

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.

N° I. FORMALITÉS QUAND LE TESTATEUR SIGNE.

I. Écriture 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 (n^{os} 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).

tière liberté; c'est lui qui dicte, et c'est une main quelconque qui écrit. Le notaire peut l'écrire (1), et même un légataire (2). La loi ne contenant aucune prohibition, il faut dire qu'elle permet tout ce qu'elle ne défend pas.

392. Quand le testament est écrit par le testateur, faut-il qu'il soit écrit *en entier* de sa main, comme la loi le prescrit pour le testament olographe (art. 970)? Le texte ne l'exige pas, et la comparaison de l'article 976 avec l'article 979 prouve que le législateur n'a pas voulu prescrire cette formalité comme condition substantielle. Lorsque le testateur qui ne peut pas parler, mais qui peut écrire, veut faire un testament mystique, il doit l'écrire *entièrement* de sa main, dit l'article 979. Donc lorsque la loi veut que le testament mystique soit écrit en entier par le testateur, elle le dit. Elle ne le dit pas dans l'article 976, par conséquent rien n'empêche le testateur de dicter son testament et d'ajouter ensuite, de sa propre main, des dispositions qu'il tient à garder secrètes. Cela n'est pas douteux. Il se présente, en ce cas, une difficulté pour la déclaration que le testateur doit faire en présence du notaire et des témoins. S'il déclare que le testament est écrit en partie par lui, en partie par un autre, la déclaration est régulière et le testament est valable. Mais que faut-il décider si le testateur déclare que le testament est écrit par un autre, alors que lui y a écrit des dispositions? Il est certain que si la déclaration est fautive, elle sera de nulle valeur. Le testateur déclare que le testament qu'il présente au notaire est écrit par lui, tandis qu'il est écrit par un tiers; la déclaration est fautive, donc nulle, et par conséquent le testament est nul. Mais peut-on dire que la déclaration est fautive quand le testateur déclare que le testament est écrit par un autre, alors que lui y a ajouté des dispositions, l'a complété ou modifié? La déclaration est incomplète, elle n'est pas fautive. Donc le testament est valable. Cela a été jugé ainsi par la cour de Toulouse, et le pourvoi en cassation a été rejeté sur les conclusions de

(1) Rejet, 8 avril 1806 (Daloz, n° 3275).

(2) Gand, 15 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 109).

Merlin (1). La décision nous paraît très-juridique. Il n'y a point de nullité sans texte; or, la loi ne prescrit pas, à peine de nullité, que le testateur déclare que le testament est fait entièrement de la main d'un tiers, ou, s'il y a lieu, de sa propre main; ce qui est décisif. Il peut cependant naître un doute de la déclaration incomplète du testateur; il a déclaré avoir écrit son testament, et il s'y trouve des additions, des modifications, des corrections écrites de la main d'un tiers; la déclaration sera-t-elle valable? La cour de Lyon a jugé que la déclaration et, par suite, le testament étaient nuls. Merlin critique cette décision. Une déclaration incomplète ne doit pas être confondue avec une déclaration fautive. Autre est la question de savoir si, à raison de l'inexactitude de la déclaration, il y avait une garantie suffisante que l'écrit fût bien l'acte présenté par le testateur comme contenant ses dernières volontés. La cour aurait pu décider cette question négativement et, par suite, annuler le testament (2).

393. Le testament mystique doit-il être daté? Tout testament doit avoir une date; nous en avons dit les raisons (n° 188); la question est de savoir si l'écrit qui contient les dernières dispositions du testateur doit être daté, ou est-ce la date de l'acte de suscription qui sert de date au testament? La cour de cassation a jugé, sur les conclusions de Daniels, que le testament proprement dit ne doit pas être daté, qu'il emprunte sa date à l'acte de suscription (3). Cette décision est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 976 n'exige pas la date; et en fait de conditions substantielles, le silence de la loi est décisif; l'article 979 confirme cette interprétation, il exige la date quand le testament mystique participe du testament olographe, c'est-à-dire quand le testateur ne peut

(1) Toulouse, 2 août 1810, et Rejet, 11 mai 1811 (Daloz, n° 3244) et Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 28 (t. XXXIV, p. 66).

(2) Lyon, 26 janvier 1822 (Daloz, n° 3245) et Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, t. XXXIV, p. 68.

