FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
TOULOUSE

DE LA

FORME DES TESTAMENTS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DUFOUR ✲, Doyen, professeur de Droit commercial.
MOLINIER ✲, professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES ✲, professeur de Code civil.
MASSOL ✲, professeur de Droit romain.
GINOULHIAC, professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
HUC, professeur de Code civil.
HUMBERT, professeur de Droit romain, en congé.
POUBELLE, professeur de Code civil.
ROZY, professeur de Droit administratif.
BONFILS, professeur de Procédure civile.
ARNAULT, professeur d'Economie politique.
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.
LAURENS, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.
PAGET, agrégé.
CAMPISTRON, agrégé.
M. MOUSSU, Secrétaire, agent comptable.

Président de Thèse : M. ARNAULT, professeur.

Suffragants : MM. Bressolles, professeur.
Ginoulhiac, professeur.
Bonfils, professeur.
Laurens, agrégé.
Paget, agrégé.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

Lo883

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA

FORME DES TESTAMENTS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

PAR M. MARCEL BARRIÈRE

AVOCAT

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE

IMPRIMERIE VIALELLE ET COMPAGNIE

9, RUE DU LYCÉE, 9

—

1877

DE LA FORME DES TESTAMENTS

INTRODUCTION

Le testament est l'acte par lequel une personne, en prévision de sa mort, fait connaître ses dernières volontés. C'est l'adieu suprême du mourant, c'est son dernier acte de propriété, car, bien que la plupart des testateurs n'attendent pas pour faire leurs dispositions le moment où ils ont déjà un pied dans la tombe, il n'en est pas moins vrai que le plus souvent leur testament n'est connu, et, dans tous les cas, ne reçoit son exécution qu'après leur décès.

C'est alors seulement qu'on peut appliquer à cet acte les expressions que nous trouvons dans la Novelle 22, ch. 2 : « *Disponat testator, et erit lex.* » Car jusqu'au décès du testateur, le testament est essentiellement révocable, et peut toujours être modifié ou détruit jusqu'au dernier soupir. Cette idée est tellement de l'essence du testament qu'elle a été

admise par toutes les législations : tandis que le donateur entre-vifs ne peut revenir sur sa donation sans de justes motifs, celui qui dispose de ses biens pour le moment où il ne sera plus peut, tant qu'il existe, modifier ses dispositions à son gré et d'après son seul caprice.

Le testament ne devant produire son effet qu'après la mort, alors que le testateur n'est plus là pour reconnaître ou contester la vérité des clauses qu'il contient, le législateur a dû intervenir et poser des règles plus minutieuses et plus sévères qui garantissent que les dispositions du testateur sont bien l'expression exacte de sa volonté.

L'ensemble de ces règles prescrites par la loi pour la validité des déclarations de dernière volonté constitue la forme des testaments. Loin d'être des entraves, les formes sont les protectrices des lois et de la liberté des citoyens.

Le testament est une des institutions les plus anciennes. Nous le voyons en usage chez la plupart des peuples de l'antiquité. C'est ainsi que Diogène Laerce, *in vitis philosophor.*, rapporte les dernières volontés de certains philosophes. Le prophète Isaïe engage Ezéchias, roi de Judée, à mettre ordre aux affaires de sa maison, car il est au moment de sa mort (1).

Quelques auteurs font remonter l'origine du testa-

(1) In diebus illis ægrotavit Ezechias usque ad mortem : et introivit ad eum Isaïas filius Amos Propheta et dixit ei : Hæc dicit Dominus : Dispone domui tuæ, quia morieris tu, et non vives. (Bible : Isaïe, ch. 38.)

ment jusqu'à Adam, d'après certains actes que Furgole estime apocryphes, d'accord en cela avec les savants et les meilleurs critiques. D'autres, se contentant de remonter au déluge, nous apprennent que, sur l'ordre de Dieu, Noé fit un testament par lequel il divisa la terre entre ses trois fils.

Quoi qu'il en soit, il est certain que le testament était connu des Hébreux, qui durent en introduire l'usage en Egypte, lors de leur captivité. C'est là que les Grecs le trouvèrent, et, de proche en proche, cette institution se généralisa. Les Romains le connaissaient dans les premiers temps de la fondation de Rome. Sans doute les formes dans lesquelles il devait être fait ont changé, les formalités nécessaires, les conditions de capacité ont varié, mais il n'en est pas moins vrai que l'usage et le droit de tester existaient dès avant la loi des Douze Tables.

Si l'origine des testaments est aussi ancienne, c'est que le droit pour les mourants de disposer de leurs biens pour le moment où ils ne seront plus appartient au droit des gens. Le droit civil n'a eu qu'à régler les formes dans lesquelles on devait tester, et les conditions de capacité que devait réunir le testateur. Cette origine du droit de tester n'a pas été admise par tous les auteurs. On a voulu établir une distinction entre les donations entre-vifs et les dispositions testamentaires au point de vue qui nous occupe. On a prétendu que la donation puisait sa source dans le droit de propriété, tandis que le législateur seul autorisait les dispositions testamentaires ; d'où suivrait que le

droit de disposer entre-vifs dériverait du droit des gens et le droit de tester du droit civil.

Mais c'est là une erreur.

Le droit de disposer de la manière la plus générale est un élément du droit de propriété.

Ceux qui soutiennent l'opinion contraire disent : Lorsque de son vivant le propriétaire veut aliéner, le législateur doit consacrer cette volonté ; comment peut-il disposer pour le moment où il ne sera plus? Il est manifeste qu'il ne peut pas se survivre à lui-même ; théoriquement ce n'est pas possible ; ce qui l'a rendu possible, c'est la garantie sociale ; les hommes réunis en société ont admis que ces dernières volontés seraient respectées. L'origine du droit de tester dérive donc de la volonté du législateur, et non du droit de propriété. L'un des plus ardents défenseurs de cette opinion, Bynckershoeck, tout en se prononçant pour l'origine civile du testament, reconnaît que l'opinion favorable à l'origine naturelle est plus accréditée.

Mais la vérité est qu'il importe peu que l'on dispose entre-vifs ou par testament ; si la propriété individuelle n'engendrait pas le droit de tester, il serait faux de dire qu'elle existe. Sans ce *jus abutendi*, ce serait une simple jouissance viagère ; la propriété implique ce prolongement qui survit au testateur. En effet, si la disposition ne doit produire son effet qu'après la mort de celui-ci, il n'en est pas moins vrai qu'elle est faite de son vivant, alors qu'il est parfaitement capable de disposer de ses biens selon son gré et sa volonté.

Leibnitz va même plus loin et, donnant à sa pensée

la plus haute expression, il fait dériver ce prolongement de propriété et le testament lui-même du principe de l'immortalité de l'âme.

Le testament est, comme le mariage, une de ces institutions du droit des gens dont le droit civil s'est emparé pour les réglementer. Vainement oppose-t-on que Tacite, parlant des mœurs des Germains (*lib. de morib. German.*, c. 20), rapporte que le testament était inconnu chez eux. D'abord il cite cela comme un fait digne de remarque ; et en second lieu, tandis que nul ne conteste que l'inceste soit désapprouvé par le droit des gens, il y a cependant des peuples qui sont loin de le proscrire, *sicut quod incestum Persis probetur, non ideò minus id jure naturali turpe est*, nous dit Cujas. De ce que certains peuples n'ont pas connu une institution, on ne peut donc pas en conclure d'une façon définitive et péremptoire que cette institution n'appartient pas au droit naturel, au droit des gens, et qu'elle est uniquement une création du droit civil.

On peut aussi tirer argument des lois 13, § 2, Dig. 29, 1, *de testam. mil.*, et 17, § 1, Dig. 48, 19, *de pœnis*, combinées. La première de ces lois nous dit que les militaires peuvent instituer héritier un déporté ; d'après la seconde, les déportés sont privés de toutes les choses du droit civil, mais jouissent de tous les droits qui ressortissent du droit des gens. C'est donc que le testament n'est pas une institution purement civile.

D'après Constantin, l. 1, code 1, 2 *de Sacros Eccles.*, rien n'est plus précieux à l'homme que le droit de

pouvoir exprimer ses volontés pour le temps où il ne pourra plus vouloir.

Mais si le testament a son origine dans le droit des gens, il n'en est pas moins vrai que par sa forme il appartient au droit civil. Par suite, le législateur a dû entourer sa confection de certaines règles de droit, et le testament n'est valable qu'autant que le testateur y a satisfait. Ces règles sont relatives et à la capacité de tester et à la forme dans laquelle les testaments doivent être faits. Nous ne nous occuperons pas des premières, nous rattachant seulement à celles qui ont trait aux formalités à observer pour qu'un testament puisse sortir effet et soit valable dès le principe.

Ces formalités ont varié suivant les différentes époques. Nous allons les étudier successivement en faisant une distinction toutefois entre celles qui doivent entourer la confection du testament et celles qui doivent être observées dans la rédaction. Après avoir vu les formes externes et les formes internes des testaments aux différentes époques, nous terminerons par l'étude de quelques testaments spéciaux, pour lesquels, à raison de la position particulière du testateur, on a dû se départir des règles ordinaires.

DROIT ROMAIN

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est. (Inst. Just., liv. 2, tit. 10, Pr. de test. ordin.)

Cette idée avait déjà été émise par Servius Sulpicius, mais Aulu-Gelle (*Nuits att.*, VI-12) l'avait combattue et s'était élevé contre la pensée de voir dans le mot *testamentum* un mot composé. Il est bien évident que la désinence *mentum* n'a pas plus d'importance ici que dans plusieurs autres mots dans lesquels il n'est pas possible de la faire dériver du mot *mens*, par exemple : *vestimentum, calceamentum, fundamentum.*

Justinien, dans le passage des Institutes précité, n'a pas voulu donner la définition du testament. Il a simplement constaté la concordance apparente qui existe entre la chose et le nom. C'est ainsi qu'Ulpien (L. 1, Pr., Dig. 46, 2.) nous dit que la novation a reçu son nom *a nova obligatione*, et Paul (L. 35, § 1, Dig.

39, 6) que la donation a reçu son nom *a dono, quasi dono datum.*

La véritable définition du testament nous est fournie soit par Ulpien, soit par Modestin.

Testamentum est voluntatis nostræ justa contestatio, in id solenniter facta, ut post mortem nostram valeat. (Ulp. reg. 20, § 1.)

Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit. (Modestin, L. 1, Dig. 28, 1.)

Le droit de tester est un de ceux dont les Romains se sont montrés le plus jaloux. A leurs yeux, il était honteux de ne pas laisser d'héritier. Pour parer à cette éventualité, on avait obligé les esclaves à accepter l'hérédité ; ils formaient la classe des héritiers nécessaires.

Cela est clairement démontré par le testament de Dasumius, découvert aux environs de Rome en 1820 et 1830, inscrit sur deux tables de marbre et dont le texte nous est rapporté aussi complet que possible par M. Giraud. — *Novum enchiridion juris romani.* — On y voit, par le soin que le défunt a mis à substituer un héritier à un autre dans le cas où celui-ci n'accepterait pas l'hérédité, combien il tenait avant tout à avoir un continuateur de sa personne (1).

(1) Testamentum Dasumii :

Quoniam est rectum præstare..... amicus rarissimus..... si se nomen meum laturum promiserit..... mearum fortunarum ex uncia heres esto, eamque nominis bonorumque hereditatem cernito in diebus centum proximis, quibus scierit poteritque. Quodni ita

Le peuple romain était religieux et même superstitieux ; les dieux Mânes y jouaient un rôle important. L'héritier était chargé de continuer le culte de ces dieux ; si le testateur n'avait pas laissé d'héritier, ou si ses biens avaient passé à un héritier négligent, les sacra privata auraient pu s'éteindre, et c'est en cela que consistait le déshonneur.

Aussi les Romains apportaient-ils le plus grand soin à la conservation de leur testament. C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, que nous voyons César déposer entre les mains de la première des vestales l'écrit contenant ses dernières volontés..., *quod idibus septembribus proximis in Lavicano suo fecerat demandaveratque virgini vestali maximæ* (Suétone, *in Julio*, c. 83.)

Ce sont les mêmes motifs qui firent introduire l'usage de faire plusieurs exemplaires du testament, afin que si l'un d'eux était égaré ou détruit, on pût en produire un autre après la mort.

D'un autre côté, les Romains, préoccupés de leurs

creverit, tunc Septuma Secundina, matertera mea pientissima, mihi heres esto ex eadem parte. Si nec ea mihi heres erit, tunc..... filia Serviani ex eadem uncia mihi heres esto. Ex reliqua parte Ursus Servianus dominus meus mihi heres esto. Si Servianus mihi heres non erit, tunc..... et..... mihi heredes sunto. Si..... et..... mihi heredes non erunt, tunc Dasumia.... mihi heres esto. Si Dasumia mihi heres non erit, tunc..... et.... mihi heredes sunto ; iique cernunto in diebus centum proximis quibus scierint poteruntque. Si nec eorum quisquam creverit, tunc Syche, nutrix bene merita, ex eadem parte mihi heres esto.

intérêts matériels, ne voulaient pas qu'après eux leur patrimoine passât entre les mains d'un dissipateur. Au moyen du testament, ils pouvaient choisir un héritier réunissant toutes les qualités voulues pour gérer en bon père de famille la fortune qu'ils lui laissaient.

Enfin ils tenaient au testament parce que cet acte était, au moins quant à sa forme, une institution du droit civil, non accessible aux étrangers. C'était là un privilége du peuple romain.

Parfois même le testament était d'une nécessité absolue pour la transmission des biens. Ainsi Aulu-Gelle (I, 12) d'après les Commentaires de Labéon sur la loi des XII Tables, rapporte que : une vestale ne peut hériter d'un citoyen *ab intestat*. Nul citoyen ne peut non plus hériter d'une vestale morte sans testament. On prétend que ses biens retournent à l'Etat.

CHAPITRE PREMIER

DES FORMES ORDINAIRES

SECTION PREMIÈRE

Formes externes des testaments.

L'ordre le plus naturel dans l'étude d'une institution est l'ordre chronologique. De cette façon on voit ce qu'elle a été dès le début, et on se rend facilement compte de la nécessité des améliorations qui y ont été apportées. Cette étude rétrospective est loin d'être inutile ; si, en effet, on n'a plus à appliquer des règles tombées en désuétude, il est cependant bon de les connaître, afin de bien comprendre l'application des règles nouvelles : *Etiam quod discere supervacuum est prodest cognoscere.* (Sénèq., liv. 6, *De benef.*, c. 1.)

Justinien a compris cette utilité lorsqu'il nous dit dans ses Institutes (liv. 2, tit. 10, § 1) : *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est...* Mais il est à regretter qu'il ne nous fasse pas connaître les formes des divers testaments en usage chez les an-

ciens. Il s'est borné à les énumérer. Chez les anciens Romains, on ne connaissait que deux sortes de testaments : le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu*. C'est ce que nous apprennent Gaïus, (C. 2, § 101) et Just. (Institutes, liv. 2, tit. 10, § 1.)

Le plus ancien est le testament *calatis comitiis*. C'est aussi par celui-là que nous devons commencer.

§ 1 — *Testament* calatis comitiis.

Ce testament, comme son nom l'indique, se faisait devant l'assemblée du peuple. Le mot *comitia* dérive en effet du verbe *coire*, se réunir, s'assembler, et *calata* vient d'un verbe en usage chez les anciens Romains, *calare*, du grec καλειν, appeler, convoquer.

Le nom de *comices* n'était cependant pas donné à toutes les assemblées. Aulu-Gelle, dans ses *Nuits attiques*, XV, 27, rapporte un passage de Lelius Felix, duquel il résulte que lorsque le magistrat ne convoquait pas l'universalité, mais seulement une partie du peuple, il n'y avait point *comitia*, mais simplement *concilium*. Bien plus, Schott, *Antiquitatum romanarum corpus*, liv. 6, *de Comitiis*, nous apprend que le nom de *comitia* était réservé aux seules assemblées dans lesquelles un vote devait être exprimé, mais que ce nom n'était pas applicable lorsque le peuple se réunissait, par exemple, à l'occasion des jeux ou du cens.

Au rapport des auteurs, et notamment de Cicéron, Tite-Live et Denis d'Halicarnasse, ces assemblées du

peuple romain furent de trois sortes, selon que le vote avait lieu par curies, par centuries ou par tribus. Dans les comices, en effet, les votes n'étaient pas recueillis individuellement. On votait par curies dans les comices par curies, par centuries dans les comices par centuries, et par tribus dans les comices par tribus, et l'on sanctionnait la décision prise par la majorité des curies, des centuries ou des tribus. C'est ainsi que l'on trouve successivement les *comitia curiata*, les *comitia centuriata*, et les *comitia tributa*.

Les comices par centuries et les comices par tribus n'offrent aucun intérêt au point de vue de la matière que nous avons à traiter; il est certain que ce n'est pas dans ces comices que se faisaient les testaments. En effet, les centuries n'ont été organisées que par Servius Tullius; jusqu'à lui les comices par centuries n'avaient donc pas pu se réunir, et cependant les testaments étaient depuis longtemps en usage. De plus, ces comices, se tenant au Champ de Mars et ne pouvant pas se tenir dans l'enceinte de Rome, *intra pomœrium*, il en serait résulté que les Romains n'auraient pu tester que hors des murs de la ville, ce qui n'est pas admissible. Si ces comices se tiennent au Champ de Mars, la raison en serait, d'après Aulu-Gelle, que c'est seulement en dehors de Rome, et jamais dans son enceinte, que l'on peut commander une armée. *Intra urbem imperare jus non sit.*

Les testaments ne pouvaient pas davantage être faits dans les comices par tribus, car ce n'est qu'en

l'an 263 de la fondation de Rome que ces comices furent organisés.

C'est donc dans les comices par curies que l'on faisait les testaments : cela est du reste confirmé par tous les auteurs. Ecoutons M. Ortolan dans son *Histoire de la législation romaine* : « La réunion des « trente curies, convoquées pour délibérer et décider, « forme la plus ancienne assemblée du peuple ro- « main. Ce sont les comices religieux et aristocrati- « ques qui sont convoqués par le ministère des lic- « teurs, qui se tiennent dans l'intérieur de la ville, « au forum, sous l'empire de certains rites sacerdo- « taux, et où la caste patricienne absorbe et domine « la plèbe. Ce sont les comices électoraux qui défè- « rent le commandement, qui nomment aux pouvoirs « publics, aux dignités pontificales. Ce sont eux qui « statuent sur ce qui intéresse la composition des fa- « milles dans la cité et les successions testamen- « taires (1). »

Mais d'où vient que pour un acte privé comme le testament on convoquait les comices et que c'était seulement devant le peuple assemblé que le testateur pouvait faire ses dernières dispositions? C'est que les Romains, « balançant d'un mesme poids la loy générale « pour le public, et le testament pour les particuliers, « tout ainsy que les loix se faisoient et publioient en « pleine assemblée du peuple, ils voulurent que le « semblable fust faict en matière de testaments, c'est à

(1) Ortolan, *Hist. de la législation*, p. 32.

« sçavoir le peuple appelé à son de trompe et cry pu-« blic (1). » En effet, *testamenti factio non privati, sed publici juris est* (L. 3, Dig. 28, 1, *qui test. fac pos.*) Cicéron, faisant la même comparaison que Pasquier, nous dit : « *In publicis actis nihil est gravius lege, in privatis firmissimum est testamentum* (2). »

Les *comitia calata* n'ont jamais formé un genre de comices particulier. A l'origine tous les comices étaient convoqués; nous savons, en effet, que le *lictor curiatus* était chargé de rassembler les comices par curies et que c'était au son du cor que l'on convoquait les comices par centuries. Au début tous les comices étaient donc des *comitia calata*; plus tard, lorsque le verbe *calare* tomba en désuétude, le nom de *comitia calata* fut réservé aux assemblées du collége pontifical dans lesquelles on faisait les testaments. Aulu-Gelle, dans ses *Nuits attiques*, nous dit en effet que dans les comices appelés *calata* on consacrait les objets du culte et on faisait les testaments.

Théophile, dans sa paraphrase des Institutes de Justinien, rapporte que deux fois l'an les comices étaient convoqués pour la confection des testaments. Cela avait paru douteux jusqu'au moment où la découverte des Institutes de Gaïus est venue le confirmer. Gaïus, en effet, dans son commentaire 2, § 101, énumérant les divers modes de tester en usage chez les anciens, nous dit : «..... *quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.* » Aujourd'hui il est donc

(1) Pasquier, *Interprétation des Instit. de Justinien.*

(2) Cic., 2e *Philipp.*

certain que, deux fois l'an, on pouvait tester dans les comices par curies.

On avait surtout mis en doute ce qu'ajoute Théophile, à savoir que les comices étaient convoqués pour la confection des testaments : *Præco totam circumibat urbem convocans, omnisque populus concurrebat, et qui volebat, teste populo, testabatur.*

Heinneccius faisait observer que, de ce que les testaments étaient faits dans les comices, il ne fallait pas en conclure que les comices n'étaient convoqués que pour la confection des testaments. En effet, on affranchissait par testament, par le cens et dans les églises, et cependant on faisait des testaments, le cens avait lieu, les églises étaient suivies même hors des cas d'affranchissement. De ce que les testaments se faisaient dans les comices, on ne pouvait donc pas en conclure que les comices étaient convoqués spécialement pour la confection des testaments.

Cette opinion lui semblait du reste confirmée par Aulu-Gelle lorsqu'il dit que dans les comices par curies on consacrait les objets du culte et on faisait les testaments. « *Iisdem comitiis quæ Calata appellari diximus et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.* » Il concluait de là que ce n'était qu'accidentellement et non d'une manière principale que les comices s'occupaient de la confection des testaments. Ainsi donc les testaments n'auraient été que l'appendice des comices et jamais leur but principal. Les termes précis employés par Gaïus ont fait disparaître toute incertitude à cet égard.

Pothier, dans ses Pandectes expliquées, a essayé

de concilier Théophile et Aulu-Gelle. A l'origine, alors que les testaments ne pouvaient se faire que devant le peuple assemblé, les comices auraient eté convoqués spécialement pour la confection des testaments. La désignation d'un héritier était un acte assez important pour motiver cette convocation spéciale. D'une part, en effet, l'organisation de la cité et celle de la famille étaient étroitement liées ; d'autre part, c'était l'héritier qui devait continuer le culte des dieux Mânes. On comprend donc que la transmission des biens et des sacra privata ait pu être le but direct et principal d'une assemblée du peuple romain.

Plus tard, lorsque le testament *per æs et libram* eût été introduit, il est probable que les comices ne furent plus convoqués spécialement pour la confection des testaments, chacun pouvant tester en dehors des assemblées du peuple. Néanmoins, tant que le testament *calatis comitiis* ne fut pas complétement tombé en désuétude, il fut loisible à tous les citoyens de venir déclarer leur dernières volontés dans les comices. Mais dès lors les testaments ne furent plus que l'appendice de ces comices.

Telle est la conciliation que propose Pothier, et nous ne voyons pas d'inconvénients à admettre que tandis que Théophile avait en vue les usages primitifs, Aulu-Gelle, au contraire, nous apprend ce qui se pratiquait plus tard après l'introduction du testament *per æs et libram*.

La phrase de Théophile que nous avons citée plus haut donne lieu à une autre difficulté. Quel était le véritable rôle du peuple romain ? Intervenait-il comme

législateur ou simplement comme témoin ? D'après Théophile, son rôle eût été purement passif « *et qui volebat, teste populo, testabatur.* » Mais tel n'était pas le rôle du peuple ; il intervenait d'une façon plus directe dans la confection du testament. Avant la loi des douze tables, en effet, les testaments étaient une loi privée que le testateur proposait et que la curie ratifiait.

D'après la loi des douze tables, ce que le père de famille aura voulu sur ses enfants et sur ses biens aura force de loi. Tous les auteurs sont du reste d'accord pour convenir que le testateur, au milieu du peuple assemblé, demandait que tel individu qu'il proposait fût son héritier, prière que confirmait le suffrage du peuple.

M. du Caurroy (*Institutes expliquées*, t. 1, tit. 10, § 1) nous dit : « L'hérédité se transmettait chez les anciens Romains par un acte législatif. Les premiers testaments furent des lois privées par lesquelles le peuple sanctionnait l'institution des héritiers choisis par le testataur. » Cette intervention du peuple est pleinement justifiée par les usages des Romains ; l'héritier, en effet, n'était pas seulement appelé à recueillir les biens du *de cujus*, il devait aussi continuer le culte des dieux Mânes. Ce culte se serait éteint s'il n'avait pas accompli les sacrifices nécessaires. Il était donc juste que le collége des pontifes intervînt et ne permît pas que l'hérédité allât à un héritier qui n'aurait pas pu continuer les sacra de la famille ; car à l'origine les pontifes étaient chargés, dans un intérêt public, de régler et de surveiller les sacra privata.

Or, dans les testaments, il ne s'agissait pas seulement de la transmission des patrimoines, mais aussi de celle des cultes ; il ne faut donc pas s'étonner que les curies eussent le droit, sur l'avis des pontifes, de voter ou rejeter les dispositions du père de famille.

De plus, le testament dérogeait aux lois établies sur les successions, sur le mode de transmission des biens *ab intestat ;* il est donc naturel que l'intervention du peuple qui votait les lois fût nécessaire, et que la volonté seule du testateur ne suffit pas pour consacrer cette dérogation.

Lorsque le testateur avait choisi un héritier et que le vote des curies était venu ratifier ce choix, l'institution était définitive,et ne pouvait être modifiée que par une seconde loi. Le testateur devait attendre une nouvelle assemblée des comices pour revenir sur le choix qu'il avait fait.

Toutefois, le vote des comices était nul si, avant la délibération, les auspices n'avaient pas été pris.

Il en était de même, lorsque les comices avaient été interrompus, de sorte que dès l'origine nous voyons l'unité de contexte nécessaire à la validité des testaments.

Les témoins de ce testament étaient nécessairement citoyens romains, mâles et pubères : eux seuls, en effet, avaient entrée dans les comices, dont l'accès était interdit aux femmes, aux impubères et à ceux qui n'avaient pas le droit de cité.

