

N° 2. SOLENNITÉS.

1. Du testament verbal.

105. L'article 1^{er} de l'ordonnance portait : « Toutes dispositions testamentaires seront faites par écrit. » Il déclarait nulles toutes les dispositions qui ne seraient faites que verbalement et défendait d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il aurait été disposé. Le code ne reproduit pas ces prohibitions, mais elles résultent implicitement des principes qu'il consacre. Aux termes de l'article 893, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, *dans les formes ci-après établies*. Quelles sont ces formes? L'article 969 répond : « Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique. » Ces trois testaments, les seuls que le code reconnaisse, exigent tous un écrit. Donc tout testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit. L'écrit n'est pas seulement exigé pour la preuve des dispositions de dernière volonté, il est de l'essence de ces dispositions. C'est pourquoi, dit Pothier, l'ordonnance rejetait la preuve par témoins des dispositions qui ne seraient pas par écrit, quelque modique que fût la somme dont le défunt aurait disposé; tandis que l'on admettait la preuve testimoniale en matière d'obligations, quand la valeur du litige ne dépassait pas cent livres (1). Ces principes sont encore ceux du droit moderne : les formes des testaments, comme celles des donations, sont prescrites pour l'existence même de l'acte juridique. Nous en avons dit la raison ailleurs (2).

106. La jurisprudence a consacré l'application de ces principes. Il a été jugé que l'on ne peut prouver une disposition de dernière volonté par témoins (3), alors même

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 6.

(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 110, n° 93. Comparez Coin-Delisle, p. 330, n° 3 de l'article 967.

(3) Liège, 15 juin 1861 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 31).

qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. On donne comme raison que les articles 1341 et 1347 ne sont applicables qu'aux contrats. La raison est mauvaise. En effet, la jurisprudence, comme nous le dirons plus loin, applique l'article 1348, en matière de testaments, lorsqu'il ne s'agit que d'une question de preuve; et s'il ne s'agissait que de prouver les dispositions de dernière volonté, il faudrait aussi appliquer les articles 1341 et 1347. Mais il s'agit d'une condition requise pour l'existence du testament : pas d'écrit, pas de testament, de même que pas d'écrit, pas de donation.

La cour de cassation, en consacrant ce principe, en a déduit une autre conséquence sur laquelle nous reviendrons plus d'une fois. Quand il existe un testament et que ses dispositions sont obscures, contradictoires, peut-on recourir à la preuve par témoins pour les expliquer, les modifier ou les annuler? Si ce n'était qu'une question de preuve, l'affirmative ne serait pas douteuse, la preuve testimoniale serait admise avec un commencement de preuve par écrit. Mais en matière de testament, l'intention ne peut pas se prouver par témoins; elle ne peut résulter que d'une déclaration écrite du testateur; c'est donc dans l'écrit même que le juge doit chercher la volonté du testateur (1). La décision est très-juridique. Interpréter un testament par la preuve testimoniale, en ce sens que l'on constate ce que le testateur a voulu, n'est-ce pas établir une disposition de dernière volonté par témoins, alors que la volonté du testateur ne s'établit que par écrit?

107. Par application des mêmes principes, il a été jugé que le serment ne pouvait pas être déféré sur la question de savoir si une personne avait déclaré vouloir tester et si les héritiers légitimes avaient pris l'engagement d'exécuter ces dispositions de dernière volonté. Cependant l'article 1353 dit que le serment décisif peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Il est vrai que le serment est une des preuves admises par

(1) Cassation, 28 décembre 1818 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 3493, 2°).

la loi (art. 1316), et celle que le législateur permet d'employer à défaut de toute autre preuve. Mais elle est inadmissible pour établir qu'il existe des dispositions testamentaires, parce que ce n'est pas une question de preuve; il s'agit de savoir si les dispositions existent; or, elles n'existent que si elles sont rédigées par écrit dans les formes prescrites par la loi (1). Par la même raison, l'aveu ne peut être invoqué, quoiqu'il fasse pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356); ce n'est pas une question de foi, c'est-à-dire de preuve; quand il n'y a pas d'écrit, la condition essentielle requise pour l'existence du testament fait défaut, donc il n'y a pas de testament (2).

