

législateur, et non au juge, à corriger les lois. Notre conclusion est que les parents et alliés du notaire ainsi que ses serviteurs peuvent être témoins, et nous nous félicitons de ce résultat; c'est autant de chances de moins de nullité. Il n'y en a déjà que trop; et elles retombent non sur les parties, c'est-à-dire sur le testateur, mais sur les légataires, qui n'ont aucun moyen de les éviter (1).

279. Les domestiques du testateur et des légataires peuvent-ils être témoins? Sur ce point, il n'y a aucun doute; le silence du code décide la question. Tout Belge peut être témoin à un testament, si une loi ne l'en déclare incapable; le code a une disposition spéciale qui détermine les incapacités relatives; les domestiques du testateur et des légataires, n'étant pas compris parmi les incapables, restent par cela même dans la règle, qui est la capacité. Telle est la jurisprudence belge (2) et française (3), ainsi que la doctrine (4).

280. Les témoins entre eux peuvent-ils être parents ou alliés? La solution est la même et fondée sur les mêmes motifs. On a cependant soutenu que l'incapacité qui existe entre notaires devait aussi exister entre témoins, puisque les deux témoins appelés quand il n'y a qu'un seul notaire tiennent la place du notaire, et en ont momentanément le caractère. C'était créer des incapacités par voie d'induction; la cour de Bruxelles a repoussé ce dangereux système (5), et les autres sont du même avis (6).

281. La capacité putative suffit-elle pour valider le testament? On suppose qu'un témoin n'a pas l'une des qualités que la loi prescrit, il n'est pas Français, mais l'erreur commune lui attribue cette qualité: est-ce le cas

(1) Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 509, note 20, § 670, et Demolombe, t. XXI, p. 221, n° 213. La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion. Bruxelles, 25 février 1867, et Rejet, 13 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 141; 1868, 1, 7).

(2) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 22 janvier 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 53).

(3) Caen, 4 décembre 1812. Rejet, 3 août 1841 (Dalloz, nos 3201 et 3152).

(4) Vazeille, t. II, p. 470, n° 9 de l'article 975, et tous les auteurs.

(5) Bruxelles, 25 mars 1806 (Dalloz, n° 3204).

(6) Duranton, t. IX, p. 145, n° 117, et tous les auteurs.

d'appliquer le vieil adage que *l'erreur commune fait droit*? La jurisprudence et la doctrine l'admettent avec les restrictions que nous allons exposer. Avant tout, nous protestons, au nom du droit, contre la maxime qui semble donner à l'erreur la puissance du droit. Le droit est l'expression de la vérité éternelle; comment l'erreur pourrait-elle jamais être assimilée à la vérité? Il n'y a rien de plus funeste que l'autorité que l'on attache à un fait lorsqu'il repose sur une erreur; reconnaître à ce fait, quelque universel qu'il soit, l'autorité du droit, c'est détruire la base de l'ordre moral. Tel est cependant là le sens que l'on donne parfois à l'adage *Error communis facit jus*. « C'est le fait qui devient droit, dit-on, et ne sont-ce pas les faits qui gouvernent le monde (1)? » Non, ce ne sont pas les faits qui gouvernent le monde, c'est le droit, c'est la justice; et quand un fait, fût-il universel, est en opposition avec le droit, il doit disparaître, et il faut l'attaquer, bien loin de lui donner l'autorité du droit. Hâtons-nous d'ajouter que ce n'est pas ainsi que les jurisconsultes romains entendent la règle qu'on leur a empruntée.

Un esclave est nommé préteur, le peuple qui l'a élu l'ayant cru libre et citoyen. Annulera-t-on les actes de juridiction qu'il a faits? Dans la rigueur du droit, ils sont nuls sans doute aucun; mais par humanité, dit Ulpien, on doit les maintenir, en faveur des particuliers qui ont eu recours à son ministère; le peuple qui a élevé l'esclave à la dignité de préteur lui aurait donné la liberté s'il avait su qu'il fût esclave; on peut donc supposer qu'il la lui a donnée en l'élisant (2).

Un esclave qui était en possession publique de la liberté est délégué par un magistrat pour juger une affaire comme arbitre; sa sentence a l'autorité de chose jugée, quoiqu'il ait été remis en esclavage (3). L'autorité compétente, en déléguant un pouvoir à un incapable, lui donne la qualité requise pour agir, en ce sens que l'on ne peut pas attaquer ses actes; cela est non-seulement équitable, cela est

(1) Demolombe, t. XXI, p. 229, n° 220.

