

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.).

recevoir d'effet, puisqu'on ne savait lequel des deux testaments était le dernier. On considéra donc les deux testaments comme n'en faisant qu'un, et on maintint toutes les dispositions qui n'étaient pas inconciliables (1). Dans une espèce identique, on prétendait, devant la cour de cassation, que la clause révocatoire ajoutée à chacun des deux testaments les anéantissait l'un et l'autre, ce qui aboutissait à ce résultat absurde que le défunt qui avait fait deux testaments était censé n'en avoir fait aucun. La cour jugea que la clause révocatoire ne pouvait s'appliquer à aucun des deux testaments, la révocation impliquant nécessairement une différence de date; il restait à exécuter les deux testaments en tant qu'on pouvait concilier leurs dispositions (2).

Dans une autre espèce, la légataire unique, instituée dans les deux testaments olographes, prétendait cumuler les deux legs en l'absence de toute clause révocatoire, et les deux dispositions étant très-compatibles. Cela n'est pas probable, dit la cour. Celui qui lègue dans deux testaments 8,000 francs et 12,000 francs aurait fait un legs de 20,000 fr. si son intention avait été de donner cette somme. Il fallait donc accorder la préférence à l'un des deux testaments; or, les héritiers offraient de payer le legs le plus élevé, ce qui aurait dû mettre fin au débat. La cour jugea en ce sens en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'ont les tribunaux pour apprécier l'intention du testateur (3).

La cour de Liège a eu à se prononcer sur un débat analogue. Dans deux testaments olographes portant la même date, le testateur avait disposé de ses biens au profit des enfants de ses deux frères; l'institution était la même, mais le mode de partage différait; l'un des testaments admettait le partage par tête; l'autre, le partage par souche. On prétendit, d'une part, que l'un des testaments annulait l'autre et qu'il fallait déférer la succession *ab intestat*; d'autre part, on soutint qu'il n'y avait d'in-

(1) Limoges, 6 mars 1840 (Daloz, n° 4199).

(2) Rejet, 5 juin 1834 (Daloz, n° 4202, 3°).

(3) Bourges, 15 mars 1847 (Daloz, 1847, 2, 140).

compatibles que les deux clauses concernant le partage. La cour donna la préférence à cette dernière interprétation, la plus raisonnable sans contredit: comment croire que le défunt eût voulu mourir *intestat*, alors qu'il instituait les mêmes légataires dans deux testaments faits coup sur coup? Restait la difficulté du partage; les deux clauses étant incompatibles, elles tombaient l'une et l'autre, puisqu'on ne savait laquelle était la dernière; la décision aboutissait au partage par tête entre tous les légataires (1).

203. Aux termes de l'article 1036, il y a révocation tacite lorsque les deux testaments renferment des dispositions *incompatibles* ou *contraires*. Y a-t-il une différence entre les dispositions *incompatibles* et les dispositions *contraires*? On a dit que deux dispositions sont *incompatibles* lorsqu'elles sont faites au profit de la même personne, et que la seconde comprend, mais avec moins d'étendue, ce qui avait déjà été donné au légataire par la première: tel serait le legs de la propriété et le legs de l'usufruit faits au profit du même légataire dans deux testaments successifs. On dit que deux dispositions sont *contraires* lorsqu'elles sont faites à deux personnes différentes, et qu'elles sont de telle nature que la seconde implique la volonté d'abandonner la première (2).

Ces distinctions n'ont pas trouvé faveur. Elles n'ont aucun appui, ni dans les textes, ni dans les travaux préparatoires, ni dans la tradition, et, de plus, elles sont inutiles, car on avoue qu'il n'y a aucune règle qui serve à décider si des dispositions sont ou non *contraires*. Les expressions dont la loi se sert ont un sens très-clair; le législateur veut dire que si deux dispositions écrites à des époques différentes ne peuvent pas se concilier, la dernière l'emporte sur la première, parce que c'est la dernière expression de la volonté du testateur. Si la conciliation est possible, les deux volontés reçoivent simultanément leur exécution (3).

(1) Liège, 26 avril 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 309).

(2) Mourlon, t. II, p. 388. Coin-Delisle, p. 499, n° 3 de l'article 1036, et les auteurs qu'il cite.

