

suffit que l'acte n'indique aucune suspension pour prouver qu'il a été fait de suite et sans divertir à autres actes. C'est à celui qui prétend qu'il y a eu une suspension et que l'on a procédé à un autre acte, d'en faire la preuve.

N° 2. FORMES DU TESTAMENT MYSTIQUE QUAND LE TESTATEUR NE SIGNE PAS.

418. « Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté à l'article 976, lequel signera l'acte avec les autres témoins. » On ne voit pas quelle garantie donne la présence de ce septième témoin. Il ne certifie pas que le testateur ne sait pas signer, ou qu'il n'a pu le faire (1); il est appelé au testament comme les six autres témoins, il y assiste comme eux et n'a pas d'autre mission à remplir. Qu'il y ait sept témoins au lieu de six, cela peut-il tenir lieu de la signature que le testateur n'a pas su ou pu apposer à son testament? On conçoit cependant que l'impossibilité de signer ne doive pas être un empêchement à ce que le testateur teste dans la forme mystique. Dans les testaments par acte public, la signature du testateur peut être remplacée par la déclaration qu'il fait de ne savoir ni pouvoir signer. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le testament mystique où intervient aussi un officier public qui peut constater la déclaration faite par le testateur qu'il n'a su ou pu signer? Il y a néanmoins un inconvénient particulier au testament mystique dans le défaut de signature, c'est qu'il est plus facile de supposer ou de substituer un testament non signé que de fabriquer un testament qui porte la signature du testateur. Mais le septième témoin ne remédie pas à cet inconvénient.

419. Faut-il une déclaration émanée du testateur et portant qu'il n'a su ou pu signer son testament? La loi n'exige pas de déclaration du testateur. C'est une différence entre le cas de l'article 977 et le cas prévu par la fin de l'article 976. Quand une cause survenue depuis la

(1) Rejet, 16 décembre 1834 (Daloz, n° 3328).

signature de l'acte de suscription empêche le testateur de signer, c'est lui qui en doit faire la déclaration; tandis que si le testateur n'a pu ou n'a su signer son testament, la loi n'exige pas qu'il en fasse la déclaration. Il est difficile d'expliquer cette différence. La signature du testament est bien plus importante que la signature de l'acte de suscription; c'était une raison de se montrer plus sévère, au lieu de l'être moins (1).

420. La loi se contente d'une mention faite par le notaire; aux termes de l'article 976, il sera fait mention de la cause pour laquelle le septième témoin a été appelé, c'est-à-dire que le notaire déclarera que l'on a appelé un septième témoin parce que le testateur n'a su ou pu signer son testament. Il n'est pas nécessaire que le notaire indique la cause qui a empêché le testateur de signer ses dispositions; la loi l'exige dans le testament authentique (art. 973); elle ne l'exige pas dans le testament mystique. Il y a encore une autre différence entre les deux testaments: l'article 973 veut que la mention soit expresse; l'article 977 dit simplement que le notaire fait mention; il suffit donc que l'acte constate qu'il a été appelé un septième témoin et pourquoi on l'a appelé (2). La loi ne dit pas où la mention doit être placée. Puisque le septième témoin est appelé à l'acte de suscription, il est assez naturel qu'on mentionne la nécessité de sa présence au moment où les opérations du testament commencent. Toutefois la loi gardant le silence sur ce point, il ne saurait être question de nullité. Tout ce que l'on peut exiger, c'est qu'il résulte de l'acte qu'un septième témoin a été appelé et pourquoi on l'a appelé (3).

N° 3. FORMES DU TESTAMENT MYSTIQUE QUAND LE TESTATEUR NE SAIT PAS PARLER.

421. La forme ordinaire du testament mystique implique que le testateur sait et peut parler, puisqu'il doit

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 407, n° 6 de l'article 977.

(2) Rejet, 3 janvier 1838 (Daloz, n° 3330).

(3) Liège, 28 mars 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 89).

déclarer de vive voix que le papier qu'il présente est son testament. S'il ne peut parler, pourra-t-il faire un testament mystique? En théorie, la décision est bien simple : le testateur fera par écrit la déclaration qu'il ne peut faire oralement. Une déclaration écrite de la main du testateur en présence du notaire et des témoins est une garantie pour le moins aussi forte qu'une déclaration verbale constatée par le notaire. Cependant la loi ne s'en contente pas. L'article 979 exige le concours des conditions suivantes pour que le testateur qui ne peut parler puisse tester dans la forme mystique.