Tel est le premier mode de tester en usage chez les Romains. Il présentait de graves inconvénients auxquels on remédia peu à peu.

Schott (*Antiquit. roman. corpus*, liv. 6. *De comitiis*, ch. IV) nous rapporte que les seuls citoyens romains compris dans les curies avaient le droit de vote. Par suite, eux seuls avaient entrée dans les comices. Il en résulte que ni les femmes ni les impubères ne pouvaient tester, alors que le testament *calatis comitiis* était seul en usage. Aulu-Gelle, V, 19, dit, en effet, que ni le pupille ni la femme qui n'est point soumise au pouvoir d'un père ne peuvent être adoptés par adrogation. La cause en est que les comices ne peuvent avoir de rapports avec les femmes et que la loi ne donne pas au tuteur sur son pupille assez d'autorité, pour livrer à des mains étrangères l'enfant confié à ses soins (1).

Mais si la femme ou le pupille ne pouvaient pas tester, ils pouvaient cependant être institués; aucun texte, en effet, n'exige la présence dans les comices de l'héritier institué. Tout ce qu'il faut c'est que cet héritier soit une personne certaine, sans cela les curies ne pourraient pas ratifier le choix du testateur.

Le testament *calatis comitiis* ne laissait aucune incertitude sur la personne de l'héritier. Le testateur devant le faire connaître au peuple romain pour obtenir son suffrage, l'institué lui-même savait qu'il devait hériter du testateur, et il n'était pas impossible

(1) « Neque pupillus autem, neque mulier, quæ in parentis potestate non est, arrogari possunt; quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est; et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjiciant. »

que l'intérêt parlant plus haut que la morale fit naître chez lui le *votum mortis*.

De plus, ces testaments ne pouvaient être faits qu'à deux époques de l'année.

C'étaient là autant d'inconvénients auxquels il fallait parer : nous verrons bientôt les diverses modifications qui furent successivement apportées.

§ 2. — *Testament in procinctu.*

Justinien (Inst., liv. 2, tit. 10, § 1) et Gaïus (Com. 2, § 101), citant les plus anciens modes de tester, nous disent qu'autrefois on faisait son testament *calatis comitiis* ou *in procinctu*. Le premier de ces modes était usité dans les temps de paix et de repos, *in pace* et *in otio*, le second en temps de guerre, lorsque l'armée était prête à marcher au combat. *Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus.*

Le besoin d'un second mode de tester n'avait pas tardé à se faire sentir. Les Romains s'étant établis par la guerre, il est certain que le testament *calatis comitiis* ne pouvait leur suffire, si on considère d'une part le désir qu'ils avaient de ne pas mourir sans héritier, et d'autre part le petit nombre de réunions dans lesquelles les comices s'occupaient de la confection des testaments. Aussi importait-il à ce peuple guerrier qu'un nouveau mode de tester permît aux citoyens de faire leurs dispositions dernières avant de marcher au combat, et souvent à la mort. C'est ce qui fit admettre

le testament *in procinctu*, que Justinien appelle improprement *testamentum procinctum*.

Ce testament n'a pas été admis aussi anciennement que le testament *calatis comitiis*. Il est probable qu'il ne pût être en vigueur que lorsque les curies n'eurent plus à ratifier le choix du testateur, mais simplement à en prendre acte. Ce n'est que lorsque le peuple ne joua plus que le rôle de témoins dans le testament *calatis comitiis* que le testament *in procinctu* pût s'introduire, et dans ce mode de tester l'armée remplaça dès lors les curies.

D'après Théophile, le nom viendrait à ce testament de la manière d'être, *ex habitu*, du testateur au moment où il faisait son testament. C'était, en effet, en appareil de combat qu'il venait, à la face de l'armée, faire connaître quelles étaient ses dernières volontés.

Cette déclaration suffisait, et l'armée, légalement incapable de délibérer et de remplacer le peuple comme législateur, le remplaçait comme témoin.

Ce testament avait donc pour témoins les compagnons d'armes du testateur.

L'usage de ce testament *in procinctu* est confirmé par Cicéron dans son *Traité de nat. Deor*, lorsque, se plaignant de ce qu'on a laissé perdre l'art des augures, il ajoute plus d'auspices à la tête des armées, plus d'appels de noms heureux, et par suite plus de testaments tracés avant d'en venir aux mains avec l'ennemi (1) ; et dans son *Traité de Oratore*, lorsqu'il

(1) « ..... Nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt » (Cic., *de nat. Deor.*, lib. 2, c. 3).

rapporte que Rutilius reprochait à Galba d'avoir dit qu'il faisait, sans formalités, sans écriture, une espèce de testament militaire par lequel il nommait le peuple tout entier tuteur de ces malheureux enfants, s'il les laissait orphelins (1).

Si, à l'origine, il était nécessaire de déclarer sa volonté en présence de toute l'armée, bientôt on permit de le faire devant quelques témoins compagnons d'armes, ce qui, plus tard, donna naissance aux formes bien plus simples et privilégiées du testament militaire.

§ 3. — *Testament per æs et libram.*

Les deux modes de tester que nous venons d'étudier étaient encore insuffisants, car aucun d'eux n'était accessible à ceux qui n'avaient pas entrée dans les comices ou qui ne faisaient pas partie de l'armée. L'introduction du testament *in procinctu* n'avait donc nullement amélioré la situation des femmes et des impubères. D'un autre côté, il se pouvait très bien qu'en temps de paix une maladie subite et imprévue conduisît un citoyen aux portes du tombeau, alors qu'une santé florissante ne lui avait pas permis de songer à formuler ses dispositions testamentaires lors de la der-

(1) « Ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis, populum romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati » (Cic., *de Orat.*, lib. I, ch. 53).

nière assemblée des comices. De même, l'état de maladie de celui qui voulait tester pouvait fort bien l'empêcher de se rendre à la réunion des comices, et, dans ce cas encore, il devait mourir *intestat*, le testament devant être l'œuvre personnelle du testateur.

Aussi une nouvelle forme de testament ne tarda pas à surgir, et, quoiqu'encore imparfaite, fit tomber en désuétude les deux modes de tester primitivement en usage.

Le testament *per æs et libram* avait cet immense avantage de permettre à celui qui voulait tester de faire son testament quand il le voulait, sans avoir à attendre le moment où les comices seraient convoqués, ou celui où l'armée serait prête à en venir aux mains.

Mais il existait des lois réglant le mode de transmission des biens *ab intestat;* pour y déroger, il fallait une nouvelle loi, car la volonté d'un individu ne peut porter atteinte à une loi existante : comme nous le dit Papinien, *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (L. 38, Dig. 2, 14, *de pactis*). Dans les *comitia calata*, le peuple votait une loi nouvelle venant déroger aux règles sur les successions *ab intestat*. Il fallait donc un texte formel pour donner au testateur le droit de déroger à ces règles par sa seule volonté. Ce texte fut la loi des douze tables *Uti legassit super pecunia tute lave suæ rei, ita jus esto.*

Mais ce mode de tester a-t-il été introduit par les Prudents, ou bien est-il le testament des douze tables? « On l'ignore. On a pensé qu'il est né par une application à l'hérédité de la forme de la mancipation ; on

serait tenté de croire qu'il devait être écrit dans la loi. La raison que nous proposons, sous toutes réserves, est celle-ci : La mancipation n'était applicable qu'aux choses *mancipi ;* l'hérédité d'un autre côté, considérée comme *universitas*, n'a jamais été une chose *mancipi*. Or, pour faire application même comme simulacre de la forme de la mancipation à une chose *nec mancipi*, il a fallu plus qu'un usage, il a fallu une loi, celle des douze tables. Cette opinion peut s'appuyer encore d'une disposition de la neuvième table, qui frappait d'une peine infamante le témoin d'un testament qui n'en voulait pas rendre témoignage. Ce testament, admis alors, ne pouvait donc pas être seulement celui qui avait les comices pour témoins » (Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. 1. *Essai sur l'hist. gén. du droit français*).

Nous ne croyons pas cependant devoir admettre cette dernière opinion. Sans doute l'hérédité considérée comme universalité était une chose *nec mancipi*, mais on regarda comme chose *mancipi* le patrimoine d'un citoyen, considéré de son vivant, dans la disposition qu'il en ferait. C'est ce qui permit d'appliquer la mancipation à l'hérédité. Ce qui est probable pour nous, c'est que la loi des douze tables est venue confirmer et sanctionner un usage déjà établi. A l'origine, en effet, les patriciens seuls pouvaient tester *calatis comitiis* ; les plébéiens ne le pouvaient pas. Désireux de pouvoir transmettre leurs biens, de se donner un héritier, ils durent chercher un détour qui leur permît d'arriver au but que les patriciens atteignaient au moyen du testament. Aussi, sous l'influence des pru-

dents, imaginèrent-ils la vente de leur patrimoine, et le droit à l'hérédité devint l'objet de la mancipation : la loi des douze tables consacra cet usage.

Quoi qu'il en soit, car ce que nous savons de l'origine de Rome est le plus souvent tellement vague et peu précis qu'on ne peut arriver à une certitude complète, quoi qu'il en soit, dis-je, celui qui voulait tester de cette manière mancipait son hérédité à un individu qui s'en rendait acquéreur; c'était le *familiæ emptor*. Cette vente avait lieu devant cinq témoins, citoyens romains, pubères, et d'un *libripens*, porte-balance.

Le rôle de ces cinq témoins, intervenant dans la mancipation, ne se bornait pas simplement à rendre témoignage en cas de contestation ; il est probable qu'à l'origine ils devaient représenter les cinq classes de Servius Tullius; de là le nom de *classici testes* qui leur est souvent donné. On conçoit que primitivement le peuple fût représenté dans la mancipation, puisque c'était la formalité à observer dans la vent des choses considérées comme les plus précieuses. Si nous ne trouvons que cinq témoins dans les mancipations, tandis que Servius Tullius avait divisé en six classes tous les citoyens, c'est que la sixième classe, étant composée des citoyens de la plus basse condition, on n'en tenait aucun compte.

Quant au *libripens*, sa présence est encore plus facile à justifier. Chez tous les peuples, en effet, l'échange a précédé la vente, et celle-ci ne s'est introduite que par le besoin d'un terme commun. Peu à peu ce terme commun est devenu la monnaie : c'est aussi ce qui s'est passé chez les Romains. Avant que

la monnaie eût été frappée à Rome, on était dans l'habitude de peser l'airain et non de le compter ; de là l'usage de la balance dans les ventes, comme nous l'apprennent Pline le Nat. (liv. 33, c. 3) et Gaïus (c. 1, § 122) et par suite la présence d'un citoyen chargé de faire la pesée, et qu'à raison de ses fonctions on nommait *libripens*.

L'*emptor familiæ*, après avoir prononcé des paroles solennelles : *Hæc familia Lucii Titii empta mihi esto hoc ære æneaque libra. Vos in eam rem boni quirites testimonium perhibetote*, frappait la balance avec l'airain et donnait ensuite cet airain au testateur en guise de prix. Après cela, le testateur imposait à l'*emptor familiæ* par une sorte de pacte adjoint les legs et autres dispositions qu'il voulait faire, Enfin il fallait que la mancipation fût faite sans divertir à aucun acte étranger, les témoins sachant bien qu'ils avaient été convoqués pour assister à la confection d'un testament.

Tel fut, à l'origine, le testament *per æs et libram*, mais il présentait un inconvénient, c'est que les dispositions étaient publiques, et l'héritier parfaitement connu. L'*emptor familiæ* n'était autre, en effet, que celui qui devait recueillir les biens du testateur (Gaïus, ch. 2, § 103). Cependant on a mis en doute que dans le principe l'*emptor familiæ* et l'héritier aient été la même personne. La raison de douter viendrait de ce que du temps de Cicéron et d'Auguste, l'*emptor* et l'héritier étaient deux personnes différentes. Donc, dit-on, il a dû en être ainsi dès les premiers temps de la république romaine. Cette objection ne nous paraît

pas très forte ; car, de ce que du temps de Cicéron et d'Auguste, l'héritier et l'*emptor familiæ* étaient deux personnes différentes, on n'en peut pas conclure qu'auparavant il n'en ait pas été autrement.

Au contraire, il est probable que la personne de l'*emptor* et celle de l'héritier devaient nécessairement se confondre à une époque où on observait très rigoureusement la règle de droit, *neminem alteri adquirere posse.*

Justinien ne permet pas que l'héritier soit témoin dans le testament qui l'institue, car, dit-il, il représente véritablement l'ancien *familiæ emptor* : *Meritò nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet* (Instit., liv. II, tit. 10, § 10).

On peut aussi tirer argument du nom que l'on donnait à l'acte. Les mots *mancipatio, emptio* indiquent bien qu'à l'origine, alors que nul ne pouvait acquérir pour autrui, c'était à l'héritier lui-même que les biens étaient vendus.

D'après Théophile, dans sa paraphrase des Institutes, ce testament fut d'abord nuncupatif, et plus tard écrit. Dans ce dernier cas, il était toutefois lu aux témoins.

Ce mode de tester coexista plus ou moins longtemps avec le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu : Accessit deinde tertium genus,* nous dit Gaïus (C. 2, § 102). Ceux-ci cependant ne tardèrent pas à disparaître devant la forme plus simple, et accessible à tout moment, du testament *per æs et libram,* qui resta seul en usage. Ce testament lui-même reçut quelques modifications, et tomba en désuétude

pour partie ; et s'il resta en usage ce ne fut que sous une forme meilleure.

En effet, les trois genres de testaments que nous connaissons jusqu'ici présentaient deux inconvénients graves. En premier lieu, l'institution n'était pas secrète ; en second lieu, le testament n'était pas révocable à volonté, car il fallait une loi pour révoquer le testament fait *calatis comitiis,* ou *in procinctu,* et le testament *per æs et libram* ne pouvait être révoqué que par une nouvelle mancipation.

Nous verrons bientôt comment on arriva à pouvoir laisser les dispositions testamentaires dans le plus grand secret, et au moyen de quelles modifications elles devinrent entièrement révocables au gré du testateur. C'est, en effet, ce qui se produisit dès qu'abandonnant la forme primitive du testament *per æs et libram,* on lui substitua la forme nouvelle sous laquelle il a surtout été mis en pratique.

Mais nous devons examiner ici quelles conditions doivent réunir les témoins appelés à la confection du testament.

Et d'abord il faut remarquer que, dans les testaments comme dans tout acte où la présence de témoins est exigée, c'est de la présence réelle qu'il s'agit, et que cette présence ne se présume pas. Bien plus, il ne suffit pas que les témoins soient présents matériellement, il faut encore qu'ils comprennent le rôle qu'ils ont à jouer, le but dans lequel ils ont été appelés. Ils doivent, en outre, rester jusqu'à la fin, et volontairement, car, si on les retenait malgré eux, le testament ne serait pas valable (l. 20, §§ 8 et 10, Dig. 28, 1,

qui test. fac. pos.). Enfin, il faut que les témoins non-seulement entendent le testateur, mais aussi qu'ils le voient afin d'éviter toute fraude (l. 9, code 6, 23, *de Testam.*); et le testament ne vaudrait pas si un voile ou une tenture ne leur permettait pas de voir le testateur, qu'ils entendraient cependant. On empêche ainsi un individu de faire le testament d'un autre en contrefaisant sa voix.

Dans le testament *per æs et libram* nous trouvons, outre le *libripens* et le *familiæ emptor*, cinq témoins, citoyens romains, pubères, ayant la *factio testamenti* avec le testateur. Cette condition est tellement importante qu'elle a fait introduire une exception en faveur du latin junien. On lui permet, en effet, d'être témoin dans un testament, du moment où il peut être institué par le testateur, bien qu'il n'ait pas lui-même le droit de tester. (Ulp., *reg.*, tit. 20, § 8.)

Du reste, on applique surtout ici les règles relatives à la mancipation, et le latin junien pouvait y figurer, car il avait le *jus commercii*. (Ulp., *reg.*, tit. 19, § 4.)

En dehors du latin junien, nul ne peut être témoin dans un testament, s'il n'est citoyen romain, pubère, ayant la *factio testamenti* avec le testateur. Néanmoins tout individu, même réunissant ces conditions, ne peut pas être appelé indistinctement comme témoin; nous trouvons, en effet, diverses incapacités, les unes absolues, les autres relatives, motivant l'exclusion du témoignage de certaines personnes, soit dans tout testament, soit dans certains seulement.

Si nous recherchons les personnes qui sont frappées

d'une incapacité absolue comme témoins, nous trouvons :

1° Les femmes. Le testament *per æs et libram* était fait au moyen d'une mancipation ; or, les solennités de la mancipation devaient avoir lieu en présence de citoyens romains ; cela seul exclut les femmes : il fallait, du reste, respecter cette pudeur naturelle qui veut que les femmes ne paraissent en public que lorsque leur présence est absolument nécessaire. Peut-être aussi cette exclusion a-t-elle pour motif cette *imbecillitas sexus* qui sert à motiver la plupart des décisions des jurisconsultes relatives à l'incapacité des femmes. Quoi qu'il en soit, le témoignage des femmes était généralement repoussé ; et s'il était admis parfois, ce n'était qu'exceptionnellement, et s'il était indispensable, comme lorsqu'il s'agissait d'éclairer la religion du juge. Cela résulte des termes employés par Ulpien dans la loi 20, § 6, Dig. 28, 1, où il repousse le témoignage d'une femme condamnée pour adultère.

Quant à l'hermaphrodite, Paul se demande s'il peut être appelé comme témoin, et nous donne en même temps la solution de la question : *Qualitas sexus incalescentis ostendit* (l. 15, Dig. 22, 5. *de testib.*).

2° Les impubères. (l. 3, § 5, l. 19, § 1, Dig. 22, 5, *de testib.*) Leur jugement n'est pas encore assez développé pour qu'on puisse ajouter quelque confiance à leur témoignage.

3° Les esclaves. (l. 20, § 7, Dig. 28, 1, *qui test. fac. pos.*). Toute participation au droit civil leur est, en effet, interdite.

4° Les fous. Si on ne leur permet pas d'assister

comme témoins à la confection d'un testament, c'est qu'ils sont censés ne pas comprendre ce qui se passerait en leur présence. Aussi leur témoignage serait-il parfaitement valable, s'il était intervenu dans un intervalle lucide (l. 20, § 4, Dig. 28, 1, *qui test. fac. pos.*).

5° Les muets et les sourds. Les muets n'auraient pu dire ce qu'ils avaient vu ou entendu ; les sourds n'auraient pu entendre les paroles de la mancipation ou de la nuncupation. C'est ce qui a fait exclure leur témoignage, lorsqu'il s'agit de la confection d'un testament.

6° Les prodigues interdits, car ils sont assimilés aux fous (l. 1, Dig. 27, 10, *de curat. fur.*, l. 12, *in fine*, Dig. 26, 5, *de tut. et curat. dat.*, l. 40, Dig. 50, 17, *de reg. juris*).

7° L'*improbus* et l'*intestabilis*. (l. 18, § 1, l. 26, Dig. 28, 1, *qui test. fac.*). On les considère comme indignes d'être témoins dans la confection d'un testament, car, lorsqu'il s'agit d'apprécier un fait attesté par des témoins, il faut avoir égard non-seulement au nombre, mais aussi à l'honorabilité de ceux-ci (l. 3, §§ 2 et 3, Dig. 22, 5, *de testib.*, *Nov.* 90, ch. 1). On déclare *improbus* et *intestabilis* celui qui a refusé de rendre témoignage au sujet d'un testament dans lequel il a figuré comme témoin ou comme *libripens* (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XV, 13) ; sont encore *intestabiles* les personnes condamnées pour adultère, concussion ou diffamation (l. 14 et 15, Pr. Dig. 22, 5, *de testib.*, l. 18, § 1, Dig. 28, 1, *qui test. fac.*). Celui qui a été déclaré *intestabilis* par la loi ne peut ni faire

un testament, ni servir de témoin (l. 18, Dig. 28, 1). Quelques personnes croient même qu'on n'est pas tenu de rendre témoignage dans une affaire qui l'intéresse (l. 26, Dig. *hoc. tit.*).

Il ne faut pas s'étonner de ces nombreuses incapacités : le testament ne devant être connu qu'après le décès du testateur, il importe d'éviter toute espèce de doute, toute espèce d'incertitude. C'est pour cela que l'on n'admet dans la confection d'un testament que des témoins dignes de foi et en même temps parfaitement capables d'entendre, de comprendre et de répéter ce qui s'est dit ou fait en leur présence. Du reste, le testament n'est pas un acte spontané ; on y songe avant de le faire, le testateur a donc eu le temps de convoquer des témoins réunissant toutes les conditions voulues.

Outre ces incapacités absolues, il y a encore des incapacités relatives ne permettant pas que l'on soit témoin dans le testament de telle ou telle personne. C'est ainsi que ceux qui appartiennent à la famille du testateur ne peuvent être admis comme témoins de son testament, pas plus que ceux qui appartiennent à la famille de l'héritier, de l'*emptor familiæ*, car il ne faut pas perdre de vue que nous sommes encore à l'époque où l'*emptor* et l'héritier ne sont qu'une même personne.

Et d'abord, on n'admet pas le témoignage de ceux qui sont sous la puissance du testateur (L. 20, Pr., et § 1, Dig. 28, 1). En effet, le testateur et le témoin seraient tellement unis l'un à l'autre qu'ils ne formeraient en quelque sorte qu'une seule et même person-

nalité. C'est ce qui fait qu'on écarte toujours ce témoignage domestique (L. 4, Dig. 22, 5 *de testib.*). Mais rien n'empêche un fils émancipé d'être témoin dans le testament de son père ; l'incapacité résulte uniquement de la puissance paternelle, et elle disparaît dès que cette puissance n'existe pas ou n'existe plus. C'est ainsi qu'un enfant pourrait être témoin dans le testament de sa mère ou de son aïeul maternel ; le lien de parenté qui existe entr'eux ne fait naître aucune incapacité relative. (L. 6, Code 4, 20 *de testib.*).

On n'admet pas davantage le témoignage de ceux qui sont sous la puissance de l'héritier, ou sous la puissance desquels se trouve l'héritier qui se rend acquéreur du patrimoine (Gaïus, C. 2, §§ 105, 106).

De même, si deux frères sont sous la même puissance, et que l'un d'eux joue le rôle d'*emptor familiæ*, l'autre ne peut pas être témoin. C'est, nous dit Ulpien, parce que celui qui acquiert, acquiert pour le père sous la puissance duquel il se trouve, et que l'autre frère ne pourrait pas servir de témoin au père de famille, puisqu'il se trouve lui aussi sous sa puissance (Ulp., *reg.*, tit. 20, § 5).

Au contraire, le père de famille peut être témoin dans un testament, en même temps que le fils qui est sous sa puissance ; il en est de même de deux frères placés sous la même puissance. La raison en est que cet acte ne les intéresse pas. L'incapacité n'existe que si le père ou le fils, ou l'un des deux frères joue un rôle actif dans l'acte, c'est-à-dire s'il est testateur ou héritier (L. 17, Dig., 22, 5, *de testib.* L. 22, Pr., Dig., 28, 1, *qui testam. fac.*).

Le père peut-il être témoin dans le testament de son fils? Cette question ne saurait évidemment se poser que lorsque le testateur est un fils de famille vétéran qui teste de son pécule *castrens;* hors ce cas, en effet, le fils de famille ne peut tester, même du consentement de son père (l. 6, Pr., Dig. 28, 1). Sur ce point, nous trouvons les Institutes et le Digeste en contradiction. Au Digeste, nous avons un fragment d'Ulpien (l. 20, § 2, Dig. 28, 1) dans lequel ce jurisconsulte rapporte et admet l'opinion de Marcellus, d'après laquelle le père peut être appelé comme témoin. Au contraire, dans les Institutes, Justinien, reproduisant l'opinion de Gaïus (C. 2, § 106), repousse son témoignage. On a essayé de concilier ces deux textes; mais les raisons que l'on a données ne nous paraissent pas plausibles. On dit que l'opinion de Marcellus se réfère au testament fait en la forme privilégiée permise aux militaires; s'il en était ainsi, on n'eût pas inséré ce fragment au milieu des règles prescrites pour la solennité des testaments, alors qu'il y avait au Digeste un autre titre relatif aux testaments des militaires. De plus, c'est au moment où il vient de dire que le fils sous puissance ne peut pas être témoin dans le testament de son père, qu'Ulpien se pose la question inverse, *per contrarium*, et qu'il rapporte l'opinion de Marcellus. Les termes généraux dans lesquels la question est posée ne permettent pas de la restreindre au testament militaire, pour lequel, du reste, toute latitude est laissée au testateur : *Quomodo velint; quomodo poterunt,* nous dit la loi 1, Dig. 29, 1, *de testam. mil.*

Ainsi donc, la contradiction existe, et nous avons à nous demander quelle est celle des deux opinions de Marcellus ou de Gaïus qui est le plus logique. Nous n'hésitons pas à admettre celle qui est consacrée par Justinien dans ses Institutes (liv. 2, tit. 10, § 9).

Le fils de famille vétéran qui teste de son pécule *castrens* est assimilé à un père de famille ; dès lors, le lien de la puissance paternelle n'existe plus, et comme c'est ce lien qui empêche les membres d'une même famille d'être témoins dans le testament de l'un d'eux, l'incapacité relative qui nous occupe ne devrait pas subsister.

Il est vrai que le fils de famille est assimilé à un père de famille, lorsqu'il teste de son pécule *castrens* (l. 2, Dig. 14, 6, de S.-C. *mac.*) ; mais cela n'est vrai que pour la confection du testament. Le testament terminé, il redevient fils de famille, et retombe sous la puissance paternelle. Par suite, si le père avait été appelé comme témoin, le témoignage qu'il pourrait rendre serait un témoignage domestique, et on n'admet pas de tels témoignages. Nous croyons donc devoir nous écarter de l'opinion d'Ulpien et de Marcellus.

