

n'ont pas assez tenu compte de la différence que nous venons de signaler entre le texte de l'article 972 et le texte de l'article 976, et parfois les tribunaux ont aussi étendu aux mentions du testament mystique ce que l'article 972 dit des mentions du testament par acte public. De là d'inévitables dissentiments dans l'application de la loi. Troplong dit que c'est la lutte du formalisme contre l'esprit d'équité, lequel attache plus d'importance à ce qui est vrai qu'à ce qui est solennel. La critique s'adresse à Merlin. Ce que Troplong appelle formalisme est plutôt, chez Merlin du moins, le respect de la loi. Quand la loi est sévère, l'interprète doit l'être également, il n'a pas le droit de se faire législateur, en modifiant, au nom de l'équité, ce qui dans la loi lui paraît d'une sévérité excessive. A un pareil relâchement nous préférerions le rigorisme le plus roide; il maintient du moins le respect de la loi. Dans l'espèce, nous croyons que la lutte entre le droit strict et l'indulgence n'a point de raison d'être; la loi est moins sévère, donc l'interprète aussi doit l'être moins.

409. L'article 976 dit que le testateur *présentera* le papier qui contient ses dispositions au notaire et à six témoins; le notaire en dresse acte. Est-ce à dire que le notaire doit se servir du mot *présenter*, ou d'un terme équipollent? On l'a prétendu, en confondant la mention de l'article 976 avec celle de l'article 972. L'acte porte que le testateur a *remis* son testament au notaire; là-dessus on se met à établir les différences qui existent entre les expressions *présenter* et *remettre*; on en conclut qu'il n'y a pas mention équipollente et que par suite le testament est nul. Heureusement que les tribunaux sont plus sages que les plaideurs: le testament a été validé (1). Il faut aller plus loin, il ne doit pas y avoir de terme équipollent au mot *présenter*; exiger un terme équipollent, c'est vouloir une mention *expresse*; or, la loi ne prescrit pas de mention *expresse*. C'est ce que la cour de cassation a décidé sur les conclusions contraires de Merlin. L'acte de sus-

(1) Rejet, 7 avril 1806 (Daloz, n° 3274, 1°). Bruxelles, 15 juin 1814 (*Pasicrisie*, 1814. p. 112, et Daloz, n° 3274, 2°).

cription du testament litigieux était conçu en ces termes: « Le testateur a dit et déclaré, devant nous notaire et témoins, que ce qui est contenu dans la présente feuille de papier marqué servant d'enveloppe est son testament clos, qu'il a dicté et fait écrire par nous notaire, et qu'il a signé avec nous à chaque fin de page; lequel testament il a cacheté avec un ruban de soie bleue, en quatre endroits, du cachet de ses armes, sur cire rouge flamboyante. » Merlin soutint que cet acte ne contenait aucune mention de la présentation du testament, que par suite le testament était nul. Si la loi exigeait une mention expresse, Merlin aurait raison; mais il suffit qu'il résulte implicitement de l'acte que le testament a été présenté. Or, dit la cour de cassation, l'acte constate que le testateur a cacheté son testament en présence du notaire et des témoins; l'acte prouve encore qu'immédiatement après le testament est venu entre les mains du notaire, qui y a écrit l'acte de suscription. De là la cour conclut que l'acte est passé directement du testateur au notaire, et que par conséquent il a été présenté par le testateur lui-même. Dans un autre arrêt, la cour ajoute que la loi n'exige pas que le notaire mentionne l'observation de la formalité de la présentation; qu'il suffit donc que l'on puisse induire des termes dont le notaire s'est servi dans l'acte de suscription, qu'en effet le papier contenant le testament lui a été présenté ainsi qu'aux témoins (1). Nous admettons le principe; quant à l'application que la cour en a faite dans l'affaire où Merlin a pris la parole, elle nous paraît très-douteuse.

Si l'acte ne prouve pas que la présentation a eu lieu, il est nul, et par suite le testament aussi est nul. Il a été jugé que la mention suivante n'implique pas la présentation: le testateur déclare au notaire, en présence des témoins, que le papier contenu sous l'enveloppe était son testament. C'est la mention de la déclaration, dit la cour de Poitiers, ce n'est pas la mention de la présentation;

(1) Rejet, chambre civile, 8 avril 1806, et Rejet, 22 mai 1817 (Daloz, nos 3275 et 3276); Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 13 (t. XXXIV, p. 28 et suiv.).

or, il faut au moins que le fait de la présentation puisse s'induire clairement du contexte de l'acte, de sorte qu'il n'y ait aucun doute que la présentation a eu lieu. C'est le vrai principe, et, à notre avis, la cour en a fait une juste application (1).