(3) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 55. Demolombe, t. XXII, p. 151, n° 168.

204. La doctrine et la jurisprudence distinguent l'incompatibilité matérielle et l'incompatibilité intentionnelle. Deux dispositions sont matériellement incompatibles lorsque leur exécution simultanée est absolument impossible. Je commence par léguer à Pierre la pleine propriété d'un fonds, puis je lui lègue l'usufruit de ce fonds; il y a une impossibilité absolue à ce que Pierre soit tout ensemble propriétaire et usufruitier, car on ne peut être usufruitier de sa propre chose : *Res sua nemini servit*. Donc le second legs révoque nécessairement le premier. Il y a incompatibilité intentionnelle lorsque l'exécution simultanée des deux dispositions serait possible, mais qu'elle ne peut se faire, parce qu'elle serait contraire à l'intention du testateur (1).

On a soutenu devant les tribunaux que l'incompatibilité devait être matérielle. Le texte ne parle pas de l'intention du testateur; l'article 1036 veut que la volonté de révoquer résulte de la nature même des dispositions, de leur incompatibilité ou de leur contrariété. Et tel paraît aussi être l'esprit de la loi, à en juger par le discours de l'orateur du Tribunat; on y lit : « Sur la révocation des testaments, on s'est écarté du principe d'après lequel le testament était censé révoqué par un testament postérieur. On présumait que telle avait été l'intention du testateur. Cette *présomption* pouvait être contraire à la vérité. La loi ne doit établir que des présomptions *certaines* et *infaillibles*. Il est donc convenable d'exiger que le second testament contienne la *déclaration* du testateur qu'il change de volonté; c'est ce que porte le projet (2). »

Cette interprétation rigoureuse de la loi n'a pas été accueillie par les tribunaux; elle aboutirait le plus souvent à méconnaître la volonté du testateur. Le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Il veut que les dispositions soient incompatibles ou contraires; mais il ne définit pas ce qu'il faut entendre par contrariété ou incompatibilité. Si elles résultent de la volonté du testateur, le juge doit

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 187, § 725.

(2) Favard, Discours, n° 21 (Loché, t. V, p. 372).

admettre l'abrogation tacite, car, en matière de testament, il doit, avant tout, donner effet à la volonté du défunt. L'orateur du Tribunat ne dit point le contraire. Il explique pourquoi le code civil s'écarte du droit romain, et il l'explique très-mal; le principe du droit romain n'était pas fondé sur une présomption. Favard s'exprime encore inexactement en disant que l'article 1036 exige une déclaration; il l'exige pour la révocation expresse, il serait absurde de l'exiger pour la révocation tacite. Il faut toujours la volonté de révoquer, mais cette volonté peut se manifester, soit par une déclaration expresse, soit par la nature des dispositions. Donc la révocation tacite ou expresse est essentiellement une question de volonté, partant le juge doit toujours la rechercher.

205. La jurisprudence est en ce sens. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « La loi n'exige pas que l'incompatibilité ou la contrariété soient matérielles, elles peuvent résulter de l'intention clairement manifestée du testateur, dans son second testament, de ne point laisser subsister simultanément les dispositions qu'il renferme et celles par lui précédemment faites. » De là suit que les juges du fait décident souverainement les questions d'abrogation. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans danger, et il n'est pas en harmonie avec l'esprit de nos institutions modernes. Mais le législateur a dû accorder ce pouvoir au juge, sous peine de voir la volonté du testateur méconnue. Un arrêt de la cour de Grenoble en offre un exemple remarquable (1).

La cour commence par rappeler le principe qui domine dans la matière des testaments et qui veut que l'on y recherche, avant tout, la véritable intention du testateur; n'est-ce pas pour cela que l'on appelle les legs des dispositions de dernière volonté? Quand le testateur a changé de volonté, le juge est appelé à apprécier quelle est sa volonté dernière et à la faire exécuter. Le législateur a donc dû laisser au juge le pouvoir d'interpréter la volonté du défunt. Dans l'espèce, la testatrice avait fait un second

(1) Rejet, 10 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1, 74). Comparez Rejet, 5 avril 1870 (Dalloz, 1871, 1, 22).