On ne saurait tirer argument de ce qui se passe à l'égard du fils émancipé, car, vis-à-vis de lui, la puissance paternelle n'existe plus ; le lien est complètement rompu.

Ce qui est dit du père du testateur s'applique également à toute personne placée sous la même puissance que celui-ci.

Quant aux légataires et fidéicommissaires, et à ceux

qui sont sous leur puissance, ils peuvent être valablement appelés comme témoins, car dans le testament tout se passe entre le testateur et l'héritier. La circonstance qu'un legs leur est fait ou qu'ils sont chargés d'un fideicommis n'y fait pas obstacle (L. 20, Pr. Dig. 28, 1; l. 22, Code 6, 23.). Le testateur peut donc appeler les légataires comme témoins, ou faire un legs aux témoins (L. 14, Dig. 34, 5, *de reb. dub.*).

Cela paraît contraire aux règles du droit. Sans doute, c'est l'héritier qui est le principal intéressé, mais les légataires, pour avoir un intérêt moindre dans le testament, n'y ont pas moins un intérêt; or, nul ne peut être admis à témoigner dans une affaire qui le concerne (L. 10, Dig., 22, 5, *de testib.* L. 10, Code 4, 20, *de test.*). Si l'on s'est écarté des principes rigoureux du droit, c'est probablement parce que c'était un honneur et une garantie pour le testateur que la présence de ses meilleurs amis comme témoins de son testament; et il eût été souvent pénible pour lui s'il avait eu à choisir entre cette double alternative : ou ne pas les constituer dépositaires de ses dernières volontés, ou ne pas leur laisser le moindre souvenir.

Celui qui ne peut pas être témoin ne peut pas davantage être appelé comme *libripens* (Gaïus, C. 2, § 107, Ulp., *reg.*, tit. 20, §§ 3, 7, 8).

En tenant compte des incapacités que nous venons de signaler, le testateur peut choisir librement les témoins parmi les personnes qu'il pourrait instituer. Il n'a à se préoccuper de leur capacité que pour le moment où il fait son testament; car, si plus tard l'un des témoins perdait sa capacité, le testament n'en sub-

sisterait pas moins. Il suffit pour la validité de l'acte que les témoins aient pu être employés comme tels, au moment de la confection du testament (L. 22, § 1, Dig. 28, 1.)

Mais il se peut que le testateur se trompe, et que, croyant qu'un individu réunit toutes les conditions voulues, il l'appelle comme témoin, tandis que cet individu est dans l'un des cas d'incapacité que nous avons vus. C'est ainsi que le testateur aura appelé comme témoin un esclave qu'il croyait libre. Dans ce cas, le testament doit rester sans valeur; mais il eût été bien dur d'annuler un testament par suite d'une erreur dans laquelle le testateur était tombé avec la majeure partie de ses concitoyens. Aussi les empereurs appliquant l'adage : *Error communis facit jus*, ont-ils décidé que le testament serait valable, bien qu'on eût appelé un témoin incapable, mais dont tout le monde croyait le témoignage admissible. (L. 1, Code 6, 23, *de testam.*) Mais au moins faut-il que le testateur soit de bonne foi.

Cette bonne foi ne saurait exister, et par suite le testament ne pourrait être valable, si l'état du témoin était mis en doute, lors de la confection du testament. De plus, il ne suffit pas que les témoins le croient libre, si d'ailleurs, dans la cité, on sait qu'il est en esclavage : il faut qu'aux yeux de la généralité des citoyens, il passe pour un homme libre.

Peu importe que l'on découvre l'erreur soit avant, soit après la mort du testateur ; dans l'un et l'autre cas, le testament sera valable.

Telles sont les règles qui régissent le choix des

témoins. Elles ne sont pas seulement applicables au testament *per æs et libram ;* mais elles s'appliquent aussi à tous les testaments que nous allons étudier; aussi ne les reproduirons-nous pas ; nous nous bornerons à signaler les changements nécessités par les diverses modifications apportées dans la forme des testaments.

§ 4. — *Testament* per æs et libram *modifié.*

Ce nouveau mode de tester était en usage du temps de Gaïus et d'Ulpien. Il différait du testament primitif *per æs et libram* en ce que l'héritier n'était pas connu, et qu'il était révocable au gré du testateur.

Ici, en effet, l'héritier ne se rend plus acquéreur, il est distinct du *familiæ emptor;* ce sont deux personnes différentes. Le nom de l'héritier est écrit sur les *tabulæ testamenti* que le testateur garde en son pouvoir et qu'il peut détruire si le choix qu'il a fait ne lui convient plus. Toutefois, il n'est pas permis au testateur de modifier les dispositions qu'il a faites. Toute modification ferait tomber le testament; mais on ne doit pas considérer comme telles les additions faites après coup et destinées à bien déterminer la personne qui fait l'objet de la libéralité et à écarter toute incertitude à cet égard (L. 21, § 1, Dig. 28, 1). Si, au contraire, le testateur voulait introduire une disposition nouvelle, il devrait recommencer le testament en entier.

Désormais, le testament écrit vient remplacer le testament verbal, et nous voyons apparaître les *tabulæ*

testamenti. Il n'est pas nécessaire que le testament soit écrit de la main du testateur. Toutefois, on annule et on considère comme non insérées les dispositions écrites de la main du bénéficiaire (L. 1, Dig. 34, 8, *De his, quæ pro non script.*).

Deux choses se passent dans ce nouveau testament *per æs et libram*. Nous y trouvons une mancipation et une nuncupation (Gaïus, C. 2, § 104, et Ulp. *reg.* 20, § 9).

Après avoir écrit ses dispositions, celui qui veut faire son testament mancipe son patrimoine à un autre, toujours en présence de cinq témoins et d'un *libripens*. Mais désormais la mancipation est tout à fait fictive, non-seulement en ce que le testateur ne touche pas le prix de la vente, mais aussi en ce que le *familiæ emptor* étant un tiers et non plus l'héritier, cette mancipation n'intervient que par pure forme, en imitation de ce qui se pratiquait primitivement. Elle se produit, du reste, dans la même forme; la balance et le lingot d'airain jouent le même rôle; seulement les paroles que prononce le *familiæ emptor* ne sont plus les mêmes. Gaïus nous dit, en effet, que l'acheteur du patrimoine emploie ces paroles : *Que ton patrimoine et ta fortune, passant sous ma surveillance, ma tutelle et ma garde, afin que tu puisses faire ton testament conformément au droit, selon la loi publique, me soient acquis par cet airain*, quelques-uns ajoutent *et par cette balance d'airain* (1).

(1) Familia pecuniaque tua endo mandatelam, tutelam, custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc ære, *et ut quidam adjiciunt*, æneaque libra, esto mihi empta (Gaïus, C. 2, § 104).

Après la mancipation ainsi faite vient la nuncupation. C'est alors que le testateur fait connaître ses volontés, *nuncupare est enim palam nominare*. Mais il se contente de proclamer à haute voix que ses dispositions sont contenues dans les tablettes qu'il tient à la main. Il ne fait plus connaître le nom de l'héritier et des légataires. La formule de la nuncupation est rapportée par Gaïus (C. 2, § 104), et par Ulpien (*reg.* tit. 20, § 9). « *Hæc, ut in tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote.* »

Ce mode de tester présente donc deux avantages qu'on chercherait vainement dans ceux qui l'ont précédé : les dispositions restent secrètes jusqu'à la mort du testateur ; les témoins savent seulement que ses dernières volontés sont consignées sur les tablettes qu'il leur a présentées, et, en second lieu, le testateur pouvant détruire ces tablettes, le testament est désormais révocable à son gré. Jusque-là, au contraire, le testateur qui voulait révoquer son testament avait dû ou attendre une nouvelle assemblée des comices, ou se faire remanciper l'hérédité qu'il avait transmise au moyen de la mancipation ; sa seule volonté ne suffisait donc pas pour arriver à cette révocation.

De tout cela il résulte que la mancipation n'avait été conservée que pour se conformer en apparence à l'ancien droit. Le *familiæ emptor* et le *libripens* n'étaient donc plus que des témoins sous une dénomination particulière. C'est ce qui permit au préteur de simplifier encore la forme des testaments.

Quant aux témoins, une des incapacités relatives que nous avons signalées disparaît ici, précisément à raison du secret qui couvre le nom de l'institué. La personne de l'héritier étant distincte de celle du *familiæ emptor*, l'héritier lui-même et les personnes placées sous sa puissance peuvent être appelées comme témoins, aussi bien que les personnes sous la puissance desquelles il se trouve ou qui sont sous la même puissance que lui. (Gaïus, C. 2, § 108.) Mais le testateur choisissant lui-même les témoins, Gaïus ajoute qu'il est bon de ne pas user de cette faculté, et conseille de laisser l'héritier et les personnes qui sont dans sa famille en dehors du testament fait en sa faveur.

§ 5. — *Testament prétorien.*

Les formalités prescrites par le droit civil étaient exigées à peine de nullité; or, il arrivait souvent que les testaments étaient nuls et de nul effet, parce que le testateur, peu versé dans la science du droit, s'était écarté de l'observation rigoureuse des solennités prescrites par le droit civil.

Gaïus nous dit, en effet, dans son Com. 2, § 116, que la vente du patrimoine, l'appel des témoins et la nuncupation que nous avons trouvés dans le testament *per æs et libram* sont complètement inutiles, si l'institution d'héritier n'est pas régulièrement faite.

Le Préteur, se rendant un compte exact du peu d'importance de la mancipation et de la nuncupation,

déclara dans son édit qu'il considèrerait comme valable le testament dans lequel ces formalités auraient été omises ; mais, en revanche, les témoins dûrent apposer leur cachet sur le testament. Le testament est régulièrement cacheté, lorsque les cachets des témoins sont apposés sur le tissu dans lequel le testateur a enveloppé les tablettes contenant ses dernières dispositions.

Dans le testament *per æs et libram* on était certain de l'intervention des témoins ; mais cette certitude n'existait plus dans le testament prétorien ; après la mort du *de cujus*, on aurait pu représenter au préteur un acte qui n'aurait pas été l'œuvre du testateur. Une garantie était nécessaire : le préteur la trouva dans la preuve que les témoins étaient intervenus dans la confection du testament. Cette intervention fut certaine à ses yeux par l'apposition des cachets. Le droit civil n'avait jamais exigé cette formalité, mais, comme elle seule garantissait au préteur que l'acte qui lui était représenté était réellement l'œuvre du *de cujus*, il se montra très rigoureux dans son observation.

Pour qu'un testament soit valable aux yeux du préteur, il faut et il suffit qu'il porte l'empreinte de sept cachets ; on peut appeler un plus grand nombre de témoins, mais il faut qu'au moins sept d'entr'eux aient apposé leur cachet. Ces sept témoins sont ceux que nous avons vus dans le testament *per æs et libran* : les cinq témoins, *classici testes*, le *libripens* et l'*emptor familiæ*. Ces témoins doivent apposer leur cachet, et à côté de cette empreinte inscrire leur nom. Cet

usage était suivi et recommandé par les jurisconsultes bien avant que les constitutions impériales ne soient venues l'exiger. Le testament nul, d'après le droit civil, ne serait même pas valable d'après le droit prétorien, si l'un des témoins avait inscrit son nom sans apposer son cachet, ou réciproquement. Ulpien nous dit que dans les deux cas c'est absolument comme s'il n'avait pas été témoin (L. 22, § 4, Dig., 28, 1, *Qui test. fac. pos.*). C'est grâce à la nécessité de cette *adscriptio* qu'on a pu permettre aux témoins d'employer un autre cachet que le leur. Il est même bon que dans l'*adscriptio* le témoin indique sur le testament de qui il a apposé son cachet (L. 30, Dig., 28, 1, *Qui test. fac.*).

Le témoin doit inscrire son nom, mais il n'est pas indispensable qu'il appose son propre cachet; il peut employer le cachet d'un autre et même se servir de l'anneau du testateur (L. 22, § 2, Dig., *Qui test. fac.*; L. 12, code, 6, 23, *de testam.*). Tous les témoins peuvent même sceller le testament avec un seul et même cachet. Lorsque les choses se passent ainsi, il est bon de le mentionner dans la suscription, afin d'écarter tout soupçon de faux, mais l'omission de cette formalité ne vicierait pas le testament.

Toutefois cette faculté ne s'applique pas aux personnes investies de fonctions publiques, comme les tabellions : ces personnes ne peuvent apposer que leur propre sceau.

Si on permet aux autres témoins de se servir d'un cachet qui ne leur appartient pas, c'est qu'il suffit, lors de l'ouverture du testament, qu'ils viennent certifier avoir apposé eux-mêmes le cachet.

Lors, en effet, qu'à suite de la mort d'un individu on veut procéder à l'ouverture de son testament, la personne qui a le testament en sa possession le présente au magistrat, afin que celui-ci fasse reconnaître les cachets par les témoins qui les ont apposés. Cette reconnaissance opérée, on rompt le tissu qui enveloppait les tablettes, et le magistrat lit la teneur du testament. Dès lors les dernières volontés du *de cujus* sont connues.

La nécessité de cette reconnaissance du cachet par les témoins fait disparaître tout danger de fraude. Une autre garantie consiste dans l'*adscriptio*.

Si l'un des témoins était mort ou incapable de témoigner au moment de l'ouverture du testament, on devrait chercher la preuve de sa présence dans le témoignage des autres témoins. Ce sont eux qui devraient constater que c'est bien le témoin qui fait défaut qui avait apposé le cachet sur l'enveloppe du testament, et avait inscrit son nom à côté du cachet (1).

Cette manière compliquée de procéder à l'ouverture

(1) M. Giraud, *Novum Enchiridion Juris romani*, pag. 661, nous rapporte ce qui se passait lorsqu'on procédait à l'ouverture d'un testament :

Leone jun. patre patriæ Augusto cos. sub die prid. Nonar. novembr. Ravennæ apud Pompulium *Projecticium jun. et Fl. Projectum, et iterum magistratibus præsentibus*, principalibus, Ael. Marino (*et 5 aliis*) Pascasia honesta femina dixit :

« Offero cartam testamenti, *quam mihi Constantius maritus meus commendandam credidit. Peto, ut* eam suscipi jubeatis, testibus præsentibus ostendi, ut, si signacula vel superscriptiones suas recognoscunt, dignentur edicere : eam resignari præcipiatis, *linum incidi*,

des testaments se conçoit, si on remarque que les testaments étaient écrits par des personnes privées, n'ayant aucun caractère officiel. Et c'est aussi pour cela que l'on exige l'apposition du sceau de tous les témoins. Mais il n'en sera pas ainsi dans le droit français, où, les testaments étant reçus par les notaires, il suffira de la signature du nombre de témoins requis pour la validité des actes publics.

Si on n'eût pas permis aux témoins de se servir du

aperiri et per ordinem recitari faciatis, quo voluntas defuncti possit agnosci. »

Pomp. Projecticius jun. et Fl. Projectus mag*istratus* dixerunt :

« Suscipiatur carta testamenti quæ offertur; testibus præsentibus ostendatur, ut, si signacula vel superscriptiones *suas recognoscunt, singuli edicere non morentur.* »

Cumque carta testamenti suscepta fuisset et testibus ostensa; Fl. Bonifacius, vir devotus, apparitor in *classensis* præfec*turæ* officio, dixit :

« Ego in hoc testamento interfui, agnosco annuli mei signaculum et superscriptionem meam, sed et..... intrinsecus subscripsi. »

(Similiter duo alii testes)

Et iterum magistratus dixerunt :

« Quid *et de aliis testibus, quorum* signacula hoc testamento infixa *vidimus?* »

Fl. Bonifacius *(et duo alii testes)* dixerunt :

« Constat, una nobiscum Simplicium,.... qui mortuus est, Exuperium v. d., Pamonium v. d., et Georgi*um* v. d., qui absentes sunt, in hoc testamento interfuisse, quorum signacula et superscriptiones recognoscimus. »

Magistratus dixerunt :

« Quoniam de agnitis signaculis vel superscriptionibus testium responsio patefecit, nunc carta testamenti resignetur, linum incidatur, aperi*atur*, et per ordinem recite*tur*. »

Et inciso lino ex officio recitatum est :

Suit la teneur du testament.

même cachet, des contestations nombreuses auraient pu s'élever ; il se peut, en effet, que les témoins soient pris dans la même famille, et si ces témoins sont unis par les liens de l'agnation, il est fort possible que la même empreinte soit gravée sur leur anneau. Comment dès lors reconnaître si tous se sont servis du même cachet ou si chacun d'eux a employé le sien ? Cela eût été fort difficile ; aussi a-t-il paru plus simple d'exiger l'apposition d'un cachet par sept témoins, plutôt que l'apposition du cachet de sept témoins.

Les témoins peuvent donc se servir de leur propre cachet, de celui d'un autre témoin, de celui d'une personne étrangère au testament, et même de celui du testateur.

D'après la plupart des auteurs, c'est au moyen de leur anneau que les témoins doivent sceller le testament ; c'était le cachet que les anciens employaient avec le plus de facilité, car ils l'avaient toujours à leur doigt, et, par suite, c'était le sceau dont l'emploi leur était le plus commode. Mais rien ne s'opposerait à ce qu'on se servît d'un autre cachet portant la même empreinte que cet anneau. C'est, en effet, l'empreinte laissée sur la cire que l'on doit examiner, et non l'instrument qui sert à imprimer cette trace. Cela est si vrai que l'on ne peut se servir de son anneau que s'il est de nature à donner une forme quelconque à la cire sur laquelle il est appliqué, *dum tamen habeat* χαρακτηρα, nous dit Ulpien (L. 22, § 5, Dig. 8, 1).

Peu importe à quel moment a eu lieu l'apposition des cachets ; elle peut être faite même pendant la nuit (L. 22, § 6, Dig. 28, 1).

Le testament n'est donc valable que s'il a été cacheté par tous les témoins, en présence du testateur. Il est nul si tous les témoins ne l'ont pas scellé dans le même lieu et en présence du testateur (L. 12, Code 6, 23, *de testam.*). La présence simultanée du testateur et des témoins n'est cependant pas exigée, comme nous le verrons, si le testateur est atteint d'une maladie contagieuse (L. 8, Code, *loc. cit.*).

Le testament est encore dénué de tout effet, si les cachets apposés par les témoins ont été altérés volontairement par le testateur (L. 22, § 3, Dig. 28, 1, *qui testam. fac.*). A plus forte raison, si ces cachets ont été complètement détruits. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'altération soit volontaire et ne soit pas un effet du hasard.

Dans le cas où le testateur a brisé les cachets apposés sur le testament, et l'a ainsi dénué de tout effet, il peut, par une nouvelle convocation de témoins et une nouvelle apposition de cachets, lui rendre sa force primitive (L. 23, Dig. 28, 1, *qui testam. fac.*).

Telles furent les simplifications apportées par le prêteur : le testament était valable d'après le droit civil, si on avait observé les formalités exigées. Dans le cas contraire, il produisait son effet d'après le droit prétorien, à la condition toutefois qu'il eût été scellé du cachet de sept témoins.

Mais l'effet du testament n'était pas le même dans les deux cas. Le testament valable d'après le droit civil avait pour résultat la création d'un héritier ; au contraire, le prêteur ne pouvait qu'accorder la *bonorum possessio secundum tabulas*. Celui qui l'obte-

nait n'était donc pas un véritable héritier, mais un possesseur de biens qui jouissait à peu près des mêmes avantages que ceux que conférait l'hérédité civile.

Cicéron (2e act. contre Verrès, I, 45), signale cette forme de testament comme admise déjà depuis longtemps par les édits des préteurs.

§ 6. — *Testament tripartit.*

A l'origine, le testament n'était valable qu'autant que le vote des curies était venu ratifier le choix fait par le testateur. Par l'introduction du testament *per æs et libram*, le testament devint un acte libre, mais il resta enveloppé des anciennes formes solennelles nécessaires pour frapper l'imagination des témoins, et graver dans leur mémoire l'acte à la confection duquel ils avaient participé. Nous avons vu comment le préteur avait éludé la nécessité de ces formes. Un dernier pas restait à faire : il fallait concilier l'ancien droit et celui qui était consacré par l'édit du préteur. C'est ce que firent les empereurs par leurs constitutions.

Théodose le Jeune, fondant ensemble l'ancien droit et le droit honoraire sur les testaments, créa le dernier mode de tester que nous offre le droit romain. Cette forme du testament a, en effet, été conservée par Justinien.

Les formalités exigées ici dérivent de trois sources : l'ancien droit, que l'on désigne sous le nom de droit

civil le droit honoraire, et les constitutions des empereurs. Cette triple origine des conditions nécessaires à la validité du testament lui a fait donner le nom de testament *tripartit*.

A l'ancien droit on emprunte l'unité de contexte et la présence de témoins appelés exprès ; nous savons, en effet, que la délibération des comices était nulle, si les comices avaient été interrompus, et que deux fois l'an ils étaient convoqués pour la confection des testaments. Plus tard, lorsque le testament fut une vente fictive de l'hérédité, la mancipation, comme tout acte légitime, n'était également valable que tout autant qu'il n'y avait pas eu d'interruption (L. 137, Dig., 45, 1, *de verb. oblig.*). De même les témoins devaient savoir que la mancipation à laquelle ils prenaient part avait pour but la transmission d'une hérédité.

L'unité de contexte fut conservée par les empereurs, et se retrouve dans le testament tripartit. Mais qu'entendre par ces mots : unité de contexte? Est-il nécessaire que tout ce qui est relatif à la confection du testament soit fait sans aucune espèce d'interruption? Non, tel n'est pas le sens que l'on doit attacher à ces mots. Le testateur peut, en effet, écrire ou faire écrire son testament à l'avance ; sans doute, rien ne l'empêche de l'écrire en présence des témoins, mais il n'y est pas tenu. Le testament est censé fait en un seul temps, quoiqu'il n'ait pas été dicté ou écrit dans le même moment et le même jour qu'il a été présenté aux témoins. Après avoir rédigé ses dispositions testamentaires, le testateur les présente aux témoins qu'il a convoqués, et leur déclare que l'écrit qu'il met sous

leurs yeux est son testament. C'est à partir de ce moment qu'aucune interruption n'est possible, et jusqu'à ce que le testament soit complétement terminé, on ne doit vaquer à aucun acte qui lui soit étranger (L. 21, § 3, Dig., 28, 1, *qui test. fac.*).

Il faut admettre que l'unité de contexte ne serait pas détruite, si, par suite d'un besoin naturel du testateur ou des témoins, une interruption de quelques instants était rendue nécessaire, soit que le testateur eût un remède à prendre, soit que l'heure du repas vînt motiver cette interruption. Mais, si elle devait se prolonger trop longtemps à cause de l'indisposition subite de l'un des témoins, on devrait, surtout si le testateur était dangereusement malade, remplacer par un nouveau témoin celui qui a été obligé de s'absenter : on continuera le testament en sa présence, et ce testament sera valable, le nouveau témoin ayant connu ce qui a précédé son arrivée (L. 28, Pr., code 6, 23, *de testam.*).

Le second emprunt que le testament tripartit fait à l'ancien droit est relatif à la convocation des témoins. Ici encore on ne s'est pas montré trop rigoureux, et avec juste raison. Une convocation spéciale n'est pas absolument indispensable ; des témoins convoqués pour une autre affaire peuvent être employés dans un testament, mais à la condition toutefois qu'avant de commencer on les prévienne du rôle qu'ils ont à jouer d'une façon telle qu'aucun doute ne puisse exister dans leur esprit (L. 21, § 2, Dig., 28, 1.).

Le testament tripartit doit être fait en présence de sept témoins. C'est là la formalité qui découle du droit

prétorien; à la rigueur on pourrait dire que la présence des sept témoins était exigée dans l'ancien droit, puisque la mancipation exigeait le concours de sept personnes, mais il est plus exact de faire découler cette règle du droit honoraire, car, dans la mancipation, on ne trouve que cinq témoins proprement dits. Le droit prétorien se retrouve encore dans l'apposition des cachets des témoins exigée dans le testament tripartit.

Enfin, et c'est en cela que consiste la formalité nouvelle introduite par les constitutions impériales, le testament doit être signé à la fin par le testateur et les témoins. Toutefois la signature du testateur n'est pas indispensable, si lui-même a écrit de sa main tout le contenu du testament, et si mention en a été faite dans le corps de l'acte (L. 28, § 1, Code, 6, 23, *de testam.*). Les constitutions impériales exigèrent ces signatures pour la validité des testaments, mais l'usage de les signer existait déjà du temps d'Ulpien et de Paul, ainsi que cela résulte des lois 30 et 22, § 4, Dig., 28, 1, *qui test. fac.*

Ainsi donc le testateur présente à sept témoins, citoyens romains, pubères, et rassemblés à cet effet, l'écrit qui contient ses dernières dispositions, écrites soit par lui, soit par un autre, en leur déclarant que c'est là son testament. Il signe le contexte en la présence simultanée de ces témoins. Les témoins signent le contexte avec lui, et le testament se trouve parfait par l'apposition des cachets. On doit appeler un huitième témoin dans le cas où le testateur ne pourrait ou ne saurait signer. D'après la loi 21, Code, *de testam*, Théodose n'exigerait que la signature de ce

huitième témoin. Il faut admettre cependant que ce témoin doit aussi apposer son cachet.

Il se peut que le testateur désire que ses dispositions restent secrètes jusqu'au jour de sa mort; dans ce cas, il peut rouler ou plier l'écrit qui les contient en ne laissant à découvert que la place destinée à la signature des témoins. Mais alors il déclare à ceux-ci que l'écrit qu'il leur présente est son testament (L. 21, Code, 6, 23, *de testam.*). Il résulte de là que c'est surtout en vue de la solennité nécessaire à la confection du testament que la présence des témoins est exigée.

Les témoins, en effet, savent qu'ils signent un testament, mais ils ne connaissent pas les dispositions qu'il contient. C'est ce qui a fait donner à cette forme de testament le nom de testament mystique ou secret.

Le testament, ainsi signé par les témoins et le testateur, est clos et l'on procède à l'apposition des cachets. Cela fait, le testament est terminé, et l'on peut s'occuper de toute autre affaire, ce qui n'était pas possible depuis le moment où le testateur avait présenté le testament aux témoins.

