

taires, il fait, en réalité, un testament, en écartant l'obstacle, la révocation, qui s'opposait à l'exécution du premier testament. Pourquoi le forcerait-on à transcrire de nouveau les dispositions du premier testament, puisque ces dispositions subsistent et qu'il ne leur manque qu'une chose pour être efficaces, c'est d'écarter la révocation? Eh bien, le testateur détruit cet obstacle en manifestant sa volonté par un testament.

Le testateur peut-il aussi déclarer dans un acte authentique sa volonté de rétracter la révocation et de faire revivre le premier testament? Ici il y a quelque doute. Il n'y a de testament que lorsque le défunt manifeste ses dernières volontés dans les formes voulues par la loi. Or, la dernière volonté du testateur résulte de l'acte par lequel il rétracte sa révocation; donc, dit-on, la rétractation devra se faire par un testament, un acte notarié ordinaire ne pouvant pas contenir de disposition testamentaire. Cette opinion est très-plausible en théorie, mais elle n'est pas en harmonie avec le texte ni avec l'esprit du code civil. Il ne s'agit pas de faire de nouvelles dispositions testamentaires; ces dispositions existent, elles sont exprimées dans une forme légale; seulement la volonté qu'elles expriment avait subi une modification, il s'agit d'écarter cette modification pour revenir à la volonté primitive. Or, il est de principe qu'un acte peut être dissous de la même manière dont il a été formé. Comment se fait la révocation? Par acte authentique ou par un nouveau testament; puisque la rétractation est une révocation de la révocation, elle peut aussi se faire sous l'une ou l'autre de ces formes. Vainement dit-on que la rétractation diffère de la révocation en ce qu'elle est un nouveau testament, tandis que la révocation n'est pas un nouveau testament. Nous répondons avec la cour de cassation que c'est introduire dans l'article 1035 une distinction qui n'y est point. Un acte révocatoire peut être révoqué par un autre acte révocatoire; donc la révocation peut être révoquée par un acte authentique, aussi bien que par un testament, car la loi met absolument sur la même ligne le testament et l'acte authentique. Cela est aussi fondé en raison. Il

n'est pas exact de dire que la rétractation est un nouveau testament, c'est l'ancien testament qui revit, et il revit par un acte révocatoire qui écarte la révocation, seul obstacle qui s'opposait à l'exécution du premier testament. Donc il faut appliquer les principes qui régissent la forme des actes révocatoires, et non les principes qui régissent la forme des testaments (1).

199. Le testateur rétracte l'acte révocatoire. Cela suffit-il pour que le testament révoqué revive? ou faut-il que le testateur déclare formellement que sa volonté est de faire revivre le premier testament? C'est une question d'intention, donc elle est du domaine des juges du fait, qui la décideront d'après les circonstances de la cause. Les auteurs aiment à poser des règles générales destinées à décider tous les cas particuliers qui se présenteront. Cette méthode d'école a des inconvénients, c'est d'imposer une règle absolue à des hypothèses qui peuvent varier de caractère d'un cas à l'autre; on risque ainsi de méconnaître la volonté du testateur. Mieux vaut, nous semble-t-il, s'en rapporter à la prudence du juge, qui pourra apprécier la diversité des circonstances de manière à suivre toujours la volonté du testateur (2).

Les auteurs distinguent. Il y a un cas dans lequel tout le monde est d'accord. L'acte révocatoire est une simple révocation, il ne contient aucune disposition nouvelle. Si cette révocation est rétractée, la rétractation, dit-on, fait revivre de plein droit le testament révoqué (3). Nous n'aimons pas cette expression *de plein droit*; une chose se fait de plein droit quand elle se fait en vertu de la volonté du législateur, et, dans ce cas, le juge est lié par la décision de la loi. Or, nous n'avons pas de loi sur la rétractation de la révocation, et si le législateur en avait fait une, il se serait bien gardé de lier le juge dans une matière où tout dépend de l'intention du testateur. Or, si la

(1) Cassation, 22 mars 1837, et sur renvoi, Dijon, 8 mars 1838 (Dalloz, n° 4182).