410. Il ne suffit pas de la présentation au notaire, il faut que le testament soit présenté aux témoins. La mention que la présentation a eu lieu en présence des témoins, ou les témoins présents, est-elle suffisante? Oui, et sans doute aucun. On a cependant demandé la nullité de ce chef; autre chose, a-t-on dit, est de présenter un testament aux témoins; autre chose est de le présenter au notaire en présence des témoins. Cela est vrai, et si la mention devait être expresse, il faudrait décider que la mention litigieuse n'est pas équipollente. Mais, dit la cour de Toulouse, la loi n'exige pas de mention expresse; il suffit que l'on trouve dans l'acte la preuve que la formalité de la présentation aux témoins a été remplie. Eh bien, dit la cour, quand l'acte constate que c'est *présents les témoins* que le testateur a présenté son testament au notaire, n'en résulte-t-il pas que le testament a été présenté aux témoins? Pourquoi les témoins sont-ils présents? Ils sont appelés pour assister à cette formalité : conçoit-on que six personnes soient présentes quand le testateur présente son testament au notaire et que ces six personnes restent étrangères à la présentation, qu'ils ferment les yeux et se bouchent les oreilles pour ne rien voir et ne rien entendre? C'est, au contraire, pour voir et entendre que les témoins sont présents; donc le testament qui est présenté en leur présence leur est présenté à eux (1).

411. Le testament doit être présenté *clos et scellé*; ou le testateur doit le faire *clore et sceller* en présence du notaire et des témoins (art. 976); il faut qu'il soit dressé acte de ce fait. Le notaire ne doit pas se servir des termes *clos et scellé*, cela est certain, ni même de termes équi-

(1) Poitiers, 28 mai 1824 (Daloz, n° 3345). Comparez Rejet, 7 août 1810 (Daloz, n° 3273).

(2) Toulouse, 6 mars 1817 (Daloz, n° 3277, 4°). Comparez Turin, 5 décembre 1806 (Daloz, n° 3304) et les autres arrêts cités par Daloz, n° 3277.

pollents, pourvu qu'il résulte de l'acte que le testament était clos et scellé lorsqu'il a été présenté, ou qu'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins. Tel est le principe. En fait il est difficile que l'acte fasse connaître l'accomplissement de cette formalité sans que le notaire se serve des termes de la loi ou de termes équivalents. Il a été jugé que la mention est suffisante quand elle porte que le testament a été présenté *cacheté*; en effet, ce terme implique tout ensemble la clôture et le scel; de plus il y a l'empreinte d'un cachet, donc l'acte est clos et scellé (1). En est-il de même si l'acte porte que le testament était *clos* et que lors de l'ouverture du testament on le trouve cacheté? La cour de cassation a jugé que cela répond au vœu de la loi (2). Nous croyons, au contraire, que cette décision dépasse la loi. La loi veut qu'il soit constaté, lors de la présentation de l'écrit que le testament était clos et scellé, afin de prévenir qu'un autre testament soit substitué à celui que le testateur a présenté. Qu'importe donc qu'à la mort du testateur on trouve le testament scellé? Le sceau ne peut-il pas avoir été mis postérieurement et après que l'on a substitué un autre écrit à la place de celui que le testateur avait présenté? Donc le vœu de la loi n'est pas rempli. Il est vrai que la garantie n'est pas complète; la loi aurait dû prescrire la mention de l'empreinte; mais comme elle ne l'a pas fait, l'interprète ne peut l'exiger. La jurisprudence est en ce sens (3), et la question n'est pas douteuse, malgré le dissentiment de Grenier. Il suffit donc que le notaire dise que le testament était clos et scellé. Quand cela ne résulte pas de l'acte et que l'acte ne dit pas que le testament a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins, le testament est nul (4).

412. En présentant le papier clos et scellé qui con-

(1) Bruxelles, 15 juin 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 112).