Les conditions de capacité des témoins sont toujours les mêmes; il faut seulement remarquer deux règles: l'une introduite par les constitutions impériales, l'autre remise en vigueur par Justinien.

En premier lieu, le testament doit être non-seulement cacheté, mais encore signé au bas de la dernière page par les témoins; en second lieu, Justinien fait revivre l'incapacité relative à l'héritier et à ceux qui sont sous sa puissance ou sous la puissance de qui il se trouve (Inst. Just., liv. 2, tit. 10, § 10).

Le testament est valable bien qu'il ne contienne ni date, ni noms de consuls.

Léon le Philosophe, *Nov.* 41, réduit à cinq dans les villes et trois dans les campagnes le nombre de témoins exigés pour la confection d'un testament.

Justinien avait exigé une autre condition pour la validité du testament : le nom de l'institué devait être écrit dans l'acte de la main du testateur, et, dans le cas où le testateur n'aurait pas su écrire, il devait proclamer le nom de l'héritier, et les témoins devaient inscrire ce nom à côté de leur signature (L. 29, Code 6, 23, *de testam.*) ; mais il a lui-même supprimé cette formalité dans la *Nov.* 119, ch. 9, et avec juste raison, car si le testateur fait son testament écrit, c'est afin que le nom de l'héritier ne soit pas connu ; dans le cas contraire, il est bien plus simple pour lui d'employer la forme du testament nuncupatif : alors il lui suffira, pour faire un testament valable, de désigner aux témoins celui qu'il veut instituer son héritier, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'acte a été signé, clos et cacheté par les témoins, si un huitième témoin a été appelé, si les témoins ont inscrit le nom de l'héritier à côté de leur signature.

Enfin, il faut remarquer trois choses relativement au testament écrit : la première, c'est qu'il peut être écrit sur toute espèce de matière pouvant retenir l'écriture. Si presque toujours il est question des tablettes du testament, *tabulæ testamenti*, c'est que les anciens se servaient surtout de planchettes en bois enduites de cire, sur lesquelles ils écrivaient à l'aide d'un poinçon soit en fer, soit en os.

En second lieu, il n'était pas nécessaire que le témoin entendît la langue du testateur. Il semble bizarre que l'on ait admis la capacité d'un tel témoin, alors qu'on repoussait le témoignage du sourd. La raison en serait qu'on peut toujours lui faire comprendre qu'il va assister à la confection d'un testament, et cela suffit, il n'est pas nécessaire qu'il comprenne ce que dit le testateur (L. 20, § 9, Dig. 28, 1).

En dernier lieu, le testament peut être écrit par un autre que le testateur, voire même par une femme ; cela ressort des lois 6, § 3, et 15, § 5, Dig. 48, 10, *de lege cornelia, de falsis*, ou par un esclave; mais s'il s'agit de l'esclave d'autrui, il faut qu'il l'ait écrit *jussu testatoris* (L. 28, Dig. 28, 1).

Il est bon de remarquer que, tandis que celui à qui on dicte le testament ne peut pas bénéficier d'un legs qui lui est fait, s'il a lui-même écrit cette disposition en sa faveur, rien ne s'oppose à ce qu'il soit employé comme témoin, si, du reste, il réunit les conditions voulues (L. 27, Dig. 28, 1).

Mais il faut, dans ce cas, qu'il paraisse que le testateur a dicté le contenu de l'acte : *Pro non scripto est quem scribi voluit* (L. 2, § 7, Dig. 37, 11, *de bon. poss. sec. tab.*), ou tout au moins qu'aucune circonstance ne puisse faire présumer que l'écrivain a écrit des dispositions qui n'étaient pas conformes à la volonté du testateur. Dans ce cas, en effet, le testament serait l'œuvre d'un procureur, ce qui n'est pas permis.

Précisément parce que les lois permettent de dicter son testament à une tierce personne, on s'explique comment celui qui est privé de la main peut faire un

testament écrit bien qu'il ne lui soit pas possible d'écrire (L. 10, Dig. 28, 1).

Quant à l'aveugle, nous n'avons aucun renseignement. Mais il est probable que son témoignage ne pouvait pas être admis. En effet, il n'aurait pas pu voir le testateur (L. 9, Code, 6, 23) ; et de plus, il ne lui aurait pas été possible de reconnaître son cachet lors de l'ouverture du testament. La première de ces raisons suffit pour l'exclure, même du testament fait en la forme nuncupative.

Le testateur peut, s'il le veut, faire son testament en plusieurs exemplaires ; mais il faut qu'ils soient entièrement conformes ; sans cela le premier se trouverait annulé par le second, car les militaires seuls peuvent laisser plusieurs testaments ; de plus, il faut que toutes les conditions nécessaires à la validité des testaments aient été observées vis-à-vis de l'un et de l'autre de ces exemplaires ; sans cela, celui pour lequel les règles prescrites n'auraient pas été observées ne serait qu'une copie sans valeur. En effet, elle ne serait d'aucune utilité, si déjà on possédait le testament lui-même, et d'un autre côté, elle resterait également sans valeur, si on ne pouvait représenter le testament, car les formes nécessaires à la validité des testaments n'auraient pas été observées.

Mais à l'inverse, plusieurs personnes peuvent-elles faire leur testament sur la même tablette ? Une tablette peut-elle contenir le testament de plusieurs personnes ? C'est ce qui a lieu dans le cas de substitution pupillaire : si cela est possible dans ce cas, c'est que le testament du père et du fils ne forment en réalité

qu'un seul et même testament; sauf ce cas, nous ne croyons pas qu'on doive permettre de réunir ainsi les dispositions de plusieurs personnes, et cela parce que la confection du second testament est un acte étranger au premier, et que par suite l'unité de contexte serait détruite.

Nous supposons évidemment que les deux testaments ont été écrits à la suite l'un de l'autre et que les témoins n'ont signé qu'à la fin du second; sans cela la question ne saurait se poser. Il est évident que si les témoins signent les deux testaments, chacun d'eux constitue un acte distinct, quoiqu'ils soient écrits sur la même tablette.

§ 7. — *Testament nuncupatif.*

Nous en avons fini avec les testaments écrits; mais il est un autre mode de tester en usage à l'origine, et qui coïncida avec le testament écrit, lorsque celui-ci eut été introduit. C'est celui que les commentateurs appellent nuncupatif; il se compose d'une déclaration verbale faite en présence de témoins; l'écriture n'y joue aucun rôle. L'écriture, en effet, n'est pas de l'essence du testament.

Dans le testament *per æs et libram*, avons-nous dit, on remarquait une mancipation et une nuncupation générale par laquelle le testateur déclarait que les tablettes qu'il tenait à la main contenaient ses dernières volontés. Or il se pouvait très bien que le testa-

teur, au lieu d'employer la formule de nuncupation que nous avons rapportée, se contentât de proclamer le nom de son héritier en présence des témoins. Il est même probable qu'il en était ainsi à l'origine dans le testament *per æs et libram*. C'est à ce mode de tester qu'on a réservé plus particulièrement le nom de testament nuncupatif, bien que dans tout testament il y ait une déclaration ; car, tandis que généralement le nom de l'héritier n'est pas prononcé, ici, au contraire, il est proclamé en présence de témoins.

Pour que le testament fût valable, il fallait que l'héritier fût désigné en présence de témoins d'une façon claire et intelligible. On pouvait réunir autant de témoins qu'on le voulait, mais il suffisait que sept d'entr'eux entendissent le nom de l'héritier. Lorsque ce nombre solennel, comme dit Ulpien, connaissait le nom de l'héritier, la publicité qui devait accompagner la déclaration du testateur était suffisante (L. 21 Pr., Dig. 28, 1, *qui test. fac.*).

Il fallait, en outre, que les sept témoins fussent réunis au même moment (L. 21, § 2, Code 6, 23 *de testam.*); le testament aurait été nul, si le testateur était allé désigner son héritier successivement à ceux qui devaient jouer le rôle de témoins dans son testament. Le testateur n'est pas du reste tenu de s'exprimer en latin; il suffit que les témoins le comprennent : une constitution de Théodose autorise formellement l'emploi de la langue grecque (L. 21, § 4, Code, 6, 23 *de testam.*).

Le testament nuncupatif est parfait, si la déclaration a été faite en présence de sept témoins dans un seul et

même temps et sans aucune interruption. Il est bon de remarquer que l'unité de contexte n'est pas détruite, si un testateur, ayant commencé la nuncupation dans un certain temps et un certain lieu, rassemble les mêmes témoins, ou d'autres, dans un autre lieu ou un autre temps, et leur déclare sa volonté en entier ; car alors la première nuncupation imparfaite est considérée comme non avenue et la seconde est seule valable.

Aucune autre condition de forme n'est exigée (L. 26, Code 6, 23, *de testam.*). Mais au moins faut-il que le testateur ait désigné tous ses héritiers et que le testament ait été terminé ; sans cela ce testament inachevé devrait être considéré comme un simple projet, et rester sans valeur. C'est ce qui se produirait, par exemple, si le testateur, après avoir nommé quelques-uns de ses héritiers, venait, par une raison quelconque, à être subitement privé de la parole, et par suite se trouvait dans l'impossibilité de désigner les autres : cependant il faut, avec Javolenus, admettre la restriction apportée par Labéon : pour que ceux qui ont été institués ne puissent pas recueillir l'hérédité en vertu du testament, il faut qu'il soit certain que le testateur avait l'intention de désigner d'autres héritiers (L. 25, Dig. 28, 1, *qui test. fac.*).

Le testament nuncupatif est fort ancien : d'après une biographie attribuée à Suétone, c'est la forme qu'aurait employée Horace pour exprimer ses dernières volontés. *Decessit herede Augusto palam nuncupato.*

Il appartient entièrement au droit civil et nulle-

ment au droit prétorien, car, d'après le droit honoraire, pour qu'un testament soit valable, il faut l'apposition des cachets par sept témoins ; ici, cette apposition n'est pas possible puisqu'il n'y a pas de tablettes. Si donc le préteur accorde la possession de biens, conformément à la nuncupation, c'est uniquement parce qu'il est chargé d'appliquer et de faire observer les règles du droit civil, et que le droit civil reconnaît la validité d'un testament ainsi fait (L. 2, Code 6, 11, *de bon. pos. sec. tab.*).

Le testament nuncupatif a certains points communs avec le testament écrit, notamment en ce qui concerne le nombre des témoins, leur capacité, leur convocation, l'unité de contexte. Autrefois, il était nécessaire de prévenir les témoins qu'on allait tester dans la forme nuncupative, mais Justinien n'a pas maintenu la nécessité de cette formalité, car cela ressort assez clairement de la nuncupation elle-même.

Dans les testaments écrits, il n'est pas nécessaire que le témoin entende la langue du testateur ; son témoignage est valable dès qu'il sait qu'il appose sa signature au bas d'un testament, que c'est pour assister à la confection d'un testament qu'il a été convoqué ; mais il en doit être autrement lorsqu'il s'agit du testament nuncupatif. Ici, en effet, ce n'est pas uniquement pour se conformer aux règles du droit qu'on a appelé des témoins, c'est aussi et surtout pour qu'après la mort du testateur ils puissent certifier que celui-ci a fait choix de tels ou tels citoyens pour continuer sa personne et recueillir ses biens. Il est donc indispensable que les témoins comprennent les paroles

que prononce le testateur, et c'est le cas d'appliquer la règle que pose Florentin (L. 209, Dig. 50, 16, *de verb. signif.*), et d'après laquelle on ne peut considérer comme témoin que celui qui a compris l'acte auquel il assistait.

Si l'on suppose, en effet, qu'aucun des témoins n'entende la langue du testateur, comment savoir le nom de l'héritier institué, et en admettant que les témoins aient retenu ce nom, parce que c'était celui d'une personne qu'ils connaissaient déjà, pourra-t-on dire avec quelque certitude, après la mort du testateur, que celui-ci a voulu l'instituer héritier ou simplement lui faire un legs?

Il faut donc que les témoins comprennent la langue dans laquelle s'exprime celui qui fait un testament nuncupatif. Si on ne l'exige pas dans les testaments écrits, c'est que les dispositions restent secrètes, et il suffit que les témoins comprennent que l'acte qu'on leur présente est le testament de celui qui le leur présente.

Le testament nuncupatif, quoique plus ancien que le testament écrit, était cependant moins usité. Cela se conçoit, car aucune des dispositions contenues dans le testament nuncupatif n'était secrète. De plus, le testament écrit était parfait par la signature des témoins, et subsistait alors même que ces témoins venaient à décéder ou ne remplissaient plus les conditions de capacité exigées : au contraire, le testament nuncupatif devait être infirmé du moment où les témoins survivants n'étaient plus en nombre suffisant pour rendre témoignage en justice. On remédia à cet incon-

vénient en faisant intervenir un tabellion qui prenait acte de la déclaration faite par le testateur, en présence des témoins.

Tels sont les divers modes de tester qui furent successivement en usage chez les Romains. Nous connaissons le concours des circonstances qui devaient entourer la confection d'un testament et les diverses règles auxquelles le testateur a dû se conformer, suivant les époques, toutes les fois qu'il a voulu que son testament eût quelque autorité et ne fût pas invalidé. Mais il y avait aussi certaines formalités nécessaires à la validité de l'acte, et qui devaient être observées dans le contexte même du testament. Ce sont les formalités internes ou intrinsèques.

Section II

Des formes internes

Il ne suffit pas, pour faire un testament valable, et même pour qu'un testament existe, que toutes les formalités énumérées ci-dessus aient été observées : en effet, si la confection du testament est soumise à certaines solennités, sa rédaction est soumise à des règles dont l'inobservation a pour contrepoids l'inexistence même du testament.

Nous devons donc rechercher quelles sont les règles à suivre dans le testament lui-même, dans le corps de l'acte.

Et d'abord, pas de testament sans institution d'héritier. Le testament est, en effet, avons-nous dit, un acte solennel et révocable par lequel un individu institue un ou plusieurs citoyens qui, après sa mort, continueront sa personne et recueilleront ses biens. C'est précisément cette institution d'héritier qui fait que l'acte est un testament, et qui le distingue des autres dispositions de dernière volonté. C'est elle qui lui donne toute sa force. *Caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio*, nous dit Gaïus (C. 2, § 229). D'un autre côté, Justinien nous dit que celui qui veut faire un fideicommis par testament ne doit pas oublier d'instituer directement un héritier, sans quoi il n'y aurait pas de testament : *Alioquin inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur* (Inst., liv. 2, tit. 23, § 2).

La nécessité de cette institution ne découle pas des termes de la loi des douze tables, mais de l'interprétation des Prudents.

Le testament étant une loi spéciale par laquelle le testateur dérogeait aux règles établies sur les successions *ab intestat*, au moins fallait-il qu'il désignât celui qu'il substituait à l'héritier du sang. Nous n'avons à rechercher ici ni quelles personnes pouvaient être instituées ni quelles modalités pouvaient accompagner l'institution ; le seul point dont nous avons à nous occuper est relatif à la forme dans laquelle l'institution devait être faite.

Il ressort du Commentaire 2, de Gaïus, § 116, que l'institution n'était valable que si elle avait été faite en termes solennels. Or, la validité de l'institution

avait une grande importance, car le testament était nul s'il ne contenait pas d'institution, si l'institution n'était pas régulièrement faite, ou si elle restait sans effet, l'institué ayant refusé d'accepter.

En effet, toutes les dispositions contenues dans le testament ne sont que des lois particulières imposées à l'héritier ; si l'institution tombe, les autres dispositions doivent tomber aussi, car il n'y a plus personne pour exécuter les volontés du *de cujus*.

Les Prudents, en exigeant la nécessité de l'institution d'héritier, avaient aussi formulé les termes dans lesquels elle devait être faite.

A l'origine, l'institution d'héritier devait être faite en termes impératifs. Cette règle était observée avec une telle sévérité qu'on annulait toute institution dans laquelle on n'employait pas la formule consacrée : *Titius hæres esto*. Telle est la formule solennelle dont parle Gaïus (C. 2, § 116) ; mais lui-même ajoute dans le paragraphe suivant deux autres formules dont l'usage ne tarda pas à s'introduire : *Titius heres sit ; Titium heredem esse jubeo*. Ulpien vient confirmer sur ce dernier point le témoignage de Gaïus (Ulp., *reg.* tit. 21). Mais ces jurisconsultes ajoutent que l'institution ne serait pas valable si le testateur avait dit : *Titium heredem esse volo ; heredem instituo ; heredem facio*.

Toutes les fois qu'on n'a pas employé les termes sacramentels, l'institution est nulle, et par suite le testament doit tomber avec elle, s'il ne contient qu'une seule institution.

Cette trop grande rigueur des principes appela l'at-

tention des jurisconsultes, et de très bonne heure ils cherchèrent à la tempérer. C'est ainsi que l'on considéra l'institution comme valable, toutes les fois que la formule employée pouvait être considérée comme une abréviation de la formule sacramentelle : par exemple, lorsque le testateur avait écrit *Lucius hæres* sans ajouter *esto*. Ulpien nous dit qu'il en est de même si le testateur a mis simplement ces deux mots : *Lucius esto* (L. 1, §§ 5 et 6, Dig. 28, 5, *de hered. instit.*). Mais que décider dans le cas où le testateur a simplement nommé celui qu'il veut instituer ; si l'institution est faite par ce seul mot *Lucius*. Marcellus n'admettait pas qu'une telle institution pût être valable, mais son opinion n'a pas prévalu ; et une constitution de Dioclétien et Maximien, insérée au Code (L. 7, Code, 6, 23, *de testament.*), déclare formellement que l'institution sera valable, alors même que le testateur aura omis d'écrire les deux mots : *hæres esto*. Ces empereurs n'ont fait, du reste, que reproduire la solution qu'Antonin le Pieux avait déjà adoptée, au moins pour le cas où il y avait plusieurs institutions.

Cette opinion était aussi celle de Julien. Mais ce jurisconsulte ne considérait pas comme valable l'institution ainsi conçue : *illum heredem esse*. Ulpien, au contraire, admet qu'on doit sous-entendre le mot *jubeo* et tenir l'héritier pour régulièrement institué (L. 1, § 7, Dig. 28, 5, *de hered. instit.*).

On peut se demander si l'institution est valablement faite, lorsque le testateur déclare vouloir instituer pour son héritière la personne désignée dans tel ou tel acte,

ou celle qu'il indiquera dans un codicille. Quelques interprètes admettent dans tous les cas la validité de cette institution. Le doute n'est pas possible toutes les fois qu'il s'agit d'un testament écrit (L. 77, Dig. 28, 5, *de hered. instit.* L. 38, Dig. 35, 1, *de condit. et demonstrat.*). Mais la question est plus délicate, lorsque le testateur a employé la forme nuncupative; il nous paraît cependant que cette institution n'est pas régulièrement faite, et que par suite le testament doit être nul. La nuncupation de l'héritier est, en effet, essentielle dans le testament nuncupatif. Cela résulte très clairement, non-seulement des termes de la loi 21 (Dig. 28, 1), mais encore de la manière dont s'exprime cette loi. Ulpien nous dit que les héritiers « *palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sint*, » et il insiste sur cette idée lorsque, après avoir dit que l'on peut tester soit par écrit, soit en la forme nuncupative, il ajoute : « *Sed si nuncupat, palam debet.* « *Quid est palam? non utique in publicum, sed ut* « *exaudiri possit.* » Si donc le nom de l'héritier est inséré dans un acte indiqué par le testateur, il n'est pas prononcé *palam* et les témoins ne peuvent pas l'entendre. Aussi ne croyons-nous pas devoir considérer comme valable cette manière de procéder.

Justinien avait exigé d'abord que le nom de l'héritier fût écrit de la main du testateur. Mais nous avons vu qu'il avait lui-même plus tard abrogé cette disposition.

Pour que le testament eût son entier effet et ne fût annulé en aucune de ses parties, l'institution devait être placée en tête du testament. *Caput... totius*

testamenti... Sans doute, l'inobservation de cette règle n'aurait pas empêché l'institution de valoir, et par suite le testament aurait subsisté. Mais, comme conséquence de cette idée que les legs et autres dispositions étaient des lois particulières imposées à l'héritier, on considérait comme non écrites les dispositions qui précédaient l'institution, et on retenait seulement celles qui la suivaient (Gaïus, C. 2, §§ 229, 230. Ulp. *reg.*, tit. 24, § 15). On avait toutefois fait une exception en ce qui concernait les exhérédations (L. 1, Pr., Dig. 28, 5, *de hered. inst.*). Il était logique, en effet, d'écarter les héritiers du sang avant d'instituer celui que l'on voulait mettre à leur place.

L'institution, pouvant à elle seule constituer un testament, il en résulte qu'un testament peut être fait en trois mots : *Lucius hæres esto* (L. 1, § 3, Dig. 28, 5, *de hered. instit.*), toutes les fois que le testateur n'a pas d'enfants à exhéréder ou de legs à faire. Ceci ne peut s'entendre évidemment que du testament nuncupatif, le testament écrit devant contenir la signature des témoins et du testateur.

En l'an 339 de l'ère chrétienne, Constantin II, fils de Constantin le Grand, supprima la nécessité des formules solennelles et permit au testateur d'employer telle formule qu'il voudrait, pourvu que son intention d'instituer fût clairement exprimée (L. 15, Code, 6, 23, *de testamentis.*).

Enfin Justinien supprima la nécessité de placer l'institution en tête du testament. Sans doute c'est d'elle que le testament tire toute sa force, mais néanmoins on considère le testament comme valable dans toutes

ses dispositions, pourvu qu'il y ait un héritier institué, sans avoir nullement égard à la place que l'institution occupe dans l'acte (Inst., liv. 2, tit. 20, § 34, *de legatis.*).

§ 1. — *Exhédération des enfants.*

Dans le principe, la volonté du père de famille n'était soumise à aucune entrave ; le testament était une loi sanctionnée par le vote des curies ; il s'ensuivait que le père de famille jouissait du droit de disposer de la façon le plus étendue, et c'est cette grande liberté que consacre la loi des douze tables : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (V, 1).

Mais, sous l'influence de cette idée que les enfants sont en quelque sorte copropriétaires du patrimoine que le père de famille administre, *et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* (Gaïus, C. 2, § 157, Inst. Just., liv. 2, tit. 19, § 2, *de hered. qual. et diff.*), et surtout par suite des relations qui s'établirent entre les Romains et les nations étrangères, cette grande liberté du père de famille ne tarda pas à être restreinte, et sa volonté dût se plier devant certaines règles.

C'est alors que l'exhérédation devint une condition essentielle à la validité des testaments. On exigea que le testateur prît la peine d'exhéréder ceux qu'il ne voulait pas instituer. Mais cette déclaration n'était nécessaire qu'à l'égard de ceux qu'à raison de leur position dans la famille, la loi appelait à la succession

ab intestat. Le testateur n'était donc tenu d'exhéréder que les héritiers siens.

Cette exhérédation pouvait être faite de deux manières, ou nominativement ou collectivement, *inter cæteros*, suivant le rang qu'occupait dans la famille l'héritier sien auquel le testateur ne voulait pas voir passer ses biens. L'héritier sien, mâle et du premier degré, doit être exhérédé nominativement ; tous les autres descendants peuvent être exhérédés *inter cæteros* par la formule *cæteri exheredes sunto.*

Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'exhérédation *inter cæteros*, de l'exhérédation des filles et des petits-enfants, car leur omission ne porte pas atteinte à la validité du testament. S'ils n'ont pas été exhérédés, ils viennent concourir avec l'héritier testamentaire et prennent : la moitié des biens s'ils sont en concours avec un héritier étranger ; une part virile, si l'institué était héritier sien ; mais le testament n'en subsiste pas moins.

Au contraire, si c'est un fils qui a été omis, le testament ne vaut pas, il est *injustum.* Mais est-il complétement nul, ou bien sa validité est-elle subordonnée à certaines circonstances, par exemple au prédécès du fils qui a été omis? Justinien déclare qu'il est nul dès le principe, et qu'aucun héritier ne peut exister en vertu de ce testament : *quia scilicet ab initio non constiterit testamentum* (Inst. liv. 2, tit. 19, Pr.).

Cette opinion, consacrée par Justinien, avait déjà été admise par les Sabiniens. Ils décidaient que l'omission d'un fils entraînait la nullité immédiate du testament, qui demeurait sans effet, alors même que le fils serait

mort du vivant de son père. Ne se préoccupant pas des circonstances survenues après coup, ils appréciaient la validité de l'acte au moment de sa confection, et ils se rattachaient à ce principe que le testament, quoique fait pour l'époque de la mort, ne vaut jamais qu'autant qu'il pourrait valoir si le testateur mourait au moment même où il vient de le terminer.

Le Proculéiens au contraire, tout en reconnaissant que le testament n'était pas valable, si le fils survivait au père, admettaient la validité dans le cas de prédécès du fils. Ils partaient de cette idée que la nullité était prononcée dans l'intérêt du fils omis. Ce fils étant mort, son intérêt a disparu, et par suite rien ne s'oppose à ce que l'institué vienne recueillir la succession en vertu du testament.

Cette dernière opinion, écartée par Justinien, avait déjà été définitivement repoussée par la pratique du temps de Paul : *et eo jure utimur*, nous dit ce jurisconsulte (L. 7, Dig., 28, 2, *de lib. et post.*).

La liberté du père de famille fut donc restreinte en ce qu'il fut obligé de déclarer expressément qu'il écartait ses enfants de sa succession, sinon le testament était nul. Mais elle resta pleine et entière en ce sens qu'il pouvait dépouiller ses enfants, en en faisant la déclaration formelle; et ce ne fut que plus tard qu'on lui imposa l'obligation de ne pas les dépouiller sans motifs sérieux.

La formule de l'exhérédation est celle-ci : *Titius Filius meus exheres esto.* Le testateur peut même ne pas nommer son fils, s'il n'en a qu'un, et l'exhéréder

par ces seuls mots : *Filius meus exheres esto* (Gaïus, C. 2, § 127.)

