

ont accepté. Il ne parle pas du cas où quelques-uns d'entre eux seulement ont refusé. Faut-il dire alors que ce refus de quelques-uns aura pour effet d'empêcher les autres d'agir, parce que le testateur n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres, et que les légataires n'ont plus les mêmes garanties ?

Ce serait aller trop loin : le testateur a le plus souvent nommé plusieurs exécuteurs testamentaires dans l'intérêt de ces derniers et pour rendre leur fardeau moins lourd. Il a pu être déterminé aussi par le désir de leur donner une marque de sa confiance et de son amitié. Dans tous ces cas, il n'y a pas de raison suffisante pour que le refus de l'un fasse tomber l'ensemble des combinaisons du testateur ; et il faudrait une preuve bien évidente que le testateur a exigé le concours simultané de tous les exécuteurs testamentaires nommés comme condition *sine qua non*, pour que les exécuteurs acceptants fussent paralysés par l'exécuteur refusant.

ARTICLE 1034.

Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

SOMMAIRE.

2044. Explication.

COMMENTAIRE.

2044. La disposition de cet article se comprend facilement, et, comme nous l'avons dit ci-dessus (1), il est juste que les frais que l'exécuteur testamentaire a faits pour l'ac-

(1) *Supra*, n° 2034.

complissement de son mandat, ne restent pas à sa charge et soient remboursés par la succession. C'est l'application de la règle : « *Nemini officium debet esse damnosum* (1). »

SECTION VIII.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.

ARTICLE 1035.

Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.

SOMMAIRE.

- 2045. Du droit de révoquer un testament.—De la clause dérogoire.
- 2046. De la révocation expresse.
- 2047. De la révocation de l'institution d'héritier en droit romain.
- 2048. De la révocation du legs en droit romain et dans notre ancien droit français.
- 2049. Sous la loi actuelle, l'institution d'héritier est confondue avec le legs, l'un et l'autre ne peuvent être révoqués expressément que par un testament ou par un acte devant notaires.
- 2050. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'anéantir le premier testament ?
- 2051. Un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, s'il contient seulement une clause de révocation, révoque-t-il un testament antérieur ?

(1) *Caius*, l. 7, D., *Testam. quem. aper.*

2052. De la présence du notaire en second dans les actes de révocation.
2053. Renvoi.
2054. *Quid* des reconnaissances de dettes contenues dans un testament?
— Sont-elles révocables ?
2055. Suite.
2056. Suite.
2057. Suite.
2058. Suite.
2059. Suite.
2060. Suite.
2061. La reconnaissance d'une dette contenue dans un testament révoqué peut-elle servir de commencement de preuve par écrit ?
2062. La déclaration par testament qu'une dette a été payée est-elle révocable ?
2063. S'il était prouvé que la reconnaissance de dette est sincère, en aucun cas alors il ne pourrait y avoir caducité.
2064. Circonstances desquelles on peut induire la révocation par changement de volonté.
2065. Un testateur peut-il faire revivre un premier testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament ?

COMMENTAIRE.

2045. Comme la volonté du testateur est ambulatorie jusqu'au dernier moment (1), il suit qu'elle peut être modifiée, changée en tout ou en partie, ou même révoquée purement et simplement (2).

Ce droit du testateur est tellement sacré et tient d'une manière si directe à la liberté qui doit régner dans un testament, qu'il ne pourrait s'interdire d'en user : *nemo eam*

(1) Ulpien, l. 4, D., *De adim. vel transf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 5.

(2) Voët, *Ad Pand.*, l. 34, t. IV, n° 4. Ricard, part. 3, n° 73. Furgole, ch. 44, n° 12 et suiv. Toullier, t. V, n° 607. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 429, n° 4, et p. 491, n° 3.

sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat (1). Toute clause contraire à cette liberté serait donc nulle et ne lierait pas le testateur (2).

