

surpris au testateur par les manœuvres de ceux qui l'entourent et qui l'obsèdent? Le législateur a cru que les solennités qu'il prescrit assureraient la libre expression de la volonté du défunt. Il est certain que l'intervention d'un officier public et de témoins est une garantie; les formes prescrites pour les divers testaments ont également pour objet de garantir la liberté du testateur, en ce sens que si un testament est fait sans l'observation des formes, il y a doute que le testament exprime réellement la volonté du testateur; et dès qu'il y a doute, le testament perd toute efficacité (1).

142. Les solennités ont un inconvénient, c'est qu'elles risquent de dégénérer en un formalisme superstitieux qui, loin d'être une garantie pour le testateur, devient une entrave, et trop souvent un piège. Déjà dans l'ancien droit, Ricard a critiqué le système des coutumes, qui est aussi celui du code civil. « C'est un problème fort différemment agité, dit-il, de savoir si les formes introduites pour la solennité des testaments par nos coutumes, qui se sont attachées à de certaines formules, doivent être considérées comme un bon moyen pour empêcher les fausses impressions et les suggestions auxquelles les actes de la dernière volonté des hommes sont souvent exposés. » Ricard expose d'abord le sentiment de ceux qui approuvent ce système; puis il ajoute: « Le nombre de ceux qui sont dans un sentiment contraire est sans doute beaucoup plus grand. Ils soutiennent que cette solennité qui est renfermée dans les paroles est une fort belle idée, qui a été inventée en un temps simple et qui pouvait être lors de quelque utilité; mais qui dans l'usage ne sert que de piège à ceux qui ont plus de bonne foi, d'autant qu'elle ne dépend pas tant du testateur que de la personne publique qu'il emploie pour recevoir son testament, qui, manquant, par un défaut de mémoire, de comprendre dans le testament un mot désiré par la coutume, en prenant même un mot pour un autre qui aura une significa-

(1) Comparez Doneau, *Commentaires*, VI, 6, 1 (t. III, p. 310). Troplong, t. II, p. 111, n° 1740.

tion tant soit peu différente, sera cause que les dispositions d'un testateur, les plus constantes et aussi favorables qu'elles puissent être, demeureront inutiles et sans effet. Au lieu que celui qui veut supposer un testament à un autre, ou l'exiger de lui par surprise, ne manque pas de faire pratiquer soigneusement ce qui regarde la forme et qui ne dépend, comme il a été dit, que du ministère de la personne qui reçoit le testament (1). »

L'expérience journalière donne raison à Ricard. Depuis que les ordres religieux vivent de fraude, les testaments arrachés par la captation ne manquent point; ont-ils jamais été annulés pour vices de formes? Celui qui fraude la loi a bien soin de l'observer; tandis que l'homme de bonne foi s'en rapporte à l'officier public dont l'ignorance ou la négligence entraîne la nullité des dispositions les plus légitimes. Cela ne prouve pas qu'il ne doit pas y avoir de formes; mais elles devraient être aussi simples que possible. Le code civil est trop formaliste, nous en verrons plus d'une preuve, et un formalisme excessif, dit d'Aguesseau, est un piège tendu au notaire et au testateur (2). Pour échapper au formalisme, les interprètes se sont plus d'une fois mis au-dessus de la loi. Ceci est un plus grand mal encore que l'annulation des testaments irréguliers, car c'est ruiner l'autorité de la loi; or, c'est à ceux qui l'appliquent ou l'interprètent à donner l'exemple du respect qui lui est dû. La loi est trop rigoureuse, elle manque souvent son but à force de rigueur. Qu'importe? La loi existe, il faut l'observer et l'interpréter même dans l'esprit de rigueur qui a inspiré le législateur.

N° 5. DU TESTAMENT CONJONCTIF.

143. Aux termes de l'article 968, « un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle. » Cette disposition et sem-

(1) Ricard, *Des donations*, 1^{re} partie, t. I, p. 369, nos 1499, 1500. Comparez Toullier, t. III, 1, p. 257, n° 239, et p. 261, n° 441.