(2) L. 3, D., de *Officio prætorum* (1, 14).

(3) L. 2, C., de *Judiciis* (III, 1).

aussi juridique. L'arbitre a le droit de juger, parce qu'il est délégué par le magistrat compétent; qu'importe qu'il réunisse ou non les qualités exigées pour être arbitre?

Un esclave qui était universellement réputé libre est appelé comme témoin à un testament. L'héritier légitime demande la nullité du testament. L'empereur Adrien, à qui la difficulté fut soumise, répondit que pour valider le testament il suffisait que ce témoin passât généralement pour libre et que personne ne lui en contestât la qualité (1). La question s'étant représentée quelque temps après, les empereurs Sévère et Antonin la résolurent de même, et Justinien inséra leur décision dans ses *Institutes* (2).

Les jurisconsultes romains et les empereurs se gardent bien de dire que l'erreur commune fait droit. Quant aux rescrits des empereurs, ils avaient force de loi en vertu de la constitution impériale, si l'on peut donner ce nom à l'abdication que le peuple fit de sa souveraineté entre les mains des Césars. La maxime que l'erreur fait droit se trouve dans une autre loi, où elle joue un rôle très-innocent; il s'agit de déterminer, d'après l'opinion commune, quoique erronée, et non d'après l'exactitude grammaticale, la signification d'un mot dans un legs (3); à cette occasion, le jurisconsulte dit : *Error facit jus*; il était certes loin de sa pensée de transformer l'erreur en droit.

282. Tels sont les précédents de la fameuse maxime que nous voudrions bannir de notre science à cause de l'abus que l'on en peut faire. Dans l'ancien droit français, on fit une règle générale de ce qui n'était, en droit romain, qu'une décision particulière (4); et de là elle passa dans le droit moderne, où on la cite comme un adage. On n'a pas besoin de donner à l'erreur l'autorité du droit pour admettre que la capacité putative d'un témoin couvre son incapacité réelle. Le législateur français donne au mariage putatif, bien qu'annulé, les effets d'un mariage vé-

(1) L. 1, C., de Testam. (VI, 23).

(2) § 7, *Instit. de Testam.* (II, 10).

(3) L. 3, § 5, D., de Suppl. leg. (XXXIII, 10).

(4) Furgole, *Des testaments*, chap. III, sect. 1, n° 7.

ritable, parce qu'il a été contracté de bonne foi, l'erreur invincible ne pouvant pas nuire à celui qui a agi de bonne foi (art. 201). La loi aurait pu aussi déclarer le testament valable à raison de la bonne foi de ceux qui y ont appelé un témoin incapable, sauf à déterminer les conditions de cette capacité putative. Certes l'équité applaudirait à une pareille disposition, sans que l'on ait besoin d'ébranler les fondements de l'ordre social, en mettant l'erreur sur la même ligne que le droit. Mais le législateur ne l'a point fait; et pouvons-nous, dans le silence de la loi, déroger au droit par des considérations d'équité? En principe, non, cela est évident. Cependant les cours de cassation de France et de Belgique se sont prononcées pour la capacité putative. Comment répondent-elles à l'argument tiré du silence de la loi?

283. La cour de cassation de France invoque d'abord la tradition; la maxime de l'erreur commune était admise par les auteurs anciens et appliquée par les cours sans opposition aucune. Mais la tradition ne suffit point, il faut qu'elle ait été consacrée par le législateur moderne. La cour cite un avis du conseil d'Etat du 2 juillet 1807, approuvé par l'empereur et inséré au Bulletin des lois, ayant par conséquent force de loi. Il s'agissait de savoir si les extraits délivrés et certifiés par des employés auxquels la loi ne conférait pas de caractère public étaient validés par l'erreur dans laquelle se trouvait le public. Le conseil d'Etat décida la question affirmativement, mais il ne borna pas sa décision à la question spéciale qui lui était soumise; il jugea, en termes généraux, « que, de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher. » La cour en conclut que la capacité fondée sur l'erreur commune équivaut à la capacité réelle exigée par les articles 971 et 980 (1).

