

celle d'empêcher les dépositaires de l'autorité civile et militaire mahométane de s'immiscer dans les affaires des Français. Ils ont voulu écarter de leurs intérêts une main avide et spoliatrice ; ils les ont ainsi soustraits, autant qu'ils l'ont pu, à l'action de la justice locale, et les ont rendus justiciables des lois de leur propre pays. L'art. 22 des *Capitulations*, qui se rattache jusqu'à un certain point à la présente question, porte : « Si un Français vient à mourir, ses biens et effets, sans que personne puisse s'y ingérer, seront remis à ses exécuteurs testamentaires ; et, s'il meurt sans testament, ses biens seront donnés à ses compatriotes par l'entremise de leur consul, sans que les officiers du fisc et du droit d'aubaine puissent les inquiéter. » La défense réitérée, pour tous les officiers civils et militaires mahométans de s'immiscer, de s'ingérer dans les affaires des Français, forme le texte de chaque clause de ces *Capitulations*. En vérité, quand on lit ces traités, on se demande comment les sultans qui y ont apposé leur seing ont pu sanctionner ainsi ces stipulations, reconnaissance implicite de l'iniquité, de la vénalité des agents de leur autorité. La tradition drogmanale n'a point oublié ce mot d'un fonctionnaire mahométan à un interprète qui le pressait, au nom de son consul, de terminer une affaire : « Écoutez, monsieur l'interprète, lui dit-il, tant que votre consul ne m'aura point fait rougir (n'aura point stimulé mon bon vouloir par des présents), son affaire ne sera point menée à bonne fin. » Ce que nous disons ici des agents de l'autorité civile et militaire et des magistrats, s'applique également aux officiers publics, aux notaires. La réception des testaments entre d'ailleurs, comme je l'ai dit, dans les attributions des cadhys et de leurs substituts. Ainsi, quand la Porte a accepté le rejet par nous de l'intervention de ses fonctionnaires dans la plupart des transactions de nos nationaux, transactions qui, dans d'autres pays, sont du ressort de la justice locale, pourquoi irions-nous spontanément au-devant d'un danger que nous pouvons éviter ? Pourquoi confierions-nous le dépôt de nos dernières volontés à des officiers suspects ? Nous ne craignons point de l'affirmer : si les cadhys ou leurs substituts, ou tous autres officiers publics, étaient mis en possession du droit de recevoir les testaments des Français, la garde de ces actes solennels ne leur serait pas plus sacrée que celle des prisonniers chrétiens, si souvent sacrifiés par leur fanatisme barbare. Que si l'on objecte qu'un Français, établi au Levant ou en Barbarie, et habitant quelque localité isolée, peut, en l'absence de toute autorité consulaire, se trouver dans la nécessité de recourir, pour tester ou passer tout autre acte, au ministère du cadhy, nous répondrons qu'il est rare qu'un Européen s'expose à vivre ainsi seul et perdu, pour ainsi dire, au milieu de populations fanatiques et malveillantes ; et que, si quelques familles européennes (non un seul individu) offrent quelque exemple de cet isolement, certes ces familles se garderont bien, pour faire constater la naissance ou le décès d'un des leurs, ou pour passer tout autre acte, de s'adresser au cadhy ou à ses substituts ; les membres de cette famille se transporteront dans la

résidence consulaire la plus voisine pour accomplir les formalités qu'exigent les lois de leur pays. La même question, relative à la réception des testaments par les officiers publics mahométans, fut agitée il y a quelques années et résolue d'une manière affirmative. Après de plus mûres réflexions, le gouvernement ne tarda pas à revenir sur sa décision. Dans toutes les Échelles du Levant et de la Barbarie où résident des consuls, la réception des testaments par les chanceliers, en présence des consuls et de deux témoins, est le seul mode qui offre au testament européen des garanties suffisantes. »

## ARTICLE 1000.

Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

## SOMMAIRE.

1739. Les formalités prescrites par cet article sont purement extrinsèques.

## COMMENTAIRE.

1739. Il est visible que cette disposition ne concerne que l'exécution du testament et ne touche pas à sa validité.

## ARTICLE 1001.

Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité.



