

ler ni articuler un seul mot. C'était accuser le notaire d'avoir fait une fausse déclaration en disant que la testatrice avait parlé en dictant ses dispositions de mot à mot; il fallait donc s'inscrire en faux. Néanmoins la cour de Poitiers admit les héritiers à la preuve contraire par témoins. Merlin déféra l'arrêt à la cour de cassation, dans l'intérêt de la loi. La cour de cassation jugea, conformément à ses conclusions, que le testament ne peut être attaqué dans les énonciations que le notaire y a écrites concernant la substance de l'acte que par l'inscription en faux (1).

L'acte mentionne que le notaire a écrit le testament; les héritiers demandent à prouver, par la vérification d'écriture, que le notaire ne l'a pas écrit. Il a été jugé qu'ils ne pouvaient faire cette preuve que par l'inscription en faux. Dans l'espèce, le légataire avait consenti à la vérification d'écriture. Ce consentement est inopérant; il n'appartient pas aux parties intéressées de déterminer la force probante des actes et le mode de preuve; c'est le juge qui ordonne la preuve à laquelle il admet le demandeur ou le défendeur, et il ne peut l'ordonner que conformément à la loi, car les preuves sont d'ordre public (2).

Il en est de même quand l'acte mentionne la lecture du testament faite au testateur en présence des témoins; si les héritiers naturels demandent à prouver que le testament n'a pas été lu, ou qu'il ne l'a pas été en présence des témoins, ils doivent s'inscrire en faux. Mais ils pourraient, sans s'inscrire en faux, prouver que le testateur n'a pu entendre la lecture parce qu'il était sourd, bien que le testateur ait déclaré qu'il a entendu et qu'il approuve l'acte. Dans le dernier cas, les héritiers n'attaquent pas la véracité du notaire, ils ne prétendent pas qu'il a fait une fausse énonciation; car le notaire n'affirme pas que le testateur a entendu la lecture, il mentionne seulement que cette lecture a été faite; quant à la déclaration du

(1) Cassation, 19 décembre 1810, et réquisitoire de Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° 2 (t. XXXIII, p. 456). Comparez Grenoble, 3 août 1829 (Daloz, n° 2850, 3°).

(2) Limoges, 13 décembre 1813 (Daloz, au mot *Faux incident*, n° 51, 1°).

testateur d'avoir entendu la lecture, le notaire constate qu'elle a été faite, et ce fait matériel est prouvé jusqu'à inscription de faux; mais le notaire n'atteste pas, et il ne peut pas attester la vérité de la déclaration (1).

II. *Quand le testament ne fait foi que jusqu'à preuve contraire.*

**384.** L'acte mentionne la déclaration faite par le testateur de ne pas savoir signer. Quelle est la force probante de cette mention? Elle prouve jusqu'à inscription de faux que le testateur a fait la déclaration; car le notaire l'a reçue et constatée en qualité d'officier public et pour lui donner le caractère d'authenticité. Mais l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire de la vérité de la déclaration; les héritiers peuvent prouver, sans s'inscrire en faux, que le testateur savait signer. Ils sont admis à la preuve contraire. Quelle est cette preuve contraire? Toute espèce de preuve, d'après le droit commun, tel que nous l'exposerons au titre des *Obligations*. La nature des choses veut que la preuve que le testateur savait signer se fasse en produisant des actes qu'il a signés; mais elle peut aussi à la rigueur se faire par témoins, car c'est un fait matériel, et ces faits se prouvent toujours par témoins. Pourquoi les héritiers ne doivent-ils pas s'inscrire en faux? Parce qu'ils n'accusent pas le notaire d'avoir commis un faux. Le notaire n'a pas dit que le testateur ne savait pas signer; il n'a ni qualité, ni capacité à cet effet. Le notaire a dit que le testateur a déclaré ne savoir signer; le testateur peut avoir fait une déclaration mensongère; donc les héritiers doivent être admis à établir par toute preuve que le testateur savait signer. La jurisprudence est en ce sens (2).

Il en est autrement de la signature du testateur. Il doit signer en présence du notaire et des témoins. Le notaire atteste donc que le testateur a tracé en sa présence les caractères qui constituent sa signature. C'est un fait ma-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 522, et note 84, § 670.

