

II. Présence du notaire et des témoins.

297. Le testament est reçu par un ou deux notaires *en présence* de deux ou quatre témoins (art. 971). On demande si les témoins doivent être présents à la confection entière de l'acte. La question est décidée par le texte de la loi. Aux termes de l'article 971, le notaire *reçoit* l'acte, et pendant tout le temps qu'il le reçoit les témoins doivent être présents. Or, qu'est-ce que *recevoir* le testament? Il y a une grande différence entre le testament et les actes ordinaires. C'est le notaire qui rédige les actes ordinaires, le plus souvent hors la présence des témoins et même des parties, sur les indications que celles-ci lui ont données; on appelle les témoins à la lecture et à la signature. Il n'en est pas de même du testament; il se compose d'une série d'actes : le testateur dicte ses dispositions, le notaire les écrit sous sa dictée, puis il en donne lecture et enfin le testateur signe. Il y a donc trois actes distincts dans la réception du testament, la dictée et l'écriture, la lecture, la signature. Puisque les témoins doivent être présents pendant que le testament est reçu, la conséquence est qu'ils doivent être présents quand le testateur dicte et que le notaire écrit, pendant que le notaire fait la lecture du testament au testateur, et lorsque le testateur signe. On a cependant prétendu que la loi exigeait seulement la présence à la lecture. En effet, l'article 972 dit qu'il doit être donné lecture du testament au testateur *en présence des témoins* et qu'il en sera fait mention expresse; il suit de là, dit-on, que les témoins ne doivent pas être présents, à peine de nullité, lorsque le testateur dicte ses dispositions et que le notaire les écrit. La cour de Bruxelles a rejeté cette interprétation et décidé que l'article 971 exigeant la présence des témoins à la réception du testament, et toutes les formalités devant être observées à peine de nullité, d'après l'article 1001, il en résulte que les témoins doivent assister à toutes les opérations qui constituent le testament, donc à la dictée et à l'écriture aussi bien qu'à la lecture. L'article 971 est formel, et il est im-

possible que l'article 972 dise le contraire de ce que dit l'article qui définit le testament et ses formes substantielles; tout ce qui résulte de l'article 972, c'est une formalité de plus, c'est-à-dire la *mention expresse* de la présence des témoins à la lecture du testament au testateur; de ce que l'article 972 exige une formalité de plus, on ne peut certes pas conclure qu'il abroge celles que prescrit l'article 971.

La décision a été confirmée par la cour de cassation sur un excellent réquisitoire du procureur général Daniels. Il lui était facile de justifier l'arrêt dont on demandait l'annulation. Qu'est-ce que le testament? La déclaration de la dernière volonté du testateur. Le notaire la reçoit, en ce sens qu'il est présent à tout ce qui constitue la substance de l'acte et que, de son côté, il fait les devoirs nécessaires pour en constater la vérité. Les témoins signent pour attester que *tout* ce qui est contenu en l'acte est véritable et s'est passé en leur présence. Leur demandera-t-on de certifier par leur signature un fait dont ils n'ont aucune connaissance, qui s'est passé pendant qu'ils n'étaient pas présents? C'est vouloir qu'ils commettent un faux.

Il y a cependant un motif de douter. Pourquoi l'article 972 exige-t-il que les témoins soient présents à la lecture, tandis qu'il n'exige pas qu'ils soient présents à la dictée et à l'écriture du testament? La chambre de cassation répond que l'on aurait pu croire que la lecture est étrangère à la réception proprement dite du testament; le testament est reçu, aurait-on dit, dès que le testateur a déclaré ses volontés et que le notaire les a écrites; la lecture n'est qu'un récolement. C'est pour prévenir cette objection que les auteurs du code ont jugé nécessaire d'exiger formellement que le notaire constate la présence des témoins à la lecture (1). Quant à la dictée et à l'écriture, ce doute ne pouvait surgir, le texte de l'article 971 étant formel.

(1) Bruxelles, 22 avril 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 358), et Rejet, 16 février 1816 (*ibid.*, 1816, p. 47). Comparez La Haye, 12 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 145). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § 11, n° 4, et tous les auteurs).

