

du tiers qui a écrit une rédaction éclairée ; et que d'ailleurs le testateur est à même d'apprécier lui-même par la lecture la complète conformité de la rédaction avec sa volonté ; que dès lors, quand l'art. 979 permet, au cas où le testateur ne peut parler, de remplacer la déclaration orale par une déclaration écrite, cela doit nécessairement et uniquement s'entendre de l'impossibilité de parler au moment où cette déclaration orale devrait intervenir.

Nous ajouterons à ces motifs que, jusqu'à l'acte de suscription devant le notaire, le testament n'est qu'à l'état de simple projet. Ce qui le rend définitif, c'est la déclaration du testateur qui lui imprime le caractère de disposition de dernière volonté. C'est donc à ce moment seulement que l'on doit envisager l'état du testateur (1).

ARTICLE 980.

Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils.

SOMMAIRE.

4669. Disposition commune aux testaments nuncupatifs écrits et aux testaments mystiques. — C'est au testateur de choisir ses témoins.
4670. Il ne faudrait pourtant pas conclure de cette dernière proposition, que le notaire ne sera jamais responsable de l'incapacité des témoins.
4671. Les témoins doivent être présents à l'ensemble de tout ce qui constitue le testament.
4672. Les témoins doivent être mâles.

(1) Voy. cette théorie développée dans un réquisitoire de M. Daniels, rapporté dans le Répert. de M. Merlin, v^o Testament, sect. 2, § 3, art. 3, n^o 40.

4673. Ils doivent être majeurs.
4674. Et, en outre, sujets de l'empereur. — Sens des expressions *républicole, regnicole et sujet*.
4675. Des mots *citoyen français*, employés dans la loi de ventôse.
4676. Les témoins doivent jouir des droits civils. — Des peines qui empêchent les condamnés de pouvoir être témoins.
4677. De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines, des chevaliers profes de Malte et des novices.
4678. De l'incapacité des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité. — De l'incapacité des sourds et des aveugles.
4679. *Quid* à légard des muets ?
4680. Les témoins doivent être connus.
4681. Est-il nécessaire ici que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est reçu ?
4682. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins testamentaires sachent signer.
4683. De l'incapacité relative des témoins. — Renvoi.
4684. De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins.
4685. Le témoin est toujours présumé idoine.
4686. De la capacité putative dans les témoins.
4687. Suite.
4688. Suite.

COMMENTAIRE.

1669. Cet article s'applique aux testaments nuncupatifs écrits comme aux testaments mystiques. C'est par lui que se termine l'exposé des formalités requises dans ces deux manières de tester.

On remarquera que notre article se sert de ces expressions « pour être présents aux testaments, » et qu'il ne dit point « pour assister le notaire, » comme l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an xi. C'est qu'on a pu vouloir donner le choix des témoins au testateur (1). Aussi M. Bigot de Préameneu (2)

(1) Grenier, n^o 247.

(2) Voy. Loqué, t. XI, p. 234 *in fine*.

fait-il observer, dans la discussion du conseil d'État, que « c'est le testateur lui-même qui choisit les témoins. » Ce qui a été probablement introduit afin que des hommes inconnus au testateur, et n'ayant pas sa confiance, ne fussent pas initiés au secret de ses dernières volontés.

1670. De cette circonstance, à savoir que les témoins sont appelés par le testateur, on a quelquefois conclu qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de la part du notaire en cas d'incapacité de l'un des témoins, par ce motif que la réquisition de la présence des témoins n'est pas le fait de l'officier ministériel (1).

Mais cette conclusion est fautive, si on veut lui donner un caractère général et absolu. Souvent, en effet, il y a une grande imprudence, de la part du notaire, à ne prendre aucune précaution pour s'assurer de la capacité des témoins. La jurisprudence tend même à se montrer sévère envers lui, parce qu'il est presque toujours le conseil naturel des parties. Ainsi, la cour de Douai (2) a jugé que le notaire n'était irresponsable de l'incapacité des témoins que dans le cas où il serait évident qu'il n'aurait aucune négligence à se reprocher. Un arrêt de la cour de cassation du 15 juillet 1835 (3), a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Orléans du 1^{er} août 1833, qui avait déclaré responsable de la nullité d'un testament un notaire, pour ne s'être pas assuré de la capacité de l'un des témoins.

