

N° 6. DU TESTAMENT FAIT PAR UN FRANÇAIS À L'ÉTRANGER OU PAR UN ÉTRANGER EN FRANCE.

I. Comment le Français peut-il tester à l'étranger.

148. L'article 999 porte : « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. » Cette disposition donne lieu à de nombreuses difficultés. C'est une application de la maxime *Locus regit actum*. En principe, les actes sont valables en la forme s'ils sont dressés conformément aux lois du pays où l'acte est reçu. Nous avons exposé le sens et la portée de cet adage en traitant des statuts réels et personnels. La première question qui se présente est de savoir si cette vieille maxime forme un statut personnel ou un statut réel. On enseigne que ce n'est ni l'un ni l'autre, en ce sens que la faculté de tester en la forme olographe, authentique ou mystique, ne tient ni à la capacité du disposant, ni à la transmission des biens dont il dispose (1). Il est certain que ce n'est pas un statut personnel; cette expression a un sens limité, elle ne s'applique qu'aux lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résulte. L'expression de *statut réel* a une signification plus étendue; dès que la validité d'un acte, soit quant au fond, soit quant à la forme, est réglée par la loi du pays où l'acte se passe, on peut dire que le statut est réel. En ce sens, la maxime *Locus regit actum* forme un statut réel. C'est d'ailleurs à raison des circonstances physiques, morales, politiques, que les formes varient d'un pays à l'autre; à cet égard encore, les lois qui les régissent sont réelles, et tel est le fondement rationnel de l'adage dont nous examinons la portée dans son application aux testaments (2). Il faut distinguer, d'après l'article 999, entre les testaments authentiques et les testaments olographes.

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 79, note I. Demolombe, t. XXI, p. 453, n° 483.

(2) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 154, n° 99.

I. DES TESTAMENTS AUTHENTIQUES.

149. L'article 999 dit que le Français peut tester à l'étranger par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où l'acte sera passé. Que faut-il entendre, dans cette disposition, par acte authentique? Le code définit l'acte authentique « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. » Il va sans dire que si le testament est reçu à l'étranger par un officier public conformément aux lois du pays, l'acte est valable; l'on est alors dans le texte et dans l'esprit de l'article 999. Mais faut-il nécessairement, pour que le testament soit authentique et valable comme tel, qu'un officier public y intervienne? C'est demander si l'article 1317 régit les actes faits à l'étranger. Il nous semble que la négative est certaine. Cela résulte de l'adage que l'article 999 applique aux testaments; cela résulte encore du texte et de l'esprit de cet article. Pourquoi les actes sont-ils valables en la forme lorsqu'ils sont reçus d'après les lois du pays où ils se font? C'est qu'il appartient au législateur de chaque pays de déterminer quelles sont les formes qui, à raison de l'état social, sont les plus propres à assurer la libre volonté des parties qui dressent l'acte. Donc c'est aussi à lui de décider si un officier public doit ou non intervenir dans les écrits pour qu'ils soient authentiques. Exiger que les actes passés à l'étranger soient dressés par un officier public, alors que la loi étrangère ne prescrit pas cette condition pour l'authenticité, ce serait imposer notre état social à l'étranger, ce qui est en contradiction avec l'adage. Il en résulterait un non-sens dans la pratique. C'est une raison d'utilité, pour mieux dire, de nécessité, qui a fait adopter l'adage dans tous les pays. Les formes variant d'un pays à l'autre, il est impossible d'exiger que l'acte, pour être authentique, soit reçu par un officier public, puisqu'il se peut qu'il n'y ait pas d'officiers publics ayant pour mission de donner l'authenticité aux actes; de sorte que, si l'on appliquait l'article 1317 aux actes reçus à l'étranger, les parties pour-

raient se trouver dans l'impossibilité de dresser un acte authentique. Cela est absurde, le but de l'adage, qui est une règle du droit civil international, étant précisément de faciliter la rédaction des actes en tout pays.