## SOMMAIRE.

1740. Importance des formalités prescrites par la loi pour la confection des testaments.
1744. Dans le doute sur l'exécution d'une formalité, doit-on se prononcer pour ou contre la validité du testament ?
1742. Le testament nul pour défaut de solennité ne peut produire aucun effet.
1743. Pourquoi cependant le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe.
1744. De la durée de l'action en nullité d'un testament.
1745. La partie qui a approuvé un testament, ou qui l'a exécuté, ou qui a transigé sur cet acte, est-elle non recevable à l'attaquer ?
1746. Suite.
1747. La renonciation à attaquer un testament peut résulter d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement.
1748. Il ne suffit pas qu'il soit établi, dans ce cas, que la partie à laquelle on oppose ce fait ait connu le testament. — Distinction à faire.
1749. Est-ce au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause ?
1750. La question de savoir s'il y a eu ou non approbation du testament sera souvent une question de fait.
1751. Un testament nul pour défaut de forme ne peut être validé par aucun acte.
1752. Si le testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle ?

## COMMENTAIRE.

1740. La rigueur avec laquelle le Code prononce la nullité des testaments pour les moindres contraventions aux formalités qu'il prescrit, prouve l'importance qu'il y attache; et, certes, ce n'est pas sans de graves motifs qu'on a cru devoir faire dépendre de solennités extraordinaires, les volontés des mourants. Les législateurs de tous les temps ont senti que ce n'était que par ce moyen qu'on pouvait

empêcher les fausses impressions et les suggestions qui assiègent plus particulièrement ceux qui disposent pour le temps où ils ne seront plus (1).

On sait, en effet, combien de ressorts sont mis en mouvement par ces hommes avides que les Romains flétrissaient du nom « d'hérédipètes » et qui faisaient métier de dépouiller, par des captations ou des fabrications coupables, les héritiers du sang. En Grèce et à Rome, cette race d'hommes pullulait. Plutarque (2) disait d'eux : « *Arena, pulvis, pennæ* » *avium varias voces edentium, minore numero quam qui alienas hæreditates ambiunt.* »

Ils sont heureusement plus rares aujourd'hui; mais il n'en existe encore que trop pour le repos des familles. Il fallait donc prémunir le testateur contre leurs perfides machinations, et l'on ne pouvait y parvenir qu'en prescrivant de scrupuleuses solennités! En vain un testateur irréfléchi dira-t-il que ces formalités sont gênantes et minutieuses comme celui dont parle Scævola (3), qui dans son testament appelait *nimiam ac miseram diligentiam* la prévoyance de la loi. Mais celui qui sait voir la raison des choses dans les affaires qui intéressent la société, applaudira à la sagesse de ces rites extérieurs, qui sauvent de sa propre faiblesse

(1) C'est la pensée qu'a eue, sur un semblable sujet, Wisembeck en ses *Paratitiles, De verbor. obligat.*, n° 42, lorsque, parlant des formes que le droit romain avait introduites pour soutenir les stipulations, il dit : « *Et hæc quoque omnia sapienter excogitata sunt, ut videlicet appareat ex præsentia partium, item verbis seriis ac idoneis et ordine interrogationis et responsionis continuato, contrahentes sponte et re deliberata ad faciendam obligationem accessisse, prævisa omni in posterum calumniandi ansa quasi minus ex animo fuerit contractum.* »

(2) *De amore prolis*, n° 47.

(3) L. 88, § 47, D., *De legat. et fideicomm.*, 2o : « *Lucius Titus hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperitorationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam!* »



et des pièges de la cupidité, l'homme qui va dicter la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus (1).

Ricard (2) ne partage pas cependant cette opinion ; il pense au contraire que, dans l'usage, toutes ces solennités sont des pièges tendus à la bonne foi, d'autant qu'elles ne dépendent pas tant du testateur que de la personne publique qu'il emploie pour recevoir son testament, laquelle, par un défaut de mémoire ou une légère inadvertance, sera cause que les volontés les plus constantes et les plus favorables demeureront sans effet ; tandis que celui qui veut supposer un testament à un autre ou l'exiger par surprise, manque pas de faire pratiquer soigneusement ce qui re-

lais on peut répondre que si les précautions prises par la loi ne préviennent pas toujours les pièges de la cupidité, ces sont le plus souvent une garantie de l'indépendance du testateur, et rendent beaucoup plus difficiles et par conséquent beaucoup plus rares les tentatives de l'homme cupide. D'ailleurs, comme le droit de tester est presque un privilège que le législateur exerce le testateur, il a été sage de le rendre à l'observation de certaines solennités dont la difficulté lui fasse bien sentir toute l'importance de ce qu'il va faire ; car, où ne pourrait pas aller l'imprévoyance de l'homme, si la loi qui veille pour lui ne s'attachait pas à lui rappeler sans cesse tout ce qu'il doit apporter de réflexion, de jugement, dans les actes les plus graves de la vie ? Plus une chose est difficile, plus on met de réflexion à la tenter ; et dès lors n'est-on pas convaincu sans peine qu'il y a plus de philosophie qu'on ne croit dans les vues

(1) Doneau, *Comm.*, liv. 6, ch. 6, n° 4. Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, note 2.