On peut citer aussi deux arrêts de Lyon rendus dans le même sens : l'un du 16 juillet 1846 (4), l'autre du 3 janvier 1842 (5). Dans l'espèce jugée par ce dernier arrêt, la

(1) Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198). — V. aussi Colmar, 26 décembre 1860 (Devill., 61, 2, 265).

(2) Douai, 12 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 256).

(3) Devill., 35, 1, 535.

(4) *Journal de Lyon*, p. 11 (1846).

(5) *Journal du Palais*, 1842, 1, 397.

testatrice était une femme très-âgée, mourante, et qui, par la force des choses, s'en rapportait à l'expérience du notaire pour assurer la validité des dispositions qu'elle lui confiait.

1671. Du reste, ces expressions « appelés pour être présents, » que nous venons d'opposer aux expressions employées par la loi de ventôse, ont encore une autre énergie qu'il faut remarquer ; elles signifient que les témoins doivent être présents à tout ce qui constitue la confection du testament et à toutes les formalités qui ne peuvent être remplies sans le ministère d'un homme public.

1672. La première condition requise pour pouvoir être témoin d'un testament, c'est d'être mâle.

Les femmes ne peuvent servir de témoins ; leur incapacité remonte, à cet égard, au droit romain qui les exclut positivement (1). Doneau en donne cette raison : « *Nimirum ut pro inexperientia sexus non satis intelligens eas fraudes quæ in testamentis subornandis a peritis architectis earum rerum strui solent* (2). »

D'autres interprètes prétendent que la raison de l'exclusion des femmes, c'est qu'il importe que les dernières volontés ne soient pas révélées et que les femmes ne savent pas garder un secret. Ce sont là des raisons peu sérieuses et peu dignes ; elles rentrent, du reste, dans cet esprit de dénigrement dont les anciens jurisconsultes sont animés à l'égard des femmes, qu'ils prennent soin de maltraiter en toute occasion. Le véritable motif, c'est que les femmes, soit à Rome, soit en France, n'ont jamais participé à la puissance publique, dont les témoins instrumentaires sont un élément (3).

(1) Ulpien, l. 20, § 6, D., *Qui test. facere poss.*

(2) Doneau, *De jure civili*, l. 6, cap. 7, n° 14.

(3) Dans la distribution des citoyens romains en classes, les femmes n'étaient pas comptées, et, par conséquent, elles ne pouvaient représenter une classe. — Voy. les annotations d'Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*

1673. La deuxième condition exigée des témoins, c'est qu'ils soient majeurs, c'est-à-dire qu'ils aient atteint vingt et un ans accomplis.

Il existait, autrefois, une différence sur ce point entre les pays régis par le droit romain et les pays régis par le droit coutumier. Dans le droit romain (1), il suffisait d'être pubère. En pays de coutume (2), il fallait avoir vingt ans accomplis.

Voici la raison que D'Aguesseau donnait de cette différence (3) : « A l'âge de quatorze ans, à Rome, les hommes » étaient capables de tester, de passer toutes sortes de contrats par eux-mêmes et par conséquent d'être témoins, soit des engagements, soit des dernières dispositions des autres hommes. Parmi nous, au contraire, l'âge de disposer de ses biens par testament est beaucoup plus reculé ; et parce que les fonctions des témoins approchent de celles des notaires et qu'ils partagent avec eux la confiance de la loi, on ne se contente pas qu'ils aient atteint l'âge de puberté, on désire qu'ils aient le même âge que pour faire un testament. La capacité du témoin doit suivre et imiter celle du testateur. »

On voit que le Code ne s'est pas arrêté à ces idées. Car, bien qu'on puisse tester à l'âge de seize ans, il faut avoir vingt et un ans révolus pour être témoin dans un acte public.