298. Par la même raison, il faut que les témoins soient présents à la signature du testateur ou à la déclaration qu'il fait de ne savoir ou de ne pouvoir signer. Cela ne peut guère être contesté. Il n'y a pas de testament si le testateur ne signe pas, ou ne fait une déclaration qui équivaut à la signature. Or, les témoins doivent être présents à la réception du testament, donc il faut qu'ils assistent à la signature; eux-mêmes, en signant, certifient qu'ils ont vu signer le testateur. La jurisprudence est en ce sens; et la chose est si évidente, que les auteurs ne discutent pas même la question (1).

299. Qu'entend-on par *présence des témoins*? Seraient-ils présents s'ils se trouvaient dans un appartement voisin de celui où est le testateur? Le cas s'est présenté dans les circonstances suivantes. Le notaire, après avoir écrit sur une feuille de papier libre les dispositions que le testateur lui dicte, les transcrit immédiatement sur un feuillet de papier timbré. Nous dirons plus loin que cette manière de procéder est consacrée par la jurisprudence. Dans l'espèce, le notaire fit cette transcription dans la chambre de la testatrice, mais les témoins, à cause de l'encombrement qui régnait dans cette place, s'étaient retirés dans une salle attenante, d'où ils pouvaient voir le notaire écrivant le testament sur le papier timbré; l'arrêt constate que tous l'ont vu pendant qu'il écrivait. Il a été jugé que les témoins avaient été présents à la transcription, comme du reste ils avaient été présents à la dictée et à l'écriture. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2). Nous croyons que la même décision serait applicable si les témoins étaient dans une pièce contiguë à celle où se trouve le testateur pendant que celui-ci dicte, pendant la lecture et la signature, pourvu qu'ils voient et entendent tout ce qui se passe. La présence est une question de fait. Il n'est pas nécessaire que les témoins soient auprès du lit du testateur; ils sont présents dès qu'ils entendent et qu'ils voient.

(1) Bruxelles, 19 avril 1815 (*Pasicriste*, 1815, p. 361). Dijon, 2 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 66).

(2) Rejet, chambre civile, 19 mars 1861 (Daloz, 1861, 1, 99).

300. Il se peut que l'un des témoins doive sortir pendant que le notaire reçoit le testament; le notaire doit, en ce cas, suspendre la réception du testament, en constatant le fait (1). S'il continue à recevoir le testament, ne fût-ce que pendant quelques instants, en l'absence de l'un des témoins, l'acte sera nul. C'est une des grandes rigueurs de la loi, et il faut avouer qu'aux yeux de la raison elle ne se justifie pas toujours. Pendant que le notaire est occupé à transcrire sur papier timbré le testament qu'il avait écrit sous la dictée du testateur, en présence des témoins, l'on vient appeler l'un des témoins, médecin, pour donner ses soins à un paysan qui s'était foulé le pied; le témoin sort de la pièce où se faisait le testament, passe dans la pièce voisine où se trouvait le patient et revient après une absence de quelques minutes. La cour de Bordeaux annula le testament. Quelque rigoureuse que soit cette décision, elle est juridique. Le testament doit être *reçu en présence* des témoins; le mot *reçu* s'entend de l'ensemble des opérations qui constituent le testament; il faut que les témoins assistent à tout, qu'ils soient en situation de tout voir et de tout entendre, afin qu'ils puissent tout contrôler et attester sciemment, par leur signature, que tout s'est passé ainsi que l'acte le constate. La présence de tous les témoins étant nécessaire pendant toute la durée du testament, si l'un d'eux s'absente, ne fût-ce que pendant un moment, l'opération qui se continue hors de sa présence est radicalement viciée et le testament est nul. Vainement dirait-on qu'il ne s'est rien passé d'essentiel pendant l'absence du témoin; le juge n'a pas le droit de prendre les circonstances en considération, il est lié par une règle impérative et absolue (2).

S'il y a un reproche à faire, c'est au législateur. La cour de Dijon a porté une décision identique dans les circonstances suivantes. L'un des témoins s'absenta un instant pour prier une demoiselle d'apporter à boire à la testatrice; son absence ne dura pas plus d'une minute;

(1) Nancy, 24 juillet 1833 (Daloz, n° 2905, 2°).

