

avons déjà dit, avec Merlin, que cela ne remplit pas l'objet de la loi, qui veut une lecture simultanée. D'autres se contentent d'une interprétation donnée par le notaire⁽¹⁾; à cela Vazeille répond très-bien que c'est une singulière garantie que celle de la déclaration du notaire, alors que c'est lui qui doit être surveillé et contrôlé⁽²⁾! La cour de cassation va encore plus loin; il suffit que les cours d'appel constatent que le témoin a reçu une connaissance du testament, n'importe par quelle voie, pour que le testament soit valable⁽³⁾. Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, il faudrait encore aller plus loin et dire que la lecture au testateur en présence des témoins suffit, alors même qu'ils ne comprendraient pas la langue, car ils ne doivent pas la comprendre, ils doivent seulement savoir que le notaire a lu. N'est-ce pas réduire les solennités du testament à une pure comédie?

IV. Des incapacités relatives.

269. L'article 975 porte : « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. » Ces incapacités ont pour but d'assurer l'indépendance des témoins, qui peuvent être appelés à témoigner dans les procès sur la validité du testament. Si un témoin pouvait être légataire, il serait placé entre son intérêt et sa conscience. Son devoir lui commanderait de faire connaître les causes qui annuleront le testament; mais si le testament est annulé, son legs tombe; le voilà donc intéressé à ne pas dire la vérité. La loi craint, et avec raison, de placer les hommes dans une position qui peut les porter à sacrifier le devoir à intérêt.

270. La loi du 25 ventôse an xi contient une disposition analogue; aux termes de l'article 10, « les parents,

(1) Metz, 19 décembre 1816 (Daloz, n° 2908).

(2) Vazeille, t. II, p. 504, n° 6 de l'article 980.

(3) Rejet, 14 juillet 1818 (Daloz, n° 3133).

alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8, leurs clercs et serviteurs ne pourront être témoins. » Il y a des différences entre l'article 975 et l'article 10. De là la question de savoir si la disposition de la loi de ventôse est abrogée par le code civil. L'affirmative n'est pas douteuse; c'est la conséquence du principe de la spécialité des lois. La disposition spéciale du code civil concernant les incapacités relatives des témoins appelés aux testaments déroge à la disposition générale sur les incapacités relatives des témoins appelés à un acte authentique. Il en résulte, il est vrai des anomalies dont on chercherait vainement la raison; mais la critique s'adresse au législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte⁽¹⁾.

271. Sont incapables, d'après l'article 975, « les légataires, à quelque titre que ce soit, » donc les légataires à titre particulier aussi bien que les légataires universels, et, par suite, quelque modiques que soient les legs. Dans l'application, la loi est souvent d'une sévérité excessive, pour mieux dire, elle est en contradiction avec le motif qui a fait établir l'incapacité, et, par conséquent, la nullité du testament ne se justifie plus. Deux avocats figurent à un testament comme témoins, le testateur leur lègue à chacun six couverts d'argent. Certes, ces legs, qui n'étaient qu'un souvenir, ne pouvaient influer sur l'indépendance des deux témoins, avocats distingués et jouissant d'une fortune considérable. Si les tribunaux pouvaient juger en équité, ils auraient maintenu le testament; il fut cassé et il devait l'être, l'article 975 est absolu et l'article 1001 est impératif. « Les testaments, dit la cour de cassation, ne peuvent pas être livrés à des appréciations arbitraires de la quotité des legs, de la valeur des successions et de la qualité des personnes⁽²⁾. » On ne peut pas même faire exception pour les legs rémunérateurs, car la loi dit : à

(1) Coin-Delisle, p. 429, n° 35 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 213, n° 198. Rejet de la cour de cassation de Belgique, 13 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 7); Bruxelles, 7 février 1867 (*ibid.*, 1867, 2, 141) et 11 mars 1831 (*ibid.*, 1831, p. 36).

(2) Rejet, 13 décembre 1847 (Daloz, 1848, 1, 128). Comparez les arrêts rapportés dans Daloz, nos 3179 et 3187.

quelque titre que ce soit, et d'après l'article 1023, le legs fait au créancier n'est pas censé en compensation de sa créance; de sorte que la personne gratifiée a deux droits, une action pour réclamer ce qui lui est dû et un droit à la chose léguée, partant elle est légataire, donc incapable. Mais s'il était dit que le legs est fait en compensation de la dette, il n'y aurait plus de libéralité, donc pas de legs: sauf au demandeur en nullité à prouver qu'il n'y avait pas de dette et que le legs a été fait sous cette forme pour éluder la loi (1).