Le fils non exhérédé est considéré comme omis, et par suite le testament est nul, alors même qu'un legs lui a été fait par le testateur, qu'un fideicommis lui a été adressé.

A l'omission proprement dite, on assimile l'exhérédation et l'institution irrégulières. Par suite, si le père n'exhérède pas son fils nominativement ou s'il l'institue conditionnellement, le testament sera nul. Il peut arriver en effet, dans le cas d'institution conditionnelle, que le fils meure alors que la condition est encore en suspens. Il en résulte que, de son vivant, le fils n'a été ni institué ni exhérédé. Le testament doit donc être nul. Les jurisconsultes considéraient toutefois comme valable l'institution du fils faite sous une condition potestative de sa part : quant à l'institution sous condition casuelle, elle rend le testament nul, à moins que l'exhérédation ne résulte de la condition contraire.

L'omission des posthumes et des personnes dont le prêteur exige l'institution ou l'exhérédation ne rentre pas dans notre sujet, car elle peut faire annuler le testament, mais il a été valable dès le principe. C'est un testament *ruptum* et non pas *injustum*.

Enfin, Justinien, se basant sur ce que la nature a donné un même rôle à l'homme et à la femme dans la procréation, et sur ce que la loi des douze tables n'établissait entre eux aucune différence au point de vue de la succession *ab intestat*, déclare que dans tous les cas l'exhérédation doit être nominative, quel que soit le sexe et le degré de l'enfant, qu'il soit resté en puis-

sance ou qu'il ait été émancipé ou donné en adoption. Bien plus, il ne permet l'exhérédation que pour une des quatorze causes qu'il énumère dans la *Nov.* 115.

Telles sont les diverses formalités, soit externes, soit internes, que l'on doit observer dans la confection d'un testament. Toutes les fois que le testateur ne s'y est pas conformé, le testament est immédiatement et définitivement nul d'après le droit civil.

Mais il peut valoir d'après le droit prétorien, s'il a été fait conformément à ce droit, et alors le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas*, et, en cas d'omission, la possession de biens *contra tabulas*.

Remarquons en terminant que le nom que le testateur donne à l'acte importe peu, et que cet acte vaudra comme testament, alors même que le testateur lui aurait donné, par exemple, le nom de codicille, si, du reste, il est fait dans les formes prescrites pour les testaments.

CHAPITRE II

TESTAMENTS SPÉCIAUX

Dans certains cas, le testament pouvait valoir, même d'après le droit civil, quoiqu'il ne fût pas fait selon toutes les règles de ce droit. Ces règles n'étaient pas rigoureusement imposées lorsque le testateur se trouvait dans certaines situations particulières.

Testament militaire.

Parmi ces testaments, nous trouvons le testament militaire. Ce testament, né de la flagornerie des empereurs envers leurs soldats, ne doit pas être confondu avec le testament *in procinctu*. Le testament *in procinctu*, en effet, n'était pas un testament spécial ; c'était une forme ordinaire de tester pour le cas où les Romains étaient obligés de prendre les armes. Le testament militaire ne put s'introduire que lorsqu'on eut établi une armée régulière, une armée permanente : jusque-là tous les citoyens devaient prendre les armes en cas de guerre, et, sitôt la guerre terminée, ils rentraient dans la vie civile. Ce n'est donc qu'après l'empire qu'on voit apparaître les priviléges militaires,

Lorsqu'une armée régulière et permanente eut été organisée, elle ne tarda pas à exercer une certaine influence. Les empereurs, comprenant qu'elle pouvait les défaire aussi facilement qu'elle les avait proclamés, cherchèrent à se l'attacher par tous les moyens possibles ; notamment en matière de testaments, on établit des règles spéciales aux militaires, et relatives soit à la capacité de tester, soit à la capacité de ceux qui étaient institués, soit au mode de disposer, soit enfin à la forme des testaments.

Nous ne devons retenir que cette dernière dérogation aux règles édictées par le droit civil.

D'après les textes, Justinien (Inst., liv. 2, tit. 11, Pr.) et Antonin (L. 3, Code, 6, 21), les faveurs accordées aux militaires en matière de testaments auraient eu pour cause leur ignorance et leur simplicité. Mais cette raison est mauvaise : en effet, ces privilèges étaient applicables non-seulement aux simples soldats, mais encore à leurs chefs, auxquels certainement on ne déniait pas quelque intelligence. Du reste, elle ne peut pas davantage être acceptée à l'égard des soldats, car, comme le fait remarquer M. Accarias, il n'est pas possible de prétendre qu'en devenant militaire le citoyen perd l'intelligence qu'il pouvait avoir, ou qu'en devenant vétéran le soldat acquiert celle qui lui manquait. Enfin si ces privilèges étaient fondés sur le peu de connaissance du droit, on aurait dû les accorder également aux femmes et aux habitants des campagnes. Le vrai motif, c'est que l'armée, étant fort utile aux empereurs, ceux-ci ne négligeaient rien pour se l'attacher, et que, d'un autre côté, à raison même de leur posi-

tion, des dangers qu'ils couraient, l'observation de toutes les règles du droit eût été fort difficile et fort gênante pour les militaires. C'est surtout à raison de cette dernière considération qu'on n'exigea pas, pour la validité de leur testament, qu'il fût fait en la forme prescrite par les lois ordinaires.

Quoi qu'il en soit, le droit n'était pas le même en matière de testaments pour les militaires et les *pagani* (non militaires). Dans les testaments militaires, peu importe le nombre des témoins, pas de signature, pas d'apposition de cachets ; une convocation spéciale n'est pas même nécessaire. Il est vrai que le rescrit de Trajan, rapporté par Florentin (L. 24, Dig. 29, 1), et aux Institutes (liv. 2, tit. 11, § 1), porte ces mots : *convocatis ad hoc hominibus*, mais c'est là une circonstance de la cause, et non une condition de validité.

Les militaires testent comme ils veulent, comme ils peuvent ; leur volonté suffit pour la validité du testament : *Quomodo possint ac velint, testentur* (L. 15, Code, 6, 21, *de test. mil.*). Il suit de là que le militaire pourrait même tester par signes ou gestes, pourvu qu'il se fasse comprendre. On n'exige pas que le militaire s'exprime en termes dispositifs (L. 7, Code, 6, 21, *de test. mil.*). La seule condition essentielle, c'est que sa volonté soit certaine et en même temps sérieuse. Ainsi, l'on ne considèrerait pas comme héritier celui à qui le militaire aurait dit : Je te fais mon héritier, je te laisse mes biens (L. 24, Dig. 29, 1, *de test. mil.*). Il ne ressort pas assez clairement de ces paroles que le militaire a eu l'intention de faire

son testament. Il en serait différemment si cette déclaration avait été faite en présence de témoins. Il faut remarquer que dans ce cas la présence des témoins n'a pas trait à la solennité de l'acte, mais ils sont destinés à venir attester la volonté du militaire ; aussi n'est-ce plus en présence de sept témoins, comme dans les testaments ordinaires, que le testateur doit instituer son héritier, mais seulement en présence de deux, nombre suffisant pour la preuve, toutes les fois que la loi n'en a pas exigé un plus grand nombre (L. 12, Dig. 22, 5, *de test.*). Et même, avant Constantin, il suffisait d'un seul témoin. C'est lui qui a interdit de s'en rapporter au témoignage d'un seul (L. 9, § 1, Code, 4, 20, *de test.*).

Ce qui prouve bien que la présence des témoins n'est requise que pour la preuve, c'est que si le militaire, laissant de côté la forme nuncupative, teste par écrit, la présence d'aucun témoin n'est exigée. Ici, la preuve résultera de l'écriture. Constantin nous cite comme valable le testament écrit par un militaire avec son sang sur son bouclier ou sur le fourreau de son épée : de même on doit tenir compte des dernières volontés qu'avec la pointe de son sabre il a tracées sur le sable en succombant (l. 15, Code, 6, 21).

Il n'est même pas nécessaire que ce testament soit signé. Bien plus, le testament simplement commencé mais non achevé sera néanmoins valable quant aux dispositions qu'il contient (L. 35, Dig. 29, 1, *de test. mil.*).

En ce qui concerne les formalités internes, l'exhérédation et l'institution d'héritier, toutes les fois qu'il

s'agit du testament d'un militaire, on considère comme exhérédés nominativement les enfants omis. Le seul fait de l'omission d'un héritier sien par un militaire, vaut exhérédation régulière (Inst. Just., liv. 2, tit. 13, § 6, *de exhered. lib.*), à la condition toutefois que le testateur n'ignorait pas sa paternité (L. 9, Code, 6, 21).

L'institution n'a pas besoin d'être faite en termes solennels, il suffit que l'on soit certain que le militaire voulait instituer telle ou telle personne. Cette institution peut même être soumise à toute espèce de condition et non pas seulement à une condition potestative de la part de l'institué. La liberté laissée aux militaires est tellement grande qu'ils peuvent même faire l'institution pour une partie seulement de leurs biens. La règle *nemo pro parte*..... ne leur est pas applicable (L. 6, Dig. 29, 1). Par suite, ils peuvent faire une institution à terme, soit *ex tempore*, soit *ad tempus* (L. 8, Code, 6, 21, *de test. mil.*).

Ces priviléges ne furent pas tout d'abord accordés aux militaires d'une façon définitive. C'est Jules César qui, le premier, consacra ce libre exercice du droit de tester, mais ses faveurs n'étaient que provisoires. *Sed ea concessio temporalis erat* (Ulp. l. 1, Pr., Dig. 29, 1). Titus et Domitien renouvelèrent cette concession, mais en lui laissant son caractère provisoire. Nerva et Trajan la rendirent définitive et perpétuelle.

Pour qu'un individu jouisse de ces divers priviléges, il faut qu'il soit militaire. Or, quand est-ce qu'un individu doit être considéré comme militaire?

La forme privilégiée de ce testament est accessible à tout individu du moment où il est *in numeris*, c'est-

à-dire du moment où il fait partie des cadres, où il est inscrit sur les contrôles et immatriculé ; mais on ne doit pas considérer comme militaire celui qui est simplement enrôlé et qui n'a pas encore rejoint son corps, alors même qu'il voyagerait aux frais de l'Etat (L. 42, Dig. 29, 1).

Dès qu'il est incorporé, le testateur peut donc employer la forme du testament militaire, il conserve ce droit pendant toute la durée de son service. Au moins il en était ainsi autrefois ; mais Justinien, apportant une restriction aux priviléges accordés aux militaires, les a astreints à l'observation des formes ordinaires, du moment où ils n'étaient pas *in expeditione* (L. 17, Code, 6, 21). Dès lors, il n'y a plus eu à distinguer entre le militaire et le *paganus*, on n'a plus eu à rechercher si le militaire testait *ante* ou *post missionem*. On a eu simplement à se demander si le militaire était en campagne lorsqu'il avait fait son testament, et, dans ce seul cas, le testament valait *jure militari*.

Mais le militaire ne peut plus tester que selon le droit commun, du moment où il ne fait plus partie de l'armée ; néanmoins le testament fait en la forme privilégiée reste valable et produira son entier effet si le testateur décède dans l'année qui suivra son congé. Passé ce délai, le testament n'a plus de valeur, et, s'il ne veut pas mourir *intestat*, le vétéran doit le refaire en se conformant aux règles que doivent observer les *pagani*.

Ceci n'est applicable toutefois qu'à ceux qui ont quitté l'armée d'une façon honorable, soit parce qu'ils avaient passé sous les drapeaux le temps voulu,

soit parce qu'à suite d'infirmités survenues ils ont dû être renvoyés dans leurs foyers.

Mais s'il s'agit d'un préfet, d'un tribun ou autre chef qui ne quitte le service qu'en recevant un successeur, son testament perd toute sa valeur du moment où ce successeur est arrivé au camp (Lois 21 et 20, Dig. 29, 1).

Il en est de même pour tout soldat mis hors des cadres soit parce qu'il a subi la dégradation, soit parce qu'il n'avait cherché dans le service militaire qu'un moyen de s'exonérer de certaines charges (L. 2, § 2, Dig. 3, 2, *de his., qui not. inf.*).

Le testament vaut *jure militari* pendant toute l'année qui suit le congé du testateur, si ce congé est fondé sur un motif honorable. Mais que décider si le testateur est mort dans le courant de cette année et si la condition sous laquelle l'héritier est institué ne vient à s'accomplir qu'après l'expiration de cette même année? Justinien (Inst., liv. 2, tit. 11, § 3) déclare que, même dans ce cas, le testament vaudra *jure militari*. C'est qu'en effet on n'a pas voulu exiger que le testament produise son effet dans l'année, mais on a accordé au testateur le délai d'un an pour refaire son testament d'après les règles ordinaires.

De même que la seule volonté du militaire suffit pour la validité du testament, de même il peut le révoquer par un simple changement de volonté (L. 15, § 1, Dig. 29, 1). Mais ici il n'y a pas de révocation tacite par la confection d'un testament postérieur. Le premier testament subsiste malgré le second, sauf dans le cas où le testateur a manifesté une volonté con-

truire. Il en serait de même, si on pouvait justifier que la volonté de révoquer est implicitement contenue dans le second testament ; par exemple, si les dispositions de ce dernier testament comprenaient toute l'hérédité (L. L. 19, Pr., 36, § 1, Dig. 29, 1). Un militaire peut donc avoir plusieurs testaments.

Le militaire peut faire une substitution pupillaire sans tester pour son propre compte (L. 15, § 5), et cela alors même qu'étant lui-même *in potestate patris*, il laisse à sa mort son fils impubère sous la puissance du chef de famille (L. 28). Cette substitution sera valable alors même que, pour une cause quelconque, le testament du militaire resterait sans effet (L. 41, § 5, Dig. 29, 1, *de test. mil.*).

Enfin, on sous-entend toujours la clause codicillaire dans les testaments militaires (L. 3, Dig. 29, 1). Par suite les dispositions du testament doivent s'exécuter alors même que l'institution vient à défaillir. C'est ainsi que si un militaire a légué la liberté à un esclave, et que les héritiers institués viennent à mourir avant l'adition, on agira comme si l'esclave avait été appelé par le testament et à la liberté et à l'hérédité (L. 13, § 4, Dig. 29, 1).

La faveur dont jouissaient les testaments militaires était si grande que lorsqu'un citoyen avait fait un testament nul, ce testament pouvait néanmoins être déclaré valable et produire tous ses effets *jure militari*, si le testateur venait à être inscrit sur les cadres. Cela ne fait pas de doute, si ce citoyen, devenu militaire, a relu ses dernières volontés ; à plus forte raison, s'il a modifié quelque disposition (L. 20, Dig. 29, 1). Il est,

en effet, censé avoir recommencé son testament, et avoir voulu le faire valable. Mais la question est plus douteuse lorsque le testateur n'a pas fait connaître son intention et que cependant il n'a pas manifesté de volonté contraire à la validité. Ulpien déclare ce testament valable par le seul fait que le testateur est devenu militaire (L. 15, § 2). Marcellus et Paul exigent une volonté conforme (L. 25, l. 38, § 1, Dig. 29, 1, *de test. mil.*), car il est à remarquer que les divers priviléges ne s'appliquent pas aux testaments des militaires, mais bien aux testaments faits par des militaires.

Bien qu'ils ne soient pas militaires, ceux qui vivent à la suite des armées, en pays ennemi, *in hostico loco*, jouissent du privilége de tester *jure militari* (L. un., Dig. 37, 13, *de bon. poss. ex test. mil.*).

Il en de même des rameurs et des matelots, car ils sont militaires. L'armée de mer est assimilée à l'armée de terre (L. un., § 2, Dig. 37, 15).

Remarquons que si un militaire change de corps, il peut, s'il le veut, tester *jure militari* pendant l'intervalle qui s'écoule entre le moment où il est rayé des contrôles du corps qu'il quitte et celui où il est inscrit dans les cadres de son nouveau corps (L. un., § 2, Dig. 37, 15).

Mais il n'en serait pas de même, si un militaire, après avoir obtenu son congé, est rappelé. Le testament fait dans l'intervalle ne pourrait pas être considéré comme valable *jure militari ;* et c'est alors qu'on se demandera si le testament irrégulièrement fait devient valable par le seul fait que le testateur est rappelé sous

les drapeaux, ou bien s'il faut qu'il manifeste une volonté conforme.

Si des règles spéciales ont été établies pour les militaires, ceux-ci ne sont pas tenus de les employer. Ici, en effet, il s'agit d'une faveur qui leur est accordée et dont ils peuvent ne pas user. Le militaire pourra donc toujours, s'il le préfère, tester selon le droit commun à tous les citoyens romains.

Testament du pupille ou substitution pupillaire.

En règle générale, le testament n'a de valeur qu'autant que le propriétaire a lui-même disposé de ses biens. Mais cette règle a souffert exception à l'égard de l'impubère et de l'insensé.

Justinien nous apprend que l'usage s'était établi pour les pères de famille de faire le testament de leurs enfants en trop bas âge pour pouvoir tester eux-mêmes. « *Moribus institutum est ut cum ejus ætatis filii sint, in qua sibi ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (Inst. liv. 2, tit. 16, Pr.). On a donné plusieurs raisons pour justifier l'introduction de cet usage dans les mœurs romaines. D'après les uns, on le devrait à la prédilection marquée que les Romains avaient pour la succession testamentaire, et de cette façon le pupille ne mourait pas *intestat*, même dans le cas où la mort venait le frapper avant qu'il eût atteint l'âge requis pour pouvoir tester. D'après d'autres, cette coutume serait née de l'influence d'idées religieuses, parce que le père de

famille aurait craint que, si son fils devenu *sui juris* mourait impubère, le culte des dieux qu'il lui avait transmis ne vînt à s'éteindre, faute d'héritiers légitimes, ou à passer entre les mains d'agnats négligents. Grâce à la substitution pupillaire, le père assurait la continuation de ses *sacra* et en outre transmettait sa fortune selon ses affections personnelles. Enfin, d'après d'autres interprètes, la substitution pupillaire aurait eu pour but de protéger le pupille contre ses agnats ; ceux-ci, en effet, appelés à son hérédité légitime, auraient été intéressés à sa mort prématurée. Mais ce dernier motif n'est guère plausible, si on considère que ce pupille était placé sous la tutelle légitime de ces mêmes agnats, aux embûches desquels on voulait le soustraire. Il faut du reste compter que le cœur de l'homme a toujours renfermé quelques sentiments humains, et si parfois l'intérêt et la cupidité parlent plus haut que l'affection, c'est là une exception regrettable sur laquelle on ne peut pas faire reposer un usage aussi général que celui de la substitution pupillaire.

Quelle qu'en soit la raison, il n'en est pas moins vrai que l'usage des substitutions pupillaires fut introduit très anciennement. Cicéron (*de orat.* 1, 39) nous parle d'un plaidoyer de Crassus, au sujet d'un testament contenant une substitution pupillaire, à l'égard d'un posthume qui n'était pas né.

Cette substitution ne peut être faite par le père de famille qu'à l'égard de l'impubère immédiatement placé sous sa puissance. Elle ne produirait aucun effet, si l'impubère ne devenait pas *sui juris* par la mort du

testateur. La substitution s'évanouirait encore, si le pupille arrivait à l'âge de puberté, car elle n'est faite que pour le cas où l'impubère viendrait à mourir avant d'avoir pu tester par lui-même.

Le père qui fait une substitution pupillaire fait, à proprement parler, le testament de son fils impubère ; il dispose de l'hérédité de celui-ci, aussi a-t-on exigé qu'il ne pût le faire qu'en disposant de ses propres biens et encore faut-il que son testament soit valable (L. 1, § 3, Dig., 28, 6, *de vulg. et pup. subst.*). Nous avons vu que cette règle souffrait exception à l'égard des militaires, qui, sans faire leur testament, peuvent néanmoins substituer à leur fils impubère. Mais à l'égard des *pagani* la substitution n'est valable qu'autant qu'elle est faite à la suite du testament du père. En réalité, il y a en quelque sorte deux testaments qui se confondent en un seul, mais dans tous les cas il y a deux hérédités distinctes (Gaïus, C. 2, § 182). Ulpien vient confirmer Gaïus : *Licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est* (L. 2, § 2, Dig., 18, 4, *de hered. vel act. vend.*).

Dans le principe on ne considérait pas la substitution comme valable, si elle précédait l'institution. Son nom *substitutio* indique du reste la place qu'elle doit occuper dans le testament qui la contient. *Priùs autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, et non convertere ordinem scripturæ* (L. 2, § 4, Dig. 28, 6).

Cependant, dans certains cas, lorsque l'institution et la substitution sont faites dans le même acte, l'interversion n'entraîne pas la nullité ; et la substitution

est valable, si, par exemple, le testateur a dit d'abord : *Si filius meus intra annum decesserit Seius heres esto*, et qu'ensuite il ait fait l'institution, *Filius heres esto*, ou encore si le testateur a employé les expressions suivantes : *Si filius mihi heres non erit, Seius heres esto, Filius heres esto.* Dans ces cas, on admet la validité de la substitution, bien qu'elle ait précédé l'institution (L. 2, §§ 5 et 6, Dig., 28, 6).

Il est à remarquer que le père peut substituer pupillairement même à l'enfant qu'il déshérite. (Gaïus, C. 2, § 182, L. 1, § 2, Dig., 28, 6, *Inst. Just.* liv. 2, tit. 16, § 4.) D'après M. Accarias, cette faculté ne serait qu'une extension de la doctrine ancienne ; primitivement le père aurait dû instituer son fils pour pouvoir lui donner un substitué pupillaire ; comme le fait remarquer cet auteur, les textes qui nous donnent des exemples de substitutions de ce genre supposent que le père a institué son fils (Gaïus, C. 2, § 179, l. 1, § 1, Dig., 28, 6).

La substitution n'est qu'une clause accessoire du testament. Par suite, son sort est intimement lié à celui de ce testament, et c'est le cas d'appliquer la règle : *Accessorium sequitur principale*, sauf toutefois en matière de testament militaire. Si donc, pour une cause quelconque, le testament du père reste inefficace, la substitution s'évanouit. (L. 10, § 4, Dig., 28, 6). *Pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeò ut, si patris testamentum non valeat nec filii quidem valebit*, nous dit Justinien (Inst. liv. 2, tit. 16, § 5). Mais la substitution est valable, dès

que l'institution peut produire quelque effet, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien.

La substitution peut être faite soit dans le testament du père, soit dans un acte séparé.

Lorsqu'elle est faite au bas du testament, il n'est pas nécessaire, pour sa validité, que les signatures et les cachets des témoins aient été apposés une seconde fois. Bien plus, le père de famille peut clore et cacheter la partie de son testament qui contient la substitution, et il suffira que, dans son testament, il avertisse que la partie qui est ainsi restée secrète contient une substitution pupillaire et ne doit être ouverte qu'après la mort de l'impubère. De cette façon la vie du pupille est à l'abri de toute embûche, la personne qui aurait intérêt à le voir disparaître ne connaissant pas elle-même la substitution. Du reste, c'est ainsi qu'on avait l'habitude d'agir (Gaïus, C. 2, § 181).

Si, au lieu de faire la substitution à la suite de son testament, le père de famille la fait dans un acte postérieur et séparé, il devra observer toutes les conditions exigées pour la validité des testaments; sans cela elle resterait sans valeur (L. 16, § 1, Dig., 28, 6).

Contenue dans un acte antérieur au testament paternel, elle n'est pas valable.

La substitution peut être faite en une forme différente de celle que le testateur a employée dans son testament; c'est ainsi que la substitution peut être faite en la forme nuncupative, tandis que le testament est écrit, ou réciproquement. *Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem vel contra fecerit testamentum, valebit* (L. 20, § 1, Dig. 28, 6).

Les formules de substitution varient suivant les cas et les espèces; d'après les exemples que nous donne Justinien, elle est faite en ces termes : *Titius heres esto*, ou plus généralement : *quisquis mihi heres erit.*

Nous avons supposé jusqu'ici une substitution expresse, mais elle peut aussi être faite tacitement. En effet, la substitution vulgaire et la substitution pupillaire sont implicitement comprises l'une dans l'autre (L. 4, Dig. 28, 6), à moins que le contraire ne résulte soit des circonstances, soit de la volonté formelle du testateur (Lois 4 et 8, Code, 6, 26, *de imp. et al.*).

Testament de l'insensé, ou substitution quasi-pupillaire.

L'âge n'est pas la seule cause qui mette obstacle à l'exercice du droit de tester; il se peut, en effet, que le défaut d'intelligence ne permette pas à un citoyen *sui juris* de disposer de ses biens. C'est ce qui a fait introduire l'usage de faire les testaments des fous. C'est encore là une dérogation à la règle que chacun ne peut tester que sur ses propres biens.

Mais l'usage de substituer à l'insensé ou autre incapable pubère ne s'introduisit pas d'une façon aussi générale que celui de substituer pupillairement à l'impubère. Paul nous apprend, en effet, que le père ne pouvait substituer à son fils fou ou muet qu'après en avoir obtenu l'autorisation du prince. Justinien accorda

d'une manière générale la faculté de faire le testament des insensés pour le cas où ils décèderaient sans avoir recouvré la raison (L. 9, Code, 6, 26).

La plus grande analogie existe entre la substitution pupillaire et la substitution quasi-pupillaire; celle-ci a en quelque sorte été calquée sur celle-là, et c'est ce qui lui a fait donner le nom d'exemplaire. Il y a néanmoins des différences que nous devons signaler : 1° tandis que le père peut substituer pupillairement toutes les personnes qu'il peut instituer, le choix est plus restreint lorsqu'il s'agit de la substitution quasi-pupillaire, car on est tenu de prendre le substitué ou les substitués parmi les enfants et à défaut parmi les frères de l'incapable. Ce n'est qu'à défaut des uns et des autres que le testateur peut faire son choix aussi librement que dans la substitution pupillaire. 2° Le droit de substituer pupillairement n'appartient qu'à celui qui a la puissance paternelle; à l'égard de l'insensé, cette faculté appartient à tout ascendant, même à la mère et aux ascendants paternels et maternels (Inst. liv. 2, tit. 16, § 1, l. 8, Code, 6, 26). Ici, en effet, le droit de substitution ne repose plus sur la puissance paternelle, mais bien sur l'affection des ascendants, sur le lien du sang.