108. La donation est un acte solennel comme le testament, et par identité de raison. Toutefois la doctrine et la jurisprudence admettent que les dons manuels sont valables sans forme aucune. Peut-on étendre cette exception au testament? Y a-t-il un legs manuel? Non, parce que le legs manuel implique une impossibilité juridique. Si le don manuel est valable, c'est que la propriété de la chose donnée se transfère immédiatement et irrévocablement au donataire par le fait de la tradition; tandis que le testament est un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus, et qu'il peut révoquer. Donc pour qu'un legs manuel fût valable, il faudrait que le testateur remit la chose au légataire, avec cette intention que le legs ne vaudrait qu'à sa mort et que jusque-là il le pourrait révoquer; or, cela est impossible. Si l'intention de celui qui remet une chose mobilière est de lui en transférer immédiatement la propriété, il fait une donation, et la donation sera valable, quand même elle serait faite sur le lit de mort. Si, au contraire, son intention est de faire une libéralité révocable jusqu'à sa mort, il fait ou une donation à cause de mort, laquelle est nulle, ou un legs, et le legs n'est valable que s'il est fait par écrit;

(1) Cassation, 18 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513, 1°).
Riom, 17 janvier 1821 (Dalloz, *ibid.*, n° 2513, 2°). Bruxelles, 21 décembre 1842 (Dalloz, *ibid.*, n° 2513, 3° et *Pasicrisie*, 1843, 2, 57).

(2) Troplong, t. II, p. 11, n° 1445.

un legs manuel est un legs non existant, c'est le cas (1).

109. On a demandé pourquoi le législateur exige des formes pour l'existence des dispositions de dernière volonté. L'équité naturelle semble exiger que l'héritier remplisse les volontés que le défunt lui a fait connaître, n'importe de quelle manière. Il est certain qu'il peut se présenter des circonstances dans lesquelles la doctrine du code blesse la conscience. Le testateur veut tester, il réunit ses héritiers pour leur faire ses adieux éternels et pour déclarer ses volontés en leur présence. La mort le surprend, mais, avant son dernier instant, les héritiers lui promettent sur leur honneur d'exécuter ses volontés. Ils manquent à cette promesse sacrée; les légataires n'ont aucune action contre eux. Le cas s'est présenté, comme nous allons le dire. Pourquoi donc le législateur n'a-t-il pas permis des dispositions verbales en présence de témoins? On répond que les règles du droit et le repos des familles ne le permettaient pas. Le défunt fait connaître sa volonté, l'héritier promet de la remplir. Cela est prouvé par témoins: mais est-il prouvé aussi que le défunt a réellement voulu tester? S'il en a eu la volonté sérieuse, pourquoi n'a-t-il pas fait un testament écrit? Cette justification de la loi ne nous paraît pas satisfaisante. Nous supposons que le défunt a été dans l'impossibilité de tester par écrit; pour justifier la loi, il faut qu'il y ait des raisons qui exigent nécessairement et toujours une forme solennelle. Le repos des familles que l'on invoque nous touche peu: l'équité va encore avant cette considération. A notre avis, la véritable raison qui a engagé le législateur à exiger un écrit pour l'existence du testament se trouve dans l'essence même du testament. Il déroge à la succession légitime; il enlève à l'héritier du sang les biens que Dieu lui avait destinés en le faisant naître dans telle famille plutôt que dans telle autre; car c'est Dieu qui fait les héritiers. Pour que l'on puisse admettre une dérogation à la loi de Dieu, il faut qu'elle

(1) Coin-Delisle, p. 331, n° 6 de l'article 967. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 239, note c. Demolombe, t. XXI, p. 23, n° 26.

soit bien certaine et à l'abri de toute influence illégitime. Or, la présence de témoins ne donnerait pas ces garanties. La volonté resterait donc incertaine, contestable. Et conçoit-on qu'une volonté douteuse l'emporte sur la volonté de la loi qui est celle de Dieu (1)?