D'abord il faut que le testament soit entièrement écrit, daté et signé de sa main, c'est-à-dire que ce soit un testament olographe tout ensemble et mystique. Pourquoi le testateur doit-il écrire son testament en entier? On en cherche vainement une raison. C'est un des avantages du testament mystique qu'il peut être fait par celui qui ne sait ni écrire ni signer, ou qu'une maladie empêche d'écrire ou de signer son testament; pourquoi celui qui ne peut pas parler ne jouirait-il pas de cette faveur si, au moment où il teste, il peut écrire une ligne par laquelle il certifie que le papier qu'il présente est son testament? Il doit aussi dater son testament; on n'en voit aucune raison; pour en trouver une, on est obligé de recourir à la tradition; le point est trop peu important pour nous y arrêter (1).

La seconde condition est la seule qui soit rationnelle. Quoique le testateur ne puisse pas parler, il peut et il doit présenter son testament au notaire et aux témoins. La déclaration verbale est remplacée par une déclaration écrite : le testateur écrit au haut de l'acte de suscription, en présence du notaire et des témoins, que le papier qu'il présente est son testament. De plus le notaire doit faire mention dans l'acte de suscription que le testateur a écrit ces mots en présence de lui et des témoins. La loi exige une mention, parce que cette déclaration est la chose la plus essentielle du testament mystique.

(1) Coin-Delisle, p. 409, n° 3 de l'article 979. Duranton, t. IX, p. 158, n° 132. Demolombe, t. XXI, p. 384, nos 402-405.

La loi ajoute : « Sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976. » Il en résulte que, dans ce cas, le testament sera tout ensemble olographe et mystique; ce qui donne lieu à une grave difficulté que nous examinerons plus loin.

422. Qui peut tester dans cette forme? Le texte répond à la question : celui qui ne peut parler. La loi ne distingue pas si c'est par suite d'une maladie que le testateur a été privé de l'usage de la parole, ou s'il est né muet, ou sourd et muet. Cela répond à la question de savoir si les sourds et muets peuvent tester dans cette forme. L'affirmative est écrite dans le texte de la loi; la jurisprudence et la doctrine l'ont consacrée (1). Bien entendu que le testateur doit non-seulement savoir écrire et signer, il faut aussi qu'il ait l'intelligence de ce qu'il fait. C'est le droit commun consacré par l'article 901. Nous renvoyons aux explications que nous avons données ailleurs (t. XI, nos 125 et 126).

423. On suppose qu'au moment où le testateur fait ses dispositions il était frappé de paralysie et dans l'impossibilité de parler. Il recouvre ensuite l'usage de la parole. Dans quelle forme pourra-t-il tester? Il pourra tester dans la forme ordinaire établie par l'article 976; l'article 979 est inapplicable; quand il dit que le testateur qui ne peut parler peut néanmoins tester dans la forme mystique, en observant les formalités qu'il prescrit, l'article 976 suppose qu'il ne peut parler au moment où il doit déclarer verbalement que le papier qu'il présente est son testament; c'est pour venir en aide à son infirmité que la loi remplace la déclaration orale par une déclaration écrite. Mais à quoi bon écrire quand le testateur sait parler? On n'est plus dans le cas de l'exception, donc on rentre dans la règle. Par conséquent le testament serait valable, quoiqu'il n'eût pas été écrit par le testateur, ni daté, ni même signé, sauf à remplir, dans ce dernier cas, la formalité de l'article 976. La cour d'Orléans l'a jugé ainsi, et cela n'est

(1) Coin-Delisle, p. 409, n° 2 de l'article 979. Rejet, 30 juin 1844 (Daloz, n° 231). Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 59); Liège, 22 février 1826 (*ibid.*, 1826, p. 59).

pas douteux (1). Il n'est pas nécessaire que le testateur puisse parler au moment où il fait écrire ses dispositions; s'il peut manifester sa volonté par signes, aucune loi, aucun principe ne s'oppose à ce qu'il teste dans la forme mystique.

