

et les témoins comprennent l'idiome dans lequel s'exprime le testateur.

La dictée constituant une formalité substantielle du testament par acte public, il en résulte qu'un muet ne pourrait pas tester en cette forme, alors même qu'il serait en mesure d'exprimer très nettement sa pensée par le langage des signes ou par l'écriture (arg., art. 1001).

#### B. De l'écriture.

**538.** Le testament doit être écrit par le notaire, ou par l'un des notaires s'il y en a deux; dans ce dernier cas, ils peuvent tenir la plume à tour de rôle. Le testament serait nul, à la différence d'un acte notarié ordinaire, s'il était écrit par une autre personne, par un clerc par exemple: ce qui toutefois ne s'applique pas au *préambule*.

Le notaire doit écrire le testament *tel qu'il lui est dicté* (art. 972), et sauf à rectifier cependant les incorrections de langage du testateur. Ce que le notaire doit reproduire fidèlement, c'est surtout la pensée du disposant, et même autant que possible les termes dont il s'est servi. La loi fait du notaire qui tient la plume le secrétaire du testateur; mais elle ne lui défend pas d'être un secrétaire intelligent.

La Cour de cassation a décidé avec raison que le notaire peut écrire les dispositions qui lui sont dictées sur papier libre et les transcrire ensuite sur timbre, pourvu, bien entendu, que le tout soit fait en présence du testateur et des témoins.

Si le testateur parle une langue autre que la langue française, comment procédera le notaire? Il semble difficile de donner ici satisfaction, d'une part à l'art. 972 qui exige que le testament soit écrit *tel qu'il est dicté*, et d'autre part à un arrêté des consuls du 24 prairial an XI, ayant force de loi, qui prescrit d'écrire tous les actes publics en français, sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome des parties quand elles le réclament. Toutefois, si l'on observe que la nullité est attachée à la violation de l'art. 972 (art. 4004), tandis qu'elle ne l'est pas à la violation de l'arrêté du 24 prairial an XI, on se trouve naturellement conduit à s'attacher *principalement* à l'observation de l'art. 972. Nous conseillerions donc au notaire, dans l'espèce proposée, d'écrire le testament *tel qu'il lui est dicté*, c'est-à-dire dans l'idiome du testateur, et de faire à mi-marge une traduction du testament en français; et, en cas de divergence entre le texte et la traduction, c'est au texte que la préférence nous semblerait devoir être accordée. Cette manière de procéder, qui respecte l'arrêté du 24 prairial an XI dans la mesure du possible, nous paraît à la fois plus simple et plus juridique que celle qui est conseillée par les auteurs, et qui consiste à écrire le testament en français (ce qui oblige le notaire à traduire mentalement à mesure qu'il écrit), sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome du testateur, traduction dont il est donné lecture au testateur en présence des témoins et qui ne constitue pas le véritable testament; car en cas de divergence c'est au texte français qu'on s'en tient. Il est vrai que cette manière de procéder est conforme à une circulaire du grand juge du 4 thermidor an XII; mais, outre que cette circulaire est adressée aux notaires de Bruxelles, elle n'a pas en tout cas force de loi. On ne peut se dissimuler d'ailleurs que la marche qu'elle conseille offre un très grave inconvénient: c'est que le testateur ne peut contrôler que la traduction dont il lui est donné lecture, de sorte que, si le notaire a mal interprété sa pensée dans le texte français, le testateur ne pourra pas faire réparer l'erreur, et en définitive sa volonté ne sera pas exécutée.

#### C. De la lecture.

**539.** Dans tous les cas, le testament doit être lu au testateur *en présence des témoins* (art. 972). Il y aurait nullité, si lecture du testament avait été donnée au testateur et aux témoins séparément.

La loi ne disant pas par qui la lecture doit être faite et bien que le notaire paraisse tout naturellement désigné pour cet office, il paraîtrait difficile de prononcer la nullité du testament sur ce fondement: que la lecture en aurait été donnée par une autre personne que le notaire, par un clerc par exemple. Il faut même admettre, quoique ce point soit plus délicat, que le vœu de la loi serait rempli si la lecture du testament était donnée à haute voix par le testateur lui-même, le notaire et les témoins étant présents: ce qui permettrait à un sourd, qui n'est pas muet, de tester par acte public; autrement il ne le pourrait pas, incapable qu'il est d'entendre la lecture du testament. La jurisprudence paraît se former en ce sens (Paris, 24 février 1879, Sir., 79. 2. 450).