272. La loi est sévère, les tribunaux sont donc forcés de l'être. Toutefois ils ne doivent pas dépasser la rigueur de la loi. Il faut qu'il y ait une libéralité pour qu'il y ait un legs. La chose est souvent très-douteuse. Un testateur dit qu'étant très-content de son homme d'affaires, il désire que son légataire universel le garde à son service pendant deux ans au moins après son décès, et dans le cas où il serait renvoyé avant cette époque, il lui *donne et lègue* deux ans de gages en sus de ceux qui lui seraient dus au moment du renvoi. Les frère et sœur attaquèrent le testament par le motif que cette disposition était un legs et que le légataire avait assisté au testament comme témoin. Il fut jugé que la disposition ne renfermait pas une libéralité, mais seulement la réparation d'un dommage. La cour de cassation, s'attachant aux mots *je donne et lègue*, décida qu'il y avait legs, partant nullité du testament. Sur le renvoi, la cour d'Agen valida le legs, comme l'avait fait la cour de Toulouse, mais en donnant une autre forme à sa décision. Il y avait, disait-elle, des conventions synallagmatiques entre le défunt et son régisseur; le contrat étant fait pour un temps indéterminé, celui-ci avait droit à des dommages-intérêts, en cas de rupture et le testateur avait accordé cette indemnité sous forme de legs. Au fond, la décision était celle de la cour de Toulouse; elle avait évidemment pour but de valider le testament. La cour de cassation jugea néanmoins que

(1) Coin-Delisle, p. 418, n° 31 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 215, n° 201. Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 337).

l'interprétation était différente, qu'il n'y avait pas lieu de juger le procès chambres réunies et que la cour n'avait pas qualité pour invalider l'appréciation que la cour d'appel avait faite des conventions intervenues entre les parties contractantes (1). C'est, en définitive, un arrêt d'équité sous forme d'une décision juridique, et nous n'y voyons aucun mal; quand on peut concilier le droit avec l'équité, le juge doit le faire.

273. Il peut y avoir legs sans qu'il y ait une personne gratifiée; dans ce cas, il n'y a point de légataire et, par suite, ni incapacité ni nullité. Il est d'usage, dans la Hesbaie, que les ouvriers de chaque ferme portent en terre le cadavre de leur maître, fermier ou propriétaire. Un testateur lègue à chacun des quatre ouvriers de la ferme quatre mesures de seigle; il a été jugé par la cour de cassation que ce legs faisait partie des frais funéraires et devait être considéré comme charge de l'hérédité plutôt que comme un legs proprement dit; ce qui permettait de valider le testament (2). Nous n'oserions pas approuver cet arrêt comme une décision juridique; la plus simple prudence commande de n'y voir qu'une décision d'équité, à laquelle on a donné une couleur de droit.

Il n'en est pas de même lorsqu'un legs est fait pour prières: le desservant peut être témoin, bien qu'au décès il se trouve attaché à l'église où doivent se dire les messes et qu'il profite ainsi indirectement du legs. La raison en est qu'il n'y a point de legs sans libéralité; or, dans l'espèce, le testateur n'a pas entendu gratifier le desservant, puisqu'il ne lui donne rien et ne l'institue légataire ni directement ni indirectement. La cour de Bordeaux avait considéré la disposition comme un legs conditionnel au profit du prêtre appelé à dire les messes. Si le prêtre était désigné dans la disposition, nous serions de cet avis; mais, dans l'espèce, le legs était fait au ministre du culte catholique qui serait en exercice au décès du défunt; la testatrice ne désignait donc personne, le legs s'adressait

(1) Cassation, 4 août 1851 (Daloz, 1851, 1, 220). Rejet de la chambre civile, 10 août 1853 (Daloz, 1853, 1, 341).

(2) Rejet, 17 janvier 1810, sur les conclusions de Merlin (Daloz, n° 3181, 4°).

à la fabrique d'église et devait être accepté par elle; ce qui exclut toute gratification personnelle. L'arrêt a été cassé (1).