(3) Rejet, 14 mai 1809 (Daloz, n° 3247, 2°), et les conclusions de Daniels dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 10 (t. XXXIV, p. 68), et tous les auteurs.

pas parler; alors il doit écrire le testament entièrement de sa main, le dater et le signer. Mais quand le testateur se borne à signer l'acte, cet acte n'est pas encore un testament, il ne devient un testament que par l'accomplissement des formalités prescrites pour le testament mystique. Donc le testateur ne teste réellement que ce jour, c'est par conséquent la date de ce jour constatée par l'acte de suscription qui est la date de son testament. La question est très-importante pour la capacité du testateur; il doit être capable lorsqu'il teste, donc au jour où il remplit les formalités du testament mystique. Il en serait ainsi lors même que le testateur aurait écrit et signé ses dispositions. Ce n'est pas encore là un testament; ce n'est pas un testament olographe, puisqu'on suppose que la date manque; ce n'est pas un testament mystique, puisque les formes légales n'ont pas encore été remplies. Si le testateur avait écrit, daté et signé son testament, la capacité se déterminerait toujours par la date de l'acte de suscription, puisque le testateur a voulu tester dans la forme mystique. Naît alors la question de savoir si le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe; nous y reviendrons (n° 428).

II. Clôture.

394. « Sera le papier qui contiendra les dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. » Le testateur peut présenter le papier clos et scellé au notaire et aux témoins, ou il peut le faire clore et sceller en leur présence (art. 976). Qu'entend-on par *clos et scellé*? Suffit-il que le testament soit fermé de manière à ne pouvoir être ouvert sans bris ni fracture? Tel serait le testament fermé avec des pains à cacheter, ou avec de la cire. Ou faut-il, outre cette clôture, qu'il soit *scellé*, c'est-à-dire qu'il s'y trouve l'empreinte d'un cachet? La question est controversée. C'est une de ces controverses qui témoignent du peu de respect que les interprètes ont pour le texte de la loi. La loi veut que le testament soit *clos et scellé*, donc elle exige deux conditions, la clôture et un sceau ou cachet. Se contenter de la clô-

ture, c'est effacer le mot *scellé*, c'est retrancher l'une des deux conditions que la loi exige. Cela est décisif (1).

Qu'oppose-t-on au texte de la loi? A notre avis, on ne peut rien lui opposer, car le texte c'est la volonté du législateur, et devant celle-là l'interprète doit plier. On cherche à échapper à l'autorité du texte en disant qu'il ne définit pas ce qu'il faut entendre par *clos et scellé*, et on en conclut que c'est une question de fait plutôt que de droit. Quoi! la loi veut que le testament soit *clos et scellé*, c'est une formalité substantielle, et une formalité substantielle serait une question de fait! La loi n'avait pas besoin de définir les mots *clos et scellé*; le premier dictionnaire venu donne les définitions. Il y a plus. Les dispositions du code sur le testament mystique sont empruntées à l'ancien droit; consultons donc la tradition. Un savant magistrat a recueilli les témoignages; ils abondent. Nous n'en citerons qu'un seul. On lit dans les *Arrêtés* de Lamoignon: « Quand le testateur voudra tenir sa disposition secrète jusqu'à sa mort, il pourra écrire le testament de sa main, ou le faire écrire par un autre, et le signera s'il peut écrire; et le testament étant *fermé et clos sous le cachet du testateur ou d'autres*, seront appelés un notaire et six témoins, et sera déclaré en leur présence par le testateur que ce qui est écrit dans ce papier, ainsi *clos et cacheté*, est son testament. » Le commentateur de l'ordonnance de 1735, Rousseau de la Combe, résume la doctrine générale en disant que le testateur doit *sceller* son testament avec un *cachet* ou *empreinte* (2).

A quoi bon? dit-on. Ne suffit-il pas que le testament soit clos de manière à ce qu'on ne puisse le retirer ni lui en substituer un autre? Pourquoi exiger de plus un sceau ou un cachet? « Minutie inutile, dit Troplong, qui fait dépendre la volonté des mourants d'observances capricieuses, étroites et frivoles (3). » Nous trouvons ce dédain très-déplacé, car il s'adresse au législateur. Demandez-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 339, nos 343 347, et les auteurs qu'il cite.

(2) Nicias Gaillard, *Du testament mystique, et en particulier de l'obligation de le sceller* (Revue critique de législation, 1857. t. X).

(3) Troplong, t. II, p. 61, n° 1627.