

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°).

auxquels la loi permet de tester dans une forme particulière qui puissent user de ce droit, et il faut qu'ils se trouvent dans les circonstances prévues par la loi; dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception, on rentre dans la règle.

N° 1. DU TESTAMENT MILITAIRE.

436. Les militaires peuvent faire un testament particulier quand ils se trouvent dans l'impossibilité d'observer les formes générales. Deux conditions sont donc requises pour qu'il y ait lieu à un testament militaire. Il faut d'abord que le testateur soit militaire; l'article 981 assimile aux militaires les individus employés dans les armées. L'ordonnance de 1735 énumérait les personnes non militaires qui participaient au privilège militaire: « Ceux, dit l'article 51, qui n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, se trouveront à la suite des armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendront aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions des troupes. » L'article 981, étant une disposition traditionnelle, doit être entendu dans le même sens; d'ailleurs toutes ces personnes sont dans l'impossibilité de suivre les formes ordinaires; elles se trouvent donc dans l'esprit de l'exception.

Il y a une seconde condition requise pour que les militaires puissent tester dans la forme militaire: il faut, dit l'article 983, qu'ils soient en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi. Quant à ceux qui sont en quartier ou en garnison dans l'intérieur, ils ne peuvent pas, dit l'article 983, profiter du bénéfice du testament militaire; à leur égard le privilège n'aurait point de raison d'être. « A moins, ajoute la loi, que les militaires ne se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre. » Dans ce cas, il y a ou il peut y avoir impossibilité de suivre les

formes ordinaires; par suite le privilège reprend son empire.

437. En quoi consiste le privilège? Le privilège concerne le testament par acte public; aux termes de l'article 981, le notaire est remplacé par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur; les dénominations ont changé, mais les grades subsistent. Quant aux témoins, la loi n'en exige que deux. Les commissaires des guerres ou intendants peuvent aussi recevoir les testaments de tout militaire; seuls, s'ils sont à deux, et en présence de deux témoins s'il n'y en a qu'un. Si le testateur est malade ou blessé, le testament peut être reçu par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice. Les malheureux soldats ne jouissent pas toujours du bonheur d'être reçus dans un hospice; heureux ceux qui sont soignés dans une ambulance! Il a été dit au conseil d'Etat, et cela ne fait pas de doute, que la disposition de l'article 982 s'applique aux ambulances (1).

Le testament militaire est-il dispensé des formes prescrites pour les testaments ordinaires? Cette question se présente aussi pour les autres testaments privilégiés; nous y reviendrons.

438. Le testament militaire a sa raison d'être dans la nécessité des circonstances; dès que cette nécessité cesse, il est juste que l'on revienne au droit commun. C'est la disposition de l'article 984, qui porte: « Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires. »

N° 2. DU TESTAMENT MARITIME.

439. Il y a encore exception aux règles ordinaires quand le testament est fait sur mer, dans le cours d'un voyage. Dans ce cas, l'impossibilité de suivre les formes générales est encore plus grande, il fallait donc permettre

(1) Séance du 26 ventôse an xi, n° 3 (Loché, t. V, p. 262).

de tester dans des formes moins sévères. Mais pour que la nécessité existe, il faut le concours des deux circonstances déterminées par l'article 988 : le testament doit être fait sur mer et dans le cours d'un voyage. De là l'article 994 conclut que si au temps où il a été fait le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français, le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage. En effet, dans ce cas, la nécessité cesse. S'il y a un officier français qui ait le droit de recevoir un testament, il n'y a plus de raison pour recourir à des formes exceptionnelles. Mais que faut-il décider si le navire aborde à une terre étrangère où il n'y a pas de consul de France? le testament pourrait-il, dans ce cas, être reçu dans la forme privilégiée, ou faudra-t-il suivre les formes usitées dans les pays où il a été fait? La question est controversée; il nous semble que le texte la décide dans le dernier sens, puisque la fin de l'article 994 prévoit l'hypothèse où il ne pourrait être reçu d'après les lois françaises, c'est-à-dire le cas où, sur une terre étrangère, il n'y aurait pas d'officier public français, et la loi dispose que, dans ce cas, le testament ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes usitées dans les pays où il a été fait. Cela est aussi en harmonie avec les principes qui régissent les testaments privilégiés; le privilège n'a plus de raison d'être lorsque le droit commun peut recevoir son application. Or, à l'étranger, le droit commun est que le testament soit reçu ou dans la forme olographe, ou dans la forme authentique, selon les lois du pays (art. 999). Les formes ordinaires étant possibles, le privilège cesse (1).