(2) Bordeaux, 8 mai 1860 (Daloz, 1860, 2, 129).

quelque temps après un autre témoin s'absenta, chargé par la testatrice de donner des ordres pour le souper du notaire. Le notaire ayant continué à recevoir le testament qu'il était occupé à écrire, la nullité était évidente; l'arrêt constate que les témoins n'ont pu entendre ni voir ce qui se passait dans la chambre de la testatrice pendant leur absence momentanée. La cour de cassation, se fondant sur les faits constatés par la cour d'appel, rejeta le pourvoi. Elle ajoute néanmoins une espèce de restriction; c'est qu'il n'était pas constaté qu'aucune communication eût eu lieu pendant l'absence de l'un des témoins, soit de la testatrice au notaire et aux témoins, soit du notaire et des témoins à la testatrice (1). Peu importe; la loi est violée dès qu'un témoin s'absente pendant que le notaire reçoit son testament, donc le testament est nul.

301. La présence des témoins suffit-elle? ou faut-il qu'elle soit constatée dans l'acte? et la mention qu'en fait le notaire doit-elle être expresse? Il y a quelque doute sur ces points. L'article 972 la prescrit pour la présence des témoins à la lecture du testament; il ne la prescrit point pour la présence à la dictée et à l'écriture, et bien moins encore pour la signature, dont il ne parle pas. Cela décide la question de la mention expresse. On a cependant soutenu que ces mots de l'article 972, « il est fait du tout mention expresse, » s'appliquaient à l'article 971 aussi bien qu'à l'article 972. Il est vrai qu'il y avait même motif d'exiger la mention expresse de la présence des témoins à toutes les opérations du testament, donc à la dictée, à l'écriture et à la signature, aussi bien qu'à la lecture. On n'aperçoit pas pourquoi la loi prescrit la mention expresse de la présence des témoins pendant l'une des opérations, la lecture, tandis qu'elle ne la prescrit pas pour les autres opérations, la dictée, l'écriture et la signature. Mais, en matière de formes testamentaires, on ne raisonne pas par analogie, car cette argumentation conduirait à créer des nullités que la loi ignore. Il n'y a point de formalité, ni de nullité sans texte. Or, le texte

(1) Rejet, 18 janvier 1864 (Daloz, 1864, 1, 139).

est précis; la mention expresse que l'article 972 exige ne se rapporte qu'aux formalités prescrites par cet article; pour qu'elle s'étendît à d'autres formes, il faudrait que la loi elle-même l'eût dit; il suffit que l'article 972 ne relate pas l'article 971 pour que l'on ne puisse pas exiger la mention expresse de la présence des témoins à la réception du testament, ni prononcer la nullité de ce chef (1).

Il a été jugé, conformément à ces principes, que le notaire ne doit pas faire mention expresse de la présence des témoins à la dictée et à l'écriture (2), ni de leur présence à la signature ou à la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer (3). Le motif de toutes ces décisions est le même: les nullités de formes sont de droit étroit et ne peuvent être suppléées.

302. S'il ne faut pas de mention expresse de la présence des témoins aux diverses opérations du testament, le notaire doit-il au moins mentionner qu'ils sont présents à la réception de l'acte? L'affirmative est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Il y a un motif de douter: peut-il y avoir une formalité et une nullité sans texte? et où est le texte qui prescrit la mention de la présence des témoins à la réception du testament? L'article 971 dit bien que le testament doit être reçu en présence des témoins, et l'article 980 dit que les témoins *appelés pour être présents aux testaments* devront être mâles, etc. Mais ces articles ne disent pas que la présence des témoins doit être mentionnée à l'acte. C'est une négligence de rédaction, il est vrai; toujours est-il qu'il n'y a point de texte. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le testament doit porter en lui-même la preuve que les conditions requises pour la substance de l'acte ont été observées. Or, il n'y a pas de testament sans témoins, et leur signature

(1) Bruxelles, 17 mai 1819 (*Pasicriste*, p. 380), 1^{er} et 7 février 1825 (*ibid.*, 1825, p. 296). Metz, 19 décembre 1816 (Daloz au mot *Dispositions*, n° 2908, 1^o). En sens contraire, Duranton (t. IX, p. 101, n° 67), il ne donne aucun motif et il est en contradiction avec lui-même.

(2) Douai, 24 mai 1853 (Daloz, 1853, 2, 184). Poitiers, 5 décembre 1854 (Daloz, 1855, 5, 437).