testament où elle instituait la même légataire, mais sans reproduire les dispositions du premier testament. On prétendit que le nouveau testament n'ayant rien de contraire ni d'incompatible avec ces dispositions, elles devaient recevoir leur exécution. La cour répond qu'il faut voir si, dans l'intention de la testatrice, le second testament ne révoquait pas en tout le premier. Or, l'affirmative n'était guère douteuse; elle résultait des dispositions mêmes du second testament. D'abord, il instituait la même héritière et il reproduisait presque tous les legs contenus dans le premier; ce qui prouve déjà que l'intention de la testatrice était de faire, non une simple modification ou une addition à ses premières dispositions, mais un testament complet destiné à remplacer les testaments précédents. Puis la testatrice prie sa sœur, légataire universelle, de suppléer à toutes les omissions qu'elle pourrait faire dans ses dernières dispositions, ce qui ne permettait pas de douter que ce dernier testament ne fût l'expression complète de ses volontés; s'il y avait des omissions, c'est-à-dire d'autres dispositions à faire, la testatrice s'en rapportait à l'affection et au désintéressement de son héritière. C'était dire clairement que, dans sa pensée, la testatrice considérait comme n'étant plus écrit ce qui n'était pas écrit dans ce dernier testament, car tout ce qui n'y était pas écrit était une omission, et pour réparer ces omissions, elle s'en rapportait à sa sœur. On objectait, ce que l'on objecte souvent contre l'abrogation des testaments antérieurs, que la testatrice les avait conservés alors qu'il lui était si facile de lever tout doute en les détruisant. Cela est vrai, mais les juges n'ont pas à voir ce que le testateur aurait dû faire; dès qu'ils sont convaincus que le testateur a voulu révoquer ses testaments antérieurs, ils n'en peuvent plus tenir aucun compte.

206. La cour de Grenoble ajoute que si les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation, ils ne doivent pas l'exercer d'une manière arbitraire. Notre législation permet la coexistence de plusieurs testaments; le second pouvant coexister avec le premier, le juge doit les faire exécuter l'un et l'autre, à moins que le testateur n'ait entendu ré-

voquer le premier par le second; la loi dit que si cette intention n'est pas expresse, on ne peut l'admettre que lorsqu'elle résulte de la contrariété des dispositions. Or, il est de principe que la volonté tacite doit avoir le même caractère de certitude que la loi exige pour la volonté expresse. De là la cour de Grenoble conclut que la révocation tacite ne peut être admise que lorsque la volonté du testateur apparaît d'une manière claire et certaine (1). Tel est le vrai principe; les cours le formulent quelquefois d'une manière trop absolue et qui dépasse sans doute leur pensée. Ainsi la cour de Bourges dit que la loi, n'ayant tracé aucune règle concernant l'incompatibilité ou la contrariété des dispositions, s'en est rapportée par cela même entièrement aux lumières et à la conscience des juges; qu'ils peuvent donc faire résulter l'incompatibilité non-seulement de la nature des choses léguées, mais encore de la volonté du testateur manifestée soit par la teneur des actes, soit par les faits et les circonstances de la cause dont ils sont appréciateurs souverains (2). Il est vrai que la loi n'a point défini les dispositions incompatibles et contraires; mais il n'est pas exact qu'elle n'ait tracé aucune règle à cet égard. La règle résulte, comme nous venons de le dire, des principes généraux qui concernent le consentement tacite et de la disposition spéciale de l'article 1036 qui, en exigeant une déclaration expresse pour la révocation expresse, exige implicitement une déclaration de volonté tout aussi certaine quand la révocation est tacite.

207. Il est très-difficile d'apprécier avec certitude la volonté du testateur; le plus souvent il reste quelque doute, parce que s'il y a des motifs pour admettre la révocation, il y en a aussi pour maintenir les premières dispositions. Dans le doute, que feront les tribunaux? Ils décideront qu'il n'y a pas de révocation (3). C'est bien là la règle d'interprétation que les tribunaux suivent; ils se montrent, en général, favorables au maintien des testa-

(1) Grenoble, 17 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 331).

