

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 (Dalloz, 1866, 1, 232).

(2) Furgole, t. 1, chap. II, sect. III, p. 79, n° 29, suivi par tous les auteurs Dalloz, 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 (Dalloz, n° 3230, 5°).

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

testament authentique, puisque ce testament doit être écrit par le notaire. Il en est autrement du testament mystique. Le testateur peut l'écrire, le dater et le signer; voilà un testament olographe. Il y a même un cas dans lequel le testateur doit écrire, dater et signer le testament qu'il veut faire dans la forme mystique, c'est quand il ne peut pas parler (art. 979). Si le testament est nul comme mystique, vaudra-t-il comme testament olographe?

La question, controversée sous l'ancien droit, l'est encore sous l'empire du code. Nous n'y voyons pas le moindre doute. Dans le cas prévu par l'article 979, le testament est tout ensemble olographe et mystique, et ce que la loi commande, le testateur peut le faire, si tel est son bon plaisir: il peut cumuler, si cela lui convient, les formes des deux testaments, en donnant à son testament olographe l'effet du testament mystique. Le testament cesse-t-il pour cela d'être olographe? Non, certes, car l'article 970 reste applicable; l'acte réunissant toutes les conditions requises pour le testament olographe, pourquoi ne vaudrait-il pas comme tel? Puisque l'on aime les vieux adages, nous en citerons un qui est l'expression du bon sens: *Quod abundat, non vitiat*. Le testateur, après avoir fait un testament olographe, veut lui assurer les avantages du testament mystique: date certaine et garantie de conservation. Il se trouve que le testament est nul comme mystique. Soit; il était valable comme testament olographe, il restera valable comme tel. Cela suffit pour décider la question, si question il y a.

Qu'objecte-t-on dans l'opinion contraire? Que le testateur a voulu faire un testament mystique, que ce testament est nul, et ce qui est nul ne peut produire aucun effet. Il est vrai que l'annulation d'un acte l'anéantit, comme s'il n'avait jamais existé. Mais ce principe s'applique au fait juridique qui est vicié, il ne s'applique pas à l'écrit: l'article 1318 prouve, au contraire, qu'un acte peut être nul dans la forme que les parties ont eu en vue et valoir néanmoins sous une autre forme. Cela est vrai à plus forte raison du testament que le testateur fait d'abord dans la forme olographe; il est valable comme tel; pourquoi de

valable qu'il était deviendrait-il nul, parce que le testateur a voulu y ajouter les formes du testament mystique et qu'il se trouve un vice dans ces formes?

C'est, dit-on, que le testateur a voulu faire, non un testament olographe, mais un testament mystique; or, ce qu'il a voulu est nul. L'argument paraît logique, mais l'apparence logique cache un non-sens. Quoi! le testateur tient tant à la forme mystique, qu'il préfère voir ses dispositions annulées plutôt que de les voir validées comme testament olographe! Si telle était réellement l'intention du testateur, la question serait par là même tranchée. Mais nous attendons toujours la preuve que cette absurdité soit jamais entrée dans la tête d'un homme qui veut tester sérieusement. Un arrêt de la cour d'Aix nous fait connaître la vraie volonté du testateur; il écrit, date et signe ses dispositions; voilà un testament olographe parfaitement valable; le lendemain, il y ajoute la forme mystique, en déclarant expressément qu'il veut que ses dispositions valent *omni meliore modo*, c'est-à-dire que peu lui importe dans quelle forme son testament vaudra, pourvu qu'il vaille (1). Ce sera à celui qui prétendra que le testateur a eu la volonté absurde de préférer la forme au fond d'en faire la preuve.

La jurisprudence se prononce en ce sens (2). Il y a un arrêt contraire de la cour de Poitiers. Le seul motif d'une apparence juridique que nous y ayons trouvé, c'est que la forme d'un testament est indivisible; elle ne peut être tout ensemble olographe et mystique: nul comme mystique, le testament sera nul pour le tout (3). L'indivisibilité joue dans les arrêts un aussi mauvais rôle que les présomptions. Si la cour s'était rappelé l'article 1318, elle n'aurait pas parlé de l'indivisibilité de la forme. Sans doute, le testament mystique, comme tel, ne peut être tout ensemble nul et valable, nul pour une partie, valable pour l'autre; il n'est pas besoin d'invoquer le principe de l'in-

(1) Aix, 18 janvier 1808 (Daloz, n° 2110, 1°).