110. Les solennités testamentaires sont entrées dans nos mœurs; il n'y a plus guère de débats sur des dispositions purement verbales, parce qu'il est de toute évidence qu'elles sont nulles. Mais la question se complique lorsque l'héritier promet d'exécuter les dernières volontés du défunt. Il faut distinguer à l'égard de qui il a pris cet engagement. Si c'est envers le défunt, la promesse est nulle. C'est l'avis unanime des auteurs, et la jurisprudence est dans le même sens. Veut-on considérer la promesse comme un engagement d'honneur? Ces engagements n'ont rien de commun avec le droit. Veut-on y voir un lien juridique? La promesse sera nulle, parce que c'est une convention sur une succession future; or, le code prohibe les pactes successoraux d'une manière absolue; on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, dit l'article 1130, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (2).

Si l'héritier a pris un engagement envers le légataire institué verbalement, la promesse sera-t-elle valable? On enseigne l'affirmative. L'héritier peut, dit-on, promettre de donner à un tiers une part dans la succession, ou une chose héréditaire, pour se conformer aux intentions que lui a exprimées le défunt. Cette obligation n'a pas pour fondement un legs verbal, mais la volonté de l'héritier qui peut disposer comme il le veut des biens qu'il a recueillis (3). Sans doute, mais quel sera le caractère de cet engagement? Est-ce une donation assujettie aux solennités prescrites par la loi, ou est-ce l'exécution d'une obligation

(1) Comparez Coin Delisle, p. 331, n° 5 de l'article 967.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. IV, § 3 (t. XXXIV, p. 248). Bayle Mouillard sur Grenier, t. I, p. 666, note b. Bruxelles, 21 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513, 3°, et *Pasicrisie*, 1843, 2, 57).

(3) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513.

naturelle? Nous avons déjà discuté la question (1). A notre avis, il y a libéralité, et par suite la promesse n'est valable que si elle a été faite par acte authentique. Ce n'est pas dans ces termes que la question s'est présentée devant les tribunaux. Un homme, dictant ses dernières volontés, est surpris par la mort avant que l'on ait pu appeler un notaire; ses héritiers lui promettent sur l'honneur d'exécuter ses dispositions. Cette promesse est nulle. Mais après la mort du défunt, ils autorisent les exécuteurs testamentaires à faire la délivrance des legs, et confirment ainsi les dispositions irrégulières que le défunt avait prises. La cour de Bruxelles a admis les légataires à faire preuve de cette approbation (2). S'agissait-il, dans l'espèce, d'une véritable confirmation donnée par les héritiers à un testament nul? Non, car il n'y avait pas de testament, ni olographe, ni authentique; le testateur avait fait connaître ses volontés à ses héritiers; c'était donc un testament verbal, c'est-à-dire le néant. La promesse que les héritiers avaient faite au défunt était également nulle. Restaient les faits d'exécution. C'était, en réalité, une libéralité faite par les héritiers; donc elle ne pouvait valoir que comme acte solennel ou comme don manuel.

111. Quand le défunt a fait un testament régulier dans la forme, cet acte seul fait foi; il peut seul être invoqué. Il est arrivé que le testateur, en remettant son testament à une personne de confiance, lui a donné un mandat verbal sur les circonstances dans lesquelles le testament devait recevoir son exécution. Les tribunaux ont toujours rejeté ce mandat verbal. Il a été jugé par la cour de cassation que des instructions purement verbales, alors même qu'elles seraient prouvées, ne peuvent rien ajouter au testament ni rien en retrancher, ni par conséquent imprimer un caractère conditionnel à une disposition qui, d'après le texte de l'acte, est pure et simple. La raison en est que la volonté du testateur ne peut se manifester valablement que par écrit dans l'une des formes déterminées par la

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 443, n° 359.

(2) Bruxelles, 28 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 482, et Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2555).

loi ; si donc il veut mettre une modalité à ses volontés, il doit la mettre dans l'acte même ; toute déclaration de volonté non écrite est non existante, et les tribunaux n'en peuvent tenir aucun compte (1).