N° 4. CONDITION GÉNÉRALE.

424. L'article 978 porte : « Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique. » Qu'entend-on, dans cet article, par savoir ou pouvoir lire? La loi veut que le testament soit écrit par le testateur ou un tiers; d'ordinaire le testateur fait écrire ses dispositions par un tiers; il faut qu'il sache et puisse lire cet écrit pour qu'il puisse s'assurer que le rédacteur a rendu exactement ses dernières volontés, et pour qu'il puisse le présenter au notaire et aux témoins comme contenant son testament. Donc par savoir lire la loi entend savoir lire l'écriture à la main. C'est l'opinion des auteurs anciens et modernes; elle est fondée sur la nature des choses (2).

Il suit de là que celui qui n'a jamais appris à lire ne peut pas faire un testament mystique. Il en serait de même de celui qui a su lire, mais qu'une infirmité physique empêcherait de lire : tels sont les aveugles quand la cécité est complète (3). Le grand âge amène un affaiblissement de la vue et par suite une difficulté plus ou moins grande de lire. On s'en est prévalu pour attaquer les testaments mystiques; les tribunaux ont toujours repoussé ces actions téméraires; il ne suffit pas que le testateur éprouve de la difficulté à lire pour qu'il soit incapable de tester dans la forme mystique, il faut qu'il soit dans l'impossibilité absolue de lire. Il suffit, dit la cour de Gand, qu'il sache et puisse lire, de manière à pouvoir vérifier l'écriture de celui dont il a employé la main, quand même cette véri-

(1) Orléans, 17 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 2, 165).

(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 3232, et par Demolombe, t. XXI, p. 380, n° 393.

(3) Coin-Delisle, p. 408, n° 4 de l'article 978; Dalloz, n° 3229, et les auteurs qu'ils citent.

fication exigerait de sa part une attention toute spéciale et un temps plus ou moins long (1). La difficulté de lire engage souvent les vieillards à se faire lire les lettres ou les écrits qui les intéressent, mais ce fait ne prouve pas que le testateur se trouve dans l'impossibilité de lire, et c'est cette impossibilité seule qui constitue l'incapacité établie par l'article 978 (2).

425. L'application de l'article 978 a donné lieu à une difficulté sur laquelle il y a de vives controverses. Suffit-il que le testateur sache et puisse lire, ou faut-il aussi que de fait il ait lu le testament qu'il présente comme sien au notaire et aux témoins? Le texte décide la question. En effet, la loi ne dit pas que le testateur doit lire son testament, elle n'exige pas qu'il affirme devant le notaire et les témoins qu'il l'a lu; tout ce qu'elle veut, c'est que le testateur sache et puisse lire, afin qu'il soit à même de vérifier, au moment où le testament est écrit, que l'acte exprime ses volontés, et que lors de la présentation du testament, il soit en état de s'assurer que l'écrit qu'il présente est bien celui qui renferme ses dernières dispositions. Aller plus loin, c'est ajouter à la loi, et l'interprète peut-il créer des formalités dont l'inobservation entraînerait la nullité?

L'opinion contraire a été soutenue dans une consultation délibérée par trois professeurs de la faculté de droit de Toulouse, avis auquel MM. Demolombe et Valette ont donné leur adhésion (3). On dit que la lecture est la seule garantie qui assure l'exactitude de la déclaration du testateur. comment peut-il affirmer que l'écrit qu'il présente est le sien s'il ne l'a pas lu? Notre réponse est celle que nous avons faite bien des fois aux arguments que l'on puise dans les inconvénients auxquels donne lieu l'application littérale de la loi. Ces arguments sont à l'adresse du législateur; l'interprète n'en peut tenir aucun compte,

(1) Gand, 19 avril 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 78). Le même arrêt se trouve dans la *Pasicrisie*, 1847, 2, 136.

(2) Bruxelles, 4 novembre 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 23). Comparez Paris, 30 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 5, 435).