274. La disposition de l'article 975 conduit à des conséquences qui condamnent la rigueur de la loi. Un testateur institue un légataire universel à la charge de ne réclamer à ses débiteurs les sommes qu'ils lui doivent qu'une année après son décès et les intérêts qu'à partir de son décès. Il résultait de cette disposition que le testateur entendait faire deux avantages à ses débiteurs : il leur accordait un délai d'un an pour se libérer et il leur faisait remise des intérêts. C'était donc un legs au profit de tous les débiteurs du défunt, par suite tous devenaient incapables d'être témoins. Il se trouva que l'un des témoins était beau-frère d'un débiteur du défunt, et lui-même s'était engagé comme caution solidaire; donc il était débiteur, par suite gratifié et incapable, et son incapacité annulait le testament (2). La décision est très-juridique. Mais la loi ne dépasse-t-elle pas son but en annulant des testaments pour une cause pareille? Une incapacité qui devait servir de garantie aboutit à annuler les volontés bien certaines du défunt.

275. Si la disposition concernant les légataires est trop rigoureuse, que dire de l'incapacité qui frappe les parents et alliés du légataire jusqu'au quatrième degré inclusivement? Dans l'ancien droit, les parents des légataires n'étaient pas frappés d'incapacité; est-ce que par hasard les liens de famille auraient acquis une force plus grande dans nos mœurs modernes? On se plaint, au contraire, qu'ils se relâchent; il est certain que c'est excéder toutes les bornes de la rigueur que de déclarer incapables des cousins germains par alliance (3).

La rigueur excessive de la loi n'est pas une raison pour se dispenser de l'appliquer. Mais les interprètes ne l'ont-ils pas exagérée en jugeant que l'alliance continue à être

(1) Cassation, 11 septembre 1809 (Daloz, n° 3181, 3°). Comparez les arrêts rapportés, *ibid.*, n° 3181, 1° et 2°.

(2) Riom, 23 mai 1855 (Daloz, 1857, 5, 224).

(3) Coin-Delisle, p. 419, n° 33 de l'article 980.

une cause d'incapacité, alors même que le conjoint qui a produit l'alliance est mort sans laisser d'enfants? La question de savoir si l'alliance cesse dans ce cas est controversée; à notre avis, la cause de l'alliance cessant, l'alliance cesse aussi; c'est seulement quand la loi en maintient expressément les effets qu'elle persiste : tels sont les cas prévus par les articles 161 et 162. Donc dans le cas de l'article 206, l'alliance cesse. L'intérêt qui rend les alliés incapables est déjà si faible tant que l'alliance dure; il s'évanouit complètement quand il n'y a plus ni conjoints ni enfants; or, peut-on maintenir l'incapacité quand les motifs qui l'ont fait établir n'existent plus? La jurisprudence (1) et la doctrine (2) se sont cependant prononcées pour l'opinion contraire.

Le mot *alliés* comprend-il le conjoint du légataire? On admet l'affirmative, tout en avouant qu'il n'y a pas de texte formel. Il est très-vrai que le mariage produit l'alliance; d'où l'on conclut que les époux sont les plus proches alliés. En droit, cela n'est pas exact. Le législateur aurait dû sans doute frapper d'incapacité le conjoint du légataire, car il a le plus souvent un intérêt pécuniaire au legs. Si, malgré le silence de la loi, on admet l'incapacité, c'est qu'il serait par trop absurde que le mari pût être témoin, alors que son frère serait incapable (3). Toujours est-il que la loi est incorrecte.

276. L'article 975 déclare encore incapables les clercs des notaires par lesquels les actes sont reçus. Cette incapacité a donné lieu à un grand nombre de difficultés. On demande d'abord si par clercs on entend seulement ceux qui font le stage requis par la loi pour pouvoir devenir notaire. Sur ce point, il n'y a aucun doute. L'article 975 est général, il s'applique à tous les clercs; or, il y en a qui n'aspirent pas au notariat, il y en a même, d'après notre législation, qui ne peuvent pas y aspirer, parce qu'ils n'ont pas fait les études ni subi les examens prescrits

(1) Cassation, 16 juin 1834; Dijon, 6 janvier 1827 (Daloz, n° 3200, 1° et 2°).

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 469. Aubry et Rau, t. V, p. 508, note 16. Coin-Delisle, p. 419, n° 33 de l'article 980.