Voilà pourquoi les meilleurs auteurs rejetaient, comme contraire aux principes, la clause appelée dérogoratoire ou révocatoire, par laquelle le testateur déclarait que sa volonté était qu'aucun autre testament qu'il pourrait faire par la suite ne fût exécuté, à moins qu'il ne contînt telle sentence qu'il indiquait. Ricard nous a conservé un exemple de cette clause aujourd'hui fort rare et presque inconnue (3) :

« Que s'il arrive que je fasse ci-après un autre testament
» que celui-ci, y étant obligé par les importunités de ceux
» qui tâchent d'avoir mon bien, ce que je ne désire pas,
» étant raisonnable que ma sœur soit mon héritière, je veux
» que ce second testament soit nul, si la clause suivante n'y
» était inscrite tout au long : Vierge Marie, mère de Dieu,
» ayez pitié de moi (4). »

Les avis des différents docteurs sur la validité de cette clause avaient donné lieu à des controverses sans fin, et, ce qui pis est, à une multitude de procès ruineux. Mais les

(1) Hermogénien, l. 22, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 344, n° 203.

(2) Voët, *Ad Pand.*, l. 28, t. III, n° 40. Junge Ant. Merenda, *Controv.*, l. 4, cap. 49. Menochius, *Præsumpt.*, l. 4, 166. Sande, *decis. Frisie.*, l. 4, t. I, *def.* 40. Fachinée, *Controv.*, l. 4, cap. 92. Cujas, *Observat.*, l. 44, cap. 7. Gudelinus, *De jure noviss.*, l. 2, cap. 6. Favre, *De error. pragm.*, *decad.* 37, *error.* 7 et *seq.*, et *Cod.*, R. 6, t. V, *def.*, 9, 10, 43, 44, 45. Mantica, *De conject. ult. volunt.*, l. 6, t. IV, n° 9, et l. 42, t. VIII, etc.

(3) Ricard, part. 3, n° 96.

(4) Voy. aussi quelques exemples dans le Code du prés. Favre, *loc. cit.*, *def.* 45 et *passim*. Pothier, *Donat.*, *lect.*, ch. 6, sect. 2, § 3. « Telle serait la clause
» par laquelle le testateur déclarerait par son testament qu'il veut que tout ce
» qu'il fera par la suite contre et outre le présent testament ne soit pas va-
» lable s'il ne s'y trouve cette sentence : *Beatus vir qui timet Dominum.* »

jurisconsultes ennemis des routines la regardaient comme une violation des saines doctrines (1). Aussi, l'ordonnance de 1735, qui fit tant de réformes utiles dans la législation relative aux testaments, ne manqua pas de l'abroger (2); elle serait indubitablement sans effet sous le Code Napoléon.

2046. Notre article s'occupe de la révocation qui est faite expressément par le testateur.

Cette révocation expresse peut se faire de deux manières : ou par un testament postérieur, ou par un acte *ad hoc* passé par-devant notaires et portant changement de volonté.

2047. Dans le droit romain, où le testament comprenait deux parties distinctes, l'institution d'héritier et les legs, régis par des principes différents, on ne pouvait pas révoquer une institution de la même manière qu'un legs.

L'institution, qui constituait la solennité capitale du testament et pour ainsi dire le testament lui-même, ne pouvait être révoquée que par un testament en bonne forme : *Tum autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est* (3).

La raison de cette loi est, suivant Ricard, qu'un testament chez les Romains était une loi particulière qui dérogeait à la loi générale sur les successions *ab intestat*, et qu'une loi ne peut être révoquée que par une autre loi. *Lex lege tollitur*. Il fallait donc qu'un testament solennel postérieur vint anéantir le premier. Toute déclaration de changement de volonté

(1) Ricard, part. 3, n° 97. Furgole, *loc. cit.*, nos 30 et suiv. Voët, *loc. cit.*, n° 40.

(2) Art. 76 de l'ord. de 1735 : « Abrogeons l'usage des clauses dérogoatoires dans tous testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort; voulons qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles et de nul effet en quelques termes qu'elles soient conçues. »

(3) Ulpien, l. 2, D., *De injusto, rupto*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 491, n° 3.

conçue dans une autre forme, dans un acte de nue volonté, ne pouvait produire cet effet : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* (1). Ce principe résulte formellement de la loi 56, § 5, D., *De testamento militis*, par laquelle il en est fait application à un vétéran qui, ayant testé *jure communi*, avait déclaré par un acte de nue volonté qu'il voulait mourir *intestat*. Paul décida que l'institution n'était nullement révoquée.