(2) Marcadé, t. IV, p. 128, n° II de l'article 1037.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 185 et note 6, § 725. Demolombe, t. XXII, p. 139, n° 161.

volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à sa mort, elle est aussi infiniment capricieuse; de sorte qu'il est toujours très-chanceux d'affirmer que le testateur, en rétractant la révocation, n'a pu avoir d'autre intention que de faire revivre le premier testament. Abandonnons au juge ce qui est essentiellement de son domaine, l'appréciation de la volonté.

Lorsque l'acte révocatoire se trouve dans un nouveau testament, on décide que la rétractation de ce testament ne fait revivre les dispositions du premier qu'autant que le testateur a exprimé que telle était son intention (1). D'autres auteurs pensent que la rétractation suffit, dans le second cas comme dans le premier, sans qu'il faille une déclaration de volonté (2). Nous écartons cette dernière opinion que nous venons de combattre. Quant à celle qui exige une déclaration formelle de la volonté du testateur, elle nous paraît aussi contraire aux vrais principes. L'interprète peut-il imposer au testateur une condition que la loi ignore? Puisque le code ne s'occupe pas de la rétractation de la révocation, la question de savoir ce que le testateur a voulu en rétractant la révocation est une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances. Pourquoi exiger une déclaration formelle de volonté alors que, d'après les principes généraux de droit, la volonté peut s'exprimer même par des faits (3)?

200. La jurisprudence, plus sage que la doctrine, est en ce sens. Il a été jugé par la cour de cassation qu'il appartient aux juges du fait de décider souverainement si un testateur qui a rétracté la révocation qu'il avait faite d'un testament a entendu faire revivre ce testament. Dans l'espèce, la cour de Caen avait jugé qu'un troisième testament, qui révoquait le deuxième, ne contenait rien qui exprimât ou qui fit présumer que le testateur avait eu l'intention de faire revivre ses premières dispositions testamentaires; qu'il résultait, au contraire, des circonstances que le testateur n'avait pas entendu rendre à son

(1) Aubry et Rau (voyez p. 218, note 3).

(2) Duranton, t. IX, p. 436, n° 441.

(3) Demolombe, t. XXII, p. 139, n° 162.

premier testament l'effet que cet acte avait perdu par la révocation contenue dans le deuxième (1).

Il y a un arrêt qui admet que la rétractation de la révocation d'un testament fait revivre ce testament de plein droit. Mais cet arrêt n'a aucune autorité, parce qu'il est à peine motivé (2).

N° 2. DE LA RÉVOCATION TACITE.

I. De la révocation par des dispositions postérieures.

1. PRINCIPE.

201. L'article 1036 porte : « Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires. » Cette disposition consacre le principe du droit coutumier. D'après le droit romain, un second testament annulait nécessairement le premier. La raison en est que le testament était la distribution entière de l'hérédité, personne ne pouvant décéder *partim testatus, partim intestatus*; on ne pouvait donc tester une seconde fois sans changer complètement de volonté; de là l'impossibilité de la coexistence de deux testaments. Les coutumes n'admettaient pas la règle romaine ni les conséquences qui en découlaient; elles permettaient donc de faire plusieurs testaments; le second ne révoquait le premier que s'il contenait une clause révocatoire ou des dispositions inconciliables avec les précédentes (3).

202. Il est arrivé, comme pour témoigner de la volonté capricieuse des hommes, qu'un testateur a laissé deux testaments olographes datés d'un même jour, et, de plus, l'un révoquait l'autre. La clause révocatoire ne pouvait

(1) Rejet, 7 février 1843 (Daloz, n° 4180, 3°). Comparez Lyon, 18 mai 1847 (Daloz, 1848, 2, 47).

(2) Grenoble, 14 juin 1810 (Daloz, n° 4181).

(3) Argou, *Institution au droit français*, II, 17 (t. I, p. 409). Troplong, t. I, p. 219, n° 1067 et suiv.).