(2) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. IX, p. 477.

pruntée à l'ordonnance de 1735. Pothier dit que le motif de la loi paraît avoir été d'assurer la liberté des testateurs, afin qu'ils ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec laquelle ils feraient conjointement leur testament. La raison a été répétée par un auteur moderne qui se demande pourquoi le code prohibe les testaments conjonctifs, alors qu'il autorise les dons manuels (1). Il est évident que le motif donné par Pothier n'explique pas cette différence, car les suggestions sont à craindre dans les donations aussi bien que dans les testaments, et plus encore, puisqu'elles sont irrévocables. Rien n'empêche d'ailleurs ceux qui veulent faire un testament conjonctif de le faire par actes séparés, ce qui n'exclut pas les suggestions. La vraie raison pour laquelle l'ordonnance et à sa suite le code ont prohibé les testaments conjonctifs est que les dispositions faites dans cette forme paraissent être convenues entre les testateurs, de sorte que les unes semblent être la condition des autres. Cela n'empêche pas les testaments d'être révocables. Quel doit être l'effet de la révocation faite par l'un des testateurs? entraîne-t-elle la révocation de l'autre testament? faut-il que celui des testateurs qui révoque ses dispositions en avertisse l'autre? La plus grande divergence régnait sur ces questions avant l'ordonnance de 1735. Le parlement de Grenoble admettait l'un des testateurs à révoquer sans donner à l'autre aucun avertissement; tandis que le parlement de Paris repoussait la révocation quand le testateur n'avait pas fait une notification authentique de sa volonté à son cotestateur. A Paris, on tenait que le survivant ne pouvait plus révoquer ses dispositions après avoir recueilli les libéralités qui lui avaient été faites, de sorte que les testaments se changeaient en contrats. Dans les pays de droit écrit, on maintenait le droit absolu du testateur de révoquer même après la mort de son cotestateur. L'ordonnance de 1735 mit fin à ces controverses en prohibant les testaments conjonctifs, qui

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 4. Troplong, t. II, p. 10, n° 1443.

étaient une source de procès sans être d'aucune utilité(1). Bigot de Préameneu dit dans l'exposé des motifs : « Il fallait éviter de faire renaître la diversité de jurisprudence qui avait eu lieu sur la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs, le testament pouvait être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c'est violer la foi de la réciprocité. Le déclarer irrévocable, c'est changer la nature du testament qui, dans ce cas, n'est plus réellement un acte de dernière volonté. Il fallait interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. »

144. Il a été jugé que la prohibition de l'article 968 s'applique aux testaments olographes. La cour de Bruxelles dit très-bien que les deux premiers articles de notre section (967 et 968) concernent les testaments en général, sans aucune distinction de testaments olographes, authentiques ou mystiques; ce n'est que dans les articles 969 et suivants que la loi distingue les trois espèces de testaments. Cela prouve déjà que l'article 968 s'applique au testament olographe. On a objecté les termes de l'article 970. Après avoir dit que ce testament n'est point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, la loi ajoute : « Il n'est assujéti à aucune autre forme. » On concluait de là que l'article 970 déroge à l'article 968. La cour de Bruxelles répond que le but de l'article 970 n'est pas de décider la question de savoir si le testament olographe peut être conjonctif, le législateur venait de décider cette question négativement dans l'article 968. Quand il dit que le testament olographe n'est pas soumis à d'autres formes que celles qui sont prescrites par l'article 970, il n'entend parler que du testament olographe en général, considéré en lui-même. On disait encore que par sa nature même le testament olographe ne pouvait être conjonctif, puisqu'il est impossible qu'un même acte soit écrit tout ensemble par deux testateurs; et l'on en inférait que le testament devait être valable pour celui des testateurs qui l'avait écrit. L'objection n'était

(1) Coin-Delisle, p. 327, n° 1 de l'article 968, et les auteurs qu'il cite.

pas sérieuse, car la signature des deux testateurs prouvait qu'ils avaient entendu faire un testament conjonctif, ils avaient donc fait ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire, donc le testament devait être annulé pour le tout (1).