Aussi Doneau dit-il (2) : « *Voluntate testatoris nuda nunquam testamentum infirmari, quantumvis ille testator dixerit se testamentum, quod fecit, valere nolle. Idque consentaneum est regulæ juris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iisdem et solvi in contrarium actis. Nuda voluntate non constituitur testamentum; proinde nec nuda voluntate tolletur* (3). »

La loi 2 au D., *De injusto*, ci-dessus citée, exceptait cependant deux cas où un testament solennel pouvait être révoqué par un deuxième testament imparfait, c'est-à-dire non solennel; car ici le mot imparfait est employé par opposition au testament solennel, et ne signifie nullement un testament nul par défaut de forme (4).

Ces deux cas sont : 1° lorsque le second testament est un testament militaire; 2° lorsque ce second testament, fait en présence de cinq témoins, est en faveur des héritiers *ab intestat*, tandis que le premier était en faveur d'étrangers (5).

Du reste, ce que nous venons de dire du testament militaire s'appliquait aussi à toute autre espèce de testament

(1) Ulpien, l. 35, D., *De regul. juris*.

(2) Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 16, n° 3.

(3) Junge Fachinée, *Controv.*, l. 4, § 8.

(4) Furgole, ch. 44, n° 42.

(5) Voy. aussi la loi *Hac consult.*, § *Si quis*, C., *De testam.*, et Voët, *Ad Pand.*, *De injusto, rupto*, n° 6.

moins solennel, mais reconnu par le droit, comme le testament *inter liberos*, le testament fait à la campagne (1).

Et remarquons ici une chose sur laquelle nous nous arrêterons plus longtemps sous l'article suivant : c'est que, dans les principes du droit romain, le deuxième testament n'avait pas besoin de contenir une révocation expresse du premier. Son existence seule opérerait cette révocation : car nul ne pouvait mourir avec deux testaments valables, et, comme de raison, c'était le deuxième qui prévalait.

2048. Passons maintenant à ce qui concerne les legs. On sait que l'on pouvait laisser un legs sans aucune espèce de solennité (2). On pouvait donc aussi le révoquer sans aucune solennité, soit par écrit, soit par parole, soit tacitement; enfin, il suffisait qu'il y eût preuve quelconque du changement de volonté (3).

Telle était la jurisprudence romaine attestée par tous les auteurs sans exception. On la suivait dans les pays de droit écrit.

Mais dans les pays de droit coutumier, où les testaments ne dérogeaient pas à l'ordre des successions *ab intestat* et ne pouvaient faire que de simples légataires, une déclaration de volonté contenue même dans un écrit privé suffisait pour prouver la révocation (4).

2049. Le Code a voulu qu'un testament ne pût être révoqué expressément que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration de changement

(1) Voët, *loc. cit.*, no 3. Ricard, part. 3, no 425.

(2) *Supra*, no 1764.

(3) Paul, l. 36, D., *De test. milit.* Ulpian, l. 3, § 44, D., *De adm. legat.* Pomponius, l. 48, D., *De legat.*, 3o. Favre, C., *De testam., defn.* 29, no 6. Furgole, ch. 44, no 421. Ricard, part. 3, no 423. Toullier, t. V, n 617.

(4) Ricard, *loc. cit.*, no 422. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 2, § 4.

de volonté; et comme dans notre langage l'institution d'héritier est aujourd'hui confondue avec les legs, il s'ensuit que le legs lui-même ne peut être révoqué que de l'une de ces deux manières. Cela résulte, d'ailleurs de ces mots : En tout ou en partie.

2050. Mais ici se présente une question fort controversée. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'anéantir le premier testament; ou bien, étant nul dans toutes les dispositions qui tendent à gratifier, doit-on dire qu'il l'est aussi dans la clause de révocation?

Cette question ne peut faire difficulté que pour le testament notarié nul par défaut de formes. Quant au testament olographe, s'il se trouve nul, il ne peut produire aucun effet révocatoire, puisque ce n'est qu'à un acte notarié ou à un testament que la loi attribue la puissance de révocation. Si le testament est mystique et que l'acte de suscription soit nul, il reste toujours un testament olographe valable, comme nous l'avons prouvé ci-dessus (1). La difficulté se rapporte donc tout entière au testament par-devant notaires : car, s'il est nul comme testament, du moins ne peut-il pas valoir comme acte notarié pour opérer la révocation.