(2) Rejet, 23 juin 1824 (Daloz, n° 3268). Les opinions des auteurs sont partagées (Demolombe, t. XXI, p. 370, n° 381).

(3) Bordeaux, 20 novembre 1833 (Daloz, n° 3330). Bruxelles, 16 février 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 40).

(4) Rejet, 28 décembre 1812 (Daloz, n° 3280).

tient ses dispositions, le testateur doit déclarer que le contenu en ce papier est son testament. La loi n'exigeant pas de mention expresse, il suffit qu'il conste de l'acte de suscription que le testateur a présenté le testament comme sien; la cour de cassation a jugé que le vœu de la loi est suffisamment rempli quand la déclaration prescrite se trouve implicitement énoncée dans l'acte de suscription (1). C'est l'application du principe que nous avons posé (n° 408); elle établit nettement la différence entre la mention expresse prescrite par l'article 972 et la simple constatation exigée par l'article 976.

La déclaration que le papier présenté contient le testament du défunt ne suffit point; l'article 976 veut que le testateur dise si le testament est écrit et signé de lui, ou s'il est écrit par un autre et signé de lui. Et le notaire en doit dresser acte. Cette déclaration doit aussi être constatée; s'il ne résulte pas de l'acte que le testament a été signé par le testateur, il y a nullité. Comme le dit très-bien la cour de Turin, la loi ne se contente pas du fait de la signature, elle exige une déclaration de la bouche du testateur faite au notaire et aux témoins; la preuve de la déclaration doit donc résulter de l'acte de suscription, à peine de nullité du testament (2). Il suffit qu'elle résulte implicitement de l'acte; il y a sur ce point une décision très-importante de la cour de cassation. L'acte de suscription portait: « Le testateur a présenté au notaire le présent testament, qu'il a fait écrire par une main de lui affidée et qu'il a signé. » La cour d'Agen jugea la mention suffisante, bien qu'il n'y fût pas parlé expressément d'une déclaration du testateur. Pourvoi en cassation; on invoqua le principe qui régit l'équipollence dans le cas de l'article 972; la clause, telle qu'elle était formulée, n'aurait pas autorisé une inscription en faux, quand même on aurait offert de prouver que la déclaration émanait, non du testateur, mais du notaire. La cour de cassation rejeta

(1) Cassation, 11 frimaire an VII, et Rejet, 15 juillet 1806 (Daloz, n° 3282 et 3281).

(2) Turin, 1^{er} février 1806 (Daloz, n° 3283).

le pourvoi, et rejeta par conséquent le principe que le pourvoi invoquait (1).

Il faut aussi qu'il soit constaté par l'acte que le testateur a déclaré avoir écrit ou avoir fait écrire son testament par un tiers. La cour de Turin a jugé que cela résultait suffisamment de la déclaration, mentionnée à l'acte, que le testateur avait dicté son testament et l'avait signé lui-même (2).

413. Ici s'arrêtent les énonciations que doit faire le notaire dans l'acte de suscription. L'article 976 ajoute que cet acte sera écrit sur le papier qui contient les dispositions du testateur, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe. Faut-il que l'acte mentionne ce fait? Non, la loi ne l'exige pas, et en matière de formalité, tout est de la plus stricte interprétation, parce que toute inobservation d'une formalité entraîne la nullité du testament. Le législateur aura pensé que l'écriture sur le papier ou sur l'enveloppe est un fait matériel qu'il était inutile de constater, parce qu'il se prouve par l'inspection du testament. C'est la remarque de la cour de Metz (3). La cour de Bruxelles en a conclu que si le notaire constate qu'il a écrit le testament sur le papier même, tandis qu'en réalité il est écrit sur l'enveloppe, l'acte est néanmoins valable, une énonciation inutile, quoique erronée, ne pouvant vicier le testament (4).

414. Le notaire doit écrire l'acte de suscription. Mais la loi n'exige pas qu'il en fasse mention. L'écriture par le notaire est cependant une formalité substantielle. Qui doit prouver que l'acte a été écrit ou n'a pas été écrit par le notaire? La cour de Toulouse dit que la présomption est que le notaire a écrit le testament. Il n'y a pas de présomption sans loi; il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent la preuve. C'est à celui qui demande la nullité d'un acte à prouver le vice qui le rend nul (5).