Le testament doit être lu *en entier* à peine de nullité. Arg., art. 4004. D'où il résulte que, si, après lecture faite du testament, le notaire y ajoutait une nouvelle disposition dictée par le testateur sans en donner lecture, le testament serait nul tout entier.

#### D. De la mention des formalités ci-dessus.

**540.** Le testament doit contenir la mention expresse qu'il a été dicté par le testateur, qu'il a été écrit par le notaire ou par l'un des notaires tel qu'il a été dicté, et qu'il en a été donné lecture au testateur en présence des témoins (art. 972). La mention a pour but d'assurer l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Le notaire, qui ferait une fausse mention, se rendrait coupable d'un faux en écritures publiques, et deviendrait comme tel passible de la peine des travaux forcés à perpétuité (P., art. 145). Il est donc à peu près certain qu'une formalité a été remplie, lorsque le notaire l'affirme par une mention expresse; il jouerait trop gros jeu en faisant une affirmation contraire à la vérité. La garantie de l'honneur du notaire était la plus forte de toutes; c'est celle que le législateur a choisie.

C'est le plus souvent pour défaut de mention ou pour mention insuffisante que les testaments par acte public sont annulés. La sévérité, que les tribunaux déploient en cette matière, peut au premier abord paraître exagérée; il ne faut pas les blâmer cependant, car c'est le respect dû à l'autorité de la loi qui inspire leurs décisions. Le blâme remonte plutôt au législateur, qui a peut-être dépassé la juste mesure de la rigueur à l'endroit des formalités; combien de testaments ont été annulés, qui étaient cependant l'expression fidèle de la volonté des testateurs?

Citons quelques espèces.

La mention, relative à l'écriture du testament par le notaire et conçue dans ces termes: « Le présent testament... a été *passé et rédigé* par moi, notaire... », a été trouvée insuffisante, et le testament qui la contenait annulé. Elle ne prouve pas en effet que le testament ait été *écrit* par le notaire, ainsi que l'exige l'art. 972; le testament peut avoir été *rédigé* par le notaire et *écrit* par un autre que lui: *rédiger* indique une opération de l'esprit; *écrire*, une opération de la main.

De même la Cour de cassation juge insuffisante la mention relative à la lecture du testament, quand elle est ainsi formulée: *Le testament a été lu au testateur et aux*

*témoins.* Cette mention ne prouve pas, dit la Cour, que les témoins étaient présents lors de la lecture faite au testateur, comme l'exige l'art. 972; on peut soutenir, sans incriminer le notaire de faux, que le testament a été lu au testateur et aux témoins séparément.

Est-ce à dire que la mention doit être faite exactement dans les termes employés par la loi? C'est assurément le plus prudent; mais ce n'est pas chose nécessaire, car nous n'avons pas de termes sacramentels dans notre Droit. Il suffit que la mention prouve d'une manière indubitable l'accomplissement de la formalité prescrite par la loi, quels que soient d'ailleurs les termes dans lesquels elle est conçue.

La mention doit être *expresse* (art. 972); par suite il ne suffirait pas qu'on pût induire de l'ensemble des clauses du testament que la formalité a été remplie. Une chose, dit la Cour de cassation, peut bien résulter implicitement des clauses d'un acte, mais de cet ensemble la chose ne peut pas résulter d'une manière expresse.

Au surplus, la loi n'ayant pas indiqué la place que la mention doit occuper, il en résulte que cette place est indifférente, pourvu bien entendu que la mention vienne avant les signatures.

#### E. De la signature du testament.

**541.** Nous avons à parler successivement de la signature du testateur, de celle des témoins et de celle du notaire ou des notaires.

*a. Signature du testateur.* Le testament doit être signé par le testateur (art. 973). Si le testateur ne sait pas signer ou s'il ne le peut pas, il doit le déclarer au notaire. La déclaration, faite par le testateur qu'il ne sait pas *écrire*, ne satisferait pas au vœu de la loi; car il peut ne pas savoir écrire et savoir signer. Si le testateur sachant signer a déclaré qu'il ne le savait pas, cette fausse déclaration équivaldrait à un refus de signer, refus qui peut d'ailleurs s'expliquer quand le testament a été arraché au testateur par des obsessions; et par suite le testament serait nul. Il ne suffit pas que le testateur ait déclaré au notaire ne savoir ou ne pouvoir signer; il faut de plus que le notaire mentionne cette déclaration. Il doit mentionner en outre la cause qui empêche le testateur de signer.

