

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)

et cacheté au notaire et aux témoins; c'est un fait matériel qui se passe en présence du notaire et que le notaire a mission de constater. Quant à la déclaration que le testateur fait que l'écrit qu'il présente contient ses dispositions signées de lui et écrites par un autre ou par lui, il faut distinguer. Toute déclaration renferme un fait matériel et un fait moral. Le fait matériel est constaté par le notaire comme s'étant passé devant lui, et il a mission d'en dresser acte; il est donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a fait la déclaration telle qu'elle est consignée à l'acte de suscription. Il n'en est pas de même de la vérité de la déclaration; l'officier public n'a ni qualité ni capacité pour s'en assurer, la loi ne peut donc pas lui donner mission de la constater. En réalité, il ne la constate jamais; voilà pourquoi les déclarations reçues par le notaire ne font foi de leur vérité que jusqu'à preuve contraire (n° 381). Il sera donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a déclaré que l'écrit qu'il présente contient ses dispositions, que cet acte est signé de lui, qu'il est écrit par lui ou par un autre. Mais on peut contester la vérité de ces déclarations par toute preuve légale, sans s'inscrire en faux. Ce dernier point est très-controversé, comme nous allons le dire en parlant de la force probante de l'écrit qui contient les dispositions du testateur.

431. Que l'écrit contenant les dernières dispositions du testateur soit un écrit sous seing privé par lui-même, cela n'est point douteux. Le testament olographe, quoique écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur (n° 229), est un acte sous seing privé; à plus forte raison en est-il de même du testament mystique qui d'ordinaire n'est pas écrit par le testateur, qui ne porte que sa signature, qui peut même ne pas être signé de lui. La question est de savoir si un écrit sous seing privé devient authentique par la déclaration que le testateur fait devant un notaire et six témoins, déclaration portant qu'il a signé cet acte, ou qu'il l'a fait écrire par un autre sans le signer. L'article 1317 répond à notre question. Il définit l'acte authentique celui qui a été reçu par officiers publics avec

les solennités requises. Est-ce un officier public qui reçoit l'écrit signé par le testateur? Non; le notaire ne reçoit que l'acte de suscription. Est-ce que la déclaration constatée dans un acte que l'écrit est signé du testateur donne l'authenticité à la signature, ainsi qu'à l'acte même, si le testateur a déclaré l'avoir écrit? Nous répondons: Non, sans hésiter, la loi à la main. Pour que l'acte soit authentique, aux termes de l'article 1317, il faut qu'il soit *reçu* par un officier public. Or, qu'est-ce que le notaire reçoit dans le testament mystique? Il reçoit uniquement la déclaration que lui fait le testateur d'avoir signé ou écrit l'acte. Quelle est la force probante de cette déclaration? Nous venons de le dire, et cela est élémentaire. Le principe n'est point douteux, et la loi n'y a pas dérogé en ce qui concerne la force probante du testament mystique. Cela encore n'est point douteux, ce qui décide notre question. Il est donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a déclaré avoir signé ou écrit l'acte; mais on peut, par toute preuve contraire, prouver que la signature ou l'écriture n'émanent point du testateur.

Cette conséquence est aussi en harmonie avec la notion de l'inscription de faux. Que suppose cette inscription? Qu'il y a un faux. Or, quand le notaire constate la déclaration faite par le testateur d'avoir signé ou écrit le testament et que les héritiers soutiennent que le défunt n'a pas signé ni écrit le testament, accusent-ils le notaire d'avoir commis un faux? Il y aurait faux si le notaire, en constatant la déclaration, affirmait que la signature et l'écriture sont réellement du testateur; mais il n'affirme pas cela, et il ne peut pas l'affirmer. Est-ce qu'il a vu le testateur signer ou écrire son testament? et constate-t-il ce qu'il a vu? Non, il a entendu le testateur déclarer qu'il a signé ou écrit ses dispositions, et il constate ce qu'il a entendu. Mais cette déclaration peut être mensongère ou erronée; le testateur peut sciemment déclarer qu'il a signé, alors qu'il n'a point signé; il peut aussi s'être trompé en faisant sa déclaration. Est-ce que le mensonge et l'erreur vont être une vérité prouvée jusqu'à inscription de faux? En un mot, il ne peut être question d'une inscrip-

tion de faux, alors que ceux qui attaquent l'acte ne prétendent pas que le notaire ait commis un faux, ni que l'acte ait été falsifié. Donc les héritiers n'ont pas besoin de s'inscrire en faux pour prouver que la signature ou l'écriture ne sont pas du testateur, il suffit qu'ils demandent la vérification d'écriture (1).