112. A plus forte raison, les héritiers ne peuvent-ils pas être admis à prouver par témoins que les dispositions écrites dans un testament régulier ne sont pas l'expression de la vraie volonté du testateur. La question s'est présentée devant la cour de Gand dans l'espèce suivante. Dans un premier testament, le testateur nomme deux notaires et un agent d'affaires ses exécuteurs testamentaires, en les chargeant de distribuer ses biens à ses parents paternels et maternels conformément aux clauses du testament. Après avoir fait quatre testaments en ce sens, il en fait un cinquième par lequel il institue les mêmes personnes ses légataires universels, en léguant 900,000 fr. à ses parents paternels et 600,000 à ses parents maternels. Par un dernier testament, il maintient l'institution des légataires, mais en réduisant la part de la famille paternelle à 600,000 francs et celle de la famille maternelle à 500,000. Les héritiers légitimes soutiennent que les prétendus légataires universels ne sont que des exécuteurs testamentaires tenus, comme tels, de rendre compte de leur gestion ; ils demandent à prouver que les légataires s'étaient engagés, à l'égard du testateur, à distribuer, après le paiement des legs particuliers, l'excédant de sa succession à des légataires particuliers, ou aux parents appelés par la loi. Toutes ces demandes furent rejetées. La preuve par témoins des faits allégués par les demandeurs était inadmissible, quoiqu'elle fût appuyée sur un commencement de preuve par écrit. En effet, elle tendait à détruire le testament qui instituait des légataires universels et non des exécuteurs testamentaires ; or, la volonté légalement manifestée ne peut être anéantie par une volonté qui, n'étant pas exprimée légalement, n'existe point. Quant à la prétendue convention intervenue entre

(1) Rejet, 19 novembre 1867 (Dalloz, 1868, 1, 216). Comparez Poitiers, 22 janvier 1811, et Rejet, 1^{er} septembre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n^o 2526).

le défunt et ses légataires universels, elle tendait au même but et partant elle était nulle, soit comme testament verbal, soit comme convention sur une succession future. Enfin les héritiers soutenaient que les légataires s'étaient rendus coupables de dol, en retenant de mauvaise foi une partie de l'hérédité qu'ils s'étaient obligés à restituer ou à distribuer entre les héritiers légitimes. La convention même étant nulle, pour mieux dire inexistante, il ne pouvait être question de dol dans son exécution (1).

II. De la destruction du testament.

113. On suppose qu'il y a eu un testament ; il a été détruit, soit par dol, soit par un cas fortuit. Les légataires auront-ils action en vertu du testament, en prouvant son existence et sa destruction ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, la volonté du testateur a été manifestée légalement ; dès lors elle doit recevoir son exécution. Dira-t-on que le fait de l'existence et de la destruction du testament devant se prouver par témoins, l'action du légataire se fondera sur la preuve testimoniale, c'est-à-dire sur un legs verbal ? L'objection n'aurait aucun fondement. Il n'est pas exact de dire que le légataire agirait en vertu d'un legs verbal ; car il ne demande pas à prouver qu'un legs lui a été fait verbalement ; le légataire prouve qu'il y a eu un testament, une volonté écrite, c'est en vertu du testament qu'il agit ; les témoins ne déposeront pas que le testateur leur a déclaré tester en faveur de telle personne ; ils déposeront avoir vu et lu le testament. Il n'y a de difficulté que pour l'application du principe : dans quels cas le légataire sera-t-il admis à la preuve ? et quelle preuve devra-t-il faire ?