(3) Duranton, t. IX, p. 141, n° 114, et tous les auteurs.

par la loi. Ils sont néanmoins clercs, s'ils travaillent habituellement dans une étude; dès lors ils sont frappés d'incapacité; le texte leur est applicable et l'esprit de la loi n'est pas douteux. Ce n'est pas parce qu'un jeune homme se prépare au notariat que la loi le déclare incapable, c'est parce qu'il est dans la dépendance du notaire dont il est le commis (1).

Par la même raison, l'on ne doit tenir aucun compte de l'inscription à la chambre des notaires qui est requise pour constater le stage des candidats notaires. D'une part, les notaires y peuvent inscrire tous leurs clercs, qu'ils se destinent ou non au notariat; et ils peuvent aussi se dispenser d'inscrire ceux qui ne s'y destinent point. D'autre part, il se peut qu'ils inscrivent comme clercs des élèves à l'université qui ne font qu'un stage nominal, ou des individus qui fréquentent irrégulièrement leur étude. En définitive, la question de savoir qui est clerc, dans le sens de l'article 975, est une question de fait que les tribunaux décideront d'après les circonstances de chaque cause (2).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé par la chambre de cassation de la cour de Bruxelles qu'aucune loi ne déterminant les caractères du clerc de notaire, il appartenait au juge du fait de décider si le témoin que l'on prétend incapable comme clerc a cette qualité ou non (3). La cour de Bruxelles a jugé que celui qui travaille habituellement dans l'étude d'un notaire doit être réputé clerc, lors même qu'il n'est pas porté sur le tableau ou sur le registre. Par contre celui qui travaille chez un notaire comme aspirant au notariat, sans être salarié, n'est pas clerc, alors que son travail ordinaire consiste à faire les rôles de contributions, les procès-verbaux de domaines nationaux et autres écritures étrangères au notariat; dans l'espèce, cet individu était inscrit sur le registre des stagiaires; la cour écarta la preuve qui pouvait résulter du

(1) Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, au mot *Clerc*, n° 7.
(2) Coin-Delisle, p. 420, n° 34 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 219 n° 209.

(3) Arrêt de rejet du 7 mai 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 369).

registre; il avait été rectifié, et ne l'eût-il pas été, la question restait une question de fait (1).

C'est le travail habituel du commis, dit la cour de cassation, qui lui donne la qualité de clerc dans le sens de l'article 975 (2). Quand y a-t-il travail habituel? C'est une difficulté de fait. La même personne a souvent plusieurs occupations également salariées. Il n'est pas requis que le clerc soit exclusivement occupé à l'étude pour avoir cette qualité, pourvu que le travail de l'étude soit son occupation habituelle; le clerc ne laissera point d'être clerc pour être secrétaire communal. Mais aussi s'il a une autre fonction qui doit être considérée comme sa fonction principale, il n'aura pas la qualité de clerc, quand même il travaillerait en l'étude du notaire: tels seraient un employé du mont-de-piété (3), un commerçant (4), un arpenteur géomètre (5). Il a même été jugé que celui qui est inscrit au stage et qui fait habituellement des écritures pour un notaire ne peut être considéré comme clerc s'il est commerçant et si de plus il fait des écritures pour le receveur de l'enregistrement, pour l'huissier, pour le conducteur des ponts et chaussées: quelle est de toutes ces occupations celle qui est la principale? C'est au juge du fait à décider la question; il a été jugé que, dans la petite localité où le notaire avait sa résidence, il n'y avait pas de clercs en titre, parce que le nombre des affaires ne permettait pas aux notaires d'avoir des clercs, ce qui était décisif (6). Le travail peut être irrégulier; mais si ce travail est l'occupation principale de celui qui s'y livre, l'irrégularité que le notaire souffre n'empêchera pas que le commis soit un clerc (7).

Que de procès pour décider si un individu est clerc ou non! C'est qu'il n'y a pas de questions plus importantes

(1) Bruxelles, 12 avril 1810 et 20 mars 1811 (Daloz, n° 3319).

(2) Rejet de la chambre civile, 25 janvier 1858 (Daloz, 1858, 1, 63).

(3) Bruxelles, 19 décembre 1812 (*Pasicrisie*, 1819, p. 368).

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

(5) Colmar, 4 novembre 1857 (Daloz, 1859, 2, 129).

(6) Agen, 31 juillet 1854, et Rejet, 13 novembre 1854 (Daloz, 1855, 1, 112).