Les éditeurs de Zachariæ donnent encore un autre motif à l'appui de cette opinion qu'ils partagent. Quand il s'agit d'exécuter un testament, le code distingue entre le testament public et le testament olographe. Le testament public est exécutoire comme tout acte authentique; le testament olographe n'étant pas exécutoire, puisque c'est un acte sous seing privé, la loi veut qu'il soit présenté au président du tribunal qui en ordonne le dépôt, puis que le légataire se fasse envoyer en possession par une ordonnance du président (art. 1007 et 1008). Eh bien, la loi assimile en tout le testament mystique au testament olographe; donc elle le considère comme un acte sous seing privé, et non comme un acte authentique. On objecte qu'il y avait une raison particulière de soumettre le testament mystique à certaines précautions, afin de constater l'état du testament, son intégrité, ou, s'il y a lieu, la rupture des sceaux (2). Cela est vrai, mais la loi ne se contente pas de ces mesures communes aux testaments olographes, elle met en tout le testament mystique sur la même ligne que le testament olographe, elle exige une ordonnance du président pour l'envoi en possession du légataire; cette ordonnance implique que le testament mystique n'est pas plus exécutoire que le testament olographe, donc il n'est pas authentique; il reste, malgré l'acte de suscription, ce qu'il était, un acte sous seing privé.

432. M. Demolombe avoue que les arguments que nous venons de développer sont graves. Il est certain que les motifs que l'on donne pour l'opinion contraire sont d'une faiblesse extrême. Nous avons dit plus d'une fois

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 528 et note 31, § 671. Dalloz, n° 3288.

(2) Demolombe, t. XXI, p. 396, n° 411.

qu'il règne dans la doctrine une incertitude déplorable en ce qui concerne la force probante des actes. On va voir que les notions les plus élémentaires sont méconnues par des auteurs de premier rang. Merlin demande si le testament mystique fait foi jusqu'à inscription de faux de la vérité de la signature que le testateur déclare y avoir mise. Il répond que l'affirmative est tellement évidente, qu'il n'aurait pas même posé la question si elle n'avait fait l'objet d'un débat très-sérieux devant la cour de Bruxelles. Merlin rapporte l'arrêt et ne dit rien à l'appui, comme si la chose était plus claire que la lumière du soleil. Que nos lecteurs en jugent (1).

Duranton dit que la déclaration du testateur reçue par le notaire imprime *en quelque sorte* l'authenticité à l'écrit (2). Il y a donc une authenticité *en quelque sorte*, et cette *quasi* authenticité a le même effet que l'authenticité véritable! Si l'on bannissait du langage sévère de notre science ces locutions vagues qui ont l'air d'être des arguments et qui ne sont que des mots vides de sens! Que ceux-là surtout qui écrivent pour la jeunesse se gardent de ces semblants de raison, afin que la jeunesse n'apprenne pas à se payer de mots; ce qui serait la ruine du droit, comme de toute science. L'écrit qui contient les dispositions du testateur est un écrit sous seing privé : la déclaration du testateur reçue par le notaire change-t-elle la nature de cet acte? Oui, dit Duranton, car elle équivaut pour le moins à un acte de dépôt; or, l'on a toujours admis et jugé que le dépôt d'un acte sous seing privé constituant une hypothèque, lui donnait un caractère authentique; à plus forte raison en doit-il être ainsi d'une déclaration reçue par notaire. L'auteur confond deux actes d'une nature essentiellement diverse. Ce qu'il appelle acte de dépôt est à vrai dire un acte de reconnaissance, c'est l'expression dont se sert notre loi hypothécaire (n° 230); or, un acte de reconnaissance est toute autre chose que la déclaration dont parle l'article 976 : la partie qui reconnaît un acte en re-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 29 (t. XXXIV, p. 68).