1674. Une troisième condition est d'être sujet de l'empereur.

La loi *Hac consultissima* (4) exigeait que les témoins instru-

(1) L. *Hac consultissima*, C., *De testam.*

(2) Art. 39 de l'ord. de 1735.

(3) D'Aguesseau, plaidoyer du 15 mars 1698.

(4) Loi précitée, 21, C., *De testam.*

mentaires employés dans les testaments fussent citoyens romains, et l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, qui n'en était que la répétition, voulut qu'ils fussent regnicoles.

Lors de la rédaction du Code, sous la république, on avait substitué à l'expression de « regnicole » celle de « républicole. » Mais ce mot fut, en 1807, sous l'empire, remplacé par le mot « sujet de l'empereur. » Républicole, regnicole et sujet de l'empereur, doivent donc être regardés comme trois mots synonymes. La conséquence à en tirer, c'est que les témoins doivent être Français. Cependant, on en a tiré une tout opposée (1). On s'est appuyé sur la signification restreinte que l'étymologie des mots regnicole et républicole paraît présenter. On ne pouvait mettre, a-t-on dit, « impérial » (mot qui n'est pas français); on s'est trouvé alors forcé de mettre « sujet de l'empereur; » mais on a nécessairement conservé à ce mot le sens de regnicole, c'est-à-dire habitant du royaume.

Pour confirmer que les expressions « sujet de l'empereur » ne peuvent avoir ici que cette signification, on les a opposées aux mots employés par la loi de ventôse : « Le notaire » devra être assisté, dit l'art. 9 de cette loi, de deux témoins « citoyens français. »

Donc, un individu qui ne serait point Français, mais qui serait mâle, majeur et qui jouirait des droits civils en France, un étranger, par exemple, admis par autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, serait capable d'être témoin d'un testament.

Conformément à ce système, la cour de Turin, par arrêt du 18 avril 1809 (2), déclara valable l'acte de suscription

(1) Delvincourt, t. II, note 3, sur la p. 86. M. Vazeille, note 44, sur l'art. 980.

(2) Palais, 9, 504.

d'un testament mystique fait à Turin, quoiqu'un des témoins de cet acte, demeurant depuis vingt ans à Turin et jouissant des droits civils, fût né dans une ville dépendante du royaume d'Italie.

Il est vrai de dire qu'entre autres motifs, la cour de Turin se fondait sur ce que, dans la traduction italienne du Code Napoléon, approuvé par décret impérial du 16 janvier 1806, le mot « regnicole » avait été traduit par les mots *dimoranti nel regno*.

Cet arrêt, du reste, est le seul rendu en ce sens, et la question a été résolue depuis longtemps en sens contraire par la jurisprudence (1).

Et c'est avec raison : car, d'abord, le mot regnicole, dans notre ancienne jurisprudence, a toujours été opposé à celui d'aubin (*alibi natus*), et a signifié de tout temps, sujet d'un royaume. Domat (2) définissait ainsi les regnicoles : « Nous » appelons regnicoles les sujets de roi, et les étrangers sont » ceux qui sont sujets d'un autre État. » Du reste, ce qui confirme encore que le mot regnicole est bien certainement synonyme de Français, et par conséquent exclusif des étrangers, c'est que l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, après avoir employé le mot regnicole, ajoute : « à l'exception du » testament militaire dans lequel les étrangers non notés » d'infamie pourront servir de témoins. »

1675. Quant à l'objection fondée sur ce que la loi de ventôse avait repoussé l'expression de regnicole pour employer

(1) Rennes, 11 août 1809 (Devill., 3, 2, 423). Rejet du pourvoi contre cet arrêt par la chambre des req. de la cour de cassat., le 23 janvier 1811 (Devill., 3, 4, 283). Colmar, 13 février 1818 (Devill., 5, 2, 363), et 26 déc. 1860 (Devill., 64, 2, 265). Toulouse, 10 mai 1826 ; et Cassat., ch. des req., 23 avril 1828 (Devill., 9, 4, 85; Palais, 21, 4396). Junge Merlin, Répert., v^o *Témoin inst.*, § 2, n^o 3. Toullier, t. V, n^o 395. Grenier, n^o 247 bis, et les notes de M. Bayle-Mouillard. M. Duranton, t. IX, n^o 405, etc.

