

tion aux articles 893 et 895 (1). Nous avons fait droit d'avance à l'objection; elle s'applique au testateur de Stockmans qui déclare qu'un écrit non solennel sera réputé fait avec les solennités requises (n° 133); elle s'applique à la jurisprudence qui, comme nous allons le dire, admet qu'on peut se référer, au moins dans de certaines limites, à des écrits non revêtus des solennités testamentaires. Mais quand un testateur, qui dispose dans la forme olographe, dit qu'il entend que tel écrit auquel il se réfère fasse partie de son testament, où est la violation des articles 893 et 895? Il ne viole pas l'article 893, puisqu'il dispose dans les formes olographes; en effet, l'acte auquel il se réfère est écrit par lui; par la relation cet acte fait partie du testament, il est donc daté et signé; toutes les formes sont remplies: pourquoi donc y aurait-il nullité? Par la même raison, l'article 895 n'est pas violé; car le testateur dispose dans un acte testamentaire, l'écrit auquel il se réfère étant compris dans le testament par la puissance de la relation.

Pour combattre les relations, on fait une série d'objections, sous forme de comparaisons, qui toutes s'adressent à l'ancienne doctrine, trop absolue, et que nous avons nous-même critiquée. Regarderait-on comme valable, dit-on, la déclaration consignée dans un acte écrit en entier, daté et signé, que le testateur lègue la somme qu'il a déclaré laisser au légataire en présence de tels témoins? Non, certes, car ce serait un legs verbal, et le testateur n'a pas le pouvoir de transformer un testament oral en un testament solennel. Mais celui qui se réfère à un écrit, comme nous l'avons supposé, teste dans les formes légales, puisque cet écrit émane de lui et forme partie de son testament.

Tester par relation, dit Merlin, c'est éluder les formalités que le législateur a prescrites comme indispensables. C'est comme si l'on prétendait, ajoute-t-il, qu'un contrat de mariage est valable par la relation qu'il ferait à un acte sous seing privé dans lequel les époux auraient pré-

(1) Coin-Delisle, p. 326, n° 9 de l'article 967. Merlin, t. XXXIII, p. 331.

cédemment réglé leurs droits respectifs. Nous ne prétendons pas cela, car nous avons dit tout le contraire. L'objection s'adresse à Stockmans et, en un certain sens, à la jurisprudence (1).

M. Demolombe fait des hypothèses plus étranges encore. Un testateur dit dans un testament quelconque: « Je veux que les dispositions que j'ai déjà faites ou que je ferai par la suite par un acte écrit par un tiers et signé par moi, ou même dans un acte quelconque, soient valables en vertu de ce testament, et comme si elles y étaient renfermées. » Il est évident, dit l'auteur, que cette disposition serait nulle. Cela est, en effet, si évident, que nous ne comprenons pas que l'on pose une question pareille. Autre hypothèse, tout aussi peu probable: « J'institue pour mon héritier celui de mes frères dont le nom sera écrit sur une feuille de papier qu'on trouvera dans le second tiroir de mon secrétaire. » La disposition est nulle, dit M. Demolombe; elle est valable d'après M. Troplong. Nous doutons qu'un testateur ait jamais une idée aussi singulière. Si le cas se présentait dans un testament olographe, nous déciderions que l'acte est valable; tout est écrit de la main du testateur, le papier auquel il se réfère est compris dans le testament et en fait partie; donc les formalités prescrites par l'article 970 sont remplies. On prétend que le testament ne renferme pas le nom du légataire. Cela n'est pas exact, le testateur l'a désigné en indiquant le papier écrit de sa main où ce nom se trouve.