(2) Duranton, t. IX, p. 168, n° 146.

produit la substance dans sa reconnaissance; le notaire qui reçoit l'acte de reconnaissance reçoit donc la disposition même qui y est contenue, et lui imprime naturellement l'authenticité. Tandis que le notaire qui reçoit la simple déclaration d'un fait, n'imprime l'authenticité qu'au fait matériel de la déclaration. Dans l'acte de reconnaissance, l'écrit sous seing privé reconnu est absorbé par l'acte authentique et se confond avec lui. La déclaration faite par celui qui teste dans la forme olographe laisse subsister l'écrit sous seing privé comme un écrit distinct de l'acte de suscription, le notaire ne constate ni disposition, ni signature, il ne peut donc donner l'authenticité ni à la signature, ni aux dispositions. Enfin Duranton demande pourquoi le testament mystique vaut comme tel, bien qu'il ne soit pas même signé du testateur, ni écrit par lui? Nous répondons que c'est là une forme toute particulière de tester admise par la loi. On n'en peut certes pas conclure que le testament ainsi fait devient authentique, alors qu'il n'y a ni signature, ni écriture.

Vazeille, pour tout argument, se borne à dire que cela est très-évident (1). C'est une affirmation, mais la preuve où est-elle? Si nous nous bornions à dire que cela est si peu évident, que c'est une erreur, nous ferions une affirmation contraire, et une affirmation vaut l'autre. En droit, on n'affirme pas, on prouve. M. Demolombe reconnaît qu'il n'est pas facile de répondre à l'argument de principe que nous avons fait valoir. En effet, il n'y répond pas : est-ce répondre que de dire que le législateur a entendu imprimer le caractère d'authenticité à la déclaration personnelle du testateur, que c'est pour cela qu'il l'a entourée d'une solennité spéciale qui consiste dans la présence d'un grand nombre de témoins (2)? *Le législateur a entendu!* Le législateur parle par des textes; où est le texte qui dit ce que M. Demolombe fait dire aux auteurs du code civil? Il y a un texte tout contraire, c'est l'article 1008. Et qu'est-ce que le nombre de témoins a de commun avec la preuve

(1) Vazeille, t. II, p. 493, n° 23 de l'article 976. Comparez Toullier, t. III, p. 286, n° 501.

(2) Demolombe, t. XXI, p. 396, n° 411.

résultant de la déclaration faite devant eux? Je ferais une déclaration devant cent témoins, que la déclaration constatée par l'officier public ne prouverait rien, sinon qu'elle a été faite; et les cent témoins ne pourraient pas affirmer autre chose, sinon qu'ils ont entendu faire cette déclaration. Supposons que l'acte que le testateur déclare avoir écrit et signé est à la vérité écrit par lui, mais non signé; est-ce que la déclaration faite devant cent témoins prouvera qu'il y a une signature, alors qu'il n'y en a pas? Eh bien, elle ne prouve pas davantage la vérité de la signature.

Troplong insiste aussi sur le nombre de témoins. Un simple contrat, dit-il, passé devant un notaire et deux témoins est un acte authentique; à plus forte raison en doit-il être ainsi du testament mystique qui exige le concours d'un notaire et de six témoins au moins. Quel raisonnement! Si le simple contrat reçu par un notaire fait foi, c'est que le notaire constate la signature pour avoir vu signer les parties; quant aux déclarations faites par les parties, quoique constatées par l'officier public, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Troplong a encore un autre argument; il ne dit pas, comme Duranton, que le testament est un acte quasi-authentique; il dit que c'est un acte authentique; et la preuve c'est que l'acte de suscription est authentique; or, le testament uni d'une manière indissoluble à l'acte de suscription participe par cela même à l'authenticité de cet acte (1). Nous demanderons par quelle opération magique la déclaration du testateur constatée par le notaire transforme un acte sous seing privé en un acte authentique? Cela ne se peut faire que par une reconnaissance, et nous venons de prouver que la déclaration du testateur n'est pas un acte de reconnaissance, dans le sens légal du mot.