114. Le testament est détruit par le fait de la partie intéressée à la destruction, de l'héritier légitime exclu, ou d'un tiers non intéressé. On demande si le légataire aura action et contre qui ? La destruction du testament est un fait dommageable, elle tombe donc sous l'applica-

(1) Gand, 6 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 381).

tion des articles 1382 et 1383 : tout fait dommageable donne lieu à une action contre l'auteur du fait en faveur de celui à qui le dommage a été causé. Le fait constitue un délit civil ou un quasi-délit, selon qu'il y a eu ou non intention de nuire. Ce principe est général, il s'applique par conséquent à la destruction d'un testament comme à tout autre fait dommageable. Les auteurs sont d'accord sur ce point; ils enseignent que l'action doit être intentée contre l'auteur du fait dommageable, et non contre celui qui a profité du délit ou du quasi-délit. Si c'est l'héritier exclu qui a détruit le testament, il n'y a pas de doute; si c'est un tiers, sans complicité de l'héritier, celui-ci n'en sera pas tenu, bien qu'il profite de la destruction; l'action se donne, non contre celui qui profite du délit, mais contre celui qui le commet, donc contre le tiers (1).

Il y a quelque hésitation dans la jurisprudence. Les tribunaux admettent difficilement une action fondée sur la preuve testimoniale quand il s'agit d'exécuter la volonté du défunt, la volonté devant se manifester dans des formes solennelles. Cette répugnance se conçoit, mais il ne faut pas qu'elle dépasse les limites du droit. Un arrêt de Metz pose comme principe que le légataire doit prouver que le testament a été détruit par l'héritier *ab intestat* ou par un cas de force majeure : la cour semble donc dénier au légataire l'action contre un tiers non intéressé qui aurait détruit le testament. Un arrêt de la cour de Riom, rendu sous la présidence de Grenier, est conçu dans le même sens; la destruction, dit-il, devrait avoir eu lieu par celui qui y avait intérêt, c'est-à-dire par l'héritier; ce qui n'était pas allégué dans l'espèce, et par suite la demande ne fut pas admise (2). C'est méconnaître la disposition absolue de l'article 1382, en y apportant une restriction, alors que la loi est conçue dans les termes les plus généraux. Sur quoi est fondée l'action du légataire? Sur un fait dommageable, donc sur l'article 1382, et l'arti-

(1) Duranton, t. IX, p. 71, n° 48. Dalloz, n° 2135. Comparez Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. III, n° 124 (t. I, p. 531).

(2) Metz, 15 juillet 1813, et Riom, 17 novembre 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2519).

cle 1382 oblige celui par la faute duquel un dommage est arrivé à le réparer, sans distinguer si l'auteur du fait y avait intérêt ou non, et il n'y avait pas lieu de distinguer, car la distinction n'a pas de sens quand il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit.

115. La destruction a lieu par un événement fortuit; l'article 1382 cesse d'être applicable. Y a-t-il lieu d'appliquer l'article 1348, n° 4? Après avoir posé les règles qui prohibent, en principe, la preuve testimoniale, la loi dit qu'elles reçoivent exception « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. » L'article 1348 donne ensuite des applications de cette exception, qui est elle-même un principe; elle s'applique, dit le numéro 4, « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. » On demande si cette disposition est applicable à la destruction d'un testament. La cour de cassation a jugé l'affirmative par le motif que « l'article 1348, en prévoyant la destruction d'un titre par suite d'événements de force majeure, ne fait aucune distinction entre les actes contenant des dispositions de dernière volonté et les autres actes (1). » La décision est juste et incontestable, mais le motif ou du moins la rédaction de l'arrêt laisse à désirer. Il n'est pas exact de dire que l'article 1348 soit conçu en termes généraux comprenant toute espèce d'actes, les testaments aussi bien que les contrats. Le texte de la loi prouve le contraire; il y est question d'un *créancier* qui agit contre son *débiteur*, et qui n'a pas de preuve littérale de l'obligation contractée envers lui, alors que le montant de la dette dépasse cent cinquante francs. Or, le légataire n'est pas créancier, il est propriétaire; il n'agit pas en vertu d'un lien d'obligation, il revendique, et pour qu'il puisse agir, il doit toujours avoir un acte, car il agit en vertu d'un testament, c'est-à-dire d'un acte solennel; peu importe

(1) Rejet de la chambre civile, 12 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 334). Dans le même sens, Toulouse, 12 août 1862 (Dalloz, 1863, 2, 13); Orléans, 13 décembre 1862 (*ibid.*, p. 5).