145. Les Français peuvent-ils faire un testament olographe à l'étranger, si la loi du pays où ils testent autorise le testament conjonctif? Cette question est controversée; la solution dépend du point de savoir si l'article 968 règle une forme; pour les formes des testaments, on suit la maxime *Locus regit actum*; si donc il s'agit d'une forme, il faut décider que le testament conjonctif fait à l'étranger conformément aux lois du pays est valable. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée, ainsi que la plupart des auteurs (2). La place qu'occupe l'article 968 paraît, au premier abord, décider la difficulté. Il se trouve dans la section intitulée : *Des règles générales sur la forme des testaments*; donc, dira-t-on, il concerne les formes, et par suite l'adage est applicable. Il y a cependant des motifs de douter qui nous font pencher pour l'opinion contraire. Nous écartons l'argument que l'on tire de la place qu'occupe l'article 968, la classification du code n'est pas une loi et ne décide rien. Il faut voir quel est le sens de l'adage : il concerne les formes dites instrumentaires, c'est-à-dire celles qui ont pour objet d'assurer la libre volonté des parties. Si la prohibition des testaments conjonctifs a pour but de garantir la liberté des disposants, il faut dire que l'adage est applicable, en ce sens que c'est la loi du pays où l'acte est passé qui décidera quelles sont les formes les plus propres à assurer la liberté et quelles sont par conséquent les formes qui la compromettent. D'après ce que nous venons de dire (n° 143), l'interdiction des testaments conjonctifs n'a rien de commun avec la liberté des testateurs; l'orateur du gouvernement ne dit pas un mot des suggestions auxquelles

(1) Bruxelles, 18 juillet 1822 (*Pasicriste*, 1822, p. 213, et Dalloz, n° 2585). Merlin, au mot *Testament conjonctif*, n° 1, et tous les auteurs.

(2) Toulouse, 11 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64). Caen, 22 mai 1850 (Dalloz, 1853, 2, 171). Aubry et Rau, t. V, p. 495 et note 6. Coin-Delisle, p. 328, n° 5 de l'article 968.

l'un des testateurs pourrait céder; il dit que c'est pour éviter la diversité de jurisprudence, donc pour prévenir les procès et pour maintenir l'unité du droit. Voilà des motifs d'intérêt général qui restent applicables quel que soit le lieu où le testament a été rédigé. Donc il ne doit pas être permis aux testateurs de se soustraire à la loi, en disposant en pays étranger.

On a encore donné d'autres raisons à l'appui de l'opinion que nous avons embrassée; elles sont très-contestables. Or, les mauvaises raisons compromettent la cause qu'elles doivent défendre. Est-il vrai que le testament conjonctif est une *manière de disposer* à titre gratuit que l'article 893 repousse, puisqu'il n'en admet pas d'autres que la donation et le testament (1)? Si l'article 893 impliquait la prohibition des testaments conjonctifs, l'article 968 serait inutile; donc tester conjonctivement, ce n'est pas disposer d'une manière non reconnue par l'article 893. Ce qui le prouve, c'est que les dons manuels sont valables, bien qu'aucun texte formel ne les autorise. En d'autres termes, donner ou tester conjonctivement, c'est toujours faire une donation ou un testament. Ce n'est donc pas un troisième mode de disposer à titre gratuit, qui serait nul à ce titre.

Marcadé dit que l'article 968 établit une défense pour les personnes (2). Est-ce à dire que ce soit un statut personnel? L'auteur ne dit pas cela; il est certain qu'il ne s'agit pas de l'état des personnes, ni de l'incapacité qui en résulte. Dès lors le motif donné par Marcadé ne décide rien, parce qu'il ne dit rien.

146. Deux personnes peuvent-elles disposer l'une au profit de l'autre, ou au profit d'un tiers, par actes séparés? L'affirmative a été jugée, et elle n'est pas douteuse. Le texte même de l'article 968 le dit implicitement; il défend de disposer *dans le même acte*, donc il permet de disposer par actes séparés, car la loi permet ce qu'elle ne prohibe pas. Dira-t-on que c'est éluder la prohibition? Non, la loi n'entend pas empêcher deux personnes de

(1) Massé et Vergé sur Zachariae, t. III, p. 81, note 5.