La cour de cassation de Belgique invoque uniquement

(1) Rejet, 18 janvier 1830 (Daloz, n° 3213, 1°).

la tradition, en essayant de démontrer que les auteurs du code civil l'ont consacrée implicitement. Il est certain que la maxime de l'erreur commune était admise dans l'ancien droit pour couvrir l'incapacité réelle des témoins testamentaires. Telle était la jurisprudence constante quand parut l'ordonnance de 1735. Cette ordonnance contenait sur la capacité des témoins des dispositions que le législateur moderne lui a empruntées; elle abrogeait le droit commun, contraire à ses dispositions. Néanmoins la maxime de la capacité putative ne fut pas considérée comme abrogée; l'ordonnance la maintint donc implicitement. La loi ainsi entendue a été reproduite par le code civil; n'en faut-il pas conclure que les auteurs du code ont reproduit l'ordonnance avec la restriction implicite concernant la capacité putative (1)? L'argumentation n'est pas tout à fait concluante; nous comprenons que l'on invoque la tradition pour interpréter des textes empruntés à l'ancien droit; mais, dans l'espèce, il ne s'agit point d'interpréter un texte, il s'agit d'y déroger en vertu du droit romain ou de la jurisprudence, l'un et l'autre abrogés. Toutefois, en combinant la tradition avec le décret de 1807, nous croyons que la maxime de la capacité putative peut être admise, bien qu'elle déroge à la rigueur du droit. La doctrine (1) est en ce sens, ainsi que la jurisprudence; mais l'une et l'autre exigent des conditions qu'il importe de préciser.

284. Il ne suffit point, pour qu'il y ait capacité putative, que l'opinion de la capacité du témoin soit généralement répandue, ce serait une simple erreur, et bien que reçue de bonne foi, elle ne validerait pas le testament. Si le législateur se contente de la bonne foi qui a présidé au mariage pour le valider, c'est par faveur pour le mariage, pour les époux et surtout pour les enfants. La capacité putative des témoins ne met en jeu que des intérêts particuliers; à la rigueur, le droit, dans toute sa sévérité,

(1) Rejet, 1^{er} octobre 1835, sur les conclusions de l'avocat général Defacqz (*Pasicrisie*, 1835, 1, 137). Comparez Bruxelles, 30 mai 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 142), 26 décembre 1831 (*ibid.*, p. 351) et 14 avril 1845 (*ibid.*, 1845, 2, 288).

devrait régner dans ces relations; car on ne peut faire fléchir le droit en faveur du légataire sans léser le droit de l'héritier légitime. Il faut donc que l'équité soit tellement puissante, qu'elle l'emporte sur le droit. C'est en ce sens que la doctrine exige, pour qu'il y ait capacité putative, une série d'actes multipliés qui forment pour le témoin une possession publique et paisible de l'état qu'elle suppose, possession tellement certaine, qu'il aurait été impossible de se prémunir de l'erreur qui en est résultée. Cette erreur invincible est une excuse pour ceux qui ont appelé le témoin, non parce qu'ils l'ont cru capable, mais parce qu'ils devaient le croire tel (1).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Il faut, dit la cour de cassation de France, pour couvrir l'incapacité d'un témoin instrumentaire, que l'erreur commune repose sur des faits et des actes de possession publique qui motivent et justifient l'erreur (2). La cour de Bruxelles reproduit textuellement la doctrine de Merlin: l'erreur commune, dont la capacité putative est le résultat, doit être basée sur une série d'actes multipliés qui forment pour le témoin une possession publique et constante de l'état qu'elle suppose, de sorte que les parties intéressées ne peuvent pas même songer à rechercher la capacité réelle du témoin; la cour en conclut que l'on ne doit admettre l'erreur commune qu'avec la plus grande circonspection, et seulement dans le cas où l'équité est tellement prépondérante, qu'elle doit l'emporter sur la rigueur du droit (3).

285. La capacité putative est d'ordinaire invoquée pour couvrir la nullité d'un testament auquel a assisté un témoin étranger que l'opinion commune considérerait comme Français ou Belge. D'après le principe que nous venons d'établir, l'opinion commune ne suffit point; il faut des actes, et surtout des actes émanés de l'autorité publique qui attestent la qualité d'indigène. Nous citerons

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III (t. XXXIII, p. 68). Coin Delisle, p. 422, n° 43 de l'article 980.