(2) Domat., Liv. prélim., t. II, sect. 2, n^o 44.

les mots « citoyens français, » il pourra peut-être en résulter une différence entre le sens de ces deux mots ; mais le mot regnicole ne devra pas pour cela simplement signifier habitant du royaume, et rien de plus.

Il faut se reporter, pour se rendre compte de cette différence, à l'époque où la loi de ventôse et le Code furent promulgués.

A cette époque, il y avait une forte nuance entre la qualité de Français et la qualité de citoyen français. La qualité de Français donnait la jouissance des droits civils (1). Mais, d'après l'art. 7 du Code Napoléon, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, qualité qui emporte avec elle l'exercice des droits politiques. Pour avoir la qualité de citoyen, il fallait, outre la qualité de Français, être âgé de vingt et un ans, se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement, et avoir demeuré depuis un an sur le territoire français. Les droits propres au citoyen français étaient : 1^o de faire partie des assemblées politiques de son canton, d'y concourir par son suffrage au choix des membres du conseil municipal, des candidats pour les places de juge de paix et suppléants, et des membres des conseils électoraux d'arrondissement et de département ; 2^o de pouvoir être promu aux différents emplois.

On demandera pourquoi la loi de ventôse voulait que les actes entre-vifs et les contrats fussent passés en présence de citoyens français, tandis que le Code Napoléon se contente pour les testaments de témoins français. On a dit que c'était par la raison qu'il y avait moins de témoins dans les contrats et que, par ce motif, on devait exiger plus de garantie dans leur personne. Mais on devrait dire aussi que si l'on requiert la présence de témoins plus nombreux dans les testaments, c'est qu'on veut avoir une preuve plus parfaite, une certitude

(1) Art. 8 du C. Nap.

plus entière de la volonté qui fait le fondement du testament. Le fait est que cette différence est capricieuse et qu'elle ne peut être soutenue par aucun bon motif.

Depuis longtemps, du reste, il n'y a plus de liste civique, et par conséquent le moyen de devenir ce qu'on appelait citoyen français n'existant plus, il s'ensuit que tout Français est citoyen français, et que si les lois anciennes mettaient une différence, sous le rapport de la qualité des témoins, entre les testaments et les contrats, cette différence est effacée par l'impossibilité d'exécution (1).

1676. Le témoin instrumentaire doit jouir des droits civils.

Il n'existe plus aujourd'hui de peines qui emportent la perte de la vie civile : on sait que la loi du 10 juillet 1854, en abolissant la mort civile, a abrogé par cela même les incapacités prononcées par l'art. 25 du Code Napoléon.

Mais certaines peines subsistent toujours, qui privent le condamné de la faculté de pouvoir être témoin dans les actes.

Les art. 28 et 42 du Code pénal indiquent dans quels cas cette incapacité est encourue.

Pour les condamnés à une peine afflictive et infamante, la privation du droit d'être témoins est la conséquence de leur peine. Pour les condamnés à une peine correctionnelle, ils n'en sont privés qu'autant que le jugement a prononcé contre eux cette aggravation de peine.

1677. En France, où il était reconnu pour constant que les moines étaient morts civilement, ils ne pouvaient pas plus servir de témoins dans les actes qu'ils ne pouvaient

(1) Voy., sur la question de savoir si le failli peut être témoin dans un acte notarié, un arrêt de rejet de la cour de cassat., du 10 juin 1824 (Devill., 7, 1, 474).

tester. Cette incapacité s'étendait jusqu'aux chevaliers profès de l'ordre de Malte, et l'ordonnance de 1735 avait été jusqu'à y comprendre les novices (1).