(2) Part. 4, n° 4500.

du législateur qui, par ce moyen, a voulu s'assurer de la plénitude de la volonté du disposant ?

1741. Ces considérations, qui tiennent plus à la théorie des lois qu'à leur application, nous conduisent à une question de pratique fort importante, savoir si dans le doute sur l'exécution d'une formalité, on doit se prononcer pour le testament ou contre sa validité.

Nous avons fait connaître ci-dessus (1) les graves autorités qui ont décidé que tout ce qui laissait un doute raisonnable sur l'inobservation des formalités testamentaires devait être interprété contre la validité du testament. « En effet, dit M. Merlin (2), quand les testaments sont-ils favorables ? C'est lorsque, parfaitement réguliers dans leurs formes, il ne s'agit que de savoir ce qu'a voulu le testateur. Mais il n'en est pas de même lorsque le doute tombe sur la régularité du testament. Comme le testament tire toute sa force de la solennité, et que toute la solennité consiste dans l'observation exacte des formes prescrites par la loi, c'est en faveur de l'héritier légitime que ce doute doit être résolu, parce que du seul fait qu'il est douteux si les formes ont été bien observées, naît la conséquence qu'il est incertain si le testament existe, et que, dans cette incertitude, la succession ne peut appartenir qu'à l'héritier légitime. »

M. Toullier (3) néanmoins enseigne une opinion contraire, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (4). Il se fonde sur l'art. 1157 du Code Napoléon, qui est tout à fait étranger à la matière. Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons dit (5) pour le réfuter, en prouvant que sa doctrine répugne

(1) N° 4533.

(2) Répert., *vo Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 616, col. 2.

(3) T. V, n° 430 *in fine*.

(4) N° 4534.

(5) *Ibid.*





aux principes et à la jurisprudence de la Cour de cassation.

1742. Lorsqu'un testament par acte public est nul par défaut de solennité, il ne peut produire aucun effet, ni comme testament, ni comme commencement de preuve par écrit. Car le défaut de solennité lui ôte même la preuve d'une nue volonté. *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Si le contrat, nul comme acte public, vaut néanmoins comme acte sous signatures privées, lorsqu'il est revêtu des signatures des parties, c'est que cette forme nouvelle, dans laquelle l'acte se métamorphose, convient parfaitement aux actes qui contiennent des contrats entre-vifs. Mais, dans le testament, où une pareille forme est proscrite, où le législateur n'a voulu voir sous cette écorce aucune volonté légale, on ne peut y ajouter la moindre confiance, et ce serait éluder la loi et forcer témérairement la volonté du testateur que de vouloir faire servir comme acte public ordinaire, ce qui n'était destiné à valoir que comme disposition à cause de mort. C'est d'après ces principes que la cour de Turin a jugé (1) « qu'un testament nul comme testament public ne » peut, quoique signé du testateur, valoir comme acte sous » signature privée; qu'il n'y a pas lieu d'appliquer dans ce » cas l'art. 1518 du Code Napoléon, et que le testament ne » peut pas même valoir comme commencement de preuve » par écrit. » C'est encore avec autant de raison que la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus bas (2), a reconnu par de nombreux arrêts (3) qu'un testament authen-

(1) Turin, 43 mars 1807 (Devill., 2, 2, 212).

(2) N° 2050, art. 4035.

(3) Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Turin, 49 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Angers, 24 mai 1822 (Devill., 7, 2, 74). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 46). Toulouse, 42 août 1834 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834 (Devill., 36,

tique, nul comme testament, ne pouvait valoir comme acte notarié pour révoquer un testament précédent. Bien plus, la cour de cassation, rejetant le pourvoi contre un arrêt de Dijon du 25 mars 1813, a jugé que, lorsqu'un testament était nul par défaut de forme, on ne pouvait y recourir en aucune manière pour y puiser des éclaircissements (1). Nul par défaut de forme, il ne fait preuve de rien; il est mort-né; il est réduit *ad non esse*.