Les auteurs se sont partagés sur la question. M. Merlin a soutenu qu'un testament nul ne peut révoquer un testament précédent (2). M. Toullier s'est prononcé pour l'opinion contraire (3).

Examinons quelles raisons peuvent être invoquées sur cette question à l'appui de l'une et de l'autre opinion, et voyons quelle est la solution que nous devons adopter ici.

Lorsque l'on discuta le Code Napoléon, on convint, sur

(1) *Supra*, no 1654.

(2) Répert., vo *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, no 6. Quest. de droit, 4o *Révoc. de testam.* Répert., vo *Révoc. de codic.* Répert., vo *Révoc. de legs.*

(3) T. V, no 620.

une observation de M. Berlier, de ne point laisser indécise la question de savoir si la révocation, contenue dans un deuxième testament nul, vaudrait comme manifestation de volonté de la part du testateur, pour anéantir le premier testament. Néanmoins aucune disposition ne fut introduite dans la loi (1).

Ceci posé, il est impossible, pour résoudre la question, de recourir aux discussions du Code ou aux commentaires des juriconsultes qui ont pris part à sa rédaction; car ils se contrarient de manière à ôter à leurs opinions le crédit qui leur appartient ordinairement.

M. Maleville veut que le deuxième testament nul vaille comme acte authentique pour donner vie à la clause de révocation (2).

M. Jaubert dit, au contraire, dans un discours au Tribunal (3), que la révocation peut avoir lieu par un testament postérieur, pourvu qu'il soit revêtu de toutes les formes prescrites et que, considéré en lui-même, il ait pu recevoir exécution.

Au milieu de ce conflit qui ajoute encore aux difficultés de l'intelligence de la loi, c'est à la jurisprudence à choisir celle des deux opinions qui est le mieux fondée.

Les lois romaines peuvent jeter de grandes lumières sur la question. Mais, pour les appliquer sagement, il ne faut pas prendre pour point de départ la question de savoir si, à Rome, un testament nul pouvait révoquer un testament précédent; car c'est un point de doctrine incontestable qu'un testament proprement dit ne pouvait être révoqué que par un autre testament revêtu des solennités requises (4). Ce

(1) Fenet, t. XII, p. 403. (Séance du 27 ventôse an XI.)

(2) *Anal. rais. du C. Nap.*, art. 1035. M. Tronchet aussi (Fenet, p. 403.)

(3) Loqué, t. XI, p. 473. Fenet, t. XI, p. 644.

(4) *Supra*, n° 2047.

serait d'ailleurs comparer une législation où les testaments étaient considérés comme des lois avec une législation qui, malgré la faveur dont elle les environne, ne leur donne pas un caractère aussi auguste et permet de les révoquer par un simple acte notarié. La seule question qui ait une véritable analogie avec la nôtre est celle de savoir si un testament nul en la forme peut servir de manifestation de volonté suffisante pour révoquer un legs dans les principes du droit romain : c'est ce que beaucoup de praticiens, qui raisonnent sur les questions sans les comprendre, n'ont pas aperçu.

On se rappelle ce que nous avons dit, qu'à Rome, les legs contenus dans un testament solennel pouvaient être révoqués sans solennité et par une déclaration quelconque du testateur (1). Cependant si, pour révoquer ces legs, le testateur avait employé la forme d'un testament, la nullité de ce testament emportait-elle toujours la nullité de la révocation? Voilà la question : la solution dont elle est susceptible décidera la nôtre *in terminis*.

A entendre M. Toullier (2), la loi 18, D., *De leg.*, 5°, qu'invoquaient les partisans de la « non-révocation et particulièrement Furgole (3) et Merlin (4), n'est nullement applicable. Ces auteurs font tenir à Bartole, dont ils invoquaient l'autorité, un langage qu'il n'a jamais tenu. Ce grand juriconsulte a, au contraire, enseigné l'opinion qu'un legs révoqué par un testament inutile n'est pas dû : enfin, c'est dans ce dernier sens que les lois 36, § 5, D., *De test. milit.*, et 26, § 1, D., *De adimend. leg.*, tranchent la difficulté. »

(1) Paul, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.*

(2) Toullier, t. V, n° 626, p. 574 et suiv.