Cette cause est suffisamment indiquée, quand la mention porte que le testateur a déclaré *ne savoir signer*; elle ne le serait pas en général par la mention portant que le testateur a déclaré *ne savoir écrire*, le testateur pouvant savoir signer quoiqu'il ne sache pas écrire. A moins qu'il ne résulte du contexte du testament que le mot *écrire* a été pris dans le sens de *signer*. La Cour de cassation considère la mention, que le testateur a déclaré *ne savoir ni lire ni écrire*, comme équivalente de la mention qu'il a déclaré ne savoir signer.

La mention que le testateur a déclaré *ne pouvoir signer* serait insuffisante comme ne faisant pas connaître la cause qui a empêché le testateur de signer; il faut ajouter que le testateur n'a pas pu signer à cause de sa faiblesse, de sa maladie... Mais il paraît difficile, vu le silence de la loi, d'exiger à peine de nullité que la cause soit déclarée par le testateur lui-même; il suffit qu'elle soit indiquée par le notaire. Pas de nullité sans texte.

La loi exigeant comme conditions distinctes: 1° que le testateur déclare ne savoir ou ne pouvoir signer; 2° que le notaire fasse mention expresse de cette déclaration ainsi que de la cause qui l'empêche de signer, il en résulte que le testament

serait nul, si le notaire s'était borné à constater l'impossibilité où est le testateur de signer sans faire mention de sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer, s'il était dit par exemple: « et, le testateur n'ayant pu signer vu son état de faiblesse, les témoins ont seuls signé avec le notaire ». La déclaration du testateur *qu'il ne sait ou ne peut signer* est essentielle; c'est elle qui remplace la signature, et le testament doit fournir par une mention expresse la preuve que cette déclaration a été faite.

L'art. 973 n'exige pas la mention de la signature du testateur, quand elle a été apposée; il faut en conclure que cette mention ne serait pas nécessaire. Le Code civil, ayant réglé ce qui concerne la signature du testateur, se suffit à lui-même sur ce point; l'art. 14 de la loi de ventôse, qui exige la mention de la signature des parties, ne serait donc pas ici applicable.

*b. Signature des témoins.* En principe tous les témoins doivent signer le testament. Toutefois le législateur a considéré qu'il pourrait être difficile dans certaines localités de se procurer deux ou quatre témoins sachant signer; aussi l'art. 974 décide-t-il que, dans les campagnes, il suffira que le testament soit signé par la moitié des témoins. Bien entendu, même à la campagne, tous les témoins doivent signer, s'ils savent et peuvent tous le faire.

Le Tribunal avait proposé de considérer comme campagne toute localité ayant une population de moins de mille âmes. Cette proposition n'ayant pas été érigée en loi, il en résulte que la question de savoir si telle localité est une campagne *hoc sensu* doit être considérée comme une question de fait. Le juge, chargé de la résoudre en cas de contestation, devra tenir compte, non seulement de la population, mais encore et surtout du nombre de personnes sachant signer dans la localité.

Les témoins doivent signer *en présence du testateur*: c'est ce qu'on peut induire par argument de l'art. 971. Mais il n'est pas nécessaire que la signature des témoins soit mentionnée, la loi ne l'exigeant pas.

*c. Signature du notaire.* Elle est prescrite à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui sont ici applicables, le Code civil n'ayant pas réglementé ce point. Ces mêmes articles exigent à peine de nullité la mention de la signature du notaire ou des notaires; mais il résulte d'un avis du Conseil d'État, approuvé par l'Empereur le 20 juillet 1810, que cette disposition n'est pas applicable en matière de testaments.

Le testament n'est parfait qu'après l'apposition de toutes les signatures requises par la loi. Si donc le testateur venait à mourir avant que toutes ces signatures fussent apposées, le testament ne pourrait pas recevoir son exécution. Il en serait de même, si le notaire ou l'un des témoins mourait avant d'avoir signé.