(3) Arrêts de Douai (cité note 2) et d'Angers, 3 janvier 1855 (Daloz, 1855, 2, 240).

ne suffit point, ils doivent être présents à la réception de l'acte. De là suit que le testament doit contenir la preuve de leur présence. Il y aura toujours une différence entre la présence des témoins à la lecture et leur présence aux autres opérations du testament, c'est que la présence à la lecture doit être attestée par une mention expresse, tandis que leur présence à la dictée, à l'écriture et à la signature ne doit pas être mentionnée expressément, il suffit qu'elle soit prouvée par les énonciations de l'acte. C'est aux tribunaux à juger, d'après la rédaction du testament, s'il contient la preuve que les témoins ont été présents (1).

La présence des témoins est constatée au préambule et à la clôture de l'acte. Cela suffit-il pour prouver qu'ils ont été présents à toutes les opérations du testament? Oui, s'il est prouvé que le testament a été fait en un seul contexte. Comment se fera cette preuve? On lit, dans un jugement du tribunal de Liège, que rien n'indiquant que l'acte n'aurait pas été fait sans déssemparer, il en faut conclure qu'il constate la présence des témoins à toute l'opération, depuis le commencement jusqu'à la fin. Cela ne nous paraît pas exact; de ce que rien n'indique que l'acte n'aurait pas été fait de suite on ne peut pas induire qu'il a été fait de suite; les faits juridiques ne se prouvent pas par le silence de l'acte, il faut une preuve positive. La cour d'appel a corrigé la rédaction, elle dit que l'acte est *préssumé de droit* avoir été écrit sans déssemparer en un seul et même contexte (2). Où est le texte qui établit cette *présomption de droit*? et y a-t-il une présomption légale sans loi? Nous croyons que la preuve que l'acte a été fait de suite doit résulter de l'acte même; ce n'est qu'à cette condition que la mention, qui se trouve au commencement et à la fin de l'acte, de la présence des témoins prouve qu'ils ont assisté à toutes les opérations du testament. Sur le recours en cassation, il est intervenu un arrêt de rejet. La cour pose en principe que la loi n'exige pas que la présence des témoins à chacun des actes qui constituent

(1) Duranton, t. IX, p. 100, n° 66. Grenier, t. II, p. 452, n° 246. Troplong, t. II, p. 84, n° 167, 1.
 (2) Liège, 1^{er} juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 188).

la réception du testament soit constatée d'une manière spéciale. Comme le code ne détermine rien sur la forme des expressions qui doivent servir à constater la présence des témoins, il s'ensuit que leur présence peut s'induire de l'ensemble des énonciations qu'il renferme. Il suffit, dit la cour, que la contexture de l'acte ne puisse donner lieu à un doute raisonnable. La conclusion est que c'est aux juges du fait à décider, d'après les énonciations de l'acte, si la présence des témoins est suffisamment prouvée (1). En droit, cette décision est irréprochable; mais ne fallait-il pas faire une réserve pour la prétendue présomption de droit invoquée par la cour de Liège? et à défaut de cette présomption imaginaire, l'acte fournissait-il la preuve qu'il avait été fait en un seul contexte?

A plus forte raison n'admettrions-nous pas, avec la cour de Riom, que la présence des témoins à la réception du testament est suffisamment constatée par la déclaration que le notaire fait au préambule: « Nous, notaire, et les témoins ci-après nommés, ayant été mandés par..., nous nous sommes rendus à sa maison (2). » De ce que les témoins se sont rendus au domicile du testateur il ne suit pas qu'ils aient été présents à toutes les opérations du testament. Il a été jugé, en ce qui concerne la présence des témoins à la signature, qu'elle est suffisamment constatée par la mention finale, portant qu'au moment même de la signature de l'acte par les *témoins* et le notaire, le testateur, sur l'interpellation à lui faite, a déclaré ne savoir signer. De plus, le préambule déclarait que l'acte avait été reçu en présence des témoins y dénommés. Cette mention était certainement suffisante. Mais l'arrêt de la cour de Douai va plus loin; il dit que le préambule seul suffisait pour prouver que tout ce qui est exprimé en l'acte s'est fait en présence des témoins (3). Oui, si l'unité de contexte est prouvée; non, si l'unité de contexte n'est pas établie.