(3) Voyez la note de l'arrétiste (Dalloz, 1865, 2, 209).

il doit prendre la loi telle qu'elle est. Est-il bien vrai d'ailleurs qu'il n'y a d'autre garantie pour la vérité de la déclaration que la lecture? La cour de Pau, devant laquelle la question s'est présentée, dit très-bien que la faculté qu'a le testateur de lire le testament écrit par un tiers est une garantie morale qui équivaut à une certitude complète; celui qui a fait écrire le testament pouvant à tout moment s'assurer, en le lisant, si le tiers a rendu fidèlement sa pensée, comment le rédacteur oserait-il écrire autre chose que ce que le testateur lui dicte? Dans l'espèce, il y avait une circonstance qui semblait militer contre le testament. Il était constant que le testateur s'était fait lire l'écrit qu'il avait dicté à un notaire, et qu'il n'en avait pas pris lui-même lecture. Qu'importe? dit la cour. Est-ce que cela empêchait le testateur de se faire représenter à chaque instant son testament et de le lire? S'il ne l'a pas lu, c'est que le testament avait été écrit par un ami, un notaire estimé et éprouvé par de longues relations. Cette garantie morale suffisait au testateur; de quel droit l'interprète exigerait-il une garantie matérielle que la loi ignore?

C'est, dit-on, tester par mandataire. Voilà un de ces arguments qui font bonne figure dans une consultation, mais qui s'évanouissent quand on les considère de près. Quoi! le défunt teste par mandataire, alors que c'est lui qui dicte, que tout émane de sa volonté, que le notaire n'est qu'un instrument passif, une main qui écrit ce que le testateur veut! Et on appelle cela un mandat! Nous croyons inutile de continuer cette discussion. L'arrêt de la cour de Pau, très-bien rédigé, répond à toutes les raisons bonnes et mauvaises que les demandeurs en nullité faisaient valoir (1). Sa décision a été confirmée par la cour de cassation (2).

426. La condition prescrite par l'article 978 donne

(1) Pau, 3 juillet 1865 (Daloz, 1865, 2, 209).

(2) Rejet, 7 mai 1866 (Daloz, 1866, 1, 231). Comparez Rejet, 22 juin 1852 (Daloz, 1853, 1, 107) et 27 mai 1868 (Daloz, 1868, 1, 496). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Gand, du 15 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 109, et Daloz, n° 3231, 1°).

encore lieu à une autre difficulté. On demande qui doit prouver que le testateur pouvait ou ne pouvait pas lire? Le débat porte d'ordinaire sur le *pouvoir* et non sur le *savoir*, et la preuve est très-difficile, car il s'agit de prouver que le testateur était dans l'impossibilité absolue de lire, quoiqu'il sût lire; ou il faut prouver que, malgré le grand âge, les infirmités et l'affaiblissement de la vue, le testateur conservait la faculté de vérifier l'écriture. On lit dans un arrêt de la cour de cassation: « Quand toutes les formalités prescrites par les articles 976 et 977 pour la validité des testaments mystiques ont été observées, la *présomption* est que le testateur, avant de présenter au notaire le papier qu'il a déclaré être son testament, s'est assuré que ce papier contenait en effet ses dernières volontés; cette *présomption* ne cesse que quand le testateur ne sait ou ne peut lire (1). » Les présomptions jouent un grand rôle dans la jurisprudence, tandis que dans le code elles ne figurent qu'à titre d'exception: les présomptions légales sont peu nombreuses, et sans texte il n'y a pas de présomption. Quant aux présomptions de l'homme, la loi ne les admet que dans les cas rares où la preuve testimoniale est reçue. Les cours, au contraire, s'emparent de toute probabilité pour la transformer en présomption. Il est sans doute probable que le testateur a lu son testament, mais pour que cette probabilité fût une présomption, il faudrait une disposition de la loi; or, de texte il n'y en a pas. Il faut donc laisser là les présomptions et s'en tenir aux principes généraux qui régissent les preuves.

Au fond, la cour de cassation a raison, mais sa décision est mal motivée. A quoi bon imaginer des présomptions quand les principes généraux suffisent? La cour dit très-bien, dans l'arrêt de 1866, que celui qui demande la nullité d'un testament mystique, en alléguant que le testateur ne pouvait lire ou n'a pas lu, n'invoque pas l'inobservation d'une forme substantielle; l'on suppose, au contraire, que toutes les formes ont été observées. Il y a donc un testament dont le légataire peut se prévaloir; si l'hé-

(1) Rejet, 22 juin 1852 (Daloz, 1853, 1, 107).

ritier soutient que le testament est nul, parce que le testateur ne savait pas ou ne pouvait pas lire, ou n'a pas lu, il doit en faire la preuve, parce que la preuve incombe toujours au demandeur (1).