Ce testament tombe dès que l'insensé a recouvré sa raison. Alors, en effet, il n'offre plus d'utilité; l'insensé a le droit de tester par lui-même dans les intervalles lucides (LL. 17 et 20, § 4, Dig., 28, 1, l. 9, Code, 6, 22).

Testament-partage inter liberos.

De bonne heure, la jurisprudence romaine se montra favorable à l'interprétation des actes par lesquels un père de famille avait disposé de ses biens entre ses enfants ; et bien qu'incorrectes en la forme, on ne tint pas moins compte de ces dernières volontés à l'égard des enfants du testateur. On comprit que les décisions d'un père sont toujours respectables pour ses enfants et qu'on ne pouvait pas les dénuer de tout effet par cela seul que le père aurait omis quelqu'une des formalités légales.

Dès lors on considère comme valable la division que le père fait de ses biens dans un testament imparfait entre tous ses enfants émancipés ou restés en puissance. Les constitutions impériales ordonnent au juge de sanctionner les dispositions prises par le père de famille. (LL. 16 et 26, Code, *fam. ercisc.* 3, 26, et l. 21, § 1, Code, 6, 23, *de testam.*).

Mais un tel acte n'est valable qu'à l'égard des enfants ; si une personne étrangère avait été comprise dans le partage, il serait sans valeur à l'égard de cette dernière (mêmes lois, 26 et 21, § 1).

Dans le principe, le père seul pouvait faire ce testament *inter liberos*. Mais Théodose le Jeune en permit l'usage à la mère et aux ascendants des deux sexes (L. 21, § 1, Code, 6, 23, *Nov.* 107, *Préf.*).

Justinien, dans la Novelle 107, a règlementé la forme de ce testament. L'ascendant doit faire un écrit où il

inscrit de sa main la date, le nom de ses enfants, les portions pour lesquelles il les institue, le tout en toutes lettres, non en chiffres, tout au long et sans abréviation (Nov. 107, ch. 1), ou bien il suffira que l'acte soit signé par tous les enfants en la présence du père (Nov. 107, ch. 3).

D'après la constitution de l'empereur Constantin, un tel acte n'était valable qu'entre les enfants héritiers siens et non à l'égard des enfants émancipés ou illégitimes. D'après le droit de Justinien, les enfants émancipés sont, sous ce rapport, assimilés aux héritiers siens, et les enfants légitimés aux enfants légitimes ; un tel acte ne serait donc pas valable entre enfants naturels non légitimés.

Ce testament ne pouvait être fait que par écrit. Cela résulte de ce que le § 1 de la loi 21, qui en reconnaît la validité, est placé immédiatement après le *principium*, dans lequel il est question du testament écrit, et avant le § 2, qui traite du testament nuncupatif. Aucun texte, du reste, ne permet aux ascendants de tester ainsi entre leurs enfants en la forme nuncupative. De plus, la Novelle 18, ch. 7, ne permet au père de s'écarter des règles du testament parfait qu'en disposant par écrit.

Vasquius, dans son *Traité des successions* nous apprend que, d'après une distinction imaginée par Petrus Philippus Corneus, ce testament peut être nuncupatif, lorsque le testateur ne connaît pas les lettres, mais il ajoute que généralement on ne fait pas cette distinction et que l'on décide qu'il ne peut être fait que par écrit. Par la Nov. 107, Justinien a tranché la diffi-

culté. Ces testaments *inter liberos* jouissaient d'un autre avantage qu'on ne retrouve point dans les testaments ordinaires, à savoir que si le père de famille était mort sans avoir fait connaître toutes ses dispositions, celles qu'il avait exprimées n'en étaient pas moins valables, contrairement à ce qui aurait eu lieu si le testament, au lieu d'être fait entre les enfants, contenait des dispositions concernant les étrangers (L. 25, Dig. 28, 1).

Enfin, dans les formes arrêtées par la Novelle 107, on peut voir l'origine du testament olographe.

Testament en faveur des successeurs ab intestat.

La seule différence qui existe entre ce testament et le testament fait *jure communi*, c'est que cinq témoins suffisent à sa validité, même lorsque ce testament révoque un testament antérieur.

Testament devant le prince, principi oblatum. — *Testament devant le magistrat*, apud acta.

Le testateur, en présence du prince ou du magistrat, fait connaître ses dernières volontés. Il est pris acte de sa déclaration et le prince ou le magistrat signe cet acte. — Cette manière de tester n'exige pas d'autre formalité.

Testament des rustici.

Justinien nous dit que de tout temps on avait pris soin

de dispenser de l'observation rigoureuse des formes légales les habitants des campagnes, qui n'avaient ni les loisirs ni les moyens d'étudier les lois. Lui-même les dispensa de certaines formalités nécessaires à la validité des testaments.

Considérant que dans les campagnes il peut être souvent fort difficile de réunir sept témoins sachant écrire, il permet aux *rustici*, lorsqu'ils ne pourront mieux faire, de n'en convoquer que cinq, au lieu de sept, qui souscriront l'acte. Il va même plus loin, et, s'ils ne peuvent pas se procurer cinq témoins lettrés, il suffira que dans le nombre il y ait un ou deux hommes instruits qui signeront tant pour eux que pour les autres (L. 31, Code, 6, 23 *de testam.*). Mais en revanche, il faut que les cinq témoins du testament connaissent la volonté du testateur, et surtout le nom de l'héritier ou des héritiers, afin de pouvoir en rendre témoignage, le cas échéant, après la mort du *de cujus*.

Telle est la forme simplifiée du testament rustique pour lequel, du reste, Justinien n'exige aucune apposition de cachet.

Testament du pestiféré.

Lorsque le testateur est atteint d'une maladie contagieuse, il eût été dangereux d'exiger la présence simultanée des témoins et du testateur. Aussi une constitution de Dioclétien et Maximien décide-t-elle que dans ce cas il n'est pas nécessaire de réunir tous les

témoins au même moment. Chacun d'eux séparément va auprès du malade écouter et signer ses dispositions; sauf cette exception, toutes les autres règles du droit commun doivent être observées (L. 8, Code, 6, 23, *de testam.*).

Testament de l'aveugle.

Autrefois les aveugles ne pouvaient tester qu'en la forme nuncupative. Ce ne fut qu'en 521 qu'une constitution de Justin vint déterminer les formes particulières à suivre par cette catégorie de citoyens pour la confection de leur testament. Plus tard, Justinien en prescrivit l'observation à peine de nullité. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justini patris mei introduxit* (Inst. liv. 2, tit. 12, § 4).

En vertu de cette constitution, l'aveugle qui veut faire son testament doit convoquer sept témoins, comme dans les testaments ordinaires. Mais on exige en outre la présence d'un tabellion. Au moment où ils sont tous réunis, le testateur désigne ses héritiers par leurs noms et qualités, afin qu'aucun doute ne soit possible. Après cela, il indique très clairement la part qu'il assigne à chacun et fait connaître les legs et les fidéicommis. Le tabellion inscrit ces déclarations en présence des témoins. Puis les témoins et le tabellion signent et apposent leur cachet. La convocation spéciale des témoins et l'unité de contexte sont exigées ici comme dans les testaments faits selon le droit commun.

Si l'aveugle craint d'omettre quelque disposition, il peut faire écrire à l'avance ses dernières volontés par un tiers. Puis, en présence des témoins, qu'il informe du but pour lequel il les a convoqués, il remet l'écrit au tabellion qui en donne lecture. Sur l'affirmation de l'aveugle que ce sont bien là ses dernières volontés, le tabellion et les témoins signent et apposent leur cachet.

Parfois, il n'est pas possible d'appeler un tabellion ; on le remplace par un huitième témoin qui joue le même rôle que lui ; sauf, dans ce cas, à l'aveugle à déclarer entre les mains de quel témoin il veut que son testament reste déposé.

Quant aux autres actes de dernière volonté, ne contenant pas institution d'héritier, comme les codicilles, les mêmes formalités doivent être observées à l'égard de l'aveugle (L. 8, Code, 6, 22, *qui test. fac.*).

Testaments des sourds et des muets.

Il ne s'agit ici que de ceux qui sont complètement privés de la parole ou de l'ouïe et nullement de ceux qui éprouvent une difficulté plus ou moins grande à entendre ou à prononcer.

Justinien nous dit que le testament n'est pas possible dans tous les cas au sourd et au muet (Inst. liv. 2, tit. 12, § 3). L'explication de cette phrase et le développement de cette idée se trouvent dans une Constitution de cet empereur insérée au Code (L. 10, Code, 6, 22); autrefois le sourd et le muet ne pouvaient faire

un testament valable qu'après en avoir obtenu l'autorisation du prince (L. 7, Dig. 28, 1). D'après la constitution de Justinien, le sourd-muet de naissance ne peut tester dans aucun cas. Quant à celui qui a été atteint de ces infirmités par accident, il peut, s'il sait écrire, faire un testament écrit. De même pour le muet. A l'égard du sourd, la constitution de Justinien autorise aussi l'emploi de la forme nuncupative. Peu importe lorsqu'il s'agit d'un individu seulement sourd ou seulement muet que son infirmité soit naturelle ou accidentelle.

Du reste, il est probable que la présence des témoins est nécessaire, car aucun mot de notre Constitution n'autorise les sourds et les muets à tester sans témoins.

Le militaire sourd ou muet peut tester *jure militari*. On prévoit le cas où un militaire, étant devenu sourd ou muet ou sourd et muet, teste alors qu'il est encore dans les camps, attendant son congé, *antè causariam missionem*. Il est certain, en effet, qu'un sourd ou un muet ne pourrait pas faire partie des armées.

Nous en avons fini avec les divers modes de tester du droit romain. On exigeait à un tel degré l'observation des formalités prescrites que l'empereur lui-même ne pouvait pas être héritier en vertu d'un testament imparfait (L. 3, Code, 6, 23). *Jus commune cum cæteris habeant*, nous dit la loi 7, Code, 6, 22, en parlant de l'empereur et de l'impératrice.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

Le testateur qui voudra faire un testament valable devra donc observer les diverses formalités que nous avons étudiées ; sans cela son testament sera nul et tellement nul, nous dit Paul, qu'on ne pourrait même pas demander les effets d'un fidéicommis inséré dans ce testament (L. 29, Pr. Dig. 28, 1), à moins toutefois que le testament ne contienne la clause codicillaire : *Hoc testamentum volo esse ratum quacumque ratione poterit* (même loi, § 1).

DROIT FRANÇAIS

Connaissant les diverses formalités exigées en droit romain pour la validité des testaments, il nous reste à rechercher à quelles formes le droit français a soumis ces sortes d'actes de dernière volonté. Mais ici une distinction est nécessaire, selon qu'il s'agit du droit de la France avant ou après la rédaction du Code civil. Aussi nous n'aborderons les règles actuelles sur la forme des testaments qu'après avoir vu dans une première partie quelles règles étaient en vigueur avant la rédaction de notre Code.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ANCIEN

Le testament existait-il dans les Gaules? Telle est la question qui se pose au début de la matière et à laquelle on ne peut pas répondre d'une façon précise et certaine. Furgole est d'avis que les testaments étaient connus dans les Gaules. Il en trouve la preuve dans les formules de Marculphe, l'histoire de Grégoire de Tours et les Capitulaires de Charlemagne ; mais il reconnaît qu'on ne peut pas préciser l'époque à laquelle ils se sont introduits. M. Dalloz, dans son *Essai sur l'histoire générale du droit français*, tire argument de ce que « saint Paul, postérieur d'assez peu « de temps à César, s'adressant aux Galates, ces « Gaulois de l'Asie mineure, semble parler du tes- « tament comme d'une coutume reçue parmi eux (Epist., III, 15, 17, 18) (1). » Mais il n'y a aucun texte précis qui puisse nous éclairer sur cette question.

(1) Saint Paul, Epitre aux Galates, ch. 3 : 15. Fratres (secundum hominem dico) tamen hominis confirmatum testamentum nemo spernit aut superordinat. — 17. Hoc autem dico testamentum confirmatum a Deo. — 18. Nam si ex lege hereditas jam non ex promissione Abrahæ autem per repromissionem donavit Deus.

Dans tous les cas, en admettant même que l'usage des testaments ait toujours existé dans les Gaules, il ne nous est pas possible de savoir en quelle forme les Gaulois devaient exprimer leur volonté pour que leurs dernières dispositions fussent valables. Les anciens écrivains ne nous donnent aucun détail sur ce point; et, d'un autre côté, les Gaulois n'avaient pas de lois écrites. Le droit faisait partie de la doctrine religieuse des druides, qui conservaient leur doctrine sans écriture, soit parce qu'ils ne croyaient pas qu'il leur fût permis de la conserver à l'aide des caractères grecs en usage dans la Gaule, à défaut de caractères propres, soit, comme le dit César, parce qu'ils craignaient de voir leur autorité s'affaiblir, comme autrefois à Rome celle des patriciens, du moment où leur doctrine aurait été connue du vulgaire.

Par suite de la conquête de la Gaule, de sa réduction à l'état de province romaine, et surtout de l'abolition du druidisme, le droit celtique se trouva presque totalement abrogé; s'il survécut, ce ne fut que dans quelques coins isolés, où les druides continuèrent quelque temps leur culte, cachés dans les forêts. Les druides connaissaient des questions de propriété et d'hérédité.

Après leur suppression, et surtout à raison des nouvelles divisions territoriales imposées à la Gaule par les successeurs de César, ce furent les gouverneurs des provinces qui furent chargés de l'application des lois. Ces gouverneurs, ne connaissant pas le droit celtique, ne purent pas l'appliquer; ils durent s'en tenir au droit romain qui régit toute la Gaule du mo-

ment où Caracalla eut accordé le droit de cité à tous les sujets de l'empire. Dès lors, la législation romaine s'appliqua sans restrictions, et on vit disparaître d'une façon complète l'ancien droit local que les magistrats inférieurs avaient pu conserver jusque là. La matière des testaments fut donc, comme les autres, régie par les règles du droit romain, et, en admettant qu'elle ait existé, il ne resta aucun vestige de la législation celtique sur les testaments.

Au cinquième siècle, la Gaule fut envahie par les Germains ; les uns, comme les Wisigoths et les Bourguignons, s'étaient établis à la suite de concessions faites par le peuple romain ; d'autres, au contraire, comme les Francs, s'étaient établis par droit de conquête. Avant l'invasion des Barbares, il n'y avait qu'un droit dans la Gaule, le droit romain. Après l'invasion, on y trouve un droit nouveau, si l'on peut donner ce nom aux coutumes germaniques qui variaient selon les tribus.

Mais les lois barbares ne modifièrent en rien la législation existant déjà sur notre matière, puisque, au rapport de Tacite, les Germains ne connaissaient pas les testaments, et qu'en conséquence ils n'avaient aucune règle sur la forme à donner à ces actes.

Jusqu'à l'invasion des barbares, on avait appliqué, dans toutes les provinces de la Gaule, le droit qui était en vigueur dans l'empire romain, lors de la chute de l'empire d'Occident. Tant que l'empire d'Occident subsista, les empereurs, par leurs constitutions, apportèrent à la législation les modifications nécessaires ; mais, après sa chute, alors qu'il ne resta que les em-

pereurs d'Orient, dont on ne reconnaissait pas l'autorité, la législation romaine ne put plus être appliquée dans la Gaule, sans un remaniement qui la mît à la portée des juges barbares. Grâce à cette révision et à cette simplification, le droit romain put être appliqué et, par suite, maintenu dans la Gaule. Ce travail de révision, fait en Occident au commencement du sixième siècle, donna naissance aux recueils de droit gallo-romain, qui vont régir la Gaule pendant quelque temps.

Le Papien, chez les Bourguignons, nous présente le droit romain nationalisé, approprié à certaines provinces de la Gaule. Il fut longtemps en vigueur dans le Midi, mais ce n'est qu'un exposé sommaire. En empruntant le testament au droit romain, le Papien lui en a aussi emprunté les formes. En effet, les donations et les testaments doivent se faire en présence de cinq ou sept témoins, formalité établie par le Code théodosien pour les testaments et les codicilles.

L'édit de Théodoric reproduit les règles du droit romain sur la forme des testaments. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, si l'on se rappelle que, voulant relever l'empire d'Occident, ce roi a soumis les Goths aux lois romaines, et que son but a été non de faire un recueil de droit gallo-romain, mais bien d'obtenir un manuel de droit romain destiné à en rendre l'application facile aux juges barbares.

La loi romaine des Wisigoths, au contraire, est essentiellement un recueil de droit gallo-romain. Elle ne fait aucune distinction entre le testament du droit

civil, le testament prétorien et le testament impérial. Quant à la forme, elle ne reconnaît que le testament fait en présence de cinq ou sept témoins, codicille dans le premier cas (L. ult. Code, de Cod.), testament véritable dans le second. Le testament peut être fait soit oralement, soit par écrit, mais, dans l'un et l'autre cas, il doit contenir institution d'héritier et exhérédation des héritiers siens. En un mot, les formalités exigées en droit romain sont nécessaires sous l'empire de la loi romaine des Wisigoths. Cela résulte de l'interprétation donnée à la Novelle de Théodose et Valentinien, d'après laquelle il faut l'unité de contexte, la signature à la fin du testament et la suscription de l'enveloppe par les témoins et le testateur. Si ce dernier ne signe pas, on doit également appeler un huitième témoin.

Enfin cette loi reproduit une Novelle de Valentinien autorisant la forme olographe. Ce testament doit être écrit en entier de la main même du testateur, *propria manu*.

Ces dispositions de la loi romaine des Wisigoths sont importantes à noter, car cette loi va devenir le Code véritable des Gallo-Romains, et le droit qu'on y trouve est celui qui est en vigueur dans la Gaule jusqu'au onzième et même au douzième siècle, époque à laquelle le droit de Justinien s'est substitué à l'ancien droit romain.

Mais le droit de Justinien, s'introduisant dès le neuvième siècle, et, deux ou trois siècles plus tard, remplaçant l'ancien droit romain, n'exerça aucune influence sur la forme des testaments, puisque, comme

nous l'avons dit en nous occupant du testament tripartit en droit romain, cet empereur conserva le mode de tester créé par Théodose le Jeune.

Au neuvième siècle, les Capitulaires de Charlemagne nous présentent l'aspect de la législation générale de l'empire franco-germanique. Ils établissent l'unité de législation quant aux points qui y sont traités. Les testaments doivent peu aux Capitulaires qui ne s'en occupent guère qu'au point de vue de la tradition à faire par celui qui veut disposer de ses biens.

« Les Capitulaires s'occupent aussi des testaments; « ils en déterminent les formes. Mais les testaments « des Capitulaires sont plutôt, comme ceux des lois « barbares, des donations à cause de mort, des insti- « tutions contractuelles avec intervention des person- « nes avantagées ou de leurs représentants que des « testaments proprement dits. En effet, on y voit tou- « jours, comme condition de la validité de l'acte, la « tradition, et la loi détermine la forme de cette tra- « dition (Cap. IV, 19, et VI, 212). Non pas qu'il n'y « eût de véritables testaments faits par le testateur « seul, mais alors ils ne paraissent pas avoir eu d'au- « tre sanction que l'obligation pour l'institué d'accom- « plir la volonté du testateur, sous peine de se voir « enlever sa part héréditaire pour cause d'indignité; « et cette part caduque appartient alors à l'évêque « (Cap. add., III, 87). » (Dalloz, *Jurisprud. gén.*, t. I, p. 75, Essai sur l'histoire générale du droit français.)

Sous Louis le Débonnaire, les bénéfices, étant devenus héréditaires, formèrent les fiefs; les races se confondirent, et il y eut unité de législation dans cha-

que seigneurie en particulier. On conserva dans chacune d'elles la loi de la majorité des habitants, les autres tombèrent en désuétude. C'est ainsi que la loi romaine disparut dans le Nord, sauf pour les églises et les monastères, tandis que dans le Midi elle devint la seule loi, sous la forme d'une coutume territoriale. Dès lors la France se trouva régie en partie par le droit écrit et en partie par le droit non écrit ; et nous voyons apparaître la grande division en pays de droit écrit et pays de coutumes.

Le testament se retrouve dans les pays du nord comme dans ceux du midi, car il est tout à la fois d'origine romaine et ecclésiastique. S'il est vrai qu'il nous vient du droit romain, il n'en est pas moins vrai qu'il s'est répandu dans les Gaules sous l'influence de l'Eglise qui, en matière de transmission et de conservation des biens, avait accepté la législation romaine.

Les ecclésiastiques, et souvent même les particuliers, usaient du testament pour laisser leurs biens à l'Eglise. Bien plus, les conciles de Lyon (595) et de Paris (615) prononcent des peines contre ceux qui n'exécutent pas les volontés du défunt. On va même jusqu'à considérer comme mort déconfès et intestat celui qui n'a rien laissé à l'Eglise.

Nous étudierons d'abord les formes ordinaires des testaments, soit dans les pays de droit écrit, soit dans les pays de coutumes, et ensuite les formes privilégiées en usage dans les uns et les autres. Notre étude sur le droit ancien se terminera par les dispositions de l'ordonnance de 1735 et les modifications qu'elle aura

apportées aux modes de tester que nous aurons vus en usage.

§ 1. — *Pays de droit écrit.*

Dans les provinces du Midi, l'influence des barbares ne s'était pas fait sentir autant que dans celles du Nord; aussi, lorsque par suite de l'hérédité des bénéfices chaque seigneurie eut sa coutume particulière, ces provinces appliquèrent le droit romain comme étant la loi de la majorité des habitants. C'est ce qui a fait donner à ces pays le nom de pays de droit écrit, non qu'on y trouvât des lois écrites, mais parce que le droit écrit des Romains s'y était conservé sous la forme de coutumes territoriales.

En 864, à l'époque de l'édit de Pistes, on trouve dans ces pays l'ancien droit romain antérieur à Justinien, celui de la loi romaine des Wisigothts. Au dixième siècle les Novelles de Justinien sont connues dans la Gaule, mais c'est surtout dès le onzième que le droit de Justinien vient se substituer à l'ancien droit romain, dont il est considéré comme le complément. Il devient le seul droit en vigueur dans les pays de droit écrit, mais il est considérablement modifié par la jurisprudence des Parlements, les ordonnances, les statuts locaux ou les coutumes.

Avant l'ordonnance de 1735, on trouve dans les contrées méridionales deux modes ordinaires de tester : le testament solennel que l'on appelle aussi mys-

tique ou secret, et dans quelques provinces clos et cacheté, et en second lieu le testament nuncupatif.

Le testament solennel est la reproduction presque complète du testament tripartit du droit romain. Comme lui il exige, à peine de nullité, l'unité de contexte, la présence réelle et volontaire de sept témoins ayant la capacité voulue, et la déclaration du testateur aux témoins que l'écrit qu'il leur présente contient ses dernières volontés.

Le seul point sur lequel ces deux modes de tester diffèrent l'un de l'autre est relatif à la signature et à l'apposition du sceau des témoins. Dans la Novelle 42, l'empereur Léon suppose que celui qui écrit un testament est atteint de maladie ou frappé de mort avant la fin, et que le testateur, lui aussi, décède peu d'instants après. Dans ce cas, le testament, n'ayant pas été écrit en entier, il n'a pas été possible aux témoins de le signer et d'y apposer leur sceau. Dans cette hypothèse, l'empereur Léon décide que le testament produira son effet; il suffit que les témoins déclarent que c'est là le testament du *de cujus*, et cela alors même que les signatures et les sceaux font défaut.

Furgole nous apprend qu'en France la disposition de cette Novelle a été généralement suivie relativement aux sceaux. En Provence cependant, la loi *hâc consultissima* est suivie en son entier, même en ce qui concerne les sceaux (De Montvalon, *Traité des successions*, ch. 5, art. 6).

Quant à la signature, les usages varient suivant les cours supérieures du royaume. Les unes l'exigeaient dans tous les cas, les autres ne l'exigeaient qu'au-

tant qu'elle était prescrite par les ordonnances d'Orléans et de Blois.

L'intervention du notaire n'était pas nécessaire pour la validité du testament. La loi *hâc consultissima* n'exigeant sa présence que pour le testament de l'aveugle, il en résulte *a contrario* qu'elle n'est pas exigée lorsqu'il s'agit des dernières dispositions de toute autre personne. Cependant l'usage s'était introduit d'avoir recours à cet officier public, surtout lorsqu'on voulait que les dernières volontés ne fussent pas connues avant le moment de la mort. Le testateur présentait alors son testament clos et cacheté au notaire en présence de sept témoins. Il déclarait que cet écrit contenait ses dispositions testamentaires : dans le cas où il ne pouvait faire cette déclaration verbalement, il la faisait par écrit en tête de l'acte de suscription. Après cela le notaire dressait cet acte, qu'il signait avec les sept témoins et le testateur ou un huitième témoin, si le testateur ne savait ou ne pouvait signer.

D'après le même Furgole, l'usage pour les témoins de ne pas signer, soit les testaments, soit les autres actes aurait été introduit par une coutume qui remonte au onzième siècle et se serait maintenu durant cinq siècles. Il appuie son opinion sur le traité *de re diplomatica* du père Mabillon, sur Pasquier, dans ses *Recherches de la France*, et sur les *Offices* de Loyseau. Le premier de ces auteurs nous dit, en effet, que le signe de la croix suppléait la signature dans les testaments.

Cet usage s'étant étendu même à la signature des parties et du notaire, les rois durent y remédier, et

c'est ce qu'ils firent au moyen des ordonnances. Jusque là les témoins n'étant pas tenus de signer soit l'acte, soit le testament auquel ils étaient appelés, il s'ensuit que ce défaut de signature ne pouvait être considéré comme une cause de nullité du testament.

Mais, en 1539, une ordonnance de François Ier (art. 173, 174 et 175) enjoignit aux notaires de signer les actes et les testaments qu'ils recevraient.

