

sacre-t-il cette théorie? Nous ne le croyons pas. L'article 972 veut, à peine de nullité, que le notaire écrive tout ce que le testateur lui dicte, et tout ce qu'il a écrit doit être lu; la loi ne distingue pas, et l'interprète ne peut pas introduire dans la loi des distinctions qui n'y sont point. S'il était permis de décider que telle disposition ne doit pas être lue, parce qu'elle est inutile ou nulle, on pourrait, par la même raison, décider qu'elle ne doit pas être dictée, ni écrite par le notaire. Que deviendraient alors les formes substantielles de l'acte?

VI. Des mentions.

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

324. Après avoir dit que le testament doit être dicté par le testateur, écrit par le notaire tel qu'il est dicté, et qu'il en doit être donné lecture au testateur en présence des témoins, l'article 972 ajoute : « Il est fait du tout mention expresse. » C'est une nouvelle formalité que la loi prescrit à peine de nullité du testament, et c'est celle qui a donné lieu aux plus nombreuses difficultés. On se demande, en présence de tant de procès et de tant de testaments annulés par la faute des notaires, si les auteurs du code n'ont pas dépassé le but qu'ils avaient en vue. En théorie, il est facile de justifier la loi, quelque rigoureuse qu'elle paraisse. Pourquoi le législateur a-t-il prescrit des solennités pour l'existence du testament? C'est une garantie pour le testateur et pour ses héritiers naturels. Il est assiégé par de mauvaises passions, la cupidité, la haine, l'affection déréglée, le zèle religieux mal entendu. Comment assurer sa liberté? comment empêcher que les parents que la nature appelle à lui succéder ne soient injustement dépouillés? Le législateur n'a qu'un moyen, ce sont les formes. Voilà pourquoi les solennités sont substantielles. Mais il ne suffit point de prescrire des formes, il faut aussi veiller à ce qu'elles soient observées. Suffisait-il de déclarer qu'elles doivent être remplies sous peine de nullité? Les lois n'ont pas d'autre sanction, quelque importantes qu'elles soient, quand même elles concernent

l'ordre public et les bonnes mœurs. Le législateur ne s'en est pas contenté en matière de testaments. Pour avoir une preuve de l'observation des formes et une garantie qu'elles seront remplies, il exige, sous peine de nullité, que le notaire fasse mention de l'accomplissement des formes que la loi prescrit; de sorte que le testament est nul, non-seulement quand une formalité n'a pas été remplie et qu'il n'y a pas de mention qu'elle l'a été; mais qu'il est encore nul alors même que la formalité aurait été observée; il suffit que la mention ne soit pas faite. Il y a plus. Toute espèce de mention ne suffit point, il faut une mention expresse; si la mention n'est pas expresse, le testament est nul, quoique la formalité ait été remplie et que le notaire en ait fait mention (1).

Nous demandons la raison de ce surcroît de rigueur. Merlin, et après lui tous les auteurs répondent : Il faut une garantie, et le législateur a choisi la plus forte, l'intérêt et l'honneur de l'officier public qui reçoit le testament. Le notaire sait qu'il doit mentionner l'observation des formalités à peine de nullité; il sait que l'annulation du testament pour ignorance ou négligence grave le soumet à une action en responsabilité; il ne manquera donc pas de faire les mentions que la loi exige. Le voilà forcé moralement de remplir les formalités dont il fait mention, car s'il déclare les avoir remplies alors qu'en réalité elles ne l'ont pas été, il commet le crime de faux, et il sera puni des travaux forcés. C'est ainsi que la loi assure l'observation des solennités testamentaires. La mention est en même temps la preuve de leur accomplissement. Si la loi ne prescrivait pas la mention, on pourrait contester qu'elles aient été observées; de là des procès très-difficiles à juger, et par conséquent le sort des testaments serait abandonné à l'incertitude des preuves judiciaires. La nécessité de la mention a pour conséquence que la preuve des solennités doit se trouver dans le testament même; c'est l'officier public chargé de remplir les formalités qui atteste qu'elles l'ont été (2).

(1) Coin-Delisle, p. 375, nos 31-34 de l'article 972, et tous les auteurs.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. IV (t. XXXIII).