440. Le privilège peut être invoqué par tous ceux qui sont en mer; peu importe qu'ils se trouvent à bord d'un bâtiment de commerce, ou d'un bâtiment de l'Etat, peu importe encore qu'ils soient passagers ou officiers pu-

(1) Duranton, t. IX, n° 159; Vazeille, t. II, p. 529, n° 2 de l'article 994. Jugement du tribunal de la Seine, 19 mars 1825 (Dalloz, n° 3409). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 435, n° 7 et 8 de l'article 994, et Demolombe, t. XXI, p. 426, n° 453.

blics; la nécessité existe pour tous, donc aussi le privilège (art. 995). Mais ces circonstances doivent être prises en considération quand il s'agit de savoir par qui le testament peut être reçu. Les articles 988 et 989 règlent cette matière; nous renvoyons au texte de la loi. L'article 988 exige la présence de deux témoins; cette disposition s'applique aussi au cas prévu par l'article 989.

Les articles 990-993 prescrivent des mesures tendantes à la conservation du testament maritime. Nous renvoyons au texte du code.

441. Le testament fait en mer n'est valable qu'autant que le testateur meurt en mer ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il a pu le refaire dans les formes ordinaires (art. 996). C'est une disposition analogue à celle de l'article 984, et qui est fondée sur la même raison (n° 438).

N° 3. DU TESTAMENT FAIT EN TEMPS DE PESTE.

442. La loi dispense des formalités ordinaires « les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse » (art. 985). Un de nos vieux auteurs, Henrys, dit que la guerre et la peste sont comparables, et que celle-ci est une guerre d'autant plus dangereuse que c'est Dieu qui la fait aux hommes (1). Non, Dieu ne fait pas la guerre aux hommes; les maladies sont une suite de notre imperfection, encore peut-on les prévenir : la lèpre a disparu de l'Europe et la peste ne désole plus les pays civilisés. La guerre sévit toujours, mais ce sont les mauvaises passions des hommes qui l'allument, et ces mauvaises passions peuvent être réfrénées par une instruction qui moralise les peuples, en même temps qu'elle développe leur intelligence, et par des institutions politiques sagement combinées.

Il ne suffit pas qu'une maladie contagieuse, ou réputée

(1) Henrys, livre V, chap. IV, quest. 37, n° 1, cité par Troplong, n° 1706.

telle, sévisse pour qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions du code concernant le testament en cas de peste; il faut que les communications soient interrompues officiellement. Cela a été jugé ainsi lors de l'invasion du choléra dans un village du midi de la France. Des deux notaires qui y résidaient, l'un déserta son poste dès les premiers jours de la maladie. Un paysan qui ne savait pas écrire voulut tester par acte public; le maire ayant fait des efforts inutiles auprès du second notaire pour l'engager à recevoir le testament, délégua son adjoint en vertu de l'article 985. Le testament fut attaqué et annulé (1). Et il devait l'être. Les communications n'avaient pas été interrompues; il est vrai que par la folle terreur des notaires les habitants se trouvaient dans l'impossibilité de tester, mais ce n'était pas une impossibilité légale, et il n'appartient pas aux tribunaux d'étendre des dispositions exceptionnelles (n° 435).

443. Quand toutes communications sont interrompues dans un lieu à cause d'une maladie contagieuse, les testaments pourront être faits devant le juge de paix ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, assisté de deux témoins (art. 985). En Belgique, les officiers municipaux sont remplacés par le bourgmestre et les échevins (2).

Qui peut invoquer le bénéfice de cette disposition? Aux termes de l'article 986, tous ceux qui se trouvent dans les lieux infectés peuvent tester par privilège, peu importe qu'ils soient ou non atteints de la maladie contagieuse. La nécessité est la même pour tous, elle résulte non de l'état de maladie du testateur, mais de l'interruption des communications, qui est une suite de la maladie régnante.

444. Les testaments faits en temps de maladie contagieuse deviennent nuls six mois après que les communications sont rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu

(1) Aix, 16 décembre 1836 (Daloz, n° 3371).

(2) Loi sanitaire du 18 juillet 1831.

où elles ne seront point interrompues (art. 987). C'est une disposition commune à tous les testaments privilégiés.

N° 4. RÈGLES GÉNÉRALES.

445. Les testaments privilégiés sont des testaments publics; au lieu d'être reçus par les notaires, ils sont reçus par les officiers que la loi détermine pour chacun de ces testaments; elle fixe aussi le nombre des témoins, il est réduit à deux (art. 981, 985 et 988). La loi règle encore ce qui concerne la signature des officiers publics, des témoins et des testateurs. Quant aux testateurs, elle maintient la règle de l'article 973 : « Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêchera de signer. » Il va sans dire que ceux qui reçoivent les testaments doivent les signer. Quant aux témoins, il suffit que l'un d'eux signe; il est fait mention de la cause pour laquelle l'autre ne signe pas, sans qu'il soit besoin d'une déclaration du témoin (art. 998).