1745. Nous avons dit cependant (2) que le testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est tout entier écrit, daté et signé de la main du testateur. Cette doctrine n'est pas contraire à ce que nous venons de dire. En effet, en élaguant la forme mystique, il reste toujours un testament olographe dans une forme reconnue par la loi; il y a donc encore une preuve entière de la volonté du disposant, suivant les solennités du droit.

Du reste, la conversion du testament mystique en testament olographe ne pourrait éprouver le moindre doute, si le testament olographe, nul comme tel, contenait la clause que nous pourrions appeler, quoique improprement, clause codicillaire, à l'exemple de celle dont nous avons dit un mot, par laquelle le testateur déclarait vouloir que, si son testament ne valait pas en telle forme, il valût comme codicille (3). Ainsi, si le testateur déclarait vouloir que son testament valût *omni meliore modo*, il n'y a pas de doute que, nul comme mystique, il ne valût comme olographe (4).

1744. On a demandé quelle était la durée de l'action en

1, 174). Cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 1, 474).

(1) Cassat., rej., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632).

(2) N° 1654.

(3) Voy., sur la clause codicillaire, Bartole, l. 40, *De jure codic.*

(4) *Supra*, n° 1655.



nullité d'un testament, et il a pu sembler d'abord qu'aux termes de l'art. 1304 du Code Napoléon, la durée de cette action fût de dix ans. Mais un arrêt de Bordeaux (1) a décidé avec raison que l'article 1304 n'est pas applicable aux testaments. Cet article, en effet, fait partie du livre 3, titre 3 du Code Napoléon, relatif aux contrats et obligations conventionnelles, et il ne dispose que pour le cas où il s'agit d'une action en rescision ou en nullité d'une convention; en conséquence, la prescription qu'il établit, étant relative à un cas spécial, ne peut être appliquée aux nullités qui concernent les testaments. Il n'en serait pas de même, toutefois, s'il s'agissait d'une donation. La donation est un acte synallagmatique qui conserve toujours le caractère de contrat et d'obligation conventionnelle, et l'on comprend qu'il ait pu être fait application aux donations de l'article 1304, et que l'on ait jugé l'action en nullité d'une donation susceptible d'être prescrite au bout de dix années (2).

1745. Il peut arriver que les parties intéressées à opposer la nullité d'un acte ordinaire soient non recevables à la faire valoir. C'est lorsqu'il y a eu de leur part approbation ou exécution de cet acte, ou lorsqu'il y a eu transaction (art. 1338, 1340). Quelle doit être, en matière de testament, l'application de ce principe? Une approbation d'un testament nul, donnée par la partie intéressée à faire valoir la nullité, une exécution de ce testament, une transaction sur cet acte, tout cela élève-t-il une fin de non-recevoir contre l'action en nullité?

L'objection contre la non-recevabilité de l'action pourrait venir de ce que les testaments tiennent au droit public par les formes, et qu'on ne peut pactiser que sur les matières du

(1) Bordeaux, 14 mars 1843. (Deville, 1843, 2, 311.)

(2) Riom, 16 juin 1843. (Deville, 1843, 2, 543.)

droit privé. Et l'on pourrait la fortifier de quelques textes du droit romain (1) qui, tout en permettant de renoncer aux nullités des legs, parce que ce genre de disposition dépendait de la pure volonté du disposant, semblaient mettre l'action en nullité au-dessus de toutes les renonciations, lorsqu'elle était dirigée contre l'institution d'héritier, c'est-à-dire, contre l'élément essentiel du testament même, et cela par la raison que l'institution d'héritier tenait au droit public (2).

Mais en supposant que cette distinction fût fondée, ce qui n'est pas certain (3), il est un point qui n'est pas douteux, c'est qu'elle était repoussée en France par les plus nombreux arrêts, surtout dans le ressort du parlement de Paris, et que l'opinion dominante était que les testaments ne sont pas tellement d'ordre public, qu'on ne puisse renoncer, pour une cause d'intérêt privé, aux vices de forme qu'ils renferment (4).

(1) Paul, l. 9, § 5, D., *De juris et fact. ignorantia*. Paul, l. 38, D., *De fideicomm. libertatibus*. Grat. Valent. et Theod., l. 46, § 4, C., *De Testam.* Paul, l. 5, D., *De his quæ ut indignis*. Dioclétien et Maxim., l. 4, C., *De juris et fact. ignor.* Justinien, l. 32, C., *De fideicomm.* Paul, l. 36, § 3, D., *De test. milit.* Paul, l. 24, D., *De legat.*, 3<sup>o</sup>. Ulpian, l. 4, § 1; l. 11, § 49, D., *De legat.*, 3<sup>o</sup>. Instit., §§ 7, 8, *Quib. mod. testam. infirmantur*.