Cela est parfait en théorie. Il n'en est plus de même quand on voit les innombrables procès auxquels la nécessité de la mention a donné lieu. Elle doit être une garantie pour le testateur, et le plus souvent elle tourne contre lui ; que de testaments ont été annulés pour mentions insuffisantes, alors que le juge avait la certitude morale qu'ils étaient l'expression de la libre volonté du défunt ! On dira : tant mieux pour les héritiers ! Ce tant mieux implique une injustice. Sans doute, les testaments doivent être une exception. Mais la loi les admet, et elle doit les maintenir, quelque favorables que soient les héritiers ; tandis que, grâce au formalisme du code civil, la volonté la plus certaine du défunt risque toujours d'être méconnue. Et quand les héritiers ont réellement droit et intérêt à attaquer les dispositions du défunt, trouveront-ils un appui dans le formalisme que nous critiquons comme excessif ? Les testaments arrachés par la captation et la suggestion ne manquent point, et ce sont précisément ceux-là qui sont irréprochables sous le rapport de la forme. La fraude a bon soin de se mettre en règle, car son métier est de s'emparer des formes de la loi pour en violer plus sûrement l'esprit. A notre avis, mieux eût valu s'en tenir au droit commun. Nous ne poursuivons pas cette discussion, parce que la question est purement législative.

325. L'article 972 porte : « Il est fait du tout mention expresse. » Qui doit faire cette mention ? Est-ce le notaire ? Ou le testateur peut-il déclarer qu'il a dicté son testament, que le notaire l'a écrit tel qu'il l'a dicté, et que lecture lui a été donnée du testament en présence des témoins ? Si la question pouvait être décidée en théorie, d'après les principes, elle ne serait pas douteuse. Ce n'est pas le testateur qui reçoit le testament, c'est le notaire ; c'est donc l'officier public qui doit remplir les formalités substantielles sans lesquelles il n'y a point de testament. Pourquoi la loi prescrit-elle les mentions ? Parce qu'elle

p. 401 et suiv.), et tous les auteurs. Arrêt de la chambre criminelle, 8 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2835).

veut une garantie pour l'accomplissement des formalités ; cette garantie, elle la cherche dans l'intérêt et dans l'honneur du notaire. C'est lui qui sera responsable si le testament est nul en la forme ; c'est lui qui sera poursuivi comme faussaire si le testament est faux. Que deviennent ces garanties si c'est le testateur qui déclare que les formalités ont été remplies ? Elles s'évanouissent ; l'officier public n'est plus qu'un secrétaire qui ne répond de rien, puisque sa mission se borne à constater les déclarations du testateur. Ainsi la validité du testament dépendra de l'ignorance du testateur ! A quoi bon alors un notaire, et pourquoi intervient-il ? Dans la théorie du testament par acte public, le testateur a son rôle et le notaire a le sien. Le testateur teste, le mot le dit, il n'a pas autre chose à faire que de déclarer ses dernières volontés ; le notaire reçoit ses déclarations et remplit les formalités nécessaires à l'authenticité de l'acte. Tels sont les principes ; reste à savoir si le code les consacre.

Ici le doute commence, et par suite la controverse. L'article 972 ne dit pas par qui la mention sera faite. Ce silence est d'autant plus remarquable que les auteurs du code avaient sous les yeux l'ordonnance de 1735 qui voulait que les notaires fissent les mentions prescrites par la loi ; l'ordonnance le disait formellement pour la lecture du testament nuncupatif écrit, et, dans l'usage, on appliquait cette disposition à toutes les formalités dont mention devait être faite. Un usage contraire s'était introduit dans la ville de Valenciennes ; le testateur seul parlait dans l'acte reçu par le notaire ; celui-ci se bornait à écrire et à signer le testament, sans qu'il y eût de sa part aucune énonciation qui lui fût personnelle et relative au caractère dont il était revêtu. Ainsi le testateur rendait seul témoignage que les formalités prescrites par les ordonnances avaient été observées. Une déclaration du 16 mai 1763 réprova cet usage, contraire à celui qui avait lieu dans le reste du royaume (1). La déclaration porte qu'à l'avenir les notaires seront tenus de faire eux-mêmes, et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. VI, n° II

en leur nom, la mention de l'accomplissement des formalités requises par les ordonnances.