(1) Rejet, 22 janvier 1858, sur le rapport de M. De Cuyper (*Pasicrisie*, 1858, 1, 53).
 (2) Riom, 4 décembre 1809 (Daloz, n° 2793).
 (3) Douai, 24 mai 1853 (Daloz, 1853, 2, 184).

S'il résultait des énonciations du testament que les témoins n'ont été présents qu'à la lecture, le testament serait nul (1). Cela n'est point douteux. Il n'y a doute que sur un point : le préambule doit-il aussi être écrit par le notaire en présence des témoins ? Si le préambule est dicté par le testateur et consiste, par exemple, dans l'expression de ses sentiments religieux, il est certain que le notaire doit l'écrire sous la dictée du testateur, et les témoins doivent être présents à tout ce que le testateur dicte et à ce que le notaire écrit (2). Mais s'il s'agit de la formule que les notaires mettent en tête de leurs actes, ce préambule n'est point dicté par le testateur, il est l'œuvre exclusive du notaire ; la cour de cassation a jugé qu'il peut être rédigé hors de la présence des témoins (3). En effet, la loi ne dit nulle part que les témoins y doivent assister, et, en réalité, leur assistance serait sans objet.

III. La dictée.

303. L'article 972 porte : « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par le notaire. » C'est une formalité spéciale aux testaments. Les actes notariés, en général, ne sont pas dictés par les parties, le notaire ou son clerc les rédige d'après les indications qu'ils reçoivent, les parties ne figurent dans l'acte que par leur signature ; tandis que dans le testament le testateur dicte et le notaire écrit sous sa dictée. Quel est le motif de cette exception ? Le testament doit être l'expression libre, spontanée de la volonté du défunt ; une des garanties que la loi a établies pour assurer que l'acte soit en réalité ce qu'il doit être, est que le testateur dicte ses dispositions. C'est lui qui en est l'auteur direct et exclusif ; le notaire n'in-

(1) Caen, 21 décembre 1825 (Daloz, n° 2906).

(2) Comparez cassation, 27 avril 1857 (Daloz, 1857, 1, 365).

(3) Rejet, 4 mars 1840 (Daloz, n° 2910).

tervient que comme secrétaire, pour donner l'authenticité aux dispositions qu'il écrit sous la dictée du testateur.

304. Qu'est-ce qui doit être dicté ? Le testament, dit l'article 972. On demande si cette expression comprend le préambule. Nous avons déjà répondu à la question. Le préambule notarial ne doit pas être dicté par le testateur parce qu'il n'est point son œuvre, et d'ailleurs il n'a rien de commun avec les dispositions proprement dites du défunt. Il n'en est pas de même du préambule que le testateur met à ses dispositions pour marquer l'esprit dans lequel il le fait, ou les raisons pour lesquelles il teste ; ces considérations font partie de la volonté du disposant, puisqu'elles la motivent ou l'expliquent ; elles sont l'œuvre du testateur ; or, tout ce qui, dans le testament, émane du testateur doit être dicté par lui. La cour de Bordeaux avait jugé que le préambule d'un testament contenant la profession religieuse du testateur ne fait pas partie du testament. Sa décision a été cassée ; le préambule, religieux ou autre, fait partie intégrante du testament, dit la cour de cassation ; d'où suit qu'il doit être dicté et que le notaire ne peut pas se borner à le copier (1).

305. Quand il n'y a qu'un notaire, la loi dit que le testament doit être dicté par le testateur ; quand il y en a deux, l'article 972 veut qu'il *leur* soit dicté. On ne dicte pas à celui qui n'écrit pas ; et comme il ne peut y avoir que l'un des notaires qui écrive le testament, il faut entendre la loi en ce sens que le testament est dicté à l'un en présence de l'autre. Dire que le testament est dicté aux deux notaires, c'est donc exprimer d'une manière énergique que le notaire qui n'écrit pas le testament doit assister à la dictée, comme il doit assister à tout l'acte, puisqu'il le *reçoit*, aux termes de l'article 971, aussi bien que celui qui l'écrit (2).

306. Qu'entend-on par dictée ? L'ordonnance de 1735 portait (art. 5 et 23) que le testateur devait *prononcer intelligiblement* toutes les dispositions et que le notaire

(1) Cassation, 27 août 1857 (Daloz, 1857, 1, 365).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 513, note 38, suivi par Demolombe, t. XXI, p. 268, n° 255.