(2) Furgole, ch. 6, sect. 3, n<sup>o</sup> 44. Merlin, Répert., vo *Testament*, t. XIII, p. 765. Merlin, Quest. de droit, vo *Testament*, t. XVII, p. 369. Chabrol sur *Auvergne*, art. 52, ch. 43, quest. 4.

(3) Cujas sur la loi 5, § 1, D., *De his quæ ut indignis*, liv. 34, t. IX. Brodeau sur *Louet*, lettre L, somm. 6, n<sup>o</sup> 2.

Bartole et Mantica tournaient la difficulté (*Ad leg. 4, De his quæ ut indignis*, XI, 47, 38) en disant que, s'il n'était pas possible de valider un testament par une renonciation à faire valoir les nullités, il était du moins permis de renoncer à l'hérédité *ab intestat*, et c'est ce que faisait l'héritier *ab intestat*, lorsqu'en connaissance de cause il acceptait le legs. Voy. Caius à la loi 4, § 4, D., *Test. quemad.*, et à la loi 6, D., *De transact.* — On voit dans ces lois la preuve qu'en droit romain il était permis de transiger sur les testaments.

(4) Approbation implicite. — Nullité de forme.

Henrys, *Des testam.*, l. 5, ch. 4, quest. 4 (et, d'après lui, Brodeau et Chabrol), rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 8 juillet 1635, con-



« Car les formalités, dit Chabrol (1), n'ont pour objet » que d'assurer la vérité du testament, et l'héritier » qui a bien voulu exécuter un testament nul, est censé s'être » rendu certain par d'autres moyens de la volonté du testa- » teur. Malgré la nullité, il subsiste une sorte d'obligation » naturelle qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir. »

firmatif d'une sentence du bailli de Forest, qui juge non recevable une hé- tière *ab intestat*, laquelle, après avoir reçu son legs sans réserve, avait en- suite attaqué le testament comme nul en la forme.

Approbation explicite. — Nullité de forme.

Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 6 (et d'après lui, Chabrol sur Au- vergne), cite un arrêt du même parlement, du 20 juillet 1652, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont, qui déboute deux héritiers *ab intestat* d'une demande en entérinement de lettres de rescision qu'ils avaient obtenues contre leur approbation d'un testament qu'ils soutenaient nul et imparfait.

Approbation implicite. — Inofficiosité.

Louet, lettre L, somm. 6 (et d'après lui, Chabrol sur Auvergne, art. 50, ch. 42), cite un arrêt du 25 septembre 1652, rendu aux grands jours de Clermont, qui juge non recevable une mère qui, en pays de droit écrit, ré- clamait sa légitime blessée par un testament inofficieux qu'elle avait ap- prouvé.

Approbation explicite. — Inofficiosité.

Brodeau sur Louet, *loc. cit.* (et, d'après lui, Chabrol, *loc. cit.*), indique un arrêt du parlement de Paris, du 28 mai 1634, confirmatif d'une sentence du bailli de Montpensier, qui décide que celui qui a approuvé, étant majeur, un testament contenant une substitution prohibée par la coutume, n'est plus recevable à la disputer.

Brodeau cite encore un arrêt du même parlement, du 16 juillet 1642, confirmatif d'une sentence du sénéchal de Lyon, et qui aurait également re- poussé une demande en nullité d'un testament après approbation; mais il n'indique pas l'espèce dans laquelle cet arrêt serait intervenu...

Junge l'art. 50 du ch. 42 de la *Coutume d'Auvergne*, ainsi conçu :

« L'héritier *ab intestat*, institué par testament ou non, qui sciemment ac- » cepte aucun legs à lui fait par le défunt, ou satisfait à aucun des légats » faits par ledit défunt, ou autrement agréé en aucune partie ledit testament, » il approuve toute la disposition et ordonnance d'icelui défunt, et est abso- » lument tenu la garder et accomplir, sans qu'il se puisse aider de la réduction au quart introduit par ladite coutume. »

(1) Sur Auvergne, art. 50, ch. 42.

1746. Il est donc constant que l'on peut pactiser sur la nullité d'un testament.

Ceci admis, supposons d'abord que la convention, d'où l'on fait résulter une exception contre l'action en nullité, soit une transaction.

Tout le monde connaît un texte célèbre du droit romain(1), qui paraissait décider que les transactions sur les contro- verses découlant d'un testament, n'étaient valables qu'autant que l'on avait vu et connu les termes mêmes du testament.