Mais ces principes étaient particuliers à la France, ou du moins ils n'étaient pas généralement admis; et en Italie, par exemple, d'après la loi canonique, les moines n'étaient nullement considérés comme privés du droit de cité (2). Dès lors, rien n'empêchait qu'ils ne fussent témoins dans les testaments et autres actes, et j'ai vu la cour de Corse confirmer, par ces motifs, un testament reçu par un notaire en présence de sept témoins moines ou religieux profès attachés à un couvent. Je crois cet arrêt conforme aux lois qui régissaient la Corse à l'époque de la confection du testament, c'est-à-dire au droit romain mélangé du droit italien (5).

Les moines qui existent aujourd'hui en France ne sont frappés d'aucune incapacité par le droit moderne.

1678. Il y a d'autres incapacités sur lesquelles le Code garde le silence, qui sont, néanmoins, importantes à faire connaître.

On sent aisément la raison qui doit faire prononcer l'exclusion des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité, à moins qu'ils ne soient dans un intervalle lucide. Ils sont privés du degré de perception qui seul peut rendre apte aux fonctions de témoins. La loi romaine (4) le décide ainsi : « ... *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos*

(1) Art. 41 de l'ord. de 1735. Furgole, ch. 3, sect. 2, n° 19 *in fine*.

(2) C., *De sacrosanct. eccles. In authent. De Monachis* : « *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque dedicant Deo : nec ergo de his testantur ; utpote nec domini rerum.* »

(3) Voy. Hilliger sur Doneau, l. 6, c. 7, n° 12, nov. 8 : « ... *An et monachi qui servis æquiparantur ? Hos non arceri.* » (Clarus, § *Testam.*, quest. 55, n° 7).

(4) Ulpian, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.* Pothier, *Pand.*, t. II p. 176, n° 28.

» *mentis non sit : sed si habet intermissionem eo tempore adhi-*
» *beri potest.* »

De même tous ceux conformés de manière à ne pouvoir s'assurer de ce que fait le testateur, ne peuvent servir de témoins : tels sont les sourds et les aveugles (1).

1679. Le droit romain (2) excluait le muet de la faculté d'être témoin ; mais cette prohibition n'est plus admissible aujourd'hui. En effet, pourquoi d'après le droit romain ne pouvaient-ils pas être témoins dans les testaments ? Parce que les témoins devaient promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions (*repromittere testimonium*), ou comme le dit Doneau (3) : « *Quia quod perceperint et recte* » *intellexerint, eloqui et testari non possunt, ut mutus.* » Mais comme cet usage n'a pas lieu en France, il s'ensuit que c'était par abus que notre ancienne jurisprudence n'admettait pas les muets à être témoins, et que leur exclusion ne peut plus avoir lieu sous le Code (4).

Plusieurs auteurs exigent (5), dans ce cas, que le témoin muet appelé au testament sache écrire. Le motif qu'ils en donnent, c'est que ne pouvant exprimer sa pensée que par des signes équivoques, il ne serait pas en état de rendre un témoignage certain de ce qu'il aurait vu et entendu, si par la suite il était appelé à déposer sur les faits qui ont accompagné la confection du testament.

Cette condition est arbitraire ; elle n'est prescrite par au-

(1) *Instit.*, § 6, *De test. ordin.* Doneau. *Comm.*, l. 6, c. 7, no 7 : « ... *Quia sensu percipere non possunt quod fit, dicitur : non audire ut surdus, non videre ut cæcus.* »

(2) *Instit.*, *loc. cit.*, § 6.

(3) Doneau, *loc. cit.*, no 9.

(4) Merlin, *Répert.*, vo *Témoin instrum.*, § 2, no 4 *in fine*.

(5) Toullier, t. V, no 392. MM. Duranton, t. IX, no 404. Coin-Delisle, no 23, sur l'art. 980.

cune loi, ni commandée par aucune raison d'impossibilité morale ou physique.

En droit romain, où la répromission devait toujours avoir lieu, on comprend l'exclusion du muet comme témoin ; chez nous, cette exclusion ne se comprend plus, et l'hypothèse d'une inscription de faux est trop secondaire et trop éloignée pour l'expliquer.

