

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^{er} février 1821. Rejet, 27 novembre 1833 (Daloz, n° 3290, 2^o et 3^o); 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^o).

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

faut que l'acte porte en lui-même la preuve qu'il a été passé dans une commune où le notaire a le droit d'instrumenter (1).

La loi de ventôse ni le code civil n'exigent, sous peine de nullité, que le notaire mentionne la qualité qui lui donne le droit d'instrumenter. De là une grande incertitude dans la doctrine. La mention est substantielle, dit Merlin, il est donc inutile que la loi la prescrive; les notaires seuls ayant le droit de recevoir des testaments, il faut que l'acte prouve qu'il a été reçu par un notaire. Non, répond-on; il n'y a pas de nullité sans texte; il est, à la vérité, de la substance de l'acte que le notaire le reçoive, mais la mention ne devient substantielle que lorsque la loi la prescrit. Il nous semble que la nécessité de la mention ne résulte pas suffisamment de la définition même du testament par acte public. C'est celui, dit l'article 971, qui est reçu par deux notaires ou par un notaire en présence de témoins; il faut donc que l'acte prouve qu'il a été reçu par un officier public ayant qualité de le recevoir, et l'article 1001 prononce la nullité pour inobservation de toutes les formes, donc aussi de celle qui est prescrite par l'article 971. Seulement il ne faut pas de mention spéciale, puisque la loi ne l'exige pas; la signature et le préambule de l'acte suffiraient (1).

292. Il va sans dire que l'acte doit constater la comparution du testateur; si le notaire ne connaît pas la personne qui teste, il doit exiger que ses noms, état et demeure soient attestés par deux citoyens connus de lui, ayant les mêmes qualités que celles que la loi de ventôse requiert pour être témoin instrumentaire (art. 11); on les appelle des témoins certificateurs. Cette formalité n'est pas prescrite sous peine de nullité; elle n'en est pas moins très-importante pour prévenir les faux.

Nous avons déjà dit que le notaire doit indiquer les

(1) Caen, 12 novembre 1814 (Dalloz, n° 3144, 2°). Duranton, t. IX, p. 85, n° 55.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. 111 (t. XXXIII, p. 395). Comparez Toullier, t. III, 1, p. 213, n° 386, et t. IV, 2, p. 96, n° 84; Coin-Delisle, p. 356, n° 19 de l'article 971; Duranton, t. IX, p. 90, n° 60; Vazeille, t. II, p. 415, n° 6 de l'article 971.

noms et la demeure des témoins (n° 262). On s'est plus d'une fois prévalu de cette forme prescrite sous peine de nullité pour attaquer les testaments; un testament a été annulé parce que le notaire s'était servi du mot *domicile* au lieu du mot *demeure* (1). Généralement les tribunaux se montrent très-indulgents dans l'appréciation de cette formalité (2). La loi est d'une rigueur excessive; tout ce qui résulte de l'inobservation de la formalité qu'elle prescrit, c'est qu'il sera plus ou moins difficile aux héritiers de trouver les témoins: est-ce une raison d'annuler un testament? Plus on entre dans les détails de cette matière hérissée de formalités, plus on se convainc que la loi a besoin d'être réformée.

293. Le testament doit être daté sous peine de nullité. Si le code ne le dit pas, comme il le fait pour le testament olographe (art. 970), c'est que la loi de ventôse prescrit la date, sous peine de nullité, pour tous les actes notariés. L'article 12 exige la date du jour et de l'année; la date du jour implique celle du mois; l'heure ne doit pas être indiquée, bien que cela puisse être utile, si le testament se fait au moment de la mort.

Ce que nous avons dit de la date du testament olographe s'applique au testament authentique (nos 188 et suiv.).

La date surchargée est-elle nulle quand la surcharge n'a pas été approuvée? Oui, si l'on s'en tient à la rigueur de la loi (art. 16); les mots surchargés étant nuls, le testament se trouve sans date, ce qui en entraîne la nullité. Cette interprétation rigoureuse a été soutenue devant la cour de cassation; elle n'a pas été admise. Si la loi annule les mots surchargés, c'est qu'elle craint la fraude; dans l'espèce, il y aurait possibilité de fraude si la surcharge substituait une date à une autre; mais quand elle a seulement pour objet de rectifier une erreur qui était échappée au notaire, il n'y a plus aucune raison pour annuler les mots surchargés; la cour ne met qu'une con-

(1) Colmar, 1^{er} février 1812 (Dalloz, n° 3049, 3°).