(2) Limoges, 26 novembre 1823 (Daloz, n° 3057, 2°). Gand, 22 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 194) et Liège, 1<sup>er</sup> juillet 1856 (*ibid.*, 1857, 2, 188).

tériel qu'il a mission de constater. De là suit qu'il est prouvé jusqu'à inscription de faux que les caractères tracés par le testateur sont la signature qu'il a mise à l'acte (1). La raison de la différence entre les deux hypothèses est simple. Quand le testateur déclare ne savoir signer, sa déclaration implique un fait matériel et un fait moral; l'un peut être vrai, l'autre peut être faux; l'un est attesté par le notaire, l'autre n'est pas attesté par lui. Lorsque, au contraire, le testateur signe le testament, il n'y a qu'un fait matériel à constater, le notaire a qualité et capacité de le faire et d'imprimer à ce fait le caractère d'authenticité.

**385.** Les notaires ont l'habitude de constater dans le préambule des testaments qu'ils ont trouvé le testateur sain de corps et d'esprit, ou du moins sain d'esprit. Il est vrai qu'il faut être sain d'esprit pour être capable de tester; mais il n'appartient pas aux notaires de constater l'existence de cette condition; la loi ne leur donne pas cette mission. Quelle sera la force probante de la déclaration que font les notaires concernant l'intelligence du testateur? L'énonciation ne fait aucune preuve; ce n'est pas même un témoignage, car le notaire fait cette déclaration sans la garantie des formalités qui régissent l'audition des témoins en justice. On ne tient donc aucun compte de ce qu'a dit le notaire; le demandeur en nullité établira, par toute preuve légale, que le testateur n'était pas sain d'esprit. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

**386.** Cependant il se peut que les héritiers qui attaquent le testament pour insanité d'esprit, ou pour un défaut corporel, doivent s'inscrire en faux contre l'acte; c'est quand leur prétention est contredite par une énonciation que le notaire a faite, en constatant l'accomplissement d'une formalité prescrite par la loi. Ces mentions

(1) Gand, 10 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 47).

(2) Rejet, 18 juin 1816 (Daloz, n° 211), 27 février 1821 (Daloz, n° 209); 1<sup>er</sup> décembre 1851 (Daloz, 1851, 1, 327); Bourges, 26 février 1855 (Daloz, 1855, 2, 295); Bruxelles, 19 février 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 229). Comparez Grenier, n° 103 (t. I, p. 492); Duranton, t. VIII, p. 175, n° 157, et tous les auteurs.

font foi jusqu'à inscription de faux (n° 383); donc il n'est pas permis de les contredire sans s'inscrire en faux. La cour de cassation a consacré ce principe dans une espèce où la question pouvait paraître douteuse. Il était dit dans l'acte que le testateur avait dicté ses dispositions et qu'après lecture faite il avait déclaré les bien comprendre et y persévérer. Les héritiers demandèrent à prouver qu'à l'époque où le testament avait été reçu, le testateur était dans un état d'imbécillité complète, sans intervalle lucide, qu'il était dans l'impossibilité de lier deux idées, qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus. Devaient-ils s'inscrire en faux pour faire cette preuve? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative. Pour dicter, il faut pouvoir articuler des mots de manière à se faire entendre; il faut aussi avoir une intelligence suffisante pour comprendre ce que l'on dit; ce que le notaire avait déclaré était donc en opposition directe avec ce que les héritiers prétendaient; dès lors la preuve qu'ils voulaient faire tendait à détruire la foi due à l'acte authentique, par suite ils devaient s'inscrire en faux. Nous ne parlons pas de la déclaration faite par le testateur d'avoir bien compris et de persévérer, car la loi ne demande pas cette déclaration; donc elle ne fait pas foi, en ce sens du moins qu'elle ne prouve pas que le testateur aurait réellement compris (1).