Ce que la loi demande aux témoins des testaments, c'est de contrôler, par leur présence aux actes, les déclarations reçues et consignées par le notaire. Or, ce contrôle et cette garantie existent, lorsque le témoin a pu juger avec plénitude de raison et de connaissance de tout ce qui s'est fait devant lui et qu'il l'approuve, soit par sa signature, soit en laissant le notaire attester, sans contradiction de sa part, qu'il aurait signé s'il avait pu ou su signer.

Quant aux témoins qui n'entendent pas la langue du testateur, on peut, en quelque sorte, les comparer aux sourds. Du reste, nous nous sommes déjà exprimé à leur égard (1).

Toutes ces exclusions, quoique n'étant prononcées par aucune loi, sont néanmoins dictées par la raison. Car le but de la loi, en appelant les témoins aux testaments, est de prévenir les surprises et de garantir l'accomplissement des formalités. Il faut donc, pour atteindre ce résultat, que les témoins voient le testateur, qu'ils entendent ce qu'il dit, qu'ils le comprennent et qu'ils puissent certifier que tout ce que l'acte énonce avoir été fait en leur présence, l'a été réellement. Il faut, par conséquent, qu'ils ne soient ni aveugles, ni sourds, et qu'ils jouissent de leur raison.

1680. Les témoins doivent être connus. Car, comment saurait-on si un témoin est capable ou incapable ? De là vient que la loi de ventôse an xi (art. 12) veut que tous les

(1) Nos 1525 et suiv.

actes reçus par les notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure.

1681. Nous avons vu plus haut (1) que le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments, et que le législateur a pris soin de définir la capacité spéciale des témoins testamentaires dans les art. 975 et 980. Ainsi, il suffira qu'un témoin testamentaire réunisse les conditions exigées par ce dernier article, et ne soit pas dans l'un des cas d'incapacité prévus par l'art. 975.

Cependant, on a contesté ce point; on a voulu que le témoin réunît, en outre, les conditions prescrites par l'art. 9 de la loi de ventôse, et notamment qu'il fût domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte a été passé.

Ce système, soutenu par M. Toullier (2), a été repoussé par un grand nombre d'arrêts (3). La jurisprudence considère que de deux lois qui statuent sur le même objet, la deuxième doit prévaloir; que la loi du 25 ventôse an xi et le Code Napoléon se sont occupés du domicile des témoins testamentaires; que, si la première veut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal du testateur, la deuxième, moins exigeante, mais non moins explicite, se contente d'un domicile dans les pays et terres de la domination de l'empereur.

(1) N° 4603.

(2) T. V, n° 367.

(3) Bruxelles, 13 février 1808 (Devill., 2, 2, 346). Limoges, 7 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 456). Douai, 27 avril 1812 (Devill., 4, 2, 99). Paris, 18 avril 1814 (Devill., 4, 2, 384). Rouen, 16 novembre 1818 (Devill., 5, 2, 428). Bordeaux, 17 mai 1821 (Devill., 6, 2, 416). Orléans, 11 août 1823, et Cassat., rej., 19 août 1824 (Devill., 7, 1, 520). Bordeaux, 18 août 1823, et Cassat., rej. (req.), 10 mai 1825 (Palais, 19, 484). Cassat. (chambre civ.), 4 janvier 1826 (Palais, 20, p. 11). Cas. at., rej. (req.), 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 865). Voy., contra, cassat. (chambre civ.), 1^{re} octobre 1840 (Devill., 3, 1, 237).

Cette jurisprudence est conforme à ce que nous avons déjà dit de l'inapplicabilité de la loi de ventôse quant à la capacité des témoins testamentaires. Le Code ayant réglé spécialement cette capacité doit seul être appliqué.

1682. C'est par suite du même principe que nous disons que l'art. 14 de cette loi, qui exige que tous les témoins sachent signer, doit être sans effet dans le cas où il s'agit d'un testament public reçu dans une campagne (1). Dans ce cas, la moitié seulement des témoins est tenue de signer. On peut donc, dans certains cas, être témoin sans savoir signer.