(2) Bourges, 15 mars 1847 (Daloz, 1847, 2, 146).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 188, et note 16, § 725.

ments et, par conséquent, à l'exécution simultanée des dispositions testamentaires faites à des dates différentes. Un testament est une loi, dit la cour de Montpellier, et, comme toutes les lois, il commande l'obéissance et le respect, tant qu'il n'apparaît pas d'une manière certaine qu'il a été abrogé. La cour ordonna, en conséquence, l'exécution simultanée de deux testaments par lesquels un père légua à son fils la quotité disponible, en y affectant tel bien dans le premier testament et d'autres biens dans le second. Il n'y avait guère de doute sur l'intention du testateur, surtout si l'on prenait en considération les lettres écrites par le père à son fils; il y avait volonté bien décidée du père d'avantager l'aîné de ses fils, de sorte que le dernier legs devait être considéré comme une imputation sur le premier, et non comme une abrogation (1). Mais, comme nous allons le dire, les tribunaux maintiennent souvent les premières dispositions, alors que le testateur en a fait de nouvelles au profit de la même personne. Ainsi, dans un premier acte, le testateur lègue une rente viagère; dans un second acte, il lègue à la même légataire des immeubles et tous ses effets mobiliers. La cour a maintenu les deux legs, par la raison que le respect des dernières volontés du testateur est la loi suprême du juge, et que quand il n'est pas certain que le défunt ait changé de volonté, il faut exécuter tout ce qu'il a voulu (2). Le principe est incontestable, mais est-ce que, dans l'application, les juges n'admettent pas trop facilement la persistance de la volonté du testateur? Nous le croyons. Les tribunaux interprètent les testaments comme si c'étaient des lois, ou, du moins, comme s'ils étaient l'œuvre d'un jurisconsulte, tandis que les testaments olographes sont le plus souvent rédigés avec une ignorance absolue des règles les plus élémentaires de l'orthographe, qui ne fait guère présumer la connaissance du droit. Et la rédaction des testaments par acte public fait-elle naître une présomption plus favorable? Le juge devrait donc se

(1) Montpellier, 17 mars 1869 (Daloz, 1869, 2, 97).

(2) Liège, 23 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 120).

placer au point de vue du testateur, c'est-à-dire d'un homme qui ignore le droit. Or, celui qui, après avoir légué une rente viagère, fait ensuite à la même personne un legs considérable en meubles et immeubles, entend-il maintenir sa première libéralité? Le jurisconsulte répond: Oui, car les divers legs n'ont rien d'incompatible. En se mettant en lieu et place des testateurs qui ne savent ce que c'est que l'incompatibilité, il faudrait décider autrement; si le testateur avait l'intention de maintenir son premier legs, il manifesterait sa volonté en rappelant la première libéralité dans le second testament, ou en disant qu'il entend que les deux actes soient exécutés simultanément. Voilà certes la pensée la plus naturelle pour tout homme qui est étranger à la science du droit et qui n'a que son bon sens pour guide. Le juge ne ferait-il pas bien de consulter le bon sens plutôt que la science quand il s'agit de saisir la pensée des testateurs?

208. Il n'est pas de questions plus difficiles que celles de la révocation tacite des testaments. Presque toujours il y a conflit entre le droit et l'intention du testateur. Le juge s'en tient-il au droit, il méconnaît la volonté du défunt. S'il recherche la pensée du disposant, les faits le dominant, et par suite la faveur ou la défaveur de la cause; tout dépend de l'impression que les circonstances font sur son esprit. Dans l'affaire plaidée devant la cour de Montpellier, que nous venons de citer (n° 207), on produisit cinq consultations; quatre se prononçaient pour la révocation, c'était le système des premiers juges; la cinquième soutenait qu'il n'y avait pas de révocation; cette dernière opinion prévalut. Les principes sont reconnus par tout le monde; on ne conteste plus l'incompatibilité intentionnelle, mais tout dépend de l'interprétation qu'on leur donne (1). Nous citerons deux cas; en entrant dans les détails, nous verrons que les difficultés abondent.