Nous avons établi avec Cujas (2), dans notre *Commen- taire des transactions* (3), que cette formalité minutieuse, dont on s'est peut-être exagéré l'importance en droit ro- main, ne devait pas être transportée dans notre droit fran- çais, et qu'il suffisait que la transaction eût été faite vo- lontairement, librement et sans surprise (4). On ne peut pas forcer une personne à lire et à étudier un testament dans son texte lorsqu'elle ne le veut pas; elle a entendu prévenir des difficultés en transigeant, et il est trop tard, quand la transaction est faite et consommée, de venir mon- trer une curiosité minutieuse.

A plus forte raison, la transaction serait-elle un obstacle à l'action en nullité, si l'héritier venait prétendre qu'ayant tenu en main le testament, il ne s'est pas aperçu de certains vices de forme apparents. Nul n'est censé ignorer la loi, et l'on sait que les transactions ne peuvent être rescindées pour une erreur de droit (5).

(1) Caius, l. 6, *De transact.* Caius, l. 1, § 4, D., *Testam. quemadm. ape- riant.*

(2) Cujas, *nota ad leg. 6, D., De transact.*, lib. 2, tit. 45.

(3) N 99.

(4) *Comment. des transact.*, n° 442. Voy. ce que dit Cujas du cas où pour obtenir une transaction, on aurait persuadé par un faux serment ou un mensonge insigne qu'un testament existait.

(5) *Comment. des transact.*, n° 447.



1747. Outre la transaction, la renonciation peut résulter aussi d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement. Nous citerons comme exemple la réception d'un legs par l'héritier *ab intestat*. Pour que cet acte engendre une renonciation réelle et par suite une fin de non-recevoir insurmontable, il faut qu'il ait eu lieu en connaissance de cause.

La coutume d'Auvergne portait à cet égard une disposition que nous avons déjà citée (1). On conçoit, en effet, que si le légataire reçoit son legs sans se douter que le testament qui lui enlève l'hérédité contient des vices qui l'infirmement, on ne peut rétorquer contre lui le fait de cette réception; elle n'a évidemment pas le sens d'une renonciation. Mais si, au contraire, il a su ou pu savoir que le testament était infesté de vices de forme, et si, malgré cette connaissance, il a touché le montant de son legs ou s'il en a réclamé le paiement, il s'est fermé la voie pour attaquer ce testament.

C'est ce que décide la jurisprudence moderne, conformément à la jurisprudence des anciens arrêts (2). Ainsi, la cour de Turin (3) a jugé que la quittance de la réception d'un legs donnée au légataire universel par deux légataires particuliers, n'empêchait pas ceux-ci d'attaquer comme nul en la forme le testament qui ne leur avait pas été communiqué (4).

D'un autre côté, il a été jugé, le 5 février 1829, par la cour de cassation (5), statuant sur le pourvoi contre un arrêt de Grenoble, qu'une partie qui avait intenté une action en

(1) Art. 50, ch. 42. Voy. *supra*, n° 4745.

(2) Voy. *supra*, n° 4745 *in fine*, les arrêts cités en note.

(3) 4 mars 1806 (Devill., 2, 2, 420).

(4) *Junge* Cassat. (chambre civ., rej.), 12 novembre 1846 (Devill., 5, 4, 245). Cet arrêt a été rendu par application des lois romaines. Caen, 15 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).

(5) Devill., 9, 4, 227.

partage de biens indivis légués par un testament qu'elle connaissait parfaitement et dont elle avait été à même d'apprécier la forme, n'avait pu, postérieurement, et alors qu'un jugement était intervenu sur son action en partage, demander la nullité de ce testament (1).

1748. Mais pour que celui qui demande la nullité d'un testament après avoir reçu un legs en vertu de ce testament, ou après avoir fait un acte quelconque duquel on puisse induire son approbation du testament, soit déclaré non recevable, il ne suffira pas toujours qu'il soit établi qu'il a eu connaissance du testament. Il y a de plus une distinction à faire entre le cas où la nullité est apparente, et le cas où elle est cachée (2). Si la nullité est cachée, l'approbation n'est plus que l'effet de l'erreur et il y a lieu d'appliquer la maxime : *non videntur qui errant consentire*. On ne saurait, dans ce cas, opposer une fin de non-recevoir résultant d'exécution volontaire à celui qui s'est porté demandeur en nullité. C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la cour de Nîmes, du 28 janvier 1831 (3), que la lecture d'un testament n'avait pu révéler au légataire universel, qui attaquait plus tard ce testament, une nullité résultant de l'incapacité de l'un des témoins; que, par conséquent, c'était là une nullité cachée qui n'aurait pu être couverte même par la délivrance des legs aux légataires particuliers. C'est ainsi encore que la cour de cassation a jugé, en maintenant un arrêt de la cour de Pau du 27 août 1833, que dans un cas semblable où il s'agissait de l'incapacité d'un des témoins, il n'était pas présumable que le mari, qui avait autorisé sa femme à recevoir