(2) Rejet, 24 juillet 1839 (Dalloz, n° 2316, 2°).

(3) Bruxelles, 26 décembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 351).

comme exemple une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bruxelles. Le père du témoin était venu s'établir à Malines, avec sa famille, en 1788. En l'an VI, le fils fut inscrit sur le registre civique ouvert à la municipalité de Malines; en l'an VII, il fut maintenu, sans opposition, sur la liste des ayant droit de voter aux assemblées primaires. En l'an IX, on le porta sur le tableau des ayant droit de voter que le conseil municipal devait former d'après la loi du 13 ventôse de cette année; en l'an X, il fut nommé membre du conseil municipal de Malines; en 1808, peu de temps après la date du testament attaqué, il fut nommé membre du collège électoral. Ces actes, tous émanés de l'autorité publique, attestaient que le témoin était considéré non-seulement comme Français, mais comme citoyen; il en résultait une possession publique de capacité qui ne permettait pas même de soupçonner qu'il fût incapable (1). Comme le dit très-bien la cour de Colmar, croire ce que l'autorité publique induit à croire et qu'il n'appartient pas aux particuliers de changer, ne doit pas raisonnablement rendre les citoyens responsables et victimes d'un acte fondé sur une telle croyance (2).

Dans une autre espèce, la cour de Bruxelles a rejeté la capacité putative d'un témoin né Français et habitant la Belgique. On n'invoquait d'autres faits que la longue habitation dans une commune belge, le mariage en Belgique, sans que les publications eussent été faites en France, la construction d'une maison. Ces faits établissaient bien la bonne foi de ceux qui avaient appelé le témoin au testament, mais aucun n'émanait d'une autorité publique; il n'y avait donc rien qui motivât ou justifîât l'erreur invincible qui seule permet de déroger au droit (3). Le fait de payer les contributions, de servir dans la garde nationale ou dans l'armée, quand ce service incombe à tout habitant, le fait d'avoir été témoin à d'autres actes, ont été jugés insuffisants, et avec raison; ils ne prouvent qu'une

(1) Bruxelles, 11 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 137).

(2) Colmar, 1^{er} juillet 1828 (*Dalloz*, n^o 3213, 1^o).

(3) Bruxelles, 8 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 171).

chose, l'erreur; ils ne prouvent pas que l'erreur soit invincible (1).

A plus forte raison la déclaration que les témoins font qu'ils ne se trouvent dans aucun cas d'incapacité légale ne couvre pas la nullité du testament. Cette déclaration peut tout au plus excuser le notaire qui a appelé au testament un témoin incapable, en ce sens qu'elle témoigne de sa bonne foi; mais la bonne foi ne suffit point pour constituer la capacité putative. La question a cependant été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Un témoin, cousin germain par alliance d'un légataire, déclare qu'il n'est ni parent ni allié au degré prohibé par la loi. Ce peut être une erreur, mais cette erreur ne lui donnait pas une capacité putative; la cour de Dijon constate, au contraire, que l'affinité du témoin était de notoriété publique dans la commune et que rien n'était plus possible que de la constater; dès lors ce n'était pas le cas de déroger au droit à raison d'une erreur invincible et d'une impossibilité absolue de l'éviter (2).

Il s'est présenté un autre cas bien plus favorable, qui témoigne contre la rigueur excessive de la loi. Un testateur, ne laissant que quelques cousins germains et un grand nombre de cousins issus de germains, fait un testament ainsi conçu: « Je veux qu'à mon décès, sans distinction des lignes paternelle et maternelle, ma succession soit partagée par branches ou étocs, de manière que les héritiers de chaque branche recueillent la part afférente à cette branche, les enfants par représentation de leurs parents. » Un des témoins instrumentaires était allié au quatrième degré d'un des nombreux légataires qui n'étaient pas dénommés dans le testament. Il était incertain, au moment de l'acte, quels parents seraient appelés à la succession. Cette incertitude n'était-elle pas une raison suffisante pour écarter l'application de l'article 975? Le tribunal de première instance le crut et valida le testament. Cette décision fut réformée en appel, et elle devait l'être,

(1) Poitiers, 9 avril 1829; Rejet, 14 juillet 1839 (*Dalloz*, n^o 2316, 1^o et 8^o).