Telle est la tradition. Puisqu'il y avait eu des usages contradictoires, pourquoi les auteurs du code n'ont-ils pas consacré formellement l'interprétation admise par la déclaration de 1763? Le silence de la loi semble autoriser l'interprétation contraire : elle ne dit pas que le notaire donnera lecture du testament, elle ne dit pas que le notaire fera mention que les formalités de l'article 972 ont été observées. Peut-on, dans le silence du code, prononcer la nullité du testament pour inobservation d'une formalité que le code n'impose pas expressément au notaire? Le texte de l'article 972 fait encore naître un autre doute; il s'exprime dans les mêmes termes en parlant de la lecture et en parlant de la mention : *il doit être donné lecture : il est fait mention*. La loi ne dit pas que le notaire donnera lecture, elle ne dit pas que le notaire fera mention. Si l'on admet, comme nous l'avons fait (n° 321), que la lecture ne doit pas nécessairement être faite par le notaire, ne faut-il pas admettre aussi que la mention ne doit pas nécessairement être faite par lui?

Il y a une différence. La lecture est un fait matériel; c'est une formalité qui peut être remplie par un clerc ou par le testateur, aussi bien que par le notaire. Tandis que la mention est un fait juridique, une formalité qui consiste dans la rédaction; or, c'est le notaire qui rédige l'acte : n'est-ce pas dire que c'est lui qui doit faire les mentions?

Le texte que l'on oppose à cette théorie n'est pas aussi décisif qu'on le dit. On s'attache exclusivement à l'article 972; il faut le combiner avec l'article 971 dont il est une suite. Or, l'article 971 dit que le notaire *reçoit* le testament par acte public. *Recevoir* l'acte, c'est l'écrire, et les mentions font partie de la rédaction; c'est donc l'officier public chargé de la réception qui doit faire les mentions voulues par la loi. En combinant l'article 971 avec l'article 972, on arrive à la conclusion que c'est le notaire

(t. XXXIII, p. 412 et suiv.). Coin-Delisle, p. 380, n° 53 de l'article 972. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 378, note a. Troplong, t. II, p. 45, n° 1565. Demolombe, t. XXI, p. 803, n° 299.

qui doit faire mention de l'accomplissement des formalités substantielles, sans lesquelles il n'y a point de testament. On dira que nous prouvons trop; que si l'article 971 combiné avec l'article 972 prouve que le notaire doit faire les mentions prescrites par le dernier article, il prouve aussi qu'il doit faire la lecture que le même article prescrit. Nous avons répondu d'avance à l'objection : la lecture de l'acte ne tient pas à la réception de l'acte; cela est si vrai que le législateur a cru devoir répéter que la lecture devait se faire en présence des témoins, bien que l'article 971 eût déclaré que le testament est *reçu* en présence de deux ou de quatre témoins. On conçoit donc que lecture soit donnée par un tiers; on ne conçoit pas qu'un autre que le rédacteur de l'acte mentionne l'accomplissement des formalités que la loi prescrit, car les mentions sont un des éléments de l'acte, et c'est le notaire qui *reçoit* l'acte.

Nous avouons que les textes laissent quelque incertitude parce qu'ils mettent la lecture et les mentions sur la même ligne. Quand le texte est douteux, il faut recourir à l'esprit de la loi. Or, l'esprit de la loi dissipe tout doute. C'est sur l'officier public que la loi compte, et doit compter, pour l'observation des formalités qu'elle prescrit. Il en est surtout ainsi en ce qui concerne les mentions. La plupart des testateurs ignorent ce que c'est qu'une mention; ils se reposent sur le notaire. Il y a une autre considération qui nous paraît décisive quant à l'esprit de la loi. L'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI veut, à peine de nullité, que les actes soient signés par les parties, les témoins et les notaires, *qui doivent en faire mention*. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, *le notaire doit faire mention* de leurs déclarations à cet égard. Si le notaire doit faire mention des signatures, ou de la déclaration des parties qu'elles ne savent ou ne peuvent signer, il faut, par identité de raison, admettre que toutes les mentions doivent être faites par les officiers publics et non par le testateur (1).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. VI, n° III (t. XXXIII, p. 414 et suiv.).