Tel est le droit commun, et il ne nous paraît pas douteux. Reste à savoir si l'article 999 déroge au droit commun. Le texte le maintient, au contraire. Il distingue entre les testaments olographes et les testaments authentiques. En permettant aux Français de tester à l'étranger dans la forme olographe, la loi ajoute : ainsi qu'il est prescrit en l'article 970; tandis que, en parlant de l'acte authentique, la loi dit : « avec les formes usitées dans les lieux où cet acte sera passé. » Or, l'intervention d'un officier public est une de ces formes; donc c'est la loi du lieu qui décidera si elle est nécessaire ou non. C'est l'opinion générale (1).

150. La cour de cassation a appliqué ce principe à un testament fait en Angleterre dans la forme que l'on y suit pour les testaments solennels, c'est-à-dire sans intervention d'un officier public. Le testament était rédigé par un tiers; le testateur avait déclaré sa volonté en présence de quatre témoins, l'acte était signé et scellé par le testateur et les témoins : le testament ainsi fait est réputé authentique. Le premier juge le déclara nul par la raison qu'un acte n'est authentique que lorsqu'il est reçu par un officier public. Sur l'appel, la décision fut infirmée, et la cour de cassation maintint l'arrêt. La cour se fonde sur le texte de l'article 999, qui renvoie expressément aux lois étrangères. Elle cite encore l'article 994 qui prévoit le cas où un testament est fait dans le cours d'un voyage maritime, alors que le navire a abordé une terre étrangère : la loi dit que, dans ce cas, le testament sera valable, si le testament a été dressé suivant les formes usitées dans les pays où l'acte a été fait; ce qui confirme l'adage. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison d'y déroger. La loi entend favoriser les Français qui se trouvent à l'étranger, elle leur permet de tester en la forme olographe quand même

(1) Dalloz, n° 3410, et les auteurs qui y sont cités.

les lois étrangères n'admettraient pas ce testament; pourquoi aurait-elle exigé l'intervention d'un officier public là où il n'y a point d'officiers publics? C'eût été mettre les Français dans l'impossibilité de tester en Angleterre dans une forme solennelle, et même de faire aucun testament, s'il leur était impossible de faire un testament olographe (1).

151. La question devient douteuse lorsque le testament solennel est reçu dans un pays étranger, selon une forme reconnue par la loi de ce pays, sans intervention d'un officier public, alors que la loi étrangère reconnaît aussi un testament authentique reçu par un officier public. Ce cas s'est présenté pour un testament fait à la Louisiane. La loi du pays admet trois formes de testament : le testament olographe, le testament mystique et le testament nuncupatif. Le testament nuncupatif peut être reçu de deux manières : en présence d'un notaire et de trois témoins, ou sous signatures privées, de la main, soit du testateur, soit d'une personne étrangère en présence de cinq témoins; le testament ainsi fait doit, au décès du testateur, être remis et prouvé de nouveau par l'affirmation verbale de trois au moins des témoins qui ont assisté à sa confection, et il ne devient exécutoire qu'après que le juge a reconnu la sincérité de l'acte. C'est le testament anglais dont nous venons de parler (n° 150), tandis que l'autre testament solennel rappelle le testament par acte public du droit français; l'un et l'autre sont authentiques. Le Français a-t-il le choix? ou faut-il qu'il fasse recevoir ses dernières volontés par un notaire? Il y a un motif de douter, c'est que rien ne s'oppose à ce qu'il fasse un testament authentique dans le sens de l'article 1317, puisque, au dire de la cour de Pau, cette forme a été précisément introduite dans l'intérêt des habitants de la Louisiane qui sont d'origine française. L'objection a peu de valeur, si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que l'article 1317 ne s'applique pas aux testaments reçus à l'étranger (n° 149). Il en résulte que l'authenticité

(1) Rejet de la chambre civile, 6 février 1843 (Dalloz, n° 3410, p. 980).

est définie par la loi étrangère, et si cette loi consacre plusieurs formes authentiques, il doit être libre à toutes personnes, étrangères ou indigènes, de choisir celle de ces formes qu'elles préfèrent. On objectait que les testaments de cette espèce sont appelés testaments nuncupatifs sous signatures privées; n'est-ce pas dire que ce sont des actes sous seing privé? Non, dit la cour de cassation; la présence de cinq témoins à la dictée de l'acte, la reconnaissance qu'ils en font sous la foi du serment, l'intervention du juge chargé de recevoir la preuve, constituent un ensemble de formalités qui suffisent pour donner au testament l'authenticité exigée par l'article 999 (1).