446. Telles sont les seules dispositions que le code contienne sur les testaments privilégiés; elles sont sanctionnées par la peine de nullité que l'article 1002 établit pour l'inobservation des formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les deux premières sections du chapitre V. On demande si les formes et conditions prescrites pour les testaments ordinaires doivent être observées dans la rédaction des testaments privilégiés. La question est controversée. En droit, nous ne la croyons pas douteuse, mais en fait les difficultés abondent.

On s'accorde à enseigner que les formalités établies par la loi de ventôse pour les actes notariés ne sont pas applicables aux testaments privilégiés. La raison en est simple et décisive. Si les testaments par acte public sont régis par la loi de ventôse, c'est qu'ils sont reçus par un notaire, et tout acte notarié est soumis à la loi générale qui régit les actes que les notaires reçoivent. Mais les officiers publics qui dressent les testaments privilégiés ne sont pas des notaires, et, sauf les juges de paix, ils sont complètement étrangers aux études juridiques. Soumettre

les actes qu'ils reçoivent à des formalités dont ils ignorent l'existence, c'eût été d'avance les frapper de nullité.

Le principe est incontestable, mais il donne lieu à une difficulté insoluble, parce qu'il faudrait un texte pour la résoudre, et il n'y en a pas. On demande si les testaments privilégiés doivent être datés. Nous répondons négativement, malgré les bonnes raisons que l'on donne pour exiger la date; il y a un argument péremptoire qui défend de l'exiger sous peine de nullité, c'est le silence de la loi. Il n'y a pas de nullité sans texte, et il n'y a pas de texte qui prescrive la date dans les testaments privilégiés. Ce sont des testaments authentiques; or, le code ne dit pas que ces testaments doivent être datés, c'est la loi de ventôse qui exige la date, et cette loi n'est pas applicable aux testaments privilégiés (1).

447. Applique-t-on aux testaments privilégiés les dispositions du code sur le testament par acte public? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le code contient deux sections sur les testaments; dans la première, il traite des règles générales, c'est-à-dire des testaments de droit commun; dans la seconde, il traite des règles particulières sur la forme de certains testaments, ceux que l'on appelle les testaments privilégiés. Ce sont donc deux matières distinctes. On ne peut pas dire qu'il y a lieu d'appliquer les règles générales en tant que les dispositions spéciales n'y dérogent pas. Ce principe n'est pas applicable à l'espèce, car la section I^{re} n'établit pas, comme l'intitulé semble le dire, des règles applicables à tous les testaments; la loi détermine des formes spéciales pour chacun des trois testaments qu'il admet. Or, des formes spéciales ne peuvent pas être étendues à des actes pour lesquels elles ne sont pas établies. Cela résulte du texte même de la loi. Nous venons de dire que l'article 973 est reproduit dans l'article 998; si, dans la pensée du législateur, les dispositions de la section I^{re} étaient applicables à la section II, l'article 998 serait inutile. Ajoutons

(1) Comparez Troplong, t. II, p. 105, n° 1732; Demolombe, t. XXI, p. 415 n° 434.

que l'esprit de la loi s'oppose à cette application extensive. En admettant des testaments privilégiés, le législateur a voulu les soustraire aux formes nombreuses des testaments ordinaires; c'était le seul moyen de les rendre possibles. Qu'arriverait-il si l'on exigeait l'accomplissement des formalités ordinaires? Les officiers publics qui sont appelés à les rédiger en ignorent jusqu'à l'existence; et quand ils auraient le code civil sous les yeux, ils ne le comprendraient pas, ou ne sauraient en faire l'application, inhabiles qu'ils sont à rédiger des actes juridiques. L'esprit de la loi se révèle dans les dispositions qui ne donnent qu'une force temporaire aux testaments privilégiés. Si toutes les formes devaient être observées, il n'y aurait pas de raison pour limiter à quelques mois l'effet du testament; c'est parce qu'ils sont faits sans la garantie des formes, sous l'empire de la nécessité, que la loi se défie de ces actes et ne leur accorde qu'une autorité temporaire (1).

On objecte qu'il y a des dispositions que tout le monde applique aux testaments privilégiés. Ce sont les articles 967-969. Si ces articles sont applicables, dit-on, bien que la loi ne le dise pas, pourquoi n'appliquerait-on pas d'autres dispositions bien plus nécessaires (2)? Nous répondons que ces dispositions sont mal classées, de même que celles de l'article 1001; elles auraient dû faire l'objet d'une section générale applicable à tous les testaments. Les vraies formes ne commencent qu'avec l'article 970 et continuent jusqu'à l'article 998. Les articles 999 et 1000 sont également mal classés et auraient dû trouver place dans la section générale.