(3) Furgole, *loc. cit.*, ch. 41, n° 40.

(4) Merlin, *Quest. de droit, v° Rév. de testam.*, § 4, p. 590 et suiv., et *Répert. de jurisprud., v° Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 661.

De toutes ces assertions de M. Toullier, une seule nous paraît exacte, c'est que la loi 18, D., *De leg.*, 3^o, n'est pas tout à fait aussi formelle que quelques interprètes l'ont voulu. Dans l'espèce qu'elle pose, il ne s'agit pas en effet d'un second testament contenant la clause de révocation. On demande seulement au jurisconsulte Pomponius, si d'un testament postérieur nul, on peut tirer une présomption tacite que le testateur a voulu révoquer les legs faits dans un premier testament valable. Pomponius se décide pour la négative, par la raison que le testateur ne peut être présumé avoir changé de volonté qu'autant que son second testament serait valable.

On voit que cette loi n'est pas aussi décisive que si le second testament eût contenu la clause formelle de révocation. Néanmoins, elle forme un préjugé puissant contre l'opinion de M. Toullier, en prouvant que le jurisconsulte n'a pas osé voir la preuve d'un changement de volonté dans un acte nul.

Quant au reproche fait par M. Toullier à Furgole d'avoir cité Bartole sans l'avoir consulté, et de lui avoir prêté un langage contraire à ce qu'il dit, voyons si ce ne serait pas, au contraire, M. Toullier qui pourrait encourir le reproche de condamner trop légèrement le savant et exact auteur du *Traité des testaments*. Furgole dit : « Nous croyons avec » Bartole, sur la loi 18, *De leg.*, 3^o, que les legs et les autres » dispositions contenues dans le premier testament doivent » subsister, nonobstant le second imparfait et nul, quoique » le second renferme la clause expresse de révocation des » précédents testaments, parce que cette clause de révocation ne peut avoir d'effet qu'autant que le second testament » qui la renferme se trouve valable et revêtu des formalités » extérieures. »

M. Toullier oppose à Furgole ce que Bartole dit dans le

n^o 1 de son commentaire : savoir, que lorsque le testateur révoque expressément le legs, cette révocation vaut, quoique le testament qui la contient soit inutile. « *Quum legatum » expresse adimit... licet adimat in voluntate inutili, non » tamen debetur...* » Mais, dans ce passage, Bartole ne parle pas d'un testament nul par défaut de solennité extérieure. Il parle d'un testament inutile; ce qui est fort différent dans la bouche d'un véritable jurisconsulte. Ce qui le prouve d'ailleurs jusqu'à l'évidence, ce sont les lois qu'il cite, et dans l'espèce desquelles la révocation se trouve contenue, non dans des testaments nuls, mais dans des dispositions faites au profit d'incapables (1).

Mais si M. Toullier avait porté une attention plus particulière sur le n^o 4 du commentaire, il aurait vu que Furgole n'avait, en quelque sorte, fait que traduire Bartole. « *Quæro, » dicit testator in secundo testamento invalido, cassans et » irritans omnem aliam voluntatem et testamentum, volens » istud testamentum omnibus prævalere, an vigore omnium » horum verborum primum testamentum sit cassum, licet » secundum sit nullum. Respondeo: Cassatio restringitur se- » cundum causam cassationis (l. 2, *De his quæ in test. delent.*) » ista cassatio videtur facta respectu secundi testamenti, quia » vult istud ultimum prævalere, et ideo, si ultima voluntas » non valeret, ista verba, cassans, etc., nihil operantur.* » Voilà bien la question telle que la pose Furgole : c'est un second testament qui contient la révocation de toutes les volontés précédentes; mais ce second testament est nul. Que décide Bartole? Il décide, comme Furgole, que la clause ne peut pas produire d'effet; car le testateur n'est pas censé avoir changé de volonté, si le second testament ne prévaut.