**542.** Il y a controverse sur le point de savoir si le testament par acte public peut être rédigé en brevet. La négative paraît résulter de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI. D'après ce texte, la règle, que les actes notariés doivent être rédigés en minute, ne souffre exception qu'en ce qui concerne les *actes simples*; or il paraît bien difficile de considérer comme tel le testament, surtout si l'on admet la définition que le rapporteur de la loi au Tribunal a donnée des actes simples: « ceux dont

le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager ».

## II. De la force probante du testament par acte public.

**543.** Le testament par acte public est un acte authentique ; sa force probante est donc celle des actes authentiques en général. Par conséquent il fait foi jusqu'à inscription en faux de toutes les énonciations qu'il contient, et qu'on ne peut prétendre fausses sans attaquer la véracité du notaire en sa qualité d'officier public, sans soutenir en d'autres termes qu'il a commis un faux en écritures publiques. Quant aux autres énonciations, elles ne peuvent tout au plus faire foi que jusqu'à preuve contraire. Voyez à ce sujet l'explication de l'art. 4317 et t. I, n° 242.

### N° 3. Du testament mystique ou secret.

**544.** Cette forme de testament, ainsi que son nom l'indique, offre principalement l'avantage d'assurer le *secret* des dispositions testamentaires ; elle assure aussi leur *conservation*. Au premier point de vue, le testament mystique l'emporte sur le testament par acte public, dont le secret est confié à trop de personnes pour être bien gardé ; au deuxième, il l'emporte sur le testament olographe, sur lequel il offre aussi cet autre avantage de pouvoir être fait par un testateur qui ne sait pas écrire, mais seulement lire. Malgré cela, le testament mystique est peu usité ; la faute en est peut-être au législateur, qui exige pour la perfection de cet acte un trop grand nombre de témoins.

On peut donner du testament mystique la définition suivante : *C'est celui que le testateur sachant lire, écrit lui-même ou fait écrire par un autre, et qu'il présente ensuite clos et scellé à un notaire assisté de six témoins qui en dresse l'acte de suscription.*

Inconnu dans les pays de Coutumes, le testament mystique était en usage dans les pays de Droit écrit, qui l'avaient emprunté au Droit romain. L'ordonnance de 1735 en réglemента les formes. Les dispositions de cette ordonnance ont été presque littéralement reproduites par le Code, sauf quelques modifications de détail.

### I. Des formes du testament mystique.

**545.** Elles sont indiquées par l'art. 976 ainsi conçu : « *Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu*

» *depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins* ».

Les formalités prescrites par cet article sont relatives à l'écriture, à la clôture et au scel, à la rédaction de l'acte de suscription, à l'unité de contexte.

*a. Écriture.* — Le testament mystique peut être écrit, soit par le testateur, soit par une autre personne quelconque. Il peut même être écrit en partie par le testateur et en partie par un autre, sauf à déclarer cette particularité au notaire lors de la présentation du testament. Le testateur doit signer ses dispositions (voyez toutefois l'art. 977) ; mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient datées, la loi ne l'exigeant pas à la différence de l'ordonnance de 1735, art. 38 ; la date du testament sera celle de l'acte de suscription, que les dispositions testamentaires soient ou non datées.

*b. Clôture et scel.* — La loi dit : « Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, *clos* et *scellé* ».

*Clos*, c'est-à-dire fermé de manière à ce qu'on ne puisse pas lire ce qui est écrit dans le testament, et de manière aussi à ce qu'on ne puisse pas l'ouvrir sans qu'il reste trace de l'ouverture ; ainsi le testament sera clos, si l'enveloppe qui le contient est collée avec de la gomme.

*Scellé*, c'est-à-dire revêtu d'un sceau ou cachet portant une empreinte spéciale, telle qu'initiales ou armoiries ; cette empreinte est ordinairement appliquée sur de la cire. Il n'est pas nécessaire que le testateur se serve d'un cachet à lui appartenant ; il peut en emprunter un, même celui du notaire qui dressera l'acte de suscription. Mais il serait imprudent de faire usage d'une empreinte banale, telle que celle d'un dé à coudre ou d'une pièce de monnaie.