Les auteurs sont tout aussi prodigues de présomptions que les tribunaux. Écoutons Furgole : « Si le testateur avait su lire autrefois et qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire à prouver le fait, à moins que l'acte ne la justifiait, parce que l'aveuglement ou l'affaiblissement de la vue est un événement contraire à l'état naturel. » Ainsi il est contraire à la nature que les yeux comme tous nos organes s'affaiblissent avec l'âge ! Furgole continue : « Que si la nullité est opposée de ce que le testateur ne savait pas lire, ou bien le testament ou l'acte de suscription justifie que le testateur savait lire, comme s'il est dit qu'il a lu sa disposition, ou s'il y a une *présomption*, comme si le testateur a signé, ce qui peut faire *présumer* qu'il savait lire, celui qui attaque le testament doit être chargé de la preuve. » Ainsi l'on doit *présumer* que celui qui sait tracer quelques lettres sait lire ! Enfin, dit Furgole, « s'il n'y a aucune présomption que le testateur sache lire, l'héritier qui soutient le testament doit être chargé de prouver le fait affirmatif, parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (2). » Ainsi on rejette la preuve sur le défendeur : de quel droit ? En vertu d'un adage que notre code ne connaît point. Que Furgole l'ait ainsi décidé, cela se comprend, puisqu'il vivait dans un pays de droit écrit. Mais les auteurs modernes qui approuvent sa doctrine oublient que nous avons un code, que ce code dit que la preuve incombe au demandeur, sans distinguer s'il s'agit d'un fait négatif ou d'un fait positif. Que de controverses on s'épargnerait si on laissait là les vieux adages et le droit romain pour s'en tenir au code civil !

427. Le notaire dit dans l'acte de suscription que le testateur a lu le testament; l'héritier sera-t-il néanmoins

(1) Rejet, 7 mai 1866 (Daloz, 1866, 1, 232).

(2) Furgole, t. 1, chap. II, sect. III, p. 79, n° 29, suivi par tous les auteurs Daloz, n° 3224.

admis à la preuve que le testateur ne pouvait pas lire ? Il a été jugé que cette déclaration ne fait pas preuve du fait, qu'elle équivaut tout au plus à des présomptions, lesquelles peuvent être combattues et détruites par des preuves directement contraires. La cour de Bordeaux aurait dû dire que cette déclaration ne fait aucune preuve; le notaire n'a ni mission ni qualité pour déclarer que le testateur a lu le testament. Dans l'espèce, on invoquait aussi les signatures apposées par le testateur comme prouvant qu'il pouvait lire; la cour a rejeté cette prétendue preuve par la considération décisive que l'apposition d'une signature est chose facile pour un homme qui a su écrire, même quand il a perdu la vue (1). Si la cour juge en fait que le testateur pouvait lire, en invoquant des écrits authentiques, sa décision est souveraine; en effet, la question de savoir si le testateur pouvait lire est essentiellement une question de fait, et partant c'est au juge du fait de la décider (2).

N° 5. NULLITÉ DU TESTAMENT MYSTIQUE.

428. Les formalités du testament mystique sont prescrites à peine de nullité, comme les formalités de tous les testaments (art. 1001). Mais la nullité du testament mystique présente une difficulté spéciale. Quand une formalité prescrite pour le testament olographe et le testament par acte public n'a pas été remplie, il n'y a point de testament. On ne peut pas appliquer l'article 1318, aux termes duquel l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties; cette disposition ne s'applique qu'aux actes non solennels pour la validité desquels la simple signature suffit. Or, le testament est un acte solennel; nul comme authentique, il ne peut pas valoir comme testament olographe, puisque le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur, ce qui est impossible pour le

(1) Bordeaux, 2 avril 1858 (Daloz, n° 3230, 5°).

(2) Rejet, 11 avril 1811 et 6 messidor an xii (Daloz, n° 3230, 1° et 2°).