448. L'application de ces principes soulève une nouvelle difficulté. Qui peut être témoin dans un testament privilégié? Si l'article 980 n'est pas applicable aux testaments privilégiés, on pourra y admettre comme témoins des étrangers, des femmes, des mineurs! De même, si

(1) Grenier, t. II, p. 596, n° 278. Marcadé, t. IV, p. 55, n° II de l'article 998. Dalloz, n° 3404.

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 576. Aubry et Rau, t. V, p. 529. Demolombe, t. XXI, p. 409, n° 431.

les dispositions concernant les incapacités relatives ne doivent pas être appliquées aux testaments privilégiés, il faudra dire que l'officier public peut être gratifié par l'acte même qu'il reçoit, sauf dans le cas prévu par l'article 997. Cela est absurde, dit-on. Absurde tant que l'on voudra. Nous répondons : Pas de nullité sans texte ; or, les textes que l'on invoque ne concernent que les notaires et les actes notariés. Vainement, pour justifier l'incapacité relative de l'officier public gratifié par l'acte qu'il reçoit, invoque-t-on la maxime que personne ne peut être témoin dans sa propre cause ; cette maxime n'est pas consacrée par notre code, et ce n'est pas sur des principes de pure théorie que l'on peut fonder des nullités (1).

§ VI. De la nullité des testaments.

NO 1. PRINCIPE.

449. Aux termes de l'article 1001, les formalités prescrites pour les divers testaments doivent être observées à peine de *nullité*. Qu'entend-on ici par *nullité* ? On sait que le mot *nul* signifie tantôt annulable, tantôt inexistant. Nous avons fait cette distinction à plusieurs reprises et nous l'avons appliquée aux donations (t. XII, nos 176-179). La donation est un contrat solennel, et dans les contrats solennels les formalités sont de la substance de la convention, en ce sens que le consentement qui n'est pas exprimé dans les formes légales est censé ne pas exister. En est-il de même des formes testamentaires ? Elles ont aussi pour but d'assurer la libre expression des dernières volontés du testateur ; elles sont même plus importantes et plus essentielles que les formes des actes entre-vifs. On teste souvent au moment de mourir, alors que l'intelligence et la volonté sont affaiblies, tandis que les donations se font entre-vifs. D'un autre côté, le testateur est obsédé par les intrigues de ceux qui l'entourent, bien plus que ne l'est le donateur ; il dispose de tous ses biens,

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 129. Demolombe, t. XXI, p. 416, n° 435.

et il en dispose en dépouillant ses héritiers, au lieu que le donateur ne dispose d'ordinaire que d'objets particuliers, et il se dépouille lui-même : l'attache naturelle qu'il a pour ce qu'il possède est déjà un frein suffisant qui arrête les libéralités irréfléchies. C'est la raison pour laquelle la loi montre tant de sévérité en prononçant la nullité pour de simples formes (t. XII, nos 622 et 623). La question est de savoir si la sévérité va à ce point que le testament soit considéré comme inexistant, lorsque les formalités auxquelles il est assujéti n'ont pas été observées.

Les auteurs, sans discuter la question dans les termes où nous venons de la poser, se prononcent pour l'inexistence du testament nul en la forme. Merlin est on ne peut plus explicite. « Les formalités testamentaires, dit-il, sont, aux yeux de la loi, le seul moyen de constater la volonté du testateur ; lorsqu'elle est dénuée de ces formalités, la volonté du testateur est absolument sans effet. » C'est la théorie que nous venons de rappeler ; au point de vue des principes, elle n'est guère douteuse ; le testament et la donation sont l'un et l'autre des actes solennels, et le défaut de solennité doit avoir le même effet dans l'un et l'autre acte. Mais la difficulté est de trouver un fondement légal à cette théorie. Il n'y a pas de nullité sans texte ; à plus forte raison ne peut-on pas admettre qu'un acte soit inexistant sans texte.

Sur ce terrain, la difficulté est grande. Merlin trouve une raison de décider dans l'essence même du testament. « Qu'est-ce qu'un testament ? C'est la déclaration que fait un homme de ses dernières volontés dans les formes établies par la loi. Le testament n'existe donc que par la parfaite observation des formalités qui le constituent. Il n'y a donc pas de testament là où ces formalités manquent. » C'est le *néant*, ajoute Merlin ; et Troplong dit, dans des termes tout aussi énergiques, que le testament nul en la forme est *mort-né* (1). Nous demandons un argument de texte ; Merlin cite l'article 1^{er} de notre titre : « On ne peut

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, §1, art. VI, (t. XXXIII, p. 360). Troplong, t. II, p. 113, n° 1742.