La raison de cette solution est facile à comprendre : c'est

(1) Pomponius, l. 20, D., *De adim. legat.* Ulpien, l. 34, D., *De legat.*, 1^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 433, n^o 27.

M. Merlin qui la donne en paraphrasant le passage de Bartole qui vient d'être cité (1) :

« A la vérité, un legs peut, sous le droit romain, être révoqué par une simple déclaration quelconque de volonté. Mais autre chose est de révoquer par une simple déclaration, autre chose de le faire par un testament nul. Dans le premier cas, la volonté est manifestée par un acte qui a toute la forme dont on a voulu la revêtir : il n'en est pas de même dans le second. Il est à croire que, dans le cas où il n'observerait pas les formalités des testaments, il a voulu que ses premières dispositions subsistassent dans leur entier : il n'a révoqué que conditionnellement, dans le cas où son second testament vaudrait. »

Après avoir porté contre Furgole une attaque très-peu fondée, M. Toullier s'égare dans l'examen de deux lois qui ne prouvent rien en sa faveur. Voici ces deux lois (on est étonné de voir un juriconsulte aussi instruit que M. Toullier raisonner sur des éléments si peu concluants) :

La loi 24, § 1 D., *De adim. legat.* (2), pose le cas suivant : Un père lègue à sa fille des jardins avec leurs accessoires ; il donne ensuite, par donation entre-vifs, à sa femme quelques-uns des esclaves attachés à la culture de ces jardins. Il résultait de là une révocation expresse d'une partie du legs. Paul décide, en conséquence, que le legs est diminué, *et si non valeat donatio*. Mais il ne s'agit pas ici d'une nullité de forme qui ôte l'existence à l'acte, il s'agit d'une donation que la loi prive de ses effets à cause de l'incapacité du donataire. Or, dans ce cas, tout le monde est d'accord que la révocation doit avoir lieu (3), malgré l'incapacité de la dona-

(1) Merlin, Répert. de jurisp., vo *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 661, col. 2.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 7.

(3) C. Nap., art. 1037.

taire ; l'acte muni des formes prouve toujours l'intention de révoquer : c'est donc bien mal à propos que M. Toullier invoque une pareille loi.

La seconde est encore moins concluante (1). « Un vétérana fait un testament solennel, puis il déclare, par un acte de nue volonté, vouloir mourir *intestat*. Paul décide que cet acte de nue volonté ne peut révoquer l'institution d'héritier, parce que pour cela il faut un testament en règle ; mais qu'il suffit pour révoquer les legs (2). » La raison en est que les legs, se donnant par la nue volonté, peuvent être révoqués de même. Mais rien ne prouve que cet acte de révocation par nue volonté, dont parle Paul dans cette espèce, fût destitué de formes probantes. A la vérité, il n'avait pas la forme d'un testament, parce que le testateur n'avait pas voulu faire un testament. Mais, Paul ne dit nulle autre part qu'il n'ait aucune autre forme capable de lui donner existence comme simple acte. Cette loi n'a donc aucun rapport à notre cas, et nous croyons pouvoir positivement assurer qu'il n'en est aucune qui favorise le système de M. Toullier. Sans doute, c'est une maxime incontestable que l'on peut tirer d'un acte nul la preuve d'une volonté : « *Dici solet etiam ex actu nullo colligi voluntatem* (3). » Mais cette maxime, tirée des lois *ult.*, D., *De reb. eor. qui sub tutela*, etc., loi 20, *De adimend. leg.*, et 35, *De leg.*, 1°, n'est applicable qu'au cas où la nullité de l'acte provient, non d'un vice de forme extérieure et probante, mais d'un vice de capacité. Si c'est un vice de forme qui infecte l'acte, et surtout l'acte testamentaire, cet acte ne prouve rien : il ne contient pas même la preuve d'une nue volonté. En voici un exemple qui nous

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 234, n° 38.