152. Il y a une nouvelle difficulté lorsque le testament est purement verbal. C'est le testament nuncupatif proprement dit. S'il intervient un officier public dans ce testament, l'authenticité n'en peut guère être contestée. D'après les lois de la Hongrie, le testament peut être reçu par le juge de la noblesse et un assesseur juré. Le juge confère l'authenticité aux actes qui se font devant lui, aussi bien que le notaire. Cela a été décidé ainsi par la cour de cassation (2).

Il s'est présenté un cas plus singulier. Un israélite français teste à Jérusalem, d'après les formes reconnues par la loi orale des juifs, devant deux témoins qui recueillent sa volonté par écrit et présentent l'acte devant la chambre de justice ou tribunal rabbinique, lequel déclare le testament authentique. Ce testament est-il valable? On peut demander d'abord si la *loi orale des juifs* est bien une loi du pays; les juifs n'ayant plus de patrie, ceux de Jérusalem pas plus que ceux d'Europe, peuvent-ils avoir une loi nationale? En France et en Belgique, ils n'en ont plus, puisqu'ils se confondent avec le reste de la nation. Un juif étranger ne pourrait donc pas tester, chez nous, d'après la loi orale des israélites, en invoquant cette loi comme une loi du pays. Mais la Turquie laisse aux populations conquises le droit de se régir d'après leurs lois; la loi orale des juifs fait donc partie des lois de l'Etat, et

(1) Pau, 26 juillet 1853, et Rejet, 3 juillet 1854 (Daloz, 1854, 1, 313).

(2) Rejet, 30 novembre 1831 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 3412, 1°).

peut par conséquent être invoquée par les étrangers qui appartiennent à la race israélite. Restait une difficulté. Quelles sont les formes prescrites par la loi orale? Le testament ne figure pas dans la loi écrite; on doit donc consulter la loi orale. Il a été jugé que le testament reçu par deux rabbins, non en cette qualité, mais comme témoins, est valable, parce que « tout porte à croire qu'il a été fait dans les formes suivies à Jérusalem par les israélites. » Ce motif a paru étrange au rapporteur de la cour de cassation. En droit, il n'y a point d'à peu près. Un testament reçu à l'étranger n'est valable que s'il est conforme aux lois du pays; est-il régulier, oui ou non? Il n'y a point de milieu entre le non et le oui. Mais peu importe la forme dubitative des motifs, pourvu qu'il soit bien établi que le testament est conforme à la loi orale. Après une laborieuse enquête, le rapporteur conclut que le testament est conforme à la loi orale, donc valable. La cour de cassation a dû se borner à décider qu'il résultait de la loi orale des israélites que le testament litigieux était régulier et authentique suivant les formes usitées à Jérusalem (1).

153. Une dernière difficulté se présente sur les formes dans lesquelles les Français peuvent tester à l'étranger. Il y a des formes qui ne sont ni olographes ni authentiques; le testament fait par un Français dans ces formes sera-t-il valable? Le code dit que le Français peut tester par testament olographe dans les formes prescrites par l'article 970, ou par acte authentique. Résulte-t-il de là qu'il ne peut tester que dans l'une de ces formes? La question est controversée. En apparence, le texte la décide, puisqu'il exige un acte authentique. Mais l'article 999 n'est pas conçu en termes prohibitifs ou restrictifs. Dire que le Français pourra disposer dans telles formes, ce n'est pas dire qu'il ne le peut que dans ces formes. Si l'on entendait l'expression *acte authentique* dans un sens restrictif, il dérogerait à l'adage *Locus regit actum*, sans qu'il y eût un motif quelconque pour justifier cette dérogation.

(1) Rejet, 19 août 1858 (Daloz, 1859, 1, 81).