(1) Rejet, 8 novembre 1832 (Daloz, n° 3285).

(2) Turin, 5 décembre 1806 (Daloz, n° 3304).

(3) Metz, 8 mars 1821 (Daloz, n° 3305).

(4) Bruxelles, 9 août 1808 (Daloz, n° 3306).

(5) Toulouse, 2 mai 1831 (Daloz, n° 3298).

415. Aux termes de l'article 976, l'acte de suscription doit être signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Faut-il que le notaire fasse mention des signatures du testateur et des témoins? L'article 976 ne l'exige pas, et en cette matière, le silence de la loi est décisif. On a prétendu que l'article 14 de la loi de ventôse était applicable aux testaments. Nous avons examiné la question plus haut (1).

L'article 976 prévoit le cas où le testateur serait empêché de signer l'acte de suscription. « Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. » La loi dit : « Par un empêchement survenu depuis la signature du testament. » Si l'empêchement existait au moment où le testateur a fait écrire son testament, on se trouve dans le cas prévu par l'article 977; il faut alors appeler un septième témoin au testament. Mais si le testateur a signé son testament, et qu'un empêchement survenu depuis ne lui permette pas de signer l'acte de suscription, la loi n'exige pas un septième témoin, elle se contente de la déclaration que le testateur en aura faite. C'est le testateur qui doit déclarer qu'un empêchement le met dans l'impossibilité de signer; il serait assez naturel de dire quel est cet empêchement; cependant, la loi ne l'exigeant pas, le testateur peut se borner à déclarer qu'il ne peut pas signer. Le notaire doit faire mention de sa déclaration; il ne suffit pas que lui constate l'empêchement, une pareille mention serait nulle et entraînerait la nullité du testament (2).

V. De l'unité de contextes.

416. Après avoir dit que l'acte de suscription doit être signé par le notaire, le testateur et les témoins, l'arti-

(1) Voyez plus haut, nos 360 et 376, et, en sens divers, les auteurs cités par Demolombe, t. XXI, p. 376, n° 387.

(2) Coin-Delisle, p. 401, n° 40 de l'article 476. Demolombe, t. XXI, p. 374, n° 385.

cle 976 ajoute : « Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes. » C'est ce que, dans le langage de l'école, on appelle unité de contexte. Pourquoi la loi veut-elle que tout se fasse d'un seul contexte? Pour empêcher que dans l'intervalle où l'on ferait un autre acte on ne substitue un testament à celui qui a été signé par le testateur. L'article 976 explique ce que l'on entend par unité de contexte. Les diverses opérations qui constituent le testament doivent se faire de suite. Quelles sont ces opérations? Elles commencent par la présentation du testament au notaire et aux témoins, et elles finissent par la signature du testament. L'écriture du testament ne fait pas partie de ces opérations; l'article 976 ne la mentionne que pour constater que le testateur a signé le testament et l'a écrit ou fait écrire; et naturellement cela se fait hors la présence du notaire et des témoins, puisque le testament mystique est destiné à rester secret. Les opérations commencent donc par la présentation du testament, se continuent et se terminent dans une seule et même séance. La loi ajoute que dans cette séance unique on ne peut pas divertir à autres actes; le mot *acte* implique une affaire juridique, ou du moins une affaire quelconque. Rien n'empêche de suspendre un instant les opérations, soit pour permettre au notaire ou à un témoin de satisfaire un besoin physique, soit pour donner un peu de repos au malade, ou pour lui administrer un remède. C'est la décision des lois romaines, et le testament mystique nous vient de Rome (1).

417. Le notaire doit-il faire mention, dans l'acte de suscription, que tout a été fait de suite et sans divertir à autres actes? Non, la loi n'exige aucune mention de l'unité de contexte. Cela est décisif; il n'est pas permis aux juges, dit la cour de cassation, d'ajouter aux dispositions des lois, et surtout il appartient à la loi seule d'établir des nullités. La cour en conclut qu'il suffit que l'unité de contexte résulte clairement de l'acte (2). Pour mieux dire, il

(1) Demolombe, t. XXI, p. 377, nos 388 et 389, et les autorités qu'il cite.

(2) Rejet, 8 février 1820 (Daloz, n° 3230, 3°). La doctrine est dans le même sens (*ibid.*, n° 3319).