Il en est de même de la capacité physique du testateur; le notaire doit sans doute s'enquérir si le testateur est en état de tester, ce qui implique qu'il est en état de parler et d'entendre, puisqu'il doit dicter ses dispositions et entendre la lecture de ce que le notaire a écrit sous sa dictée. Mais le notaire n'a pas mission de constater l'état physique du testateur, pas plus que son état intellectuel et moral; les énonciations qu'il ferait à cet égard n'auraient donc aucune force probante. Si les héritiers attaquent le testament pour cause de surdité absolue, le peuvent-ils sans s'inscrire en faux? Ils doivent s'inscrire en faux si leur demande est en opposition avec des énon-

(1) Rejet, 1<sup>er</sup> décembre 1851 (Daloz, 1851, 1, 327).

ciations que le notaire avait mission de faire. Telle est, dit la cour de Poitiers, la mention de la lecture du testament au testateur avec déclaration du testateur de persévérer. Cela ne nous paraît pas exact. Le notaire ne doit pas faire mention que le testateur a entendu et persévère, il se borne à déclarer qu'il a fait la lecture au testateur en présence des témoins, le reste regarde le testateur. Dans l'espèce l'acte constatait aussi que le notaire avait requis la testatrice de signer et que celle-ci avait répondu ne pas le savoir. Voilà un fait que le notaire doit mentionner, et une déclaration faite en réponse à une interpellation suppose que la testatrice avait entendu, ce qui était en opposition avec la surdité absolue dont la testatrice était affligée, au dire des héritiers. La conséquence est qu'ils devaient s'inscrire en faux (1).

**387.** Les notaires ont aussi l'habitude de déclarer dans leurs actes que les témoins possèdent les qualités requises par la loi; ou ils interpellent les témoins, et ceux-ci répondent qu'ils ne sont frappés d'aucune incapacité. Quelle est la force probante de ces déclarations? La loi ne les exige pas; le notaire doit sans doute veiller à ce que les témoins soient capables, mais la loi ne lui prescrit pas de faire à ce sujet une énonciation quelconque dans l'acte; ce n'est pas lui qui est juge de la capacité des témoins, ce sont les tribunaux. Quant à la déclaration des témoins eux-mêmes, il va sans dire qu'elle ne fait pas foi de leur capacité. Donc ceux qui attaquent le testament peuvent prouver par toute voie légale que les témoins n'ont pas les qualités requises par la loi, ou qu'ils sont frappés d'une incapacité relative ou accidentelle (2).

Il ne faut pas confondre les qualités ou conditions de capacité requises pour être témoin avec l'obligation imposée au notaire d'indiquer la demeure des témoins dans l'acte (n° 262). Le notaire indique la demeure; on prétend que ce n'est pas la demeure véritable. Faut-il s'inscrire en faux contre l'acte pour faire cette preuve? La cour de

(1) Poitiers, 10 février 1857 (Daloz, 1857, 2, 126).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 522 et note 83.

cassation a rendu sur ce point un arrêt assez équivoque en cassant un arrêt de la cour de Bordeaux qui avait annulé un testament parce que deux témoins ne demeuraient pas dans la commune où le testament avait été reçu, ainsi que l'acte le portait. Il est dit dans l'arrêt que la cour n'aurait pu faire disparaître l'énonciation contenue en l'acte qu'en la déclarant *fausse*. Est-ce à dire qu'il faudrait une inscription en faux? La cour de cassation ne dit pas cela. Elle ajoute que l'énonciation concernant la demeure des témoins fait foi en justice. Mais quelle foi? Elle ne saurait être détruite, dit l'arrêt, que par des documents certains, légaux, authentiques (1). Cela ne répond pas à la difficulté. Les actes authentiques font foi, ou jusqu'à inscription de faux, ou jusqu'à preuve contraire. Quelle foi fait la déclaration concernant la demeure? Telle est la question. Nous croyons qu'elle ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, car le notaire ne constate pas un fait qui se passe sous ses yeux, ni une formalité qu'il accomplit. La demeure est ou le domicile réel, de droit; le notaire n'a aucun moyen ni aucune qualité pour le déterminer. Ou la demeure est la résidence de fait; mais quelle résidence? la résidence passagère suffit-elle? On voit que l'énonciation de la demeure soulève des questions de droit, et on ne conçoit pas qu'un point de droit soit prouvé jusqu'à inscription de faux. Il faut donc décider que ceux qui attaquent le testament sont admis à prouver par toute preuve légale que tel témoin n'avait pas la demeure ou le domicile indiqués dans l'acte.