L'esprit de la loi, loin d'être restrictif, est d'étendre le droit commun; nous allons voir que l'article 999 permet de faire un testament olographe dans les pays dont la loi n'admet pas cette forme de tester. Pourquoi interdirait-il de tester dans une forme non authentique admise par la loi étrangère (1)? Il faut donc maintenir le principe général.

Cette décision s'applique, à notre avis, au testament mystique, tel qu'il est organisé par le code civil. Ce n'est ni un testament olographe, ni un testament authentique. Nous reviendrons sur ce point. Il a été jugé, en sens contraire, que la forme mystique, dans la législation sarde, qui ne fait que reproduire le code Napoléon, confère au testament le caractère de l'authenticité; ce qui permet d'appliquer le texte de l'article 999. La cour de cassation n'a fait que confirmer un arrêt de la cour de Paris, lequel décide que l'acte de suscription se lie indissolublement à l'acte émané du testateur, et confère au testament un caractère solennel (2). Solennel, oui, mais authentique, non. Le testament olographe est aussi solennel, puisqu'il y a des formes prescrites pour sa validité; cependant ce n'est pas un acte public. A notre avis, il suffit que le testament mystique soit autorisé par la législation étrangère pour que le Français puisse tester dans cette forme, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'acte est authentique ou non.

154. L'application au testament de la maxime *Locus regit actum* donne lieu à plusieurs difficultés. Pour décider si l'acte est valable ou nul, il faut naturellement consulter la loi étrangère. On a essayé d'interpréter la loi étrangère par le code civil, en exigeant, sous peine de nullité, l'observation des formes rigoureuses qu'il prescrit. L'erreur est palpable. Peu importe que les formes de notre code soient fondées en raison, cela n'autorise pas l'interprète à transporter notre législation dans une légis-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 444, n° 475. Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 355. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 485, note 1, § 661.
(2) Paris, 19 avril 1853, et Rejet, 28 février 1854 (Daloz, 1854, 1, 126).

lation étrangère, à moins que celle-ci n'ait fait que reproduire le code Napoléon (1).

155. Naît maintenant la question de savoir qui doit prouver que l'acte que l'on produit est ou non conforme à la loi étrangère. Il a été jugé qu'un testament reçu à Madrid par un notaire est *préssumé* avoir été rédigé selon les formes prescrites par la loi espagnole (2). Le mot de *présomption* dont la cour se sert est inexact; il n'y a pas de présomption sans loi, et où est la loi qui établit la présomption que la cour de Toulouse invoque? Il faut appliquer les principes généraux qui régissent la preuve. C'est au légataire à prouver l'existence du legs. Il fait cette preuve en produisant le testament. Ceux qui prétendent que le testament est nul, doivent le prouver. Ce principe reçoit son application sans difficulté au testament reçu par un officier public, la signature du notaire donne à l'acte le caractère d'authenticité. En serait-il de même d'un testament dans lequel n'interviendrait aucun officier public, tel qu'un testament nuncupatif? Il nous semble que, dans ce cas, c'est au demandeur à prouver que l'acte qu'il produit est un testament, c'est-à-dire qu'il réunit les conditions voulues par la loi étrangère.

156. L'application de ces principes a soulevé une difficulté que la cour de Paris a décidée en termes trop absolus. Un testateur teste dans l'île de Cuba: il ne connaissait pas la langue espagnole, et le notaire ne connaissait pas la langue française, qui était celle du défunt. Il a été jugé que l'on pouvait se servir du ministère d'un interprète; l'arrêt suppose que les témoins doivent connaître les deux langues (3). N'est-ce pas faire la loi, au lieu de l'interpréter? Il fallait avant tout consulter la loi espagnole, pour décider si elle permet de tester par l'organe d'un interprète et quelles sont, dans ce cas, les qualités que doivent réunir les témoins. La question ne peut pas se décider en théorie, comme le fait la cour.

(1) Colmar, 23 janvier 1829, et Rejet, 30 novembre 1831 (Daloz, n° 3412, 1°).

(2) Toulouse, 11 mai 1850 (Daloz, 1852, 2, 64).

(3) Paris, 23 décembre 1818 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 3413).