En 1560, l'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans ordonne aux notaires, à peine de nullité, de faire signer aux témoins instrumentaires tous actes ou contrats qu'ils reçoivent, ou de faire mention de la cause qui les empêche de signer. En 1579, l'art. 165 de l'ordonnance de Blois ordonne la même chose, en s'occupant nommément des testaments. L'art. 166 de la même ordonnance veut, si le notaire est dans une ville ou gros bourg, que l'un des deux témoins signe la minute avec lui, dans le cas où la partie contractante ne sait pas signer.

Dans le parlement de Toulouse, il est nécessaire que deux témoins aient signé, lorsque le testateur ne sait ou ne peut le faire.

Comme seconde forme de tester, les pays de droit écrit avaient admis le testament nuncupatif. Mais ce testament n'est pas absolument le même que celui que nous avons vu dans le droit romain, où il suffisait que le testateur déclarât sa volonté en présence de sept témoins. Cette forme du droit romain présentait de graves inconvénients, non-seulement en ce qu'à la mort du testateur les témoins pouvaient n'être plus en nombre suffisant pour venir attester ses dernières dis-

positions, mais encore en ce que leur mémoire pouvait se trouver en défaut, ou qu'on pouvait craindre qu'ils fussent subornés.

Aussi l'usage s'était-il établi de bonne heure de faire le testament nuncupatif en présence d'un notaire qui écrivait les paroles du testateur. Cette forme de tester, que l'on appela testament nuncupatif écrit, avait l'avantage de parer aux inconvénients que nous avons signalés. La présence du notaire ne dispensait cependant pas de la nécessité d'appeler sept témoins, qui, en cas de contestation, seraient venus affirmer que c'était bien là le testament conforme à la volonté du testateur.

Le notaire qui écrivait ainsi les volontés du testateur n'était pas considéré comme témoin et ne pouvait pas suppléer un autre témoin qu'on aurait négligé d'appeler. Mais il en était autrement lorsque, le testament ne pouvant pas être considéré comme un acte public, il était nécessaire d'en établir la preuve en justice par la résomption des témoins.

D'après Bretonnier, dans son *Recueil de droit*, le notaire peut être compris dans les sept témoins. En Provence (de Montvalon, *Traité des successions*), il faut toujours sept témoins, outre le notaire. D'après le même auteur, le testament pouvait, jusqu'à l'ordonnance de 1735, être écrit par le clerc du notaire. Enfin, on considérait comme essentielle la mention que le testament avait été lu au testateur.

Un testament écrit imparfait pourrait-il valoir comme testament nuncupatif? Cela ne fait pas de doute au Parlement de Toulouse. Bien qu'il apparaisse que le testateur a voulu adopter la forme solennelle, s'il a dé-

claré sa volonté en entier en présence des témoins, il a en réalité employé la forme nuncupative, et le testament peut valoir en cette dernière forme. C'est ce qu'avait déjà décidé Justinien dans la L. 30, Code, 6, 23, *de testam.* Mais il en serait autrement s'il était prouvé que le testateur a voulu uniquement et taxativement tester par écrit.

Le mot de nuncupatif inséré dans le testament nuncupatif, rédigé par écrit, lui enlevait beaucoup des formalités requises au testament par écrit. « C'est pourquoy nommément au pays de la France auquel on obserue pour coustume le droit ciuil des Romains, comme au Lyennois, Languedoc, etc..., quand ils font leurs testamens, ils y mettent cette clause : *Pour tenir lieu de testament par escrit ou nuncupatif, en la meilleure forme qu'il se puisse faire pour luy faire sortir effect* (1).

Nonobstant l'ordonnance de Moulins de 1566 et celle de 1667, qui rejetaient la preuve testimoniale au-dessus de cent livres, et, s'appuyant sur ce que ces ordonnances ne parlaient que des contrats et des conventions, et non point des dispositions testamentaires, le parlement de Toulouse avait toujours admis la preuve par témoins pour le testament nuncupatif.

Enfin, il faut noter ici que, contrairement à ce qui se pratique dans les pays de droit coutumier, et conformément au droit romain, on admet le témoignage des légataires dans les pays de droit écrit. En cas de

(1) Pasquier, *Interprétat. des Institutes de Justinien*, liv. 2, ch. 95.

nécessité, on accepte aussi le témoignage des religieux, à défaut d'autres témoins.

Dans les pays de droit écrit, pour pouvoir être témoin dans un testament, il suffit d'avoir atteint l'âge de puberté.

Quant aux formes intrinsèques, on suit, à peu de chose près, dans les pays de droit écrit, tous les principes de la jurisprudence romaine. L'institution d'héritier est de l'essence du testament; elle est nécessaire à sa validité. Ceux qui ont droit à la légitime doivent être institués ou exhérédés conformément à la Novelle 115 de Justinien. Mais on a supprimé la nécessité d'employer les formules sacramentelles. Pourvu que l'institution ou l'exhérédation soient faites d'une façon expresse, le testament est valable, bien que le testateur ait négligé les termes solennels.

Néanmoins, d'après l'art. 55 des Statuts de Montpellier, tout testament est valable sans institution d'héritier. Loysel, dans ses Institutes coutumières, rapporte que, d'après la coutume de Bourgogne (art. 3, tit. *des successions*), l'institution d'héritier est requise pour la validité du testament en ligne directe, et non en ligne collatérale; d'après Chabrol (t. 2, ch. 12, art. 48), la coutume d'Auvergne n'exige pas l'institution d'héritier et n'annule pas le testament par suite de la prétérition des enfants. La coutume de Saintonge, dans son art. 63, déclare l'institution d'héritier tellement nécessaire, que, sans elle, le testament est nul, sauf à l'égard des legs pour cause pie.

§ 2. — *Pays de coutumes.*

Dans les pays de coutumes, comme dans les pays de droit écrit, les modes ordinaires de tester revêtent deux formes différentes ; mais les formes des testaments autorisées par les coutumes ne sont pas les mêmes que celles qui étaient en vigueur dans les pays de droit écrit ; en effet, tandis qu'on pratique dans ces derniers les testaments nuncupatifs écrits, les pays de coutumes ont remplacé ce mode de tester par le testament olographe, que les pays de droit écrit n'admettent que pour les dispositions de dernière volonté faites par les parents en faveur de leurs enfants.

Le droit coutumier offre partout un fonds uniforme : s'il s'est diversifié, c'est par suite des interprétations différentes qu'on en a faites, et des applications diverses, nécessitées par les besoins locaux. Il ne nous est pas possible de constater les différences qui ont existé entre les diverses coutumes : le nombre de ces dernières est beaucoup trop considérable pour qu'il soit permis d'entreprendre d'étudier les dispositions de chacune d'elles ; mais, en les parcourant successivement, il nous a été facile de nous convaincre que la plus grande analogie existait entr'elles ; aussi, nous nous bornerons à étudier la forme des testaments, telle qu'elle était prescrite par les coutumes les plus importantes, notamment par celle de Paris, ayant soin de signaler les coutumes qui ont sensiblement modifié les dispositions de celle que nous prenons pour type.

Le droit coutumier reconnait deux espèces de testaments : le testament olographe et le testament solennel.

Testament olographe. — Le testament olographe est celui que le testateur fait seul, sans avoir recours à des personnes revêtues du caractère d'officier public.

Cette manière de disposer a son origine tout à la fois dans la Novelle de Valentinien plus haut citée, et dans le testament-partage *inter liberos*, autorisé par les lois romaines. Sous l'influence de l'Église, elle s'était répandue dans toute la Gaule, et comme elle était un des modes de tester le plus simples et le moins sujets à surprise, le droit coutumier l'avait retenue ; aussi la trouvons-nous lors de la rédaction des coutumes dans les pays que le droit écrit ne régissait pas.

Une ordonnance de Louis XIII, de 1629, avait déclaré ces sortes de testaments valables dans tout le royaume ; mais cette ordonnance ne fut pas observée par les pays de droit écrit, qui n'autorisaient la forme olographe que pour le testament *inter liberos*, le testament militaire, et celui qui était fait en faveur des églises et des pauvres.

L'écriture et la signature par le testateur, voilà tout ce que l'on exige pour la validité de ce testament ; mais ces deux choses sont tellement essentielles que, d'après un arrêt du 21 mars 1581, cité par de Ferrière sur l'art. 289 de la coutume de Paris, le testament ne serait pas valable s'il était écrit par un autre et signé par le testateur, et cela alors même qu'on ne pourrait pas mettre en doute la signature de

ce dernier. Bien plus, les apostilles émanant d'une main étrangère rendraient le testament nul pour le tout.

Quant à la date, elle n'est nullement exigée, pas plus que la mention du lieu où le testament a été fait. La disposition de la Novelle 107, dans laquelle Justinien exige que le père inscrive la date dans le testament-partage *inter liberos*, était considérée comme un conseil plutôt que comme une formalité nécessaire.

Il y a cependant des coutumes qui exigent que le testament soit daté, notamment celle de la ville et cité de Metz, dont l'art. 2 du titre 8 est ainsi conçu : « Le testament ou codicille fait par un testateur, portant date du jour, mois et an, escript et signé de sa main, est bon et valable, tant en la ville de Metz que pays messin. » Beaumanoir, dans ses coutumes de Beauvoisis (Ch. 12, n° 58), après avoir fait connaître la forme générale pour faire le testament, ajoute : « Et après doit metre le tans que ce fu fet, et seeler le de son seel... »

Bien qu'aucune coutume n'exigeât l'indication du lieu où le testament était fait, il était cependant bon de le mentionner, car, tandis que la capacité du testateur se règle par la coutume de son domicile, la qualité et la quotité des biens dont il peut disposer par la coutume du lieu où ils sont situés, c'est la coutume du lieu où il est fait qui règle les formes nécessaires pour la validité du testament.

De ce que l'écriture et la signature par le testateur suffisent pour la validité du testament olographe, il ne faut pas cependant en conclure que toute espèce d'é-

crit émané du *de cujus*, et signé par lui, peut constituer un testament ou ordonnance de dernière volonté. Il faut qu'il résulte, soit d'une déclaration formelle, soit des termes mêmes dans lesquels l'écrit est conçu, que le testateur a eu bien réellement l'intention et la volonté de disposer de ses biens pour le moment de sa mort.

C'est ainsi qu'en principe une lettre missive ne pourrait pas être considérée comme un testament, bien que la grand'chambre, en son audience, ait déclaré bonne et valable une disposition faite dans ces conditions.

Le testament olographe, qui n'était pas en usage dans une grande partie des pays de droit écrit, était généralement reçu dans les pays de coutumes. En Bretagne cependant, il n'était valable que s'il était fait durant la santé du testateur et auparavant la maladie dont il décède. Dans le cas contraire, il faut un testament public (art. 613).

Testament solennel. — Indépendamment du testament olographe, les pays régis par le droit coutumier avaient admis un autre mode de tester que l'on désigne sous le nom de testament solennel.

Ce testament est, comme le définit Me Claude de Ferrière, celui qui est reçu pardevant des personnes publiques, pour ce autorisées par la coutume. Ces personnes publiques peuvent être rangées en trois catégories différentes; par suite, les diverses espèces de testament solennel peuvent se réduire à trois, selon que les dispositions de dernière volonté sont reçues par des notaires, des curés ou leurs vicaires-généraux.

Par les notaires. — L'art. 289 de la coutume de Paris déclare bon et valable le testament reçu par deux ou un notaires. Le caractère public dont ils sont revêtus fait que le testament est bon et valable, dans le premier cas, même en l'absence de témoins; mais, lorsque le testament est reçu par un seul notaire, on doit suppléer à l'absence du second par la présence de deux témoins.

Il faut remarquer ici que, tandis que quelques coutumes ne distinguent pas entre les notaires de Cour laïque et séculière, et ceux de Cour ecclésiastique, la plupart, et notamment celle de Paris, déclarent nul, d'après les ordonnances, le testament passé pardevant notaires autres que ceux de Cour laïque et séculière. De plus, à l'exception des notaires du Châtelet de Paris, qui ont le droit d'instrumenter dans tout le royaume, les notaires ne peuvent recevoir les testaments que dans leur ressort, et cela à peine de nullité.

Par les curés. — L'usage de faire recevoir les testaments par les curés est fort ancien. C'est sous l'influence de l'Église qu'il s'introduisit. En 1170, une décrétale du pape Alexandre III déclare valable le testament fait devant le curé en présence de deux ou trois témoins. Bien que cette décrétale fût adressée à l'évêque d'Osties, il ne faut pas s'étonner si on la retrouve dans le droit de la France, car elle fait partie du droit canon, et nous avons dit plus haut que le testament était tout à la fois d'origine romaine et ecclésiastique. Mais cette décrétale du pape Alexandre III, n'ayant pas été reçue en Provence, Julien, dans son

Commentaire sur les Statuts de Provence (t. I, p. 62), nous apprend que les notaires royaux peuvent seuls recevoir les actes de dernière volonté, à l'exclusion des notaires de Cour ecclésiastique et des curés, sauf toutefois en temps de peste, comme cela s'est pratiqué en 1720 et 1721 ; et il est à remarquer que sur ce point les art. 25 et 33 de l'ordonnance de 1735 n'ont pas pas modifié les Statuts de Provence.

Dans les pays où les curés ont le pouvoir de recevoir les testaments, ce n'est qu'à défaut de l'un ou des deux notaires que ce pouvoir leur est donné, et de plus non-seulement il ne leur est pas permis d'en délivrer des expéditions, mais encore ils doivent en faire le dépôt dans un certain délai.

Pour être valable, le testament doit être reçu par le curé en présence d'un notaire ou de trois témoins.

Tout curé n'a pas le droit de recevoir les testaments; il faut que ce soit celui de la paroisse dans laquelle le testateur demeure actuellement, car les curés ne peuvent pas exercer leurs fonctions curiales hors de leur paroisse. Il suit de là que les curés peuvent recevoir les testaments d'individus qui ne sont pas leurs paroissiens, mais qui sont retenus dans la paroisse soit pour affaires, soit pour cause de maladie. Dans ce cas, en effet, le testateur ne pourrait pas faire recevoir ses dernières dispositions par le curé de son domicile, puisque celui-ci, en sortant de sa paroisse, aurait perdu le droit d'exercer ses fonctions curiales.

Le curé seul a le droit de recevoir les testaments des personnes qui se trouvent dans sa paroisse, car ce droit résulte uniquement de sa qualité de curé, et

cette permission ne peut être étendue à d'autres personnes, même en temps de guerre, maladie contagieuse ou autrement, pas plus que les testaments reçus par les notaires ne pourraient l'être par d'autres fonctionnaires de l'ordre judiciaire, tels que conseillers, juges, secrétaires de la Cour.

Les aumôniers dans les hôpitaux et aux armées remplacent le curé ; aussi ont-ils là, pour la réception des testaments, les mêmes droits que le curé dans sa paroisse. Par la fin de son article 289, la coutume d'Orléans donne expressément aux chapelains de l'Hôtel-Dieu le droit de recevoir les testaments des malades qui décéderont en cet Hôtel.

Pardevant les vicaires-généraux. — Il est cependant des personnes qui peuvent suppléer les curés et comme eux recevoir les testaments : ce sont les vicaires-généraux, à qui les ordonnances d'Orléans (art. 27) et de Blois (art. 63) confèrent ce droit, *utilitatis causâ*. Les vicaires doivent recevoir les testaments de la même manière que les curés ; mais pour que les testaments qu'ils reçoivent soient valables, il faut préalablement qu'il leur ait été délivré par le curé des lettres de vicariat, et que ces lettres aient été registrées aux greffes royaux, dans les villes où il y avait justice royale, et dans les autres lieux en la justice ordinaire.

Cependant, le défaut de lettres ne serait pas un cas de nullité, si celui qui a reçu le testament en qualité de vicaire d'une paroisse était notoirement tenu comme tel. *Error communis facit jus*. Cette solution est du reste conforme à celle que nous avons adoptée en droit romain pour le cas où le testateur a appelé

comme témoin un esclave que tout le monde croyait libre.

Enfin une grande partie des coutumes déclarent valables les dispositions testamentaires faites en présence de quatre témoins.

Les témoins des testaments doivent être idoines, suffisants, mâles, âgés de vingt ans accomplis, et non légataires. On exclue donc le témoignage des femmes, qui, d'après certains auteurs, devraient être admises comme témoins dans les codicilles et les testaments faits en temps de peste. Ici, il n'y a aucune distinction ; il faut, dans tous les cas, que les témoins soient mâles.

Le droit coutumier ne permet pas aux religieux d'être témoins dans les testaments.

Dans les pays de coutumes, les témoins doivent être majeurs de vingt ans, tandis que dans les pays de droit écrit on admet les témoins dès qu'ils ont atteint l'âge de puberté, c'est-à-dire quatorze ans.

Nous avons vu que le droit romain n'avait pas voulu placer le testateur dans la double alternative, ou de ne rien laisser à ses amis, ou de ne pas les appeler comme dépositaires de ses dernières volontés. Les qualités de témoin et de légataire étaient parfaitement compatibles. Il n'en a pas été de même dans le droit coutumier : le légataire ne peut pas être témoin dans le testament qui contient une disposition en sa faveur. Cependant, si un des témoins recevait un legs de peu d'importance, le testament pourrait, à raison de la modicité de ce legs, être considéré comme valable.

De même que les légataires ne peuvent pas être témoins des testaments, les curés et vicaires ne peu-

vent pas, à peine de nullité, recevoir les testaments contenant quelque disposition en leur faveur (Art. 27, ordonnance d'Orléans. — Art. 63, ordonnance de Blois). Ces articles ne parlent que des curés et vicaires, mais il faut évidemment étendre leurs dispositions aux notaires, car il y a ici analogie de motifs, et par suite on doit arriver à la même décision.

Lorsque le testament a été reçu par une personne publique, il faut qu'il ait été dicté et nommé par le testateur aux notaires, curés ou vicaires généraux. Le testament ainsi dicté doit être écrit par le notaire ou par une autre personne en présence du notaire, à peine de nullité. Me Claude de Ferrière rapporte que des arrêts admettent la validité du testament dans les deux cas. Cependant l'usage a prévalu qu'il soit écrit par le notaire, curé ou vicaire général. Un arrêt du 19 janvier 1585 exige qu'il soit écrit en lettres ordinaires et entières, non en chiffres, à peine de nullité.

Cette nécessité de la dictée par le testateur abroge les testaments dits à l'interrogat, dans lesquels le notaire posait au testateur des questions auxquelles celui-ci répondait par oui ou non. En mettant de côté toute idée de captation, ce mode de tester pouvait donner lieu à surprise, soit que le testateur n'entendit pas très bien la question qui lui était posée, soit qu'il ne saisît pas parfaitement le sens des termes dans lesquels elle était conçue. Par suite, le testament pouvait ne pas être l'expression fidèle de la volonté du *de cujus*. Ce danger est évité du moment où le testateur dicte lui-même ses dispositions dernières.

Et afin que l'acte qui en est dressé soit conforme

à ce qui vient d'être dit, l'art. 289 de la coutume de Paris exige que, toujours en présence des témoins, le testament soit relu au testateur, et qu'il soit fait mention que le testament a été dicté par le testateur et qu'il lui a été relu.

Quelques coutumes veulent qu'on mentionne que le testament a été fait sans suggestion. On a même vu un testament déclaré nul par cette seule raison qu'au lieu de dire qu'il avait été fait sans suggestion, on l'avait déclaré fait sans induction.

Peu importe la place que ces mentions occupent dans l'acte, mais il est préférable qu'elles soint placées à la fin, car alors elles ont un plus grand caractère de vraisemblance.

Tandis que la date n'est pas exigée dans les testaments olographes, les testaments solennels doivent être datés. Cela résulte de l'art. 167 de l'ordonnance de Blois : « Seront aussi tenus nos notaires mettre et déclarer par lesdits contrats, testaments et actes...., la maison où les contrats seront passés, et pareillement le temps de devant ou après midi qu'ils auront été faits. »

Enfin les testaments doivent être signés par le testateur et les témoins et, dans le cas où ils ne sauraient ou ne pourraient signer, mention doit être faite de l'interpellation qui leur a été adressée à ce sujet, et de la cause du défaut de signature (Art. 84, ordonnance d'Orléans; art. 63 et 175 de l'ordonnance de Blois). Les notaires doivent également signer les testaments, et, d'après un arrêt du 18 mars 1624, ils doi-

vent les signer en présence des testateurs et avant de se transporter ailleurs.

Telles sont les solennités prescrites pour la validité des testaments par la généralité des coutumes ; du reste, pour ces solennités, on doit se conformer à la coutume du lieu où les testaments sont passés.

Quant aux formalités intrinsèques, il ne peut pas en être question dans les pays de coutumes, où le testament se confond avec le codicille. En effet, en droit coutumier Institution d'héritier n'a point lieu, c'est-à-dire qu'elle n'est pas nécessaire à la validité du testament ; cependant quelques coutumes admettent l'institution d'héritier : par exemple, la coutume de Berry, mais elle ne l'exige pas pour la validité du testament. Quant à l'exhérédation des enfants, dans le droit coutumier, elle prive l'exhérédé des avantages de la succession, mais non de la qualité d'héritier, car Dieu seul fait les héritiers. Par suite, le défaut d'exhérédation ne peut pas être une cause de nullité du testament, l'héritier simplement passé sous silence devant avoir la portion de biens que lui réserve la coutume. La coutume de Liége déclare le testament valable qu'il contienne ou non institution d'héritier ; mais « pourvu que l'enfant ne soit omis, s'il y en a. » (Tit. 10, des testaments, art. 2).

Enfin, dans les pays de coutumes on n'applique pas la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,* en ce sens au moins que le *de cujus*, s'il ne peut pas à proprement parler instituer un héritier pour partie de ses biens, peut léguer une

partie de ces mêmes biens, le surplus allant à l'héritier légitime.

§ 3. — *Testaments spéciaux.*

Testament militaire. — Dans les pays de droit écrit, les testaments militaires sont, comme en droit romain, dispensés de toute formalité. Il suffit que la volonté du testateur puisse être constatée. Contrairement à l'ordonnance de Moulins et à celle de 1667, le Parlement de Toulouse admit la preuve par témoins du testament militaire jusqu'en 1735.

Dans les pays de coutumes, ces sortes de testaments ne sont valables que s'ils sont rédigés par écrit. Dans ces pays, en effet, on n'admet pas la validité des dispositions verbales, conformément à l'ordonnance de Moulins.

Cependant, de Ferrière, dans son Dictionnaire de pratique, nous apprend que, reçus en France en 1409, les testaments militaires y ont été, jusqu'à l'ordonnance de Moulins, autorisés, quoique non rédigés par écrit.

Testament du pupille ou substitution pupillaire. — Testament de l'insensé ou substitution quasi-pupillaire. — Dans les pays de droit écrit, on se conforme aux dispositions du droit romain. — Quant aux pays coutumiers, ces deux modes de tester ne pouvaient pas être admis, car toute substitution suppose une institution, et nous avons vu qu'il n'y avait pas d'institution d'héritier dans le droit coutumier ; l'institué n'étant à proprement parler qu'un légataire.

Testament-partage inter liberos. — A l'égard de ces testaments, les pays de droit écrit suivent les principes du droit romain, et les dispensent des formalités ordinaires. Tandis que la plupart de ces pays rejettent la forme olographe, comme mode ordinaire de tester, on permet généralement au père de l'employer dans la disposition qu'il fait de ses biens entre ses enfants. Mais on rentre dans la règle ordinaire pour les dispositions au profit soit du conjoint, soit de personnes complètement étrangères. Les dispositions de ce genre insérées dans un testament *inter liberos* sont nulles.

Nous ne reviendrons pas sur la question de savoir si le testament qui nous occupe peut être fait en la forme nuncupative, cette question ayant été résolue négativement dans la partie relative au droit romain. Nous nous contenterons de remarquer ici que, quoique non fondée en droit, l'affirmative était fort accréditée au parlement de Toulouse.

Dans les pays coutumiers, les testaments des père et mère en faveur de leurs enfants n'ont j'amais été reçus sans être revêtus de toutes les solennités requises par les coutumes des lieux où ils sont passés. — Cela se conçoit aisément, si on considère d'une part que la principale faveur accordée à ces testaments dans les pays de droit écrit était la faculté de tester en la forme olographe, et d'autre part que dans les pays de coutumes le testament olographe est un des modes ordinaires.

La coutume de Valenciennes veut que les testaments faits par les père, mère, père grand, mère grand,

soient passés « pardevant deux de la loy du lieu où iceux se feront. »

La coutume de Bourgogne ne donne le droit de faire ce partage anticipé qu'aux père et mère nobles : Entre gens nobles. . . . dit l'art. 6. Il doit être fait au moins vingt jours avant le trépas, en la forme solennelle ou mystique, si le testateur veut que ses dispositions restent secrètes; il ne lui suffirait pas, en effet, d'écrire le partage de sa main et de le signer. Il faut encore dans ce cas que, sans être tenu de le faire connaître, il le présente à un notaire et deux témoins, en leur déclarant que le contenu est le partage de ses biens entre ses enfants. Cette déclaration écrite au pied ou au dos est signée par le notaire et les témoins (Tit. des successions, art. 8).

Testament en faveur des successeurs ab intestat. — Toute la faveur dont jouissent ces testaments, c'est qu'au lieu de sept témoins, on n'en exige que cinq. L'article 9 de la Coutume de Bourgogne, au titre des successions, les déclare valables lorsqu'ils sont faits en la même forme que les testaments *inter liberos*.

On s'est demandé si en faisant ainsi le partage testamentaire de ses biens soit entre ses enfants, successeurs *ab intestat* au premier degré, soit entre ses successeurs *ab intestat* autres que les enfants, le père était tenu de les instituer pour des portions égales, ou si l'inégalité des parts pouvait être admise dans un tel acte de dernière volonté. Cette dernière solution ne fait pas de doute pour nous. Du moment où la loi permet au père de faire ce partage testamentaire entre ceux qui doivent recueillir sa succession, c'est évidem-

ment qu'elle lui donne le droit d'instituer inégalement ses enfants ; sans cela, les enfants étant également appelés à l'hérédité, le testament aurait été complètement inutile. Sans doute, le père peut avoir eu pour but d'éviter les contestations entre ses enfants ; mais l'existence des règles sur le partage des successions *ab intestat* ne permet pas de décider par ce seul motif que, dans son testament *inter liberos*, le père doit observer une parfaite égalité. Il peut donc favoriser les uns au préjudice des autres, pourvu, toutefois, qu'il ne porte pas atteinte à la part qui légitimement doit revenir à ces derniers.