433. La jurisprudence française est contraire à notre opinion. Elle a peu d'importance, parce que les arrêts sont très-peu ou très-mal motivés. Nous citerons d'abord l'arrêt de la cour de Bruxelles que Merlin transcrit à l'appui

(1) Troplong, t. II, p. 72, n° 1652.

de l'opinion qu'il déclare évidente. L'arrêt appelle l'acte de suscription un acte de dépôt. Cela n'est pas exact, car le testament ne doit pas être déposé parmi les minutes du notaire qui a dressé l'acte de suscription. D'ailleurs un acte de dépôt n'imprime pas l'authenticité à l'écrit déposé : il faut pour cela un acte de reconnaissance. La cour ajoute une condition pour que la signature fasse foi jusqu'à inscription de faux ; il doit être reconnu que le papier ou l'enveloppe sont restés intacts et qu'il n'y a pas eu moyen de substituer un autre testament sans fracture (1). Cette condition de fait exigée par la cour de Bruxelles ruine la théorie de l'authenticité du testament mystique. S'il est authentique, il tient son authenticité de la déclaration du testateur reçue par le notaire ; donc la signature doit faire foi par l'effet de cette seule déclaration. Que s'il faut de plus des conditions de fait, il en résulte que la déclaration du testateur, quoique constatée par le notaire, ne suffit point pour imprimer l'authenticité au testament. Ainsi l'arrêt témoigne contre l'opinion qu'il consacre.

La cour de Metz se contente de dire que la déclaration du testateur donne à la signature *un caractère d'authenticité* qui ne laisse ouverture qu'à la voie de l'inscription de faux (2). Pas un mot pour motiver cette décision. Il faut donc écarter cet arrêt, comme on devrait le faire de tous ceux qui affirment au lieu de prouver. La rédaction laisse même la question de principe douteuse. Qu'est-ce que c'est qu'un *caractère d'authenticité*? Cela veut-il dire que l'acte est authentique? Alors pourquoi ne pas le dire?

La cour de Besançon dit que les formalités du testament mystique sont graves et importantes, et qu'elles donnent au testament mystique un caractère d'authenticité (3). Est-ce un argument? ou ne sont-ce que des mots? Il faudrait prouver comment et pourquoi les formalités du testament mystique impriment l'authenticité à un écrit qui par lui-même est un écrit sous seing privé. Et les

(1) Bruxelles, 23 mars 1811 (Daloz, n° 3288, 1°).

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

(3) Besançon, 22 mai 1845 (Daloz, n° 3288, 3°).

mots que nous venons de transcrire ne fournissent certes pas cette preuve.

La jurisprudence belge ne compte qu'un arrêt. Il consacre notre opinion. La cour de Bruxelles, abandonnant le précédent de 1811, s'est prononcée pour l'opinion que nous venons d'enseigner. Elle se fonde sur un motif irréfutable, c'est que le notaire qui atteste qu'une déclaration lui a été faite n'atteste pas la vérité de cette déclaration (1).

434. Il y a une application de ces principes sur laquelle il ne saurait y avoir de doute. Le testateur déclare et le notaire constate qu'il a lu son testament. Faut-il s'inscrire en faux pour prouver que le testateur ne savait ou ne pouvait lire? La question s'est présentée devant la cour d'Agen; la cour a écarté la preuve que les héritiers demandaient à faire, parce qu'il était prouvé que le testateur savait lire l'écriture de main et qu'il avait dit la vérité en déclarant au notaire et aux témoins qu'il avait lu son testament. Mais la cour ne dit pas que cela est prouvé jusqu'à inscription de faux par la déclaration du testateur constatée par le notaire. Le testateur peut faire une déclaration mensongère, soit pour valider son testament, soit pour le faire crouler. Est-ce que le notaire a un moyen de s'assurer de la vérité de cette déclaration? La loi le charge-t-elle de cette mission? Non; cela décide la question (2).

§ V. Des testaments privilégiés.

435. La doctrine donne le nom de testaments privilégiés à ceux que la loi dispense des formalités prescrites pour les testaments ordinaires, en les soumettant à des formalités spéciales. Ces testaments sont donc une exception à la règle, et partant il faut appliquer le principe d'interprétation qui régit les dispositions exceptionnelles; elles sont de rigoureuse interprétation. Il n'y a que ceux

(1) Bruxelles, 4 mars 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 36, et Daloz, n° 3239).

(2) Agen, 25 novembre 1809, et Rejet, 11 avril 1811 (Daloz, n° 3230, 2°).