles.

**263.** Y a-t-il des incapacités naturelles, c'est-à-dire des obstacles qui mettent les témoins dans l'impossibilité de remplir la mission pour laquelle ils sont appelés au testament, et qui, en ce sens, les rendent incapables d'y assister? On admettait ces incapacités naturelles en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, en partant du

(1) Voyez le tome 1<sup>er</sup> de mes *Principes*, p. 36, nos 25 et suiv.

(2) Amiens, 8 juillet 1873 (Daloz, 1874, 2, 91, et les autorités citées en note).

(3) Bruxelles, 29 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 141, et les autorités citées en note).

(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 21<sup>o</sup>, et au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° 8. Voyez la jurisprudence dans Daloz, n° 2139.

principe que pour être témoin il faut avoir les organes conformés de manière à pouvoir s'assurer de ce que font le testateur et le notaire. De là on concluait que les insensés étaient incapables, de même que les sourds, les muets et les aveugles. Le principe des incapacités naturelles est admis par tous les auteurs modernes. Quel est le but du législateur lorsqu'il exige que des témoins soient appelés à un testament? C'est d'empêcher que le testateur ne soit victime des captations et suggestions, et par suite de garantir l'accomplissement exact de toutes les formalités que le législateur a établies pour assurer la liberté du testateur. Pour atteindre ce but, il faut que les témoins voient le testateur, qu'ils l'entendent dicter ses dispositions, qu'ils voient le notaire écrire ce que le testateur lui dicte, qu'ils entendent la lecture de ce que le notaire a écrit, afin qu'ils puissent certifier par leur signature que tout ce que le notaire a mentionné dans l'acte est conforme à la vérité (1).

Il y a cependant une objection très-sérieuse contre la doctrine des incapacités naturelles. N'est-il pas de principe que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception? N'est-il pas de principe également qu'il n'y a de nullités, en matière de testaments, que celles qui sont établies par la loi? Les incapacités naturelles paraissent contraires à ces deux principes. En effet, la loi ignore ces incapacités; elle énumère les conditions requises pour être témoin (art. 980); elle énumère encore les incapacités relatives des témoins (art. 975): n'est-ce pas dire qu'il n'y en a pas d'autres? Et quand la loi garde le silence sur les incapacités dites naturelles, on ne conçoit pas que le juge prononce la nullité de ce chef. Pour échapper à l'objection, on dit qu'il ne s'agit pas d'incapacité, mais d'impossibilité; le témoin qui est privé de sa raison, ou à qui il manque un organe essentiel du corps, est capable, mais l'infirmité dont il est affecté ne lui permet pas de remplir le ministère auquel on l'appelle (2). Ce raison-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 4<sup>o</sup>. Daloz, n° 3153; Aubry et Rau, t. V, p. 506 et note 5, § 670.

(2) Coin-Delisle, p. 420, n° 35 de l'article 980.