(1) *Junge* Besançon, 29 mars 1844 (Devill., 3, 2, 464).

(2) Ricard, part. 3, nos 1559 et suiv. Domat., *Lois civiles*, liv. 3, t. II, sect. 3, nos 2 et 8. Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, n° 2. Chabrol sur Auvergne, art. 50, ch. 42. Voy. *Comment. des transactions*, n° 446.

(3) Devill., 34, 2, 292.



un legs en vertu du testament qu'il attaquait en son propre nom, eût pu connaître l'irrégularité de ce testament (1).

Si au contraire la nullité est apparente, l'héritier qui a eu connaissance du testament est présumé avoir eu par là même connaissance de la nullité, et il alléguerait vainement l'ignorance où il était de la nullité du testament; ce ne serait point là une juste et légitime ignorance qui pût lui servir (2). C'est ce qui a été établi par un arrêt de la cour de Pau du 27 février 1827 (3), où il est dit que la nullité apparente est celle qui se manifeste à la seule inspection du testament (4).

1749. Mais ici se présente la question de savoir si c'est au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause.

Chabrol (5) enseignait sur ce point, que c'était à celui qui invoquait la nullité à établir qu'il n'avait point eu connaissance de cette nullité avant de recevoir son legs, et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris, de 1778, rendu dans les circonstances suivantes :

Le sieur comte d'Ailly avait institué héritier par son testament le marquis de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers présomptifs *ab intestat*. Le sieur de la Volpilière reçut le legs, et il prétendit ensuite que le testament était nul, parce que la minute n'était point écrite de la main du notaire qui l'avait reçu et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Une sentence de la sénéchaussée

(1) Cassat. (chambre civ.), 14 juillet 1839 (Devill., 39, 4, 653. *J. Pal.*, 1839, 2, 289). *Junge* Cassat. (req., rej.), 27 août 1818 (Devill., 5, 4, 529). Amiens, 2 avril 1840 (*J. Pal.*, 1840, 4, 548).

(2) Brodeau sur *Louet*, loc. cit., no 2.

(3) Devill., 8, 2, 339.

(4) *Junge* Besançon, 30 août 1814 (Devill., 5, 4, 468). Besançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

(5) *Loc. cit. in fine*.

d'Auvergne avait admis cette demande; mais l'arrêt du parlement de Paris, infirmant la sentence, déclara le sieur de la Volpilière non recevable.

« Cet arrêt, ajoute Chabrol, est fondé sans doute sur ce » que le sieur de la Volpilière ne pouvait pas prouver qu'il » n'eût pas eu connaissance de cette nullité avant de recevoir » son legs. C'est en effet à celui qui allègue un pareil fait, » et qui prétend n'en avoir pas eu connaissance, à l'éta- » blir (1). »

Il est vrai que M. Merlin a soutenu un instant l'opinion contraire et qu'il a prétendu que la cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 1812 (2), paraissait avoir jugé, sur ses conclusions, en interprétant l'art. 1588 du Code Napoléon, que c'est à celui qui se prévaut d'un titre nul à prouver qu'au moment où ce titre a reçu son exécution, les vices en étaient connus de la partie qui l'a exécuté. Mais, d'une part, cet arrêt n'a pas résolu cette question, et de l'autre, M. Merlin s'est depuis formellement rétracté (3).

Il faut donc dire, malgré un arrêt de la cour de Paris du 27 novembre 1855 (4), que celui qui exécute un acte est implicitement présumé l'avoir connu; car les hommes sont censés agir, dans leurs affaires, avec le discernement que suggère l'intérêt privé. D'où il suit que lorsqu'il veut revenir contre cette présomption si naturelle et si logique, c'est à lui de prouver que la connaissance lui a manqué par des circonstances qui ne se supposent pas de plein droit.

Un arrêt de Caen, du 15 février 1842 (5), paraît l'avoir

(1) *Junge* Ricard, part. 3, n° 1559.

