

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 (Dalloz, 1865, 2, 90), et Rejet, 18 juin 1866 (Dalloz, 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 (Dalloz, n° 3194).

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



tives. Elles supposent que le témoin est capable, mais que, par exception, il se trouve parmi les incapables; c'est à celui qui allègue une exception d'en faire la preuve. Dans l'espèce, l'exception est le fondement de l'action en nullité, ce qui rend applicable le vieil adage consacré par l'article 914: Au demandeur incombe la preuve.

Comment la fera-t-il? Doit-il s'inscrire en faux si le notaire a déclaré dans l'acte que les témoins sont capables? Non, certes. Nous reviendrons sur la question en traitant de la force probante du testament authentique.

**289.** Quel est l'effet de l'incapacité? Le testament est-il nul pour le tout? L'affirmative n'est pas douteuse, elle est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Il s'agit d'une condition de forme; la présence d'un notaire et de témoins capables est une des solennités essentielles du testament par acte public, donc si le notaire ou un témoin est incapable, l'acte est vicié dans sa substance. En ce sens on peut dire, avec la cour de Metz, que la forme des actes est indivisible; le témoin est témoin pour le tout et non pour une fraction, donc il doit y avoir nullité pour le tout. Cela est de doctrine et de jurisprudence (1).

### N° 3. LES FORMALITÉS.

#### I. Les formes générales de la loi de ventôse an XI.

**290.** La loi du 25 ventôse an XI prescrit les formalités que les notaires sont tenus d'observer dans leurs actes, sous peine de nullité. Ces formes sont-elles applicables aux testaments? Nous avons déjà répondu à la question en établissant le principe que la loi de ventôse, concernant tous les actes notariés, doit recevoir son application aux testaments reçus par notaires, sauf dans les cas où les dispositions spéciales du code dérogent à la loi générale du notariat (n° 250). Ce principe s'applique sans difficulté aux formes proprement dites; le code civil

(1) Demante, t. IV, p. 284, n° 120 bis V, et tous les auteurs. Metz, 1<sup>er</sup> février 1821. Rejet, 27 novembre 1833 (Daloz, n° 3290, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>); Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 337).

ne s'en occupe pas; il est donc impossible qu'il déroge, sous ce rapport, à la loi de l'an XI. Déjà en 1822, la cour de Bruxelles disait que la jurisprudence était depuis longtemps fixée à cet égard (1). Ce qui n'empêcha pas les plaideurs téméraires de porter la question, qui n'en est pas une, devant la cour de cassation de Belgique; celle-ci décida que les lois générales doivent être exécutées dans tous les points où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale (2). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (3).

**291.** La loi de ventôse exige l'énonciation du nom et de la résidence du notaire qui reçoit l'acte; le testament doit contenir la même mention; mais elle n'est pas prescrite sous peine de nullité. Il ne vaudrait pas la peine de le dire, puisque cela résulte textuellement des articles 12 et 68 de la loi, si Merlin et Toullier ne s'y étaient trompés. Merlin a reconnu son erreur, il suffit donc de renvoyer à ce qu'il dit (4).

D'ordinaire les actes sont reçus en l'étude du notaire; parfois aussi ils sont passés en la demeure des parties. Il en est surtout ainsi des testaments. Aux termes de l'article 12 de la loi de ventôse, le notaire doit mentionner le lieu où l'acte est passé, sous peine de nullité. Un testament a été annulé parce que la mention qu'il avait été reçu en l'étude était effacée, et le renvoi qui énonçait la demeure du testateur n'était pas approuvé (5). Qu'entend-on par *lieu* où l'acte se fait? On a prétendu qu'il fallait indiquer la demeure, c'est-à-dire la maison; la cour de cassation a jugé que le code n'exigeant pas, comme l'ordonnance de Blois, l'indication de la maison, il suffisait de mentionner la commune (6). La mention du canton ou de la province serait insuffisante; comme les notaires ne peuvent instrumenter que dans un certain ressort, il

(1) Bruxelles, 17 octobre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 257). Comparez Bruxelles, 28 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 242).

(2) Rejet, 2 décembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 181).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 511 et suiv., et note 30, § 670.

(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, section II, § III, art. II, n° VIII (t. XXXIII, p. 510, note 1).

(5) Lyon, 18 janvier 1832 (Daloz, n° 2812, 3<sup>o</sup>).

(6) Rejet, 23 novembre 1814 (Daloz, n° 3144, 2<sup>o</sup>). Liège, 13 octobre 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 75); Bruxelles, 2 novembre 1831 (*ibid.*, 1831, p. 286).