1683. Après les cas d'incapacité absolue des témoins, viennent les cas d'incapacité relative. Mais nous avons déjà examiné ces différents cas, et dit ce qu'il faut décider à l'égard des parents, alliés et serviteurs, soit des légataires, soit des testateurs et des notaires (2). Nous renvoyons à ce que nous avons exposé à cet égard.

1684. L'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins est celle de la confection du testament.

Le droit romain nous fournit, à cet égard, la règle suivante : « *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nil nocet si quid postea eis contigerit* (3). »

1685. Une deuxième règle sur la capacité des témoins, c'est que le témoin est toujours présumé idoine, et que, par conséquent, c'est à celui qui veut se faire un moyen de son incapacité à en administrer la preuve (4).

(1) Nos 1593 et suiv.

(2) Nos 1599, 1600, 1604 et 1602 et suiv., 1633 et suiv.

(3) Ulpian, l. 22, § 1, D., *Qui test. facere possunt*. Hilliger sur Doneau, l. 6, cap. 7, no 4. Mantica, l. 2, t. X, no 44. Furgole, ch. 3, sect. 4, no 5.

(4) Merlin, Répert., vo *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 604.

1686. Nous arrivons à une troisième règle fort importante. La capacité putative suffit dans un témoin. D'où il suit que si le témoin est généralement tenu pour capable, peu importe qu'il y ait eu en lui une incapacité inconnue (1); c'est ce qui résulte, non pas précisément de la fameuse loi *Barbarius Philippus* (2), qui ne peut être citée ici qu'à titre d'argument éloigné, mais de la loi 1 au Code. *De testament. ordinand.*, et du § 7 aux Institutes, *De test. ordin.*, qui décident précisément la question. « *Sed cum aliquis ex testibus, » testamenti quidem faciendi tempore, liber existimabatur, » postea autem servus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, » quam postea divi Severus et Antonnius rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento : ut sic habeatur (firmum), atque si, ut oportebat, factum esset ; cum eo tempore » quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset qui ei status questionem moveret* (3). »

Ce texte est clair ; mais les commentateurs en ont abusé pour lui donner une extension qui n'est nullement dans l'esprit du législateur.

Bartole voulait que celui qui excipait du défaut de qualité des témoins, au temps de la confection du testament, prouvât aussi que la commune opinion était qu'ils étaient incapables (4). C'était supposer qu'un témoin devait avoir été présumé capable par l'opinion publique, quoique le fait de son incapacité fût prouvé. Mais cette erreur d'un grand ju-

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 7. Ricard, part. 4, n° 4357. Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 649.

(2) Ulpian, l. 3, D., *De officio prætorum*.

(3) Instit., *loc. cit.* Junge Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 2, t. X, n° 1 et seq. : « *Si communi opinione testes idonei censebantur, testamentum sustinetur.* »

(4) Sur la loi *Ad testium*, § *Cond.*, D., *Qui testam. facere poss.*, n° 4 et 4.

risconsulte a été repoussée par la plupart des docteurs, Balde, Paul de Castro, Mantica (1). La raison en est que l'erreur ne se suppose pas : donc, s'il est prouvé que le témoin n'est pas idoine, on doit supposer que l'opinion le considérait comme non idoine ; c'est à celui qui soutient la validité du testament qu'il appartient de prouver que les témoins avaient la capacité putative au moment du testament.

La capacité putative s'établit non-seulement par la croyance générale et la notoriété publique, mais encore par une série d'actes multipliés qui lui donnent de la consistance et forment comme une possession d'état (2).

1687. Remarquons, du reste, que les lois citées sont surtout applicables au cas où il s'agit d'une incapacité relative aux droits civils et politiques, comme si on avait pris pour témoin un Français mort civilement, mais généralement tenu pour capable, ou un étranger passant dans la commune opinion pour Français (3). La raison en est que le notaire, qui n'a pas de doute sur la vérité de cette opinion, n'a pas de motifs de se livrer à des investigations qu'il n'est pas dans son ministère de provoquer d'office, si rien d'extérieur n'éveille son attention. Le bon sens veut qu'il considère comme capable celui qui passe pour capable aux yeux de tous.