Il y a un arrêt dont les considérants se rapprochent de l'opinion que nous venons d'enseigner. Dans un premier

(1) Voyez, sur la doctrine et la jurisprudence, la note de Daloz, 1869, 2, 97.

testament, la testatrice institue sa sœur héritière universelle, elle fait un legs considérable en domaines et autres objets au profit d'une nièce, et des legs de sommes d'argent au profit d'autres nièces et neveux; puis, dans un second testament, elle nomme légataire universelle la nièce privilégiée et sa sœur légataire particulière, en laissant à ses autres neveux et nièces des sommes moindres que dans le premier testament. Question de savoir si le second testament révoque le premier. Nous n'aurions pas hésité à répondre affirmativement, en nous plaçant au point de vue de la testatrice. Elle avait changé de volonté et fait de ses biens une nouvelle distribution qui, dans sa pensée, révoquait la première. Il y avait cependant un motif de douter. Dans son premier testament, elle avait mis une clause expresse de révocation, tandis que dans le second il n'y en avait point. Scrupule de légiste! Pourquoi, se demandait-on, cette différence? Cela ne prouve-t-il pas que la testatrice voulait maintenir les premières libéralités faites au profit des neveux et nièces moins avantagés? Dans l'interprétation des testaments, on ne doit pas demander trop de pourquoi. C'est oublier qu'il s'agit d'un acte fait en vue de la mort et dans des circonstances où les esprits les plus fermes se troublent; de là vient qu'il y a peu de testaments où l'on ne trouve des omissions inexplicables. Dans l'espèce, la testatrice avait gratifié tous ses neveux et nièces, mais en leur donnant des sommes moindres que celles qu'elle leur avait d'abord léguées. Que ces legs fussent compatibles, en droit, avec les premiers, cela n'était pas douteux, mais il était tout aussi peu douteux que la testatrice n'entendait pas que le premier testament fût exécuté simultanément avec le second; si telle avait été sa pensée, elle aurait rappelé le premier testament; au lieu de cela, on voit que l'affection qu'elle avait pour sa nièce de prédilection avait grandi, qu'elle voulait l'avantager de plus en plus, en ne léguant à sa sœur que l'usufruit d'un domaine et en diminuant les legs faits au profit des autres membres de sa famille; puis elle ajoutait : « Après la mort de ma sœur, ma nièce aura absolument tout mon héritage en payant *mes legs*. »

Par cette expression *mes legs* la testatrice n'entendait certainement que les legs qu'elle venait de faire. Que si elle ne parle pas de son testament antérieur, c'est qu'elle le considérait comme révoqué par l'existence d'un nouveau testament (1); et telle est la pensée de toute personne étrangère au droit, qui fait une distribution complète de tous ses biens par un second testament.

La cour d'Agen a jugé de même dans une espèce analogue. Premier testament instituant un légataire universel et faisant des legs particuliers. Second testament nommant un autre légataire universel sans reproduire les legs particuliers : ceux-ci étaient-ils révoqués? Un légiste peut douter et dire, qu'il n'y a aucune incompatibilité entre les deux testaments en ce qui concerne les legs particuliers; que la volonté du testateur doit être respectée, puisque c'est une loi. Consultez des personnes étrangères à la science du droit, vous aurez une réponse toute différente; elles vous diront que la testatrice qui avait d'abord institué son premier mari légataire universel, en ajoutant des legs pour ses parents, qui ensuite institue son second mari héritier, sans reproduire ces legs particuliers, entendait lui donner tous ses biens sans délibération aucune. Ce n'était pas oublié. Le second mariage de la testatrice avait, comme d'habitude, excité le mécontentement de la famille; la veuve, remariée et habitant loin de ses parents, avait cessé de les voir, elle concentra son affection sur son second époux et lui laissa tous ses biens. Pourquoi, dira-t-on, ne pas ajouter une clause expresse de révocation? Question de légiste. Cette pensée ne pouvait pas même venir à une femme; elle disposait de tous ses biens au profit de son mari, elle ne donnait rien à ses parents : pouvait-elle songer à révoquer des libéralités qui, dans sa pensée, étaient révoquées par cela même qu'elle ne les reproduisait pas (2)?

(1) C'est la remarque de l'arrêt de Grenoble, 8 mars 1849 (Daloz, 1850, 2, 93).

(2) Agen, 28 juillet 1867, et Rejet, 23 juillet 1868 (Daloz, 1868, 1, 495).