(7) Rennes, 23 juin 1856, et Rejet de la chambre civile, 25 janvier 1858 (Daloz, 1858, 1, 63).

au fond, puisque la validité du testament en dépend, ce qui met en jeu les plus graves intérêts et les passions les plus vives. C'est un grand mal; le législateur aurait pu le diminuer en modérant sa sévérité. Que l'interprète au moins ne la dépasse pas, en créant des incapacités que la loi ignore!

277. La loi du 25 ventôse an xi (art. 10) porte que les parents et alliés des *parties contractantes*, en ligne directe à tous les degrés et en ligne collatérale au degré d'oncle ou de neveu, ne peuvent être témoins. Cette incapacité s'applique-t-elle aux testaments? Si l'on admet le principe que la disposition spéciale de l'article 975 déroge aux dispositions générales de la loi de ventôse (n° 270), la conséquence est évidente; il n'y a d'autres incapacités relatives que celles que le code consacre. Donc les parents et alliés du testateur sont capables d'être témoins. Le texte même de la loi de ventôse résiste ici à son application extensive; l'article 10 parle des *parties contractantes*; or, en matière de testament, il n'y a pas de *parties contractantes*, donc pas d'incapacité qui ait son principe dans les parties qui contractent. Que ce soit une anomalie ou non, peu importe; la solution n'est pas douteuse, elle est admise par la doctrine et par la jurisprudence (1).

278. Les parents et alliés du notaire peuvent-ils être témoins? La question est controversée, de même que pour les domestiques du notaire. Nous regrettons ces controverses inutiles, qui font du droit une mer de doutes. La question de droit est identiquement la même que celle que nous venons de toucher et sur laquelle tout le monde est d'accord. L'article 10 de la loi de ventôse exclut comme témoins des actes notariés les parents et alliés du notaire, ses clercs et ses serviteurs; le code civil ne reproduit pas ces incapacités, donc il déroge à la loi de ventôse. Dans l'espèce, l'intention de déroger résultant de la spécialité de l'article 975 est palpable. La loi de ventôse déclare incapables les clercs des notaires et ses serviteurs. Que

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 18° (t. XXXIII, p. 53), et tous les auteurs. Comparez Meiz, 23 mars 1820 (Dalloz, n° 3202).

fait le code? Il maintient l'incapacité des clercs, il ne dit rien des serviteurs, ni des parents et alliés du notaire. La volonté de déroger est certaine, car si le législateur avait voulu s'en rapporter à la loi de ventôse, il était inutile de mentionner les clercs, puisqu'ils sont compris dans l'article 10; reproduire la disposition de la loi de ventôse uniquement pour les clercs, c'est bien dire que les clercs seuls sont incapables (1). Le rapporteur du Tribunat, Jaubert, le dit. « La loi générale (de ventôse an xi) ne peut pas être invoquée dans la matière des testaments pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins (2). »

Comment se fait-il que les auteurs mêmes qui admettent le principe de l'abrogation d'une loi générale par une loi spéciale, dans les matières que celle-ci règle, reculent devant la conséquence qui en découle? C'est parce que l'application du principe conduirait à des anomalies tellement absurdes, que l'on ne peut pas croire que le législateur ait voulu les consacrer. Quoi! dit-on, le législateur suspecte, il rejette des testaments le témoignage des cousins et alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, témoignage qu'il admet cependant à ce degré dans les actes notariés en général, et l'on veut qu'il admette le témoignage, dans les testaments, des parents et alliés du notaire, alors qu'il les rejette dans les actes ordinaires! Quoi! il suspecte et écarte les clercs des notaires et il ajouterait foi à leurs serviteurs! Cela est impossible (3). Nous répondrons avec la cour de Bruxelles: *Non de legibus, sed secundum leges judicandum* (4). Qu'importent les anomalies? Elles découlent du principe de la dérogation tacite résultant de la spécialité de l'article 975. Si le principe est vrai, et on n'ose pas le répudier, il en faut accepter les conséquences; que si l'on ne veut pas des conséquences, il faut rejeter le principe. Quant aux anomalies, l'interprète n'a pas à s'en inquiéter; c'est au

(1) Caen, 4 décembre 1812 (Dalloz, n° 3201).

(2) Jaubert, Rapport, n° 57 (Loché, t. V, p. 356).

(3) Duranton, t. IX, p. 142, n° 115. Troplong, t. II, p. 57, n° 1606.

(4) Bruxelles, 25 février 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 142).