(2) Marcadé, t. IV, p. 63 et suiv., n° III de l'article 999.

tester l'une au profit de l'autre; ce qu'elle défend, c'est que ces dispositions soient unies par un lien commun, parce que, par suite de cette réunion dans un même acte de deux volontés qui se trouvent placées dans une dépendance réciproque, on ne sait pas si la révocation de l'une entraînera la révocation de l'autre. Lorsque, au contraire, les deux dispositions, quoique mutuelles, sont faites par des actes séparés, elles ont chacune une existence propre et indépendante, elles forment deux testaments distincts qui sont régis par le droit commun. Donc l'un des testateurs peut révoquer à l'insu de l'autre, sans que l'on puisse en induire que l'autre testament sera aussi révoqué; celui-ci, n'étant pas révoqué, subsistera par cela même. Le testament fait au profit de l'un des testateurs devient caduc par son prédécès et l'autre produira ses effets. Que si les deux testateurs ont disposé au profit d'un tiers, le droit du légataire s'ouvrira par le prédécès de l'un des disposants, tandis que l'autre pourra toujours révoquer ses dispositions. En un mot, on reste sous l'empire des principes généraux; voilà pourquoi il n'y avait aucune raison de prohiber ces dispositions.

La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce où la question pouvait paraître douteuse. Les deux testaments étaient écrits l'un sur le *recto*, l'autre sur le *verso* de la même feuille de papier. Il en résultait que les deux testaments étaient matériellement inséparables; mais ce que la loi prohibe, ce n'est pas l'union matérielle, c'est l'union juridique. Or, les deux testaments, quoique écrits sur la même feuille de papier, n'en étaient pas moins indépendants l'un de l'autre; chacun des deux testaments, complet et valable en soi, n'était soumis à aucune condition d'existence ou d'exécution empruntée aux dispositions de l'autre testament. Il en résultait que chacun des testateurs conservait une liberté entière pour révoquer son testament, sans être entravé par une corrélation juridique et obligatoire entre les deux actes; ce qui rendait inapplicable la prohibition de l'article 968 (1). Dira-t-on que,

(1) Rejet, 21 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 267) et cassation, 11 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 471). Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 241, note d.

s'il n'y avait point de lien juridique entre les deux dispositions, il y avait un lien moral? Cela est incontestable; mais ce lien moral ne produit aucun effet en droit; il en résulte un devoir de délicatesse, pour celui des testateurs qui veut révoquer son testament, d'en avertir l'autre; mais ce devoir n'a aucune sanction ni aucune conséquence juridique (1).

147. Les conséquences légales sont parfois en opposition avec la volonté des testateurs. Un mari lègue à sa femme tous les biens qu'il laissera à son décès; il ajoute qu'il fait cette donation à la condition que tous les biens qui composeront la succession de sa femme seront partagés par portions égales entre les héritiers de sa femme et les siens. Le même jour, la femme fait un testament identique au profit de son mari. Après le décès de la femme, qui survécut à son mari, ses héritiers procèdent au partage de sa succession, à l'exclusion d'un frère du mari. Celui-ci demande l'exécution du testament qui lui assigne la moitié des biens délaissés par la veuve. Sa prétention fut repoussée, et elle devait l'être. Les deux testaments, faits séparément, n'étaient pas un testament conjonctif, donc ils étaient valables comme dispositions de dernière volonté. Quant aux dispositions prises par les deux testateurs, elles restaient soumises au droit commun. Or, d'après le droit commun, le testateur ne peut disposer que de ce qui lui appartient, et, dans l'espèce, chacun des testateurs avait disposé de ce qui ne lui appartenait pas; en effet, par le décès du mari, la femme devenait propriétaire des biens qu'il laissait; elle les transmettait, avec son propre patrimoine, à ses héritiers. Dès lors le mari ne pouvait pas disposer des biens que sa femme délaissait. Par suite la volonté des disposants ne recevait pas d'exécution (2). Il n'y a qu'un moyen légal d'atteindre le but que se proposaient les deux conjoints, c'est de faire un legs en usufruit au profit du survivant.

(1) Demante, t. IV, p. 265, n° 113 bis.

(2) Cassation, 2 mai 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 178, 6°) et 11 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 471).