En nous prononçant pour l'opinion de Troplong, nous n'entendons pas approuver tout ce qu'il dit. Son principe n'est pas le nôtre. Il admet la relation lorsque l'acte antérieur sert seulement à déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition; il la rejette quand l'écrit séparé sert à manifester la substance de sa volonté. Cela est très-vague et de plus très-arbitraire. Ce qui prouve que la distinction n'est pas solide, c'est que l'exemple que Troplong donne de la seconde branche, loin d'être une exception, comme il le dit, n'est qu'une application de la

(1) Duranton, t. IX, p. 12, n° 12. Merlin, *Répertoire*, t. XXXIII, p. 334.

règle. Le testateur dit : « Je veux qu'on exécute comme ma volonté tout ce qui est contenu dans tel écrit fait de la main de François. » Ce testament serait radicalement nul, dit Troplong. Eh, qui en a jamais douté? Il ne vaut pas la peine de faire des distinctions pour décider ce qui est clair comme le jour, parce que cela résulte du principe de la solennité (1).

133. La jurisprudence confirme notre doctrine, mais, à certains égards, elle la dépasse, de sorte qu'elle soulève de nouvelles difficultés. Un vieillard octogénaire fait donation, le matin, d'un grand nombre de ses immeubles à quarante-huit parents qu'il divise en deux catégories. Le même jour, dans la soirée, il fait un testament authentique ainsi conçu : « Je donne et lègue à tous mes parents dénommés dans la donation que je leur ai faite par acte passé aujourd'hui tous les biens meubles et immeubles que je délaisserai au jour de mon décès, pour par eux les partager dans les mêmes proportions que dans ladite donation. » Ce testament, attaqué, fut déclaré valable par la cour de Bruxelles. Il s'y trouvait deux relations, l'une concernant les noms des légataires, l'autre relative au mode de partage. Ces relations viciaient-elles le testament? L'arrêt dit que la loi laisse la plus grande liberté au testateur en ce qui regarde l'expression de sa volonté, et que le juge doit toujours l'interpréter de façon que l'acte vaille. Ce principe est trop absolu. L'article 967 dit, à la vérité, que le testateur peut disposer sous tel titre qu'il veut, pourvu que les expressions dont il se sert soient propres à manifester sa volonté. Mais après cela la loi prescrit des formes pour les diverses espèces de testaments. S'agit-il d'un testament authentique, le testateur ne peut pas disposer dans telle forme qu'il veut, il faut qu'il dispose en dictant ses volontés, et le notaire doit les écrire, le tout en présence de deux ou de quatre témoins. Il ne suffit donc pas, comme le dit la cour de Bruxelles, que le testament contienne une disposition de dernière volonté, avec désignation du légataire et de la chose lé-

(1) Troplong, t. II, p. 13 et suiv., nos 1454-1456.

guée, il faut que le testateur dicte ses dispositions, c'est-à-dire qu'il dicte les noms des légataires, qu'il dise quelle est la chose léguée et que le notaire écrive ce que le testateur a dicté en présence des témoins. Or, dans l'espèce, le testateur, tout en désignant les légataires, ne les avait pas nommés; il n'avait pas dit de quelle manière ils partageraient. L'acte était donc incomplet, il avait besoin d'un complément; le complément était la donation à laquelle il se référerait. La question était par conséquent celle-ci : La donation peut-elle servir de complément au testament par acte public? D'après notre principe, non, ni d'après la doctrine des auteurs, car la donation n'est pas reçue avec les formes testamentaires. Or, un écrit non solennel ne peut pas compléter un acte solennel, ni un acte solennel un autre acte solennel; le testateur ne peut pas non plus déclarer que l'acte non solennel sera réputé solennel. Donc le testament était incomplet, et par tant nul. La cour a prévu l'objection et elle y répond. Il faut, dit-elle, dans un testament distinguer la disposition qui en fait l'essence, et l'exécution. La disposition doit se trouver dans l'acte ou dans un écrit qui lui sert de complément. Il n'en est pas de même de l'exécution, qui est une question d'interprétation. Or, dans l'espèce, la donation ne servait pas à compléter le testament, mais à l'expliquer (1). La distinction, telle que la cour l'applique, ne nous paraît pas exacte. Un testament est incomplet quand par lui-même il n'est pas susceptible d'exécution, et tel était certes le testament qui ne faisait pas connaître les noms des légataires et s'en référerait à cet égard à une donation. Sans la donation, le testament ne pouvait être exécuté, donc la donation était le complément du testament par acte public, et en droit, elle ne pouvait pas l'être; ce qui décide la question.