(2) Rejet, 4 février 1850 (*Dalloz*, 1850, 1, 108).

puisqu'il n'y avait pas erreur commune dans le sens traditionnel de la maxime, bien que le notaire eût inséré la déclaration suivante dans l'acte : « La testatrice et les témoins ont déclaré, sur l'interpellation du notaire, que les témoins n'étaient pas parents ni alliés, au degré prohibé, de la testatrice ni des légataires. » La cour constate que l'affinité était un fait connu de la testatrice et du témoin ; il n'y avait donc pas erreur invincible, ce qui entraînait la nullité du testament quoiqu'il fût l'expression d'une volonté réfléchie et libre. La décision est juste, c'est la loi qui est mauvaise (1).

286. Le principe de la capacité putative est général, en ce sens qu'il est applicable dès qu'il y a erreur invincible. On a dit qu'il ne recevait point d'application aux incapacités relatives résultant de la parenté et de l'alliance, puisque les conditions de l'erreur commune ne se rencontrent guère dans cette hypothèse. En fait, cela est vrai, mais cela n'empêche pas que l'on ne doive maintenir le principe comme règle générale, sauf à rejeter la capacité putative lorsqu'elle n'est pas suffisamment établie (2).

La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans une espèce remarquable. Un testateur institue deux légataires universels, à charge par eux de payer une somme de soixante francs à chacun de ses filleuls et filleules. Il se trouva que l'un des témoins était cousin germain par alliance de l'un des filleuls, et il paraît que ceux-ci étaient innombrables. La cour d'Agen décida, après partage, qu'il avait été impossible au notaire aussi bien qu'aux témoins de savoir qu'il y avait un lien d'alliance entre un témoin et un légataire inconnu, que le testateur lui-même ne connaissait probablement pas ; la cour en conclut qu'il y avait erreur invincible, lors du testament, sur l'incapacité des témoins. Nous concevons les hésitations de la cour ; c'est donner à la maxime de l'er-

(1) Metz, 23 mars 1865 (Daloz, 1865, 2, 90), et Rejet, 18 juin 1866 (Daloz, 1867, 1, 30).

(2) Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicriste*, 1845, 2, 337); Coin-Delisle, p. 422, n° 44 de l'article 980; Aubry et Rau, t. V, p. 510 et note 26. Demante, t. IV, p. 294, n° 125 bis V.

reur commune une portée et une extension qu'elle n'avait certes pas en droit romain, et qu'il faudrait rejeter si l'on s'en tenait aux conditions que la doctrine et la jurisprudence exigent pour qu'il y ait erreur commune. Où étaient les actes publics d'où résultait, dans l'espèce, la capacité putative du témoin ? Toutefois la cour de cassation admit l'erreur, et en des termes très-larges. La quantité des filleuls et des filleules étant innombrable, dit l'arrêt, il en résultait qu'il était difficile, pour ne pas dire impossible, de savoir si un tel était du nombre de ces filleuls ; dès lors l'erreur dans laquelle était tombé le notaire avait été invincible (1). La rigueur excessive, disons-le, déraisonnable, de la loi est pour beaucoup, croyons-nous, dans cette décision.

V. Règles générales

287. A quel moment les témoins ainsi que le notaire doivent-ils être capables ? C'est à peine si la question peut être posée, et il est inutile de citer le Digeste pour la résoudre. La loi prescrit des conditions générales de capacité ; celui qui ne réunit pas ces conditions ne peut être témoin, c'est-à-dire qu'il ne peut assister au testament ; c'est donc lors du testament qu'il doit être capable. Il y a ensuite des causes spéciales d'incapacité ; à quel moment ces causes empêchent-elles le témoin, capable en général, d'assister au testament ? Au moment où il y est appelé. Nous croyons inutile d'insister sur le principe et sur les conséquences qui en découlent ; cela saute aux yeux (2).

288. Qui doit prouver la capacité ou l'incapacité des témoins ? Nous avons déjà rencontré la question en traitant des conditions générales de capacité (n° 256), et nous avons décidé que c'est à l'héritier qui attaque le testament de prouver les causes d'incapacité qui annulent l'acte : tel est, en effet, le fondement de sa demande. A plus forte raison en est-il ainsi des incapacités naturelles ou rela-

(1) Rejet, 31 juillet 1834 (Daloz, n° 3194).

(2) Toullier, t. III, 1, p. 226, n° 405, et tous les auteurs.