On voit que la *clôture* et le *scel* constituent deux formalités distinctes. Elles sont requises l'une et l'autre à peine de nullité (art. 1004) ; le testament serait donc nul, s'il était clos sans être scellé. On l'a toujours entendu ainsi sous l'ordonnance de 1735, et il est bien probable que le législateur, qui a littéralement reproduit sur ce point les termes de l'ordonnance, n'a pas entendu en changer le sens. La jurisprudence semble cependant incliner vers la solution contraire ; mais les raisons qu'elle invoque sont d'une faiblesse extrême. Elle dit que le mot *scellé* n'implique pas nécessairement l'idée de l'apposition d'un cachet portant une empreinte particulière. Mais alors il fait double emploi avec le mot *clos* ; car apparemment tout ce qui est scellé est clos, et ce dernier mot demeure ainsi sans explication.

*c. Présentation du testament.* — Le testament, rédigé comme il vient d'être dit, doit être présenté par le testateur à un notaire et à six témoins au moins (art. 976). Pourquoi ce luxe inusité de témoins ? Le législateur s'est conformé sur ce point à une tradition séculaire ; mais on

n'aperçoit aucune bonne raison pour justifier une semblable exigence, qui est fort gênante pour les testateurs et les détourne de cette forme de testament presque tombée en désuétude aujourd'hui. Quand la tradition est mauvaise, il faut l'abandonner. C'est ce que fera probablement, pour le cas qui nous occupe, le législateur de l'avenir.

La présentation du testament doit être faite par le testateur lui-même. La loi veille surtout à ce que l'écrit, qui contient les dispositions testamentaires, ne soit pas soustrait et remplacé par un autre; tout intermédiaire serait ici suspect.

Le testateur doit ensuite déclarer « que le contenu en ce papier est » son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de » lui ». Cette déclaration constitue la formalité la plus importante du testament mystique. Les dispositions, que contient le papier présenté au notaire, peuvent n'être pas écrites en entier, datées et signées de la main du testateur, auquel cas elles ne constituent pas encore un testament (arg., art. 970); c'est la déclaration dont nous venons de parler qui leur donnera ce caractère.

*d. Rédaction de l'acte de suscription.* « Le notaire en dressera l'acte de suscription », dit l'art. 976. La particule *en* se rapporte aux formalités qui précèdent; on l'a toujours ainsi entendu sous l'empire de l'ordonnance de 1735, dont notre législateur a reproduit fidèlement les termes. L'acte de suscription n'est donc qu'un *procès-verbal*, constatant l'accomplissement des formalités ci-dessus. Son but principal est d'assurer la conservation et le secret des dispositions testamentaires, *ut exteriores scripturae fidem interiori servant.*

L'acte de suscription doit donc constater : 1° la présentation par le testateur au notaire et aux témoins du papier qui contient les dispositions testamentaires; 2° la déclaration faite par le testateur que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, ou écrit en partie par un tiers en partie par le testateur; 3° l'état dans lequel se trouvait le papier au moment de sa présentation : s'il était clos et scellé par avance, ou s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins.

\* A la différence de ce qui a lieu dans le testament par acte public (art. 972), il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription mentionne *expressément* l'accomplissement des diverses formalités dont il vient d'être parlé; il suffit que la preuve de cet accomplissement résulte, même implicitement, des termes de l'acte de suscription. En d'autres mots, l'art. 972 exige une *mention expresse*; l'art. 976, une *simple constatation*. La jurisprudence est en ce sens.

\* Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte de suscription constate l'accomplissement des autres formalités, que la loi prescrit pour la validité du testament mystique, et qui sont indiquées dans la partie finale de l'article 976 à partir de ces mots *en dressera l'acte de suscription*. Ces expressions ne peuvent évidemment se référer qu'aux formalités qui précèdent, non à celles qui suivent. Parmi ces dernières, la seule qui doit être mentionnée, parce que la loi le dit, c'est la déclaration que fait le testateur de ne pouvoir signer l'acte de suscription.

Il résulte de l'art. 976 que l'acte de *suscription* ne peut être écrit que par le notaire lui-même et sur le papier ou sur l'enveloppe du testament, c'est même de là que lui vient son nom (*supra scribere*). Exception remarquable à la règle, que les notaires doivent écrire sur timbre tous les actes qu'ils reçoivent.

L'acte de suscription doit être signé par le testateur, par le notaire et par les témoins (art. 976). Tous les témoins doivent signer, même à la campagne; l'art. 974 est inapplicable au testament mystique. Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, le notaire mentionne la déclaration qu'il en fait, sans qu'il soit besoin en ce cas d'augmenter le nombre des témoins.