Il y a un arrêt de la cour de cassation de France dans le même sens; mais il est à peine motivé. La cour pose en principe que le testament doit renfermer en lui-même l'expression complète de la volonté du testateur, et par

(1) Bruxelles, 14 août 1849 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 127).

suite l'indication de la chose léguée. Voilà bien notre principe. Mais, dit la cour, il n'est pas interdit au testateur qui a fait cette indication dans son testament de se référer à d'autres actes publics pour la désignation plus détaillée des objets légués (1). C'est une exception au principe. La règle est dans la loi; donc l'exception devrait aussi y être. Or, elle n'y est pas, et de quel droit la cour de cassation fait-elle une exception à la loi? L'arrêt ne répond pas à notre question; et l'espèce dans laquelle il a été rendu témoigne contre la décision de la cour. Une veuve commence par faire dresser un acte notarié, dans lequel elle établit la consistance de ses biens et opère leur division en deux lots. Elle fait ensuite un testament par lequel elle attribue le premier lot à ses petits-fils et le second à sa fille. Certes le premier acte notarié et le testament ne faisaient qu'un seul et même acte dans la pensée de la testatrice, l'un était le complément de l'autre. Peut-on considérer comme indiquant la chose léguée un testament qui se réfère à un acte dont l'objet était précisément de faire connaître la chose léguée? Le testament, par lui seul, était incomplet, il ne pouvait être exécuté, donc il était nul, l'acte notarié ne pouvant pas compléter le testament.

134. Les arrêts que nous venons de rapporter nous paraissent dépasser la loi. Il y en a un autre qui, à notre avis, ajoute à la loi. Un prêtre, dans un testament olographe, déclare que sa dernière volonté est que son hérité soit partagée suivant l'indication qui se trouve dans un tableau placé à la fin de son livre-manuel, ou registre contenant l'indication de ses biens meubles et immeubles. Il dispose ensuite au profit des pauvres de sa paroisse, auxquels il lègue huit pièces de terre désignées dans le tableau susdit et réunies sous la rubrique de *pauvres*. On trouva, en effet, et on inventoria un livre ou registre tenu par le défunt et qui contenait les indications auxquelles il s'était référé dans son testament. Le testament fut déclaré valable par le tribunal de Termonde, lequel s'appuie

(1) Rejet, 7 avril 1847 (Daloz, 1847, 1, 221).

sur la doctrine de Stockmans. C'était trop prouver, car la doctrine de Stockmans va trop loin (n° 131). Toutefois la décision était juste au fond, si l'on admet le principe que nous avons établi (n° 130); le registre auquel le testateur se référait était un écrit émané du défunt, il pouvait s'y référer dans un testament olographe, au lieu de le copier; par la relation, l'écrit et le testament ne faisaient qu'un; il était donc satisfait à l'article 970. Sur l'appel, la cour de Gand réforma le jugement. Chose singulière, dans les considérants, l'arrêt va plus loin que nous; il suffit, dit-il, de désigner le légataire et la chose léguée par relation à un acte constant et immuable, ou au moyen de toutes autres circonstances de cette nature servant à indiquer d'une manière indubitable le légataire et la chose léguée. Pourquoi donc la cour n'admet-elle pas la relation que le testateur avait faite à son registre? Parce que ledit livre-journal était un acte sous seing privé. La cour dit que les actes de cette nature présentent un danger, c'est que le testateur pourrait facilement les remplacer par d'autres écrits et changer ainsi ses dispositions testamentaires ou les révoquer; il dépendrait ainsi de lui de révoquer son testament sans observer les formes prescrites par l'article 1035 (1). L'argument est nouveau et sérieux, mais il n'est pas décisif. Quand le testateur dispose sous forme olographe, il est libre de modifier ses volontés comme il le veut; s'il fait plusieurs projets, c'est le dernier qui sera l'expression définitive de sa volonté. D'ordinaire il ne reste aucune trace des premiers testaments; qu'importe donc de quelle manière le défunt ait modifié sa volonté, pourvu qu'elle soit certaine et complète au moment où il meurt? Or, dans l'espèce, cette certitude existait; le testament était complet, si l'on y réunissait l'écrit auquel le testateur se référait. Le juge ne peut pas exiger plus, sans ajouter à la loi.