(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n° 3144.

dition à cette interprétation favorable, c'est que le juge du fait puise les motifs de sa décision dans les circonstances intrinsèques de l'acte (1). Il est, en effet, de principe que le juge peut et doit puiser dans le testament les motifs qui servent à rectifier les erreurs qui pourraient se trouver dans la date. Le millésime est omis; la date est nulle, puisqu'elle ne fait pas connaître l'année. Mais cette erreur n'est pas une cause de nullité, lorsque l'on trouve dans le testament même le moyen de rectifier ou de compléter la date: il n'y a, sous ce rapport, dit la cour de cassation, aucune distinction à faire entre le testament authentique et le testament olographe (2).

294. Il y a des formes qui tiennent à l'écriture. Nous nous bornerons à citer celles qui concernent les renvois, surcharges et interlignes. La loi veut que les renvois et apostilles soient écrits en marge et signés par le notaire et les autres signataires, à peine de nullité. Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il doit être non-seulement signé et parafé, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi (art. 15). La loi de ventôse (art. 16) défend de faire des surcharges, des interlignes et des additions dans le corps de l'acte; les mots surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls. Il résulte des textes que nous venons de transcrire que les irrégularités n'entraînent pas la nullité du testament; la loi déclare seulement nuls les *renvois*, les *mots* surchargés, interlignés ou ajoutés. L'acte ne serait nul que si les mots annulés mentionnaient une condition ou une forme prescrite sous peine de nullité du testament.

La cour d'Angers avait jugé que les renvois écrits avant la signature du notaire et des parties ne devaient pas être approuvés par celles-ci, leur signature équivalant à une approbation. Cela paraît assez équitable lorsque, comme la cour le suppose, les renvois ont été faits

(1) Rejet, 21 mai 1838 (Daloz, n° 2802, 2°).

(2) Rejet de la chambre civile, 18 janvier 1858 (Daloz, 1858, 1, 24). Comparez les arrêts rapportés par Daloz, n° 2806. Gand, 26 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 86).

après la lecture, laquelle a fait connaître les omissions qui se trouvent dans la rédaction; ces erreurs étant immédiatement réparées, pourquoi la signature ne validerait-elle pas les renvois? La cour de cassation n'a pas admis cette interprétation indulgente, et avec raison, car elle favoriserait les fraudes: le notaire pourrait laisser à dessein des intervalles entre la fin de l'acte et les signatures, puis les remplir à l'insu des parties; ce serait un faux, il est vrai, et on pourrait l'attaquer par l'inscription de faux; mais l'inscription pourrait être rejetée faute de preuve. La cour a donc bien fait de s'attacher au texte, qui est conçu en termes absolus; la loi ne distingue pas entre les renvois mis d'une suite à la fin de l'acte avant les signatures ordinaires et les renvois mis après les signatures; et quand la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète d'y introduire des distinctions, puisque ce serait faire la loi (1).

295. L'article 931 dit que les actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, et qu'il en restera minute sous peine de nullité. Il n'y a aucune disposition pareille dans le code pour les testaments. En faut-il conclure que les testaments peuvent être reçus en brevet? La question est très-controversée. Nous croyons, avec la majorité des auteurs, que le testament doit être reçu en minute sous peine de nullité. Il faut d'abord écarter le code civil, que l'on a eu tort de mêler à ce débat; le silence du code, quand il s'agit de formes, ne prouve autre chose, sinon qu'il s'en rapporte à la loi de ventôse qui prescrit les formes auxquelles sont assujettis tous les actes notariés. Or, cette loi pose en principe que tout acte notarié doit être reçu en minute, sous peine de nullité. Telle est la règle générale; l'article 20, qui l'établit, admet des exceptions pour les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de revenus et autres *actes simples* qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en *brevet*. La question se réduit donc à savoir s'il y a une loi qui per-

(1) Cassation, 23 mars 1829 (Daloz, n° 2812, 4°). Rejet, 6 juin 1826 (Daloz, n° 2812, 2°).

met de ranger les testaments au nombre des actes simples. On cite le rapport du Tribunal sur la loi de ventôse comme décidant formellement la question. « L'article 20, dit le rapporteur, n'admet d'exception que pour les actes dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager. » Mais le rapporteur Favard est un des auteurs qui soutiennent que le testament doit être reçu en minute; il est donc difficile de se prévaloir de son rapport pour en induire que le testament peut être reçu en brevet: qui mieux que lui peut savoir ce qu'il a entendu dire?