Autre est le cas où le testateur n'a pas signé ses dispositions, parce qu'il ne le savait ou ne le pouvait; il faut alors un témoin de plus à l'acte de suscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il a été appelé. C'est ce que dit l'art. 977 ainsi conçu : « *Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé* ». Il est difficile de dire quelle est l'utilité de ce septième témoin.

Outre les formalités dont il vient d'être parlé, l'acte de suscription demeure soumis aux règles générales prescrites par la loi du 25 ventôse de l'an XI, en tant qu'il n'y est pas dérogé explicitement ou implicitement par le Code civil. C'est ainsi qu'il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de cette loi qui concernent la capacité du notaire et la date, dont le Code civil ne parle pas.

On tient assez généralement que le testateur peut, aussitôt que le testament a été revêtu de l'acte de suscription, exiger que le notaire lui en fasse la remise, et qu'il peut même, après l'avoir laissé entre les mains du notaire, lui en réclamer à toute époque la restitution. Telle était notre ancienne jurisprudence, et la nouvelle paraît se former dans le même sens. Outre ce précédent, elle trouve un point d'appui, soit dans l'art. 976, qui dispose que le testament sera *présenté* au notaire, et non pas *remis*, comme il aurait fallu dire si le notaire avait dû nécessairement le conserver, soit dans les art. 4007 et 4008 qui impliquent que le testament mystique n'est pas toujours en dépôt chez le notaire.

*e. Unité de contexte.* « Tout ce que dessus, dit l'art. 976 *in fine*, sera » fait de suite et sans divertir à autres actes ». C'est l'unité de contexte des Romains, *uno contextu*.

*De suite*, c'est-à-dire en une seule séance.

*Sans divertir à autres actes*, c'est-à-dire qu'il ne faut pas interrompre la séance pour faire un autre acte, *negotium*, un acte de vente par exemple : ce qui n'exclut pas la possibilité de suspendre la séance pendant quelques instants pour satisfaire à quelque nécessité pressante, par exemple pour administrer un remède au testateur qui est malade; ce n'est pas là un *acte* dans le sens de l'art. 976.

Les diverses opérations, dont l'ensemble est constaté par l'acte de suscription et

qui doivent être accomplies *sans désemparer*, commencent à la présentation du testament. Le but principal de l'unité de contexte est d'empêcher la substitution d'un autre papier à celui qui a été présenté par le testateur et qui contient ses dispositions testamentaires.

**546.** Telles sont les formes du testament mystique. Pour pouvoir tester de cette manière, il n'est pas nécessaire de savoir écrire; mais il faut savoir et de plus *pouvoir lire*, condition à laquelle l'aveugle ne satisfait pas. « *Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire* », dit l'article 978, « *ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique* ». Le testateur doit pouvoir lire, parce qu'il faut qu'il puisse s'assurer par lui-même que le papier qu'il présente au notaire contient bien l'expression de ses volontés.

Mais la loi n'exige pas que le testateur ait lu le testament, et, comme il n'y a pas de nullité sans texte, on doit en conclure que le testament ne pourrait pas être annulé par cela seul qu'il serait démontré que le testateur n'en a pas pris lecture. La jurisprudence est en ce sens.

Si le testateur ne sait lire que l'écriture moulée, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse écrire son testament en lettres imitant cette écriture. De là à admettre que le testateur pourrait faire imprimer ses dispositions testamentaires, il n'y a qu'un pas; et pourquoi ne le ferait-on point? Après tout l'impression n'est qu'une *écriture perfectionnée*.

**547.** Un muet peut-il tester dans la forme mystique? Oui s'il sait écrire, non dans le cas contraire. On lit à ce sujet dans l'art. 979: « *En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament: après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976* ».