135. Il y a un dernier cas qui n'est pas douteux. Le défunt fait un testament qui contient toutes les indications requises, les noms des légataires, la désignation des choses

(1) Gand, 12 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 234).

légues; le testament est nul pour défaut de mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Puis le défunt fait un second testament où il n'indique les héritiers que par relation au premier acte. Cette relation est-elle valable? La cour de cassation a jugé qu'elle ne l'était pas (1). En effet, un testament nul ne peut faire aucune preuve; c'est un acte non existant, c'est le néant. Ainsi le second testament était incomplet, le néant ne pouvant pas le compléter. Cela est décisif. La question s'est présentée dans une espèce où il est plus que probable que la volonté du défunt a été méconnue, mais il ne l'avait pas exprimée dans la forme légale. On trouve dans les papiers du défunt un codicille ainsi conçu : « Mon neveu étant décédé, ma volonté est que les dispositions testamentaires que j'avais faites en sa faveur retournent en entier à ses enfants, à qui elles profiteront, les renouvelant pour eux par ce codicille. » Or, le défunt n'avait fait d'autres dispositions qu'un acte écrit par lui, mais ni daté, ni signé. Cet acte était nul comme testament, donc inexistant, et par conséquent la relation à ce testament laissait le codicille incomplet, donc nul (2). Il y avait une autre interprétation que le juge du fait, nous semble-t-il, aurait pu admettre. Si le testateur avait dit : Je me réfère, quant aux dispositions, à un projet de testament écrit de ma main et qui se trouve parmi mes papiers, la relation aurait été valable et par suite le codicille. Eh bien, qu'importe le nom que le testateur donne à cet écrit, qu'il l'appelle projet de testament ou dispositions testamentaires, sa volonté n'en était pas moins certaine; il voulait compléter son codicille par un écrit antérieur émané de lui; sa volonté étant certaine, ne pouvait-on pas en voir l'expression suffisante dans le codicille complété par l'écrit antérieur? C'est notre avis.

(1) Rejet de la section civile du 21 novembre 1814 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 2491).

(2) Troplong, qui rapporte l'arrêt de Bourges, du 23 juillet 1851, l'approuve (t. 13, p. 14, n° 1460).

III. Le testateur peut-il se référer à une coutume?

136. Cette question est aussi controversée. C'est une dépendance de celle que nous venons d'examiner. En effet, le testateur qui déclare instituer héritiers ceux qui sont appelés à lui succéder en vertu d'une ancienne coutume se réfère à un acte écrit qui doit compléter son testament. Mais cet acte n'émane pas de lui; donc, d'après le principe que nous avons établi, il ne peut pas servir de complément à l'expression de sa volonté. Cette opinion est assez généralement enseignée par les auteurs, mais ils se décident presque tous par d'autres motifs plus ou moins douteux, ce qui fait que la question aussi reste douteuse.

L'article 1390 prévoit une difficulté analogue en matière de conventions matrimoniales; il porte que « les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogées par le code Napoléon. » Doit-on appliquer cette disposition par analogie au testament? Les raisons d'analogie ne manquent point. Si le législateur prohibe les stipulations qui maintiennent les coutumes abrogées, par la volonté des parties contractantes, c'est qu'il a craint qu'elles ne devinssent de style, ce qui aurait perpétué la diversité du droit sous l'empire d'un code qui a pour objet de mettre fin à cette infinie variété en établissant un droit unique et uniforme. Le même danger n'était-il pas à craindre pour les testaments (1)? Mais, en supposant qu'il y ait analogie, cela ne suffit point, dit la cour de Bruxelles, pour étendre la prohibition établie par l'article 1390, car les prohibitions ne s'étendent pas des cas exprimés à ceux qui ne le sont pas (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 492, note 4, § 665. Demolombe, t. XXI, p. 49, n° 45.