Merlin dit que la question est tranchée par la déclaration du 7 décembre 1723; elle définit les actes simples « ceux qui n'ont rapport à aucun titre ou acte et ne contiennent aucune obligation respectives. » Voilà, selon lui, la loi à laquelle celle de ventôse fait allusion, et d'après la définition qu'elle donne, il n'y a aucun doute: le testament est un acte simple. On répond, et la réponse nous paraît péremptoire, que les paroles citées par Merlin ne sont pas une définition. La déclaration de 1723 avait un but fiscal, c'était de déterminer les droits que devaient payer les notaires du Châtelet de Paris. L'article 4 de la déclaration divisait, à cet effet, les actes en deux classes. La première comprenait les actes simples qui se passent ordinairement sans minute; il énumérait la plupart de ces actes sans y comprendre les testaments; et comme l'énumération eût été incomplète, il ajoutait: « et généralement tous actes simples qui n'ont rapport à aucun titre ou actes et ne contiennent aucune obligation respectives. » Cette disposition doit donc être écartée comme n'ayant pas trait à la question; il ne s'agit plus d'un droit fiscal, il s'agit de la validité des actes. En l'absence d'une loi qui définisse et énumère les actes simples, il faut s'en tenir au texte de la loi de ventôse; or, l'énumération qu'elle fait des actes simples justifie l'explication du tribun Favard; c'est le peu d'importance de l'acte qui fait que la loi le dispense de la formalité de la minute; et qui voudrait ranger le testament parmi les actes sans importance? Il faut donc décider, comme l'a fait le conseil d'Etat en

France, que le testament serait nul s'il était reçu en brevet (1).

296. L'unité de contexte est-elle une forme nécessaire pour la validité du testament par acte public? On entend par là l'unité de temps et d'action, et on s'accorde à enseigner que cette unité n'est pas requise dans les testaments authentiques, c'est-à-dire que le testament serait valable quand même il aurait été fait en plusieurs séances et en plusieurs jours; et il serait encore valable si la rédaction avait été interrompue par un autre acte juridique fait dans l'intervalle d'une séance à l'autre. Le droit romain exigeait l'unité de contexte pour le testament nuncupatif, et l'ordonnance de 1735 avait consacré, en ce point, la tradition romaine. Elle n'avait guère de raison d'être pour le testament par acte public; nous dirons plus loin pourquoi le code veut l'unité de contexte dans le testament mystique. Quand le testament est reçu par un notaire, la longueur de la dictée, très-fatigante pour un malade, peut nécessiter des interruptions; pourquoi ne les permettrait-on pas?

Il ne faut pas confondre l'unité de contexte avec la disposition de la loi de ventôse qui prescrit aux notaires d'écrire leurs actes *en un seul et même contexte* (art. 11). Cette prescription n'a pour objet que la rédaction, le fait matériel de l'écriture; tandis que l'unité de contexte signifie, comme le dit l'article 976, que les diverses opérations qui constituent le testament doivent se faire *de suite, et sans divertir à d'autres actes*. Le testament peut très-bien être dicté en plusieurs séances et néanmoins être écrit d'un seul et même contexte. De l'unité d'écriture on ne peut donc pas conclure à l'unité de temps et d'action. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

(1) Coin-Delisle discute longuement la question, en combattant l'opinion de Merlin (p. 360, nos 39-51 de l'article 971). Merlin, *Répertoire*, au mot *Notariat*, § V, n° 6.

(2) Grenier, t. II, p. 407, n° 241, et tous les auteurs. Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232). Bordeaux, 17 mai 1833 (Dalloz, n° 2321, 1°).