La déclaration verbale, que doit faire le testateur en présentant son testament au notaire (art. 976), est, on le voit, remplacée par une déclaration écrite. Rien de mieux. Ce qui est plus difficile à expliquer, c'est la disposition qui exige que le testament soit *entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur*: ce qui revient à dire que l'écrit, présenté par le testateur au notaire, doit satisfaire à toutes les conditions requises pour la validité du testament olographe. Il est difficile surtout de justifier l'exigence de notre article en ce qui concerne la *date*. Quel rapport cette exigence, qui dépasse les termes du droit commun, a-t-elle avec l'infirmité dont le testateur est atteint? Notre législateur a reproduit ici littéralement, par distraction peut-être, la disposition de l'article 42 de l'ordonnance de 1735. Dans le système de l'ordonnance, les dispositions testamentaires, auxquelles un testateur voulait faire appliquer la forme mystique, devaient dans tous les cas être datées. Notre législateur a jugé avec raison cette formalité inutile comme faisant double emploi avec la date de l'acte de suscription, et il l'a supprimée dans l'art. 976. Mais alors il n'y avait aucune raison de la maintenir dans le cas prévu par l'art. 979. On l'a fait cependant; et, comme la loi doit être respectée, même quand elle n'est pas logique, il en résulte que le testament mystique fait par un muet serait nul si les dispositions n'étaient pas datées (art. 1004).

Celui qui est à la fois sourd et muet pourrait tester dans la forme prescrite par

l'art. 979, s'il sait écrire. Le mutisme est le plus souvent la conséquence de la surdité, et c'est principalement en vue des sourds-muets que ce texte paraît avoir été écrit.

Quant à ceux qui sont sourds sans être muets, ils pourraient tester dans la forme prescrite par l'art. 976.

**548.** Une question importante reste à résoudre.

Supposons qu'un testament mystique soit nul pour inobservation d'une des formalités spéciales à cette forme de testament, par exemple parce qu'il n'est pas *clos et scellé*, ou parce que l'un des témoins n'a pas signé l'acte de suscription; il se trouve que les dispositions testamentaires, que le testateur a voulu faire revêtir de la forme mystique, sont entièrement écrites, datées et signées de la main du testateur. L'écrit vaudra-t-il comme testament olographe? En deux mots, le testament, qui est nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe, s'il satisfait aux conditions de forme prescrites par l'art. 970? L'affirmative, admise aujourd'hui par presque tous les auteurs et la jurisprudence, trouve un point d'appui d'une solidité inébranlable dans l'art. 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* ». Ce texte ruine par la base l'unique argument un peu sérieux du système contraire, qui consiste à dire que le testament mystique est indivisible, qu'on ne peut pas par suite le dédoubler en quelque sorte pour en faire un testament olographe, quand l'acte se trouve nul comme testament mystique. La solution indiquée est en outre on ne peut plus conforme à l'intention probable, pour ne pas dire certaine, du testateur, qui doit être supposé, à moins qu'il n'ait dit le contraire, avoir voulu avant tout laisser un testament valable, et par conséquent avoir voulu tester *omni meliore modo*.

## II. De la force probante du testament mystique.

**549.** L'acte de suscription du testament mystique est incontestablement un acte authentique (art. 1317); sa force probante est par conséquent celle des actes authentiques en général. Il n'en est pas de même de l'écrit qui contient les dispositions testamentaires; cet acte, qui peut être d'une main autre que celle du testateur, qui peut même ne pas être signé de lui, n'est et ne peut être qu'un acte privé. On a dit, il est vrai, en sens contraire que la déclaration faite par le testateur lui imprime le caractère de l'authenticité; mais c'est là une affirmation purement gratuite; elle serait au besoin démentie par l'art. 1008, qui, au point de vue de la forme exécutoire, assimile le testament mystique, non au testament par acte public, mais au testament olographe.

\* De là il résulte notamment que, si la signature du testateur, apposée au bas de l'écrit qui contient ses dernières dispositions, est méconnue par ses héritiers, les intéressés seront tenus d'en poursuivre la vérification en justice. L'acte de suscription peut bien faire foi jusqu'à inscription de faux en tant qu'il affirme que le testateur a déclaré au notaire avoir signé son testament; mais il ne peut pas faire foi jusqu'à inscription de faux de l'exactitude de cette déclaration que le notaire n'a ni la mission ni la possibilité de contrôler. La jurisprudence et la majorité des auteurs sont en sens contraire.

## § II. Des témoins testamentaires.

**550.** Les témoins, appelés à figurer dans les testaments, doivent satisfaire à certaines conditions d'aptitude, dont l'absence constitue l'incapacité. L'incapacité d'être témoin dans un testament peut être *naturelle ou légale*.