(2) D., l. 36, § 3, *De testam. milit.*

(3) Favre, C., *De testam.*, *defn.* 46, n° 40, et *defn.* 47, n° 49.

paraît très-fort. Le legs et le fidéicommiss pouvaient se faire *nuda voluntate* chez les Romains, comme nous l'avons dit tant de fois. Supposons maintenant qu'un légataire, gratifié dans un testament nul, eût voulu réclamer le paiement de son legs, sous prétexte qu'il y avait preuve de la nue volonté du testateur et que cette nue volonté lui suffisait. Voici ce que Paul lui eût répondu : « *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum est ; decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur* (1). » La raison qu'en a donnée Pothier est qu'à la vérité un legs peut être laissé sans testament, *et nuda voluntate*, mais que du moment que ce legs est contenu dans un testament, il dépend de la validité de cet acte. « *Verum si testamento contineantur, pendent a jure testamenti in quo contineantur.* » Telle est aussi la décision de la loi 11, § 1, D., *De legat.* 3° (2), et de la loi 29, D., *Qui test. facer. possunt* (3).

Il n'y a donc pas de principe plus certain que celui qui veut qu'un testament nul en la forme ne puisse pas plus produire d'effet pour détruire que pour créer une disposition : il est réduit *ad non esse*. Le droit romain en donne la preuve à chaque pas, et le Code Napoléon le décide expressément dans l'art. 1001 (4).

Nous n'ignorons pas, au reste, que plusieurs jurisconsultes ont étendu la maxime *ex actu nullo solet colligi voluntatem*, même au cas où l'acte est nul par défaut de forme. Mantica a recueilli leurs opinions à cet égard (5) ; mais, en admettant cette extension peut-être outrée, les jurisconsultes

(1) D., l. 23, *De legat.*, 3°.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 234, n° 38.

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 479, n° 45.

(4) Voy. *supra*, nos 4740 et suiv.

(5) Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 3, t. XX, n° 3.

qui s'y sont rangés sont d'accord sur ce point, que si un acte nul par défaut de forme peut servir à soutenir, à expliquer ou à interpréter une disposition, il ne peut jamais servir à la détruire. « *Sciendum est etiam, quod ex actu nullo non sumitur præsumptio ad destruendam, sed ad sustinendam testatoris voluntatem, ut loquitur l. ult. De reb. eor. qui sub tut. sunt, et ridiculum est dicere quod ex verbis inutiliter adjectis voluntas testatoris declaretur ad infirmam expressam ejus dispositionem* (1).

Que deviennent maintenant les raisonnements de M. Toullier ? Ils sont réfutés par les principes les plus purs du droit, par la raison elle-même qui veut que ce qui est nul ne puisse renverser ce qui existe. Il cite à l'appui de sa doctrine, Vinnius (2) et Pothier (3). Mais nous lui opposerons Perezzius (4), Voët (5), Mantica (6), Furgole (7), M. Merlin (8) et autres. Nous lui dirons : le testateur avait deux moyens pour révoquer expressément son testament. Il pouvait con-

(1) Mantica, *loc. cit.*, n° 6.

(2) Vinnius, *Instit.*, *De adempt. legat.*

Nous devons dire qu'on pourrait contester que Vinnius ait l'opinion que lui prête M. Toullier. Ce jurisconsulte dit à la vérité : « *Omnino assentior Bartolo posse legatarium, opposita exceptione doli summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum adeptum esse proponatur.* » Mais que veut dire le mot *imperfectum* ? Il ne signifie pas toujours un testament nul ; il veut dire aussi très-souvent le testament qui, quoique privé des solennités capables de le faire valoir *jure civili*, est revêtu de certaines formes capables de le faire valoir dans quelques circonstances, à cause du privilège du testateur ou de celui des héritiers institués (Furgole, *Traité des Testaments*, ch. 41, n° 42). En prenant dans ce sens le mot *imperfectum*, Vinnius est tout à fait d'accord avec la manière dont nous avons interprété Bartole.

(3) *Traité des donations testam.*, ch. 6, sect. 2, § 4, p. 347.

(4) *Instit.*, *De adempt. leg.*

(5) *De adim. leg.*, n° 3.

(6) *De conject. ult. vol.*, l. 42, t. II, n° 22.