(2) Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 62). Ga. d. 6 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 194).

On cite encore l'article 6 qui défend aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. En prenant l'expression d'ordre public dans son sens le plus large, on peut dire que cet article défend de déroger aux lois qui sont d'intérêt général. Cela suppose qu'il y a une loi; or, dans l'espèce, il n'y en a pas, et là où il n'y a pas de prohibition, là règne la liberté. Ainsi l'article 6 laisse la question indécidée.

Un de nos meilleurs jurisconsultes a varié sur la question que nous examinons. Merlin commença par enseigner que les testateurs peuvent se référer à une coutume; nous ne combattons pas les motifs qu'il faisait valoir, puisque lui-même avoue qu'il s'était étrangement fourvoyé en soutenant que la relation à une coutume était valable par cela seul qu'elle donnait une complète certitude à la volonté du testateur. Il ne s'agit pas de savoir si la volonté du défunt est certaine, dit Merlin dans sa rétractation, il faut voir s'il l'a exprimée dans les formes légales. L'acte le plus authentique ne peut valoir comme testament qu'autant qu'il est revêtu des formes testamentaires; vouloir lui attribuer l'effet d'une disposition de dernière volonté, lorsqu'il est dénué de ces formes, par la raison que le testateur s'y est référé, c'est violer l'article 893, lequel n'admet d'autres dispositions testamentaires que celles qui sont faites dans les formes d'un testament olographe, authentique ou mystique. L'argument nous paraît décisif (1).

137. La jurisprudence est divisée. Dans un premier arrêt, la cour de cassation a consacré la doctrine que Merlin a commencé par soutenir, et sur ses conclusions. Elle écarte l'article 1390, parce qu'il n'est pas permis d'étendre aux testaments une disposition prohibitive faite pour les contrats de mariage. L'arrêt répond à l'argument tiré de l'article 6, en disant que si le partage de la succession se fait par la volonté du testateur, conformément

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, § XV (t. XV, p. 399 note). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 326, nos 11-14 de l'article 967.

à une ancienne coutume, ce n'est pas par la force de cette coutume, laquelle n'existe plus comme loi de l'empire, mais par la volonté du défunt, lequel pouvait distribuer ses biens entre ses héritiers comme il l'entendait (1).

138. Cette opinion a trouvé faveur en Belgique, malgré la rétractation de Merlin. Un testateur s'en était rapporté à la coutume d'Ypres, tant pour désigner ses héritiers que pour déterminer le mode de partage. Cette manière de disposer est-elle légale? La cour de Gand trouve la réponse à la question dans l'article 967, d'après lequel toute personne peut disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. Or, le testateur a clairement manifesté sa volonté en se référant à la coutume d'Ypres. Est-ce bien là le sens de l'article 967? Il concerne uniquement les expressions dont le testateur se sert pour manifester sa volonté; à cet égard, il jouit d'une liberté entière. Mais est-il aussi libre de disposer dans telle forme qu'il veut? Cette question-là n'est pas décidée par l'article 967, elle l'est par l'article 893; et loin de dire que le testateur est libre de disposer comme il le veut, la loi dit qu'il ne le peut que dans les formes prescrites par la loi. Chose singulière, la cour ne cite pas même l'article 893, dans lequel Merlin a trouvé un argument décisif pour se rétracter. Elle se borne à écarter l'objection que l'on puise dans les articles 6 et 1390. A cet égard, nous croyons qu'elle a raison; cela prouve le danger qu'il y a de fonder une opinion sur des arguments douteux; en les réfutant, on croit avoir réfuté l'opinion même. C'est à l'argument de Merlin qu'il fallait répondre, et la cour le passe sous silence.

Il y eut pourvoi en cassation; le pourvoi invoquait l'article 893 combiné avec les articles 971 et 972. C'est le vrai terrain du débat. L'avocat général Defacqz fut d'avis qu'il y avait lieu de casser l'arrêt pour violation de l'article 893. La cour de cassation, contrairement à ces con-

(1) Rejet, 19 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3425).