**388.** Quant aux faits matériels non constatés par le testament, on peut les établir, d'après le droit commun, par témoins. Ceux qui attaquent le testament demandent à prouver que les témoins et le notaire ont signé après la mort du testateur. Il a été jugé que le fait de la mort pouvait être établi par la preuve testimoniale. Cela n'est pas douteux quand l'acte ne porte pas que c'est du vivant du testateur que les signatures ont été apposées. L'arrêt de la cour de Gand implique que si l'acte déclarait que les

(1) Cassation, 3 juillet 1838 (Daloz, n° 3142).

témoins et le notaire ont signé pendant la vie du testateur, il faudrait s'inscrire en faux contre cette énonciation (1). Cela nous paraît très-douteux. Le notaire n'a ni mission ni capacité de constater si, au moment de la signature, le testateur était encore en vie; sa déclaration n'est donc qu'un simple témoignage donné sans les formalités voulues par la loi : c'est dire qu'il n'a aucune force probante.

#### § IV. Du testament mystique.

**389.** Le testament mystique ou secret est celui que le testateur qui sait lire écrit ou fait écrire par une autre personne, et présente ensuite, clos et cacheté, à un notaire en présence de six témoins; le notaire constate dans un acte de suscription la déclaration que fait le testateur que ses dernières volontés sont contenues dans l'écrit qu'il présente. Cette forme de testament, comme l'indique le nom qu'il porte, a été établie pour donner au testateur le moyen de tenir ses dernières volontés secrètes. Le testament olographe est aussi secret, plus secret même que le testament mystique; mais pour tester dans cette forme, il faut que le testateur sache et puisse écrire; tandis que le testament mystique peut être entièrement écrit par une main étrangère; il peut même n'être pas signé. D'un autre côté, le testament olographe peut s'égarer, être détruit, à moins qu'on ne le dépose chez un notaire; tandis que le testament mystique est conservé parmi les minutes du notaire. Il y a aussi une différence entre le testament olographe et le testament mystique quant à la force probante; mais sur ce point il y a controverse. Ce qui est certain, c'est que la date du testament mystique est authentique et qu'elle fait foi jusqu'à inscription de faux.

**390.** Le testament mystique est surchargé de formalités; le nombre de témoins est plus grand et tous doivent signer; il faut unité de contexte sous peine de nullité; il

(1) Gand, 5 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 118).

faut que le testament soit clos et cacheté, toujours sous peine de nullité. Quelle est la raison de toutes ces formes qui multiplient les chances d'annulation (1)? Le testament pouvant être écrit tout entier d'une main étrangère, il fallait des garanties pour assurer que l'acte présenté par le testateur contient ses dernières volontés. C'est dans ce but que la loi exige une déclaration solennelle en présence de six témoins; il en faut un septième lorsque le testateur n'a pas signé le testament. Cette déclaration est reçue dans la forme authentique par le notaire qui en dresse acte. C'est dans le même but que le testament doit être clos et cacheté, afin qu'on ne puisse retirer le testament de l'enveloppe pour lui en substituer un autre. Il y a des formalités spéciales quand le testateur ne peut parler, mais qu'il peut écrire. De sorte qu'il faut distinguer trois espèces de testaments mystiques : le testament signé par le testateur, le testament qui n'est pas signé par le testateur, le testament écrit et signé par lui.

#### NO I. FORMALITÉS QUAND LE TESTATEUR SIGNE.

##### I. Ecriture et signature.

**391.** L'article 976 porte : « Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même ou qu'il les ait fait écrire par un autre. » Il n'y a qu'une formalité substantielle dans cette première hypothèse, c'est que le testateur signe le testament. On applique ce que nous avons dit de la signature du testament olographe (nos 221-228).

Quant au corps du testament, il peut être écrit, dit la loi, par le testateur, ou il peut le faire écrire par *un autre*. Donc par tout autre, car la loi n'y apporte aucune restriction, et elle ne fait aucune exception. Elle n'exige pas que le testateur fasse connaître le tiers qui a écrit le testament (2). C'est dire qu'il jouit à cet égard de la plus en-

(1) Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 57 (Loché, t. V, p. 355).

(2) Rejet, 16 décembre 1834 (Dalloz, n° 3242).