(7) *Loc. cit.*

(8) *Loc. cit.*

signer sa volonté dans un second testament, ou bien dans un acte révocatoire *ad hoc* fait devant notaires; il a choisi la forme minutieuse et périlleuse du testament. Il faut donc juger de sa volonté d'après la forme qu'il a préférée, et non en convertissant l'acte de son choix en un acte dont il a refusé de se servir, et qui n'est pas compatible avec la nature des testaments. Il a voulu disposer à cause de mort et avec les solennités attachées à ce genre de dispositions; comment pourrait-on vouloir changer sa volonté en acte entre-vifs? Si dans la convention, un acte notarié qui se trouve souscrit par les parties, vaut cependant comme acte sous seing privé, c'est que l'une et l'autre forme conviennent également à ce qui fait l'objet du contrat; on peut indifféremment contracter par acte public et par acte sous seing privé. Mais il serait contraire à tous les principes de convertir une disposition à cause de mort, qui ne subsiste que par un concours de solennités particulières, en un acte notarié proprement dit, parce que cet acte notarié ne peut, dans aucun cas, être propre à revêtir une disposition à cause de mort (1).

Du reste, notre opinion est sanctionnée par l'immense majorité des arrêts (2).

2051. On demande si un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, peut révoquer un testament précédent, lorsque cet acte olographe ne contient autre chose qu'une clause de révocation, et que celui qui y a recours n'a fait aucune distribution de son patrimoine.

La raison de douter, c'est que les testaments valables ne

(1) Voy. *supra*, nos 1493, 1506.

(2) Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 224). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Aix, 20 avril 1809 (Devill., 3, 2, 56). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 1, 234). Cour de cassat., 4 novembre 1814 (Devill., 3, 1, 418). Cour de cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834. Cour de

peuvent, d'après notre droit, être révoqués par des actes sous seing privé, à moins que ce ne soit par un testament olographe, et qu'il paraît difficile de qualifier testament un acte qui ne contient aucune libéralité à cause de mort.

Mais la raison de décider est, que l'acte olographe dont il s'agit est un véritable testament, puisqu'il appelle les successeurs *ab intestat*: « *Tunc videtur instituere venientes ab intestato,* » dit Bartole sur la loi 18, *De leg.*, 3°. C'est aussi ce que dit Voët à peu près dans les mêmes termes (1). A la vérité, l'institution n'est pas formelle quant à l'expression; mais elle l'est quant à l'intention. Il était inutile que le testateur dît qu'il appelait ses successeurs *ab intestat*, puisque cela avait lieu de plein droit par l'effet de la révocation (2).

2052. Lorsque la déclaration de révocation de testament est faite par acte devant notaires, elle doit contenir les formes des actes notariés; sans cela elle est nulle et ne peut produire d'effet: « *Quod nullum est nullum producit effectum.* » C'est par application de ce principe que la jurisprudence a déclaré nul un acte de révocation reçu par un notaire en l'absence de l'autre (3). Cette condition de la présence du

cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 1, 474). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 46).

(1) *De rupto, injusto irritove fact. test.*, n° 4. L. 1, § *ante pen.*, D., *Unde liberi.*

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 98, p. 231. Domat, liv. 3, t. I, sect. 5, n° 42, à la note. Grenier, *Traité des donat.*, part. 2, ch. 4, n° 342, t. I, p. 597 et 598. Toullier, t. V, n° 633, p. 584. Merlin, Répert. de jurisp., v° *Révoe. de codicille*, § 4, n° 1, t. XVII, p. 528. MM. Duranton, t. IX, n° 431, p. 413 et suiv. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 1, n° 13. Poujol sur l'art. 1035, n° 5. Coin-Delisle sur l'art. 1035, n° 7. Cour de Paris, 5 juillet 1813 et sur le pourvoi. Cour de cassat., rej., 17 mai 1814 (Devill., 4, 1, 563). Cour de cass., rej., 7 juin 1832. (Devill., 32, 1, 542). Colmar, 22 juin 1831 (Devill., 32, 2, 51). Bordeaux, 27 mars 1846 (Devill., 46, 2, 524). Voy. *contra*, Delvincourt, n° 2, sur la p. 401; t. II, p. 377. Bugnet sur Pothier, *Donat. testam.*, p. 308, n° 2.

(3) Toulouse, 28 novembre 1825 et sur le pourvoi. Cassat., rej., 24 avril