(2) Nîmes, 30 mai 1823; Rejet, 23 décembre 1828 (Daloz, n° 5344, 1° et 3°).

(3) Poitiers, 28 mai 1824 (Daloz, n° 3345).

divisibilité pour prouver que quand un acte est nul dans sa substance, il est nul pour le tout. Mais autre est la question de savoir si l'écrit qui peut valoir sous plusieurs formes est valable dans l'une de ces formes, quoiqu'il soit nul en une autre forme. L'article 1318 répond à la question, et il consacre la réponse du bon sens.

Les auteurs, après quelque hésitation, se sont aussi prononcés pour la validité du testament (1). Nous croyons inutile de discuter tout ce qui a été écrit sur une question qui, à notre avis, n'en est pas une. On invoque des présomptions puisées dans des textes du Digeste qui n'ont rien de commun avec notre droit moderne. Les Romains ne connaissaient pas le testament olographe comme testament de droit commun; dès lors la question ne pouvait pas se présenter telle qu'elle se présente aujourd'hui. Quant à des arguments d'analogie, nous ne voyons pas pourquoi on les va chercher dans une législation qui n'est plus la nôtre, alors que les plus simples notions de droit et un texte formel, l'article 1318, décident la difficulté (2).

429. Il ne faut pas confondre avec l'hypothèse que nous venons d'examiner des hypothèses analogues en apparence, mais très-différentes en réalité. Le testateur fait son testament dans la forme olographe; il le remet en dépôt à un notaire. Celui-ci dresse acte du dépôt en présence de six témoins. Le nombre des témoins semble indiquer un testament mystique; mais le testateur n'entendait pas faire un testament dans cette forme, et le notaire savait qu'il ne suffit pas de recevoir le dépôt d'un acte en présence de six témoins pour qu'il y ait testament mystique; si aucune des formalités spéciales de cette manière de tester n'a été remplie, cela prouve que personne ne songeait à faire un testament mystique. Reste un testament olographe valable comme tel, quelles que soient les irrégularités de l'acte de dépôt (3).

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 527, note 30; Dalloz, n° 3337, et Demolombe, t. XXI, p. 391, n° 409.

(2) La cour de Dijon répond aux objections puisées dans le droit romain (arrêt du 28 février 1827, dans Dalloz, n° 3344, 3°).

(3) Liège, 7 mars 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 54). Rejet, 6 juin 1815 (Dalloz, n° 3339).

On trouve parmi les papiers du défunt une enveloppe non cachetée ayant pour suscription ces mots : « Ici sont contenues mes dernières volontés, en forme de testament *mystique* ou *secret*, selon que la loi le permet. » Dans le préambule, le testateur dit : « Je fais mon testament écrit de ma main, contenant mes dispositions de dernière volonté en la manière suivante pour avoir lieu à titre ou sous la forme de testament *mystique* ou *secret*. » Aucune des formes du testament mystique n'a été observée. De là la question de savoir si le testament écrit, daté et signé de la main du testateur peut valoir comme olographe. Le premier juge décida que le testateur avait donné une fausse qualification à son testament en l'appelant mystique; et qu'il entendait faire un testament olographe, qui est aussi un testament secret. La cour de Bruxelles valida le testament par le motif que les formes prescrites pour le testament olographe avaient été remplies (1).

N° 6. FORCE PROBANTE DU TESTAMENT MYSTIQUE.

430. Le testament mystique se compose de deux parties très-distinctes, l'acte de suscription et l'écrit qui contient les dispositions du testateur. Nous disons que ces deux actes sont distincts. Au point de vue de la force probante, cela nous paraît évident; l'écrit qui contient les dispositions du testateur est l'œuvre d'un particulier, donc un acte sous seing privé; tandis que l'acte de suscription est l'œuvre d'un officier public, donc un acte authentique. La question n'est pas douteuse quant à la foi que fait l'acte de suscription; on applique les principes généraux qui régissent l'acte authentique. Il fait foi jusqu'à inscription de faux des formalités que le notaire a mission d'accomplir et de constater. Ainsi l'acte de suscription a date certaine, et il imprime cette date au testament; la date est certaine en ce sens que la vérité en est prouvée jusqu'à inscription de faux. Il est encore prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a présenté un écrit clos

(1) Bruxelles, 11 mars 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 322)