Notre conclusion est que la formalité de la mention n'aurait plus de raison d'être si elle pouvait résulter de la seule déclaration du testateur. Toutefois nous ajouterons une réserve. La loi ne prescrivant pas en termes formels que le notaire fasse la mention, on ne peut pas exiger, sous peine de nullité, que la mention soit faite dans cette forme; tout ce que l'on peut dire, c'est que l'acte doit prouver que la mention émane du notaire ou que du moins il se l'est appropriée, quand, par une mauvaise rédaction, il l'a placée dans la bouche du testateur. La jurisprudence est en ce sens.

326. La jurisprudence des cours de Belgique est la plus rigoureuse. Il a été jugé par la cour de Bruxelles que le testament est nul quand le notaire ne fait pas lui-même la mention que les formalités de l'article 972 ont été observées. C'est la tradition, dit la cour, et il est manifeste que les auteurs du code civil l'ont consacrée, car si la mention a été prescrite, c'est comme preuve et garantie du plein et entier accomplissement des formalités substantielles du testament authentique. On objectait que la testatrice avait déclaré qu'elle avait dicté son testament et que le notaire l'avait écrit sous sa dictée. Cette déclaration, disait-on, constatée par le notaire, fait foi; donc il est prouvé que le testament a été dicté par la testatrice et écrit par le notaire. La cour répond que l'acte ne prouve qu'une chose, c'est que la testatrice a fait cette déclaration, mais que rien ne prouve que la déclaration fût vraie, le notaire ne l'ayant pas affirmé. Cela est si vrai que si la déclaration avait été fautive, le notaire n'aurait pu être poursuivi pour faux; preuve invincible que la mention n'émanait pas du notaire. En définitive, il n'y avait aucune preuve de l'accomplissement des formalités; donc l'article 972 était violé dans sa dernière disposition, partant le testament était nul (1).

Dans une espèce identique qui s'est présentée devant la même cour, l'acte portait aussi la simple déclaration du testateur, qu'il avait dicté son testament au notaire et

(1) Bruxelles, 16 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 382).

que ledit notaire l'avait écrit sous sa dictée; aucune affirmation du notaire ne constatait la vérité de cette déclaration. Qu'en résultait-il? C'est que la déclaration pouvait être erronée ou fautive, sans que le notaire pût être poursuivi pour faux. Cela prouve, dit l'arrêt, que la déclaration du testateur n'atteint pas le but que le législateur a eu en vue, celui de garantir l'observation des formalités par la responsabilité que le notaire encourt si, ayant mentionné la dictée et l'écriture, il se trouvait que le testament n'avait pas été dicté par le testateur ni écrit par le notaire. La conséquence est que la mention résultant de la seule déclaration du testateur n'est pas la mention que la loi a voulue, partant le testament est nul faute de mention (1).

327. La jurisprudence française tend à maintenir le testament, alors même que la mention de l'accomplissement des formalités est placée dans la bouche du testateur, mais à une condition, c'est qu'il résulte de l'acte que le notaire s'est approprié la déclaration du testateur; il faut ajouter qu'on admet très-facilement que le notaire fait sienna la déclaration qu'il place dans la bouche du testateur. Le testateur dit : « Je donne et lègue... Telles sont mes intentions. Après en avoir ouï la lecture en présence des témoins, et dont j'ai demandé acte audit notaire, que moi ledit notaire lui ai octroyé. » On attaqua le testament pour défaut de mention. La cour décida qu'il y avait mention suffisante; car, dit-elle, la déclaration faite par le testateur n'est pas étrangère au notaire; celui-ci, garant des faits qu'il énonce, se rend propre la déclaration qu'il en a placée dans la bouche du testateur et atteste, par conséquent, ce qu'il a exprimé. Cela n'est pas exact; le notaire qui constate la déclaration du testateur n'affirme et n'atteste qu'une chose, c'est que cette déclaration lui a été faite, il ne dit pas qu'elle est vraie, car il ne parle pas en son nom. Dans l'espèce, le notaire avait octroyé acte au testateur de sa déclaration; la cour en

(1) Bruxelles, 1^{er} juin 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 408). Comparez Limoges, 22 juin 1813 (*Dalloz*, n° 2988).