1688. Que s'il s'agissait d'une incapacité tenant à l'âge,

(1) Mantica, *loc. cit.*, nos 4 et 5.

(2) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 624. col. in fine. Cassat., 1^{er} juillet 1839 (*J. Palais*, 1839, 2, 289. Devill., 39, 4, 653).

(3) Limoges, 7 déc. 1809 (Deville., 3, 2, 56. *J. Palais*, t. VII, p. 944) Grenoble, 14 août 1814 (Daloz, *J. G.*, t. V, p. 471). Cassat., rejet de Colmar (req.), 28 février 1824 (Deville., 6, 4, 389. *J. Palais*, t. XVI, p. 413). Metz, 28 mars 1822 (Deville., 7, 2, 50). Cassat., rej. (req.), 10 mars 1824 (Daloz, *J. G.*, t. V, p. 785). Cassat., rej. (req.) 4 août 1824 (Deville., 7, 4, 510) Cassat., rej. (req.), 18 janvier 1830 (Deville., 9, 4, 429. *J. Palais*, t. XXIII, p. 37). Cassat., rej. (req.), 28 juin 1831 (Deville., 32, 4, 474. *J. Palais*, t. XXII, p. 4754). Amiens, 20 juin 1838 (*J. Palais*, 1838, 2, 515).

au sexe ou à la parenté, il faudrait être beaucoup plus difficile pour la couvrir par la commune erreur (1). Ici, le notaire peut mieux éclairer sa religion. Il y a d'ailleurs des apparences extérieures qui peuvent le frapper dans le cas de majorité putative, ou dans le cas de surprise sur le sexe.

Peu importerait que le témoin se fût dit majeur. Si pareille déclaration pouvait être une excuse, elle deviendrait de style et servirait à éluder la loi (2).

Cependant nous ne voudrions pas dire d'une manière absolue que l'erreur commune ne saurait, dans aucun cas, servir d'excuse pour couvrir la nullité résultant du défaut d'âge ou de la parenté. Il peut se présenter des circonstances exceptionnelles qui ont pu raisonnablement accréditer l'opinion que le témoin était majeur, et l'on ne voit pas pourquoi dans un tel cas on porterait le trouble dans les dernières dispositions du père de famille. C'est ce qui a déterminé la cour d'Aix (3) à maintenir un testament dans les circonstances suivantes :

Un testament avait été reçu en présence de témoins, par un notaire de l'arrondissement de Toulon. Au nombre des témoins de ce testament, figurait un sieur Recoux, alors âgé de vingt et un ans moins trente-trois jours, mais généralement considéré comme beaucoup plus âgé. Dans la circonstance dont il s'agit, Recoux avait déclaré ses qualités et sa filiation avec une entière bonne foi qui l'avait fait accepter pour majeur par les diverses parties intéressées, par le notaire, par les témoins et les autres personnes présentes, sans la moindre opposition et même sans le moindre doute. Du reste, étranger à la commune où il était établi depuis quelque

(1) Toullier, t. V, n° 407.

(2) Arrêt de Turin, du 17 février 1806 (Devill., 2, 2, 117. *J. Palais*, t. V, p. 194).

(3) Aix, 30 juillet 1838 (*J. Palais*, 1839, 1, 367).

temps comme cordonnier patenté, il avait été appelé plusieurs fois déjà à assister, comme témoin instrumentaire, à une série d'actes publics, au nombre de vingt au moins, reçus par un autre notaire de la commune; postérieurement à ce testament et avant sa majorité, il avait encore signé d'autres actes notariés au su et au vu d'une population nombreuse.

Le testament fut attaqué pour cause d'incapacité de ce témoin : mais ces circonstances constituaient évidemment une notoriété publique bien constante; elles étaient trop significatives pour qu'il fût possible de refuser à cette cause l'application du bénéfice de l'erreur commune. Aussi, l'on comprend que, dans cette espèce particulière, la cour d'Aix se soit décidée pour la validité du testament.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

ARTICLE 981.

Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1689. Du testament militaire en droit romain.