(2) Répert. de jurispr., v° *Ratification*, n° 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3. Devill., 4, 4, 67.

(3) Quest. de droit, v° *Ratification*, § 5, n° 5. *Junge* Grenier, n° 325. Toullier, t. VI, n° 519.

(4) Devill., 39, 2, 653; *J. Pal.*, 1839, 2, 269.

(5) Devill., 42, 2, 499.



décidé. Si on pèse les termes de cet arrêt, on verra qu'on ne citait dans la cause aucun fait précis de ratification, qu'on opposait seulement un long silence et qu'il était constant qu'il n'y avait pas eu représentation de l'acte.

1750. Du reste, on comprend que l'approbation du testament résulte de circonstances variables que la sagesse du juge aura apprécier. Ce sont là des questions de fait abandonnées au bon sens du magistrat; il pourra tenir compte, suivant l'exigence des cas, du sexe, des infirmités, de l'âge, de la rusticité (1).

1751. Lorsqu'un testament est nul par défaut de forme, il doit être rejeté et il ne peut être validé par aucun acte quelconque; il faut qu'il soit refait (2).

A la vérité, il était de principe chez les Romains qu'un testament nul par défaut de forme pouvait être confirmé par un codicille. Mais il faut bien remarquer qu'alors le testament ne valait pas *jure directo* comme testament, mais qu'il valait *jure fideicommissi* comme codicille (3). La raison de cela était que la confirmation du testament par le codicille était assimilée à la clause codicillaire (4). On supposait que le testateur avait voulu, par cette confirmation, que le tes-

(1) «...*Id vero aestimabitur ex cujusque persona, conditione, aetate. Ex persona, quoniam mulierum juris ignorantia excusabit; ex conditione, quoniam militem aut rusticum; ex aetate, quoniam minorem viginti quinque annis...* » Cujas, *Recit. solemn.*, ad § 4, l. 9, D., *De his quae ut indig.* Junge Turin, 4 mars 1806 (Devill., 2, 420).

(2) Ricard, part. 1, n° 4619. Argou, *Institut. du Droit français*, t. 2, ch. 47. Besançon, 49 mai 1809 (Devill., 3, 2, 73). Turin, 49 mars 1810 (Devill., 3, 2, 234). Cassat., 21 nov. 1814 (Devill., 4, 1, 632). Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 656, 657, 659.

(3) Julianus, l. 2, § *ultim.*, D., *De jure codicil.* : *Sed ex fideicommissis petitur, salva ratione legis falcidia.* »

(4) La Glose sur la l. 4, C., *De codicillis*, compare le codicille confirmatif du testament à la clause codicillaire, pour faire opérer le même effet à l'un et à l'autre.

tament ne pouvant valoir comme testament, valût au moins comme codicille (1).

Mais dans les pays coutumiers où l'on ne faisait pas de différence entre les testaments et les codicilles, on ne suivait pas cette jurisprudence, comme l'attestent Ricard (2) et Argou (3), et trois arrêts du parlement de Paris, rapportés par le premier de ces auteurs (4). Il faut dire néanmoins que Furgole pensait que, même en pays coutumier, la confirmation d'un testament nul faite en termes généraux par un testament postérieur, le validait (5). Mais ce sentiment, contraire à la jurisprudence, n'était appuyé par son auteur d'aucune raison solide ni même spécieuse (6).

1752. Plusieurs jurisconsultes ont examiné si, dans le fond de la conscience, un testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle. Fachinée a établi à cet égard une controverse détaillée où il examine le pour et le contre. Il pense, en définitive, que l'héritier *ab intestat* est tenu à l'accomplissement des dernières volontés du défunt, s'il a la certitude personnelle que cette volonté était sérieuse (7).

Hilliger sur Doneau (8) est d'une opinion contraire; il est d'avis qu'un testament nul par défaut de solennités ne peut produire dans le for intérieur aucune obligation. Ses raisons sont : 1° que le testament prend sa force non-seule-

(1) Furgole, ch. 5, n°s 50 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) Les deux premiers arrêts ont été rendus en la 4<sup>e</sup> chambre des enquêtes du parlement de Paris, les 6 août 1602 et 15 fév. 1607, et le 3<sup>e</sup> est un arrêt de la grand'chambre du lundi 22 fév. 1638.

(5) Furgole, *loc. cit.*, n° 59.

(6) Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 652.

(7) Fachinæus, *Controv.*, l. 4, cap. 5.

(8) Lib. 6, cap. 9, note 4.