Vasquius rapporte une troisième opinion, d'après laquelle il faudrait distinguer selon que l'inégalité des parts est grande ou non. Cette solution ne nous paraît pas pratique, car comment reconnaître quand la différence est grande et quand elle est petite. Il n'est pas possible de faire une délimitation exacte. Il est certain que celui qui est avantagé trouvera toujours la différence peu sensible ; les autres, au contraire, la trouveront grande.

Testament devant le magistrat, apud acta.—L'usage de ce testament était reçu au Parlement de Toulouse ; les coutumes de Vermandois et de Péronne l'admettaient aussi ; mais tandis qu'en droit romain la présence de témoins n'est pas exigée, il faut deux témoins d'après ces coutumes. Enfin, le testament de mort, dont nous parle de Ferrière dans son *Dictionnaire de Pratique*, n'était qu'un testament *apud acta*, puisqu'il était reçu par le juge qui assistait à l'exécution.

Testaments faits à la campagne. — Dans ces sortes

de testaments, il suffit de cinq témoins, comme dans ceux qui sont faits en faveur des successeurs *ab intestat*. D'après l'art. 166 de l'ordonnance de Blois, si le testateur ou la partie qui s'oblige ne sait signer, dans les pays où il suffit que deux témoins assistent le notaire, il faut que l'un des témoins signe la minute avec le notaire. Mais cela n'est exigé qu'autant que le notaire se trouve dans une ville ou gros bourg; *a contrario*, la signature des témoins n'est pas nécessaire dans les testaments faits à la campagne.

Cette faveur repose sur la difficulté que l'on éprouve dans la campagne à se procurer des témoins lettrés, plutôt que sur le peu d'instruction du testateur lui-même; par suite, cette faveur a dû s'appliquer au testament de n'importe quelle personne, lorsqu'elle le faisait aux champs, et non pas seulement à celui des habitants des campagnes, aux *rustici*.

Testament fait en temps de peste. — Pour pouvoir user de ce mode de tester, il n'est pas nécessaire que le testateur soit lui-même atteint par la maladie, il suffit qu'il se trouve dans un lieu pestiféré.

Le droit romain ne s'était écarté des formalités exigées pour les testaments ordinaires qu'en ce qu'il dispensait de la présence simultanée des témoins. Dans les pays de droit écrit, l'usage a encore réduit les formes du testament fait en temps de peste. On n'exige plus, en effet, que cinq témoins. Certains Parlements déclarent même que deux suffisent. On dispense, en outre, les témoins de se trouver en présence du testateur, pourvu qu'ils entendent sa voix; il n'est pas nécessaire qu'ils le voient. En Provence, il fallait que le

testament fût signé par cinq témoins ou quelqu'un d'eux, avec mention de la cause qui avait empêché les autres de signer. En temps de peste, les testaments pouvaient être reçus par les curés. Le Parlement de Toulouse n'exigeait que deux témoins ; ce Parlement admettait même quelquefois le témoignage des femmes dans ces testaments. La coutume de Bayonne déclarait valable le testament fait en temps de peste en présence de deux témoins mâles ou femelles, qu'il soit écrit ou non. Dans le prèmier cas, celui qui l'avait écrit était compté comme un des témoins. Du reste, cette coutume admettait la validité du testament simplement écrit par le testateur sans témoin, ou testament olographe.

Les Parlements de Bordeaux et de Grenoble dispensaient de la signature des témoins : mais le Parlemen de Grenoble veut que, si le malade guérit, il fasse dans l'année un autre testament dans les formes.

Dans les pays coutumiers, à raison de la faculté qu'on y avait de tester en la forme olographe, il n'avait pas été aussi nécessaire de simplifier les formes pour les testaments en temps de peste. Aussi la plupart des coutumes, notamment celle de Paris, ne les dispensent-elles d'aucune des formalités requises dans les testaments ordinaires. Cependant, quelques-unes d'entr'elles leur ont accordé quelque faveur : c'est ainsi que, d'après les coutumes de l'évêché de Metz (tit. 10. art. 6), volonté dernière des pestiférés déclarée pardevant curés ou autres confesseurs vaut en legs pieux, sans autre témoignage. Pour valoir à leur profit, il faut deux témoins hors de tout reproche et exception.

Testament de l'aveugle. — D'après la loi romaine, le testament de l'aveugle exigeait la présence de sept témoins, plus un notaire ou, à son défaut, un huitième témoin qui le remplaçait. Dans les pays où on n'exige qu'un nombre de témoins moindre pour la validité du testament, il faut ajouter un témoin au nombre requis, sauf, lorsqu'il s'agit des dispositions d'un père aveugle entre ses enfants, auquel cas il suffit de deux notaires ou d'un notaire et deux témoins. Si, au lieu de la forme nuncupative, l'aveugle emploie la forme mystique, il est nécessaire que le testament lui soit relu et qu'il en soit fait mention.

Testament des sourds et des muets.—Le droit ancien n'avait pas eu à établir des formes spéciales de tester pour les personnes de ces catégories, car elles pouvaient faire leurs dernières dispositions, soit en la forme olographe, soit en la forme mystique, soit en la forme nuncupative écrite.

Testament mutuel. — On avait permis aux époux de faire des testaments mutuels. D'après la coutume de Liége (Chap. X, art. 12), le testament écrit par l'un des conjoints, et signé par l'un et par l'autre, est valable pourvu que deux témoins dignes de foi reconnaissent l'écriture.

Ce testament avait été introduit par la Nov. 4 de l'empereur Valentinien. Cette Novelle, qui n'a pas été reproduite par Justinien, était suivie en Provence. Il n'était pas reçu par l'art. 174 de la coutume de Blois, ainsi conçu : Homme et femme ne s'entredonnent par testament.

Testament maritime. — Cette forme de tester a été

règlementée par l'ordonnance du mois d'août 1681, sur la marine. Au livre 8, tit. 11, des testament et succession de ceux qui meurent en mer, il est dit :

Art. 1. — Les testaments faits sur mer par ceux qui décèderont dans les voyages seront réputés valables, s'ils sont écrits et signés de la main du testateur, ou reçus par l'écrivain du vaisseau en présence de trois témoins qui signeront avec le testateur, et, si le testateur ne peut ou ne sait signer, il sera fait mention de la cause pour laquelle il n'aura pas signé.

Il résulte de cet article que le testament olographe est valablement fait en mer, sans avoir à se préoccuper si le testateur appartient ou non aux pays de coutumes : seulement, dans ce dernier cas, il est bon que le testateur inscrive la date, à moins qu'il ne ressorte des termes même du testament qu'il a été fait en mer. En second lieu, les témoins du testament reçu par l'écrivain doivent signer. Il ne suffirait pas de mentionner la cause pour laquelle ils n'ont pas signé ; la disposition de notre article s'applique au testateur seul. Quant à la signature de l'écrivain, notre ordonnance n'en parle pas, mais il est évident que l'écrivain doit signer conformément aux dispositions des ordonnances antérieures relatives à la signature des personnes publiques qui reçoivent les testaments.

Un testament ainsi fait sur mer n'est valable que pour les biens que le testateur possède à bord, d'après l'article 2. Enfin, d'après l'article 3, les dispositions au profit des officiers du vaisseau ne sont valables que tout autant que ceux-ci sont parents du testateur.

Celui qui fait son testament sur mer doit, de pré-

férence, employer la forme olographe, car, indépendamment des formalités qu'entraîne le testament fait devant l'écrivain du vaisseau, il ne vaut que pour les objets qui sont à bord, et devient caduc après le débarquement ; le testament olographe vaut, au contraire, pour toute sorte de biens et ne cesse pas de valoir dès que le testateur a terminé son voyage.

Testament en faveur de la cause pie. — Le droit romain ne s'était pas préoccupé de ces sortes de dispositions ; elles étaient assujetties à toutes les solennités des testaments ordinaires. Mais les interprètes les dispensèrent de toutes les formalités du droit. Ces priviléges furent accordés à la cause pie par suite de l'interprétation d'un fragment du *Corpus juris canonici*, la décrétale du pape Alexandre III aux juges de Velletri, en 1170. D'après cette décrétale, toute dernière volonté ayant pour but une œuvre pie est valable, non plus par la présence de sept ou cinq témoins, mais seulement de deux, car, dit-il, c'est alors le cas d'appliquer les règles, non du droit civil, mais du droit canon ; et il est écrit dans les Livres saints : *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.*

Le fils de famille, quoique ne pouvant tester, même du consentement de son père, fait avec ce consentement un testament valable en faveur de la cause pie.

Le legs fait en faveur de la cause pie est valable même dans un testament nul par suite du défaut de formes, contrairement à la règle, *quod nullum est, nullum producit effectum ;* il en serait autrement si le testament était déclaré nul à raison d'un défaut de volonté.

Le testament en faveur de la cause pie ne peut être révoqué que par un testament postérieur parfait, et en tant que ce dernier contient une révocation spéciale.

Les auteurs coutumiers ne s'étaient pas montrés aussi favorables à la cause pie ; ils exigeaient, même pour elle, l'observation des formalités prescrites pour les testaments par la coutume du lieu où ils étaient passés.

§ 4. — *Dispositions de l'ordonnance de 1735.*

Le Droit romain en passant dans les Gaules avait été sensiblement modifié par la jurisprudence des divers Parlements. Cette variété de jurisprudence que l'on trouve dans les pays de droit écrit n'était pas moins sensible dans les pays coutumiers, où le droit présentait un fond uniforme, mais était diversement mis en pratique par les coutumes.

En 1735, Louis XV, voulant amener l'uniformité dans la jurisprudence des Cours et Parlements, sans cependant faire un changement réel aux dispositions des lois existantes, rendit la fameuse ordonnance sur les testaments. Nous allons parcourir successivement les dispositions principales qu'elle contient au point de vue des formalités à observer dans la confection de ces actes.

L'article premier supprime toutes les dispositions testamentaires verbales. Désormais, il faut, à peine de nullité, qu'elles soient rédigées par écrit, et, tandis que l'ordonnance de Moulins ne proscrivait la preuve

par témoins que pour les valeurs excédant cent livres, l'ordonnance de 1735 l'interdit, quelque modique que soit la somme qui fait l'objet de la disposition.

Les termes généraux dont se sert notre article comprennent toute espèce de dispositions, même celles faites par un militaire, entre enfants, en faveur de la cause pie ou en temps de peste.

L'art. 3 déclare nulles les dispositions par lettres missives que nous avons vues admises parfois dans les pays coutumiers, où l'on n'exigeait que l'écriture et la signature du testateur pour la validité du testament olographe.

Dans les articles suivants, l'ordonnance autorise les testaments nuncupatifs écrits et les testaments mystiques ou secrets, dans les pays de droit écrit et autres, où ils sont autorisés par les Coutumes ou Statuts, et en règle la forme.

Art. 5. — « Lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions, en présence de sept témoins, compris le notaire ou tabellion, lequel écrira les dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur ; après quoi sera fait lecture du testament entier audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par ledit notaire ou tabellion, et le testament sera signé par le testateur, ensemble par le notaire ou tabellion et par les autres témoins ; le tout de suite et sans divertir à d'autres actes ; et en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention. »

De cet article il résulte que le testateur doit pronon-

cer ses dispositions d'une façon intelligible, et en présence d'un notaire. Jusqu'ici le testateur avait la faculté de déclarer ses dernières volontés en présence d'un notaire ; mais c'était là une pure faculté dont il pouvait s'affranchir à son gré ; désormais le testament nuncupatif écrit doit être écrit par un notaire ; l'ordonnance consacre ici un usage suivi déjà depuis longtemps ; seulement tandis que dans certains Parlements le notaire était compté au nombre des sept témoins, et qu'il ne l'était pas dans d'autres, l'art. 5 décide que le notaire compte au nombre des sept témoins requis. Il résulte, en outre, des termes de notre article que le notaire ne peut pas rédiger le testament d'après les notes que lui aurait fournies le testateur. Un tel testament ne saurait valoir alors même que le *de cujus* l'aurait en quelque sorte approuvé par sa signature. Il faut que le notaire écrive les dispositions à mesure et telles qu'elles sont prononcées sans y pouvoir rien ajouter ni diminuer. Il ne suffirait même pas que les témoins fussent appelés au moment de la lecture que nous allons mentionner. Il faut qu'ils assistent et à la déclaration du testateur et à la rédaction par le notaire. Sans cela, ils ne pourraient pas affirmer que l'écrit qu'ils signent est conforme à la volonté du testateur. Pour que celui-ci soit certain que la rédaction est conforme à ses intentions, le notaire doit non-seulement lui en donner lecture, formalité considérée comme surabondante dans les pays de droit écrit, mais encore mentionner que cette lecture a été faite en présence des témoins qui doivent signer avec le testateur et le notaire.

L'ordonnance exige l'unité de contexte ; mais nous l'avons vue exigée de tout temps.

Enfin on ne doit appeler que des témoins sachant signer. Ce n'est qu'à l'égard du testateur que l'art. 5 permet de mentionner la cause qui l'a empêché de signer, tandis que les articles 84 de l'ordonnance d'Orléans et 165 de celle de Blois n'exigeaient pas au même degré la signature des témoins. Nous trouverons cependant des exceptions à cette règle dans les art. 44 et 45 de notre ordonnance.

Tout en exigeant la présence simultanée des témoins, l'art. 6 dispense d'une convocation spéciale. Mais il reste évident que leur présence doit être volontaire.

Lorsqu'une personne aveugle ou momentanément privée de la vue veut faire son testament, elle doit suivre les dispositions de l'art. 5 précité, et, de plus, appeler un huitième témoin, conformément à ce qu'avait décidé en droit romain la loi *hac consultissima*.

Le testament nuncupatif écrit ne peut pas être pratiqué par les personnes privées de la parole, soit de naissance, soit accidentellement.

Mais tandis que, d'après le droit romain, on refusait la faculté de tester aux sourds-muets de naissance, l'ordonnance de 1735 ne distingue pas entre le muet de naissance et celui qui n'est qu'accidentellement privé de la parole. Les uns et les autres doivent tester en la forme du testament mystique, en se conformant, en outre, à l'art. 12 de l'ordonnance, d'après lequel le testateur doit écrire lui-même, dater et signer ses dispositions. De plus, en les présentant au notaire

et aux témoins, il doit, en leur présence, écrire, en haut de l'acte de suscription, que l'écrit contient son testament, et mention doit en être faite dans l'acte de suscription. Enfin, on devra se conformer à l'article 9.

Cet article 9 règle la forme du testament mystique. Le testateur doit signer ses dispositions, qu'il les ait écrites lui-même, ou fait écrire par un autre ; il présentera le papier qui les contient, clos et cacheté, à sept témoins au moins, y compris le notaire, ou le fera clore et sceller en leur présence, et déclarera que ce papier renferme son testament, écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé de lui.

Après cela, le notaire dresse l'acte de suscription, qui doit être signé par le testateur, le notaire et les témoins. Tout cela doit être fait de suite, sans divertir à d'autres actes.

Dans le cas où, par suite d'un accident survenu depuis la signature du testament, le testateur ne pourrait signer l'acte de suscription, il doit être fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

Au contraire, il faudrait appeler un témoin en plus à l'acte de suscription, si, lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, le testateur n'avait su ou n'avait pu signer ; l'acte de suscription doit mentionner la cause de la présence de ce nouveau témoin (art. 10).

Tandis que l'article 5 exige que le testament soit relu au testateur, cette formalité n'est pas exigée, lorsqu'il s'agit de l'acte de suscription. La raison en est que

cette lecture est indifférente, car l'acte de suscription ne contient pas, comme le testament, l'expression de la volonté du testateur.

A Rome, le préteur avait fait de l'apposition du sceau des témoins une condition nécessaire à la validité du testament. Lorsque le droit romain se fut introduit dans la Gaule, l'usage supprima cette formalité. Nous avons même vu des ordonnances obligées de prescrire la signature des témoins. L'article 9 de l'ordonnance de 1735, tout en exigeant cette signature, dispense formellement de l'apposition des sceaux.

La loi *hac consultissima* prévoit un cas : *Si testator litteras ignoret*, qui avait été diversement interprété par les Docteurs. D'après les uns, il s'agissait de celui qui ne sait ni lire, ni écrire ; d'après les autres, on pouvait tester en la forme mystique, du moment où on savait lire, quoique ne sachant pas écrire. C'est cette dernière interprétation qu'a retenue l'ordonnance de 1735, et, tandis que l'art. 10 indique les formes à observer, si le testateur n'a ni écrit, ni signé ses dispositions, l'article 11 interdit la forme du testament mystique à ceux qui ne savent ou ne peuvent lire. Comment, en effet, le testateur aurait-il pu s'assurer que l'écrit était conforme à ses volontés, puisqu'il ne sait pas lire, ou que sa vue ne lui permet pas de contrôler l'écrit qui contient son testament?

L'ordonnance exige sept témoins dans le testament nuncupatif écrit et dans le testament mystique. Mais l'article 15 nous dit qu'on n'entend nullement déroger aux coutumes et statuts d'après lesquels un nombre de témoins moindre est suffisant. Mais, outre le nom-

bre requis par ces coutumes, il faudra appeler un témoin supplémentaire pour le testament de celui qui est privé de la vue. Il en sera de même, si le testateur, employant la forme mystique, n'a su ou n'a pu signer son testament écrit par un autre.

La troisième espèce de testament dont s'occupe l'ordonnance est celui qui est fait par les ascendants entre leurs descendants. Ces testaments sont valables lorsqu'ils sont faits en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un notaire et deux témoins (art. 15). Ils sont encore valables s'ils sont entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur ou de la testatrice (art. 16). Tous ceux qui ne sont pas faits en l'une de ces deux formes sont nuls.

Mais ces modes de tester ne peuvent renfermer des dispositions valables qu'à l'égard des enfants et descendants. Les personnes étrangères ne pourraient pas profiter de celles qui y seraient faites en leur faveur.

C'est ainsi que l'ordonnance de 1735 a réglementé les formes des testaments qui étaient en usage dans les pays de droit écrit; voyons, maintenant, ce qu'elle a fait pour les testaments reçus dans les pays de coutumes.

Il n'y a que deux sortes de testaments reconnus pour les pays coutumiers : le testament olographe et le testament solennel ou pardevant des personnes publiques.

Les dispositions olographes continueront d'avoir lieu dans les pays et dans les cas où elles ont été admises jusqu'à l'ordonnance de 1735. Mais, pour être valables, elles devront, non-seulement être entièrement

écrites et signées par le testateur, mais encore être datées. Cette disposition de la Novelle 107, que nous avons vue considérée comme un conseil, devient donc une nécessité. Il suffit, pour se rendre un compte exact de l'utilité de la date, de remarquer que les dispositions testamentaires ne sont valables qu'autant qu'elles sont faites par un testateur capable. Or, comment savoir si, lors de la confection de son testament, le testateur avait la capacité exigée, lorsqu'on ne peut pas préciser l'époque à laquelle le testament a été fait. C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, qu'un religieux, quoique frappé de mort civile, pourrait disposer en la forme olographe ; et il ne serait pas possible de reconnaître s'il a fait son testament avant ou après son entrée en religion. Sans doute, l'insertion de la date n'est pas une garantie bien efficace pour cette catégorie de personnes, car elles peuvent antidater leurs dispositions ; mais l'ordonnance, poussant sa prévoyance jusqu'au bout, veut que ceux qui entrent en religion reconnaissent leurs dernières volontés pardevant notaires avant que de prononcer leurs vœux, et ce à peine de nullité (art. 21). Dans ce cas, en effet, le dépôt du testament devient une condition essentielle à sa validité. D'un autre côté, sans date, il n'est pas possible de savoir quel est le testament valable lorsque le testateur en laisse deux ou plusieurs contenant des dispositions contraires.

Quant au testament solennel, l'ordonnance de 1735, dans son art. 23, décide qu'il doit être reçu par deux notaires ou tabellions, ou un notaire ou tabellion en présence de deux témoins. Le notaire ou tabellion doit

écrire lui-même le testament tel qu'il lui est dicté par le testateur, et ensuite lui en donner lecture. Il doit être fait mention de cette lecture. Enfin, cet article exige que le testament soit signé par le testateur et les deux notaires ou le notaire et les deux témoins, avec mention de la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer, dans le cas où il ne signerait pas.

La plupart des coutumes exigeaient qu'il fût fait mention dans l'écrit du notaire que le testament avait été dicté et nommé par le testateur, fait sans suggestion et qu'il avait été lu et relu. Ces termes devaient nécessairement être employés, puisque, comme nous l'avons vu plus haut, un testament fut annulé par cette seule raison que le notaire l'avait déclaré fait sans induction au lieu de le dire fait sans suggestion. L'article 23 de la nouvelle ordonnance n'impose aucun terme sacramentel dans les mentions qu'il exige.

L'art. 24 consacre l'usage des testaments *apud acta*, puisqu'il déclare valables les testaments reçus par les officiers de justice, y compris les greffiers ou les officiers municipaux dans les pays où ces personnes sont rangées au nombre des personnes publiques qui peuvent recevoir les testaments. Sans cet article, les testaments ainsi faits n'auraient pu être valables, puisque, comme nous l'avons vu en nous occupant des testaments nuncupatifs écrits, notre ordonnance avait rendu nécessaire, de facultative qu'elle était, la présence du notaire aux testaments, car la disposition que nous examinons en ce moment, se réfère tant aux pays de droit écrit qu'aux pays de coutumes.

L'art. 25 consacre le droit que certaines coutumes conféraient aux curés de recevoir les testaments de leurs paroissiens, à la condition, toutefois, qu'ils y soient expressément autorisés par les statuts ou coutumes.

Cet article modifie à deux points de vue le droit des coutumes. En premier lieu, deux témoins suffiront, tandis que certaines coutumes en exigeaient trois; et, en second lieu, les curés seuls et non plus leurs vicaires généraux ou principaux pourront recevoir les testaments.

En terminant, notre article déclare ne rien innover à l'égard des aumôniers des hôpitaux.

Les articles suivants déterminent la forme des testaments militaires. Sans avoir égard aux pays dans lesquels ils se trouvent, qu'ils soient dans un pays de droit écrit ou dans un pays régi par le droit coutumier, les militaires peuvent tester en la forme olographe. Il leur suffit d'écrire en entier, dater et signer leurs dispositions.

En second lieu, ils peuvent, en quelque pays que ce soit, faire leur testament en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un notaire ou tabellion et de deux témoins, ou bien encore devant deux des officiers désignés en l'article 27 de l'ordonnance, ou devant l'un de ces officiers et deux témoins.

Le testateur doit ensuite signer avec celui ou ceux qui reçoivent le testament et les témoins.

Une des faveurs dont jouit le testament des personnes qui servent dans les armées, c'est qu'il n'est pas nécessaire que les témoins sachent signer. La mention

qu'ils ont déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer, supplée au défaut de signature. Toutefois, il en serait autrement si le testateur lui-même ne pouvait ou ne savait signer ; car dans ce cas, non seulement il serait nécessaire de mentionner la cause qui a empêché le testateur de signer, mais encore il faudrait, outre la signature de celui qui reçoit le testament, celle des témoins. La déclaration qu'ils ne savent signer ne suffirait pas. (Art. 28.)

Enfin, dans le cas où le testateur est malade ou blessé, comme il pourrait arriver qu'il ne lui fût pas possible d'appeler soit un notaire, soit un des officiers mentionnés en l'art. 27, cet article autorise les aumôniers des troupes ou ceux des hôpitaux à recevoir les testaments en présence de deux témoins. Mais ce pouvoir n'est attaché qu'à leur qualité d'aumônier ; ce qui le prouve, c'est que tandis que les Réguliers, morts à la société civile, sont incapables de faire aucun acte dans cette société, les aumôniers peuvent, alors même qu'ils sont Réguliers, recevoir les testaments des malades ou blessés.

L'art. 30 restreint ces faveurs à ceux qui sont actuellement en expédition militaire, ou en quartier ou garnison hors du royaume, ou prisonniers chez l'ennemi. Mais il permet l'emploi de la forme militaire à ceux qui, quoiqu'étant dans le royaume, se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle ou autre lieu dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

Enfin, d'après l'art. 31, ceux qui vivent à la suite des armées jouissent de la même faveur que les mili-

taires, avec cette restriction cependant que le testament est nul six mois après que celui qui l'a fait est revenu dans un lieu où il peut tester en la forme ordinaire, à moins que le testament ne soit en la forme de droit commun du lieu où il a été fait (Art. 32).

Pothier et Furgole admettent ce délai qu'il s'agisse d'un testateur militaire ou d'une des personnes qui vivent à la suite des armées. Cette interprétation de l'article 32 ne nous paraît pas conforme à l'esprit de cet article.

Nous croyons, au contraire, que l'ordonnance n'a pas eu en vue ceux qui sont officiers ou engagés dans les troupes, et que pour ceux-ci il faut suivre les règles du droit romain, puisque c'est lui qui a introduit les privilèges militaires, et que le testament sera valable pendant l'année qui suivra leur congé.

L'art. 32, en effet, fixe ce délai à six mois pour les testaments mentionnés en l'article précédent. Or l'art. 31 porte : « Ceux qui n'étant ni officiers, ni engagés « dans nos troupes, se trouveront..... pourront faire « leurs dernières dispositions dans la forme portée « par les art. 27, 28 et 29 et dans les cas marqués « par l'art. 30. » Le renvoi qu'il contient aux articles précédents est uniquement relatif aux formes à employer, et par suite on ne peut pas dire que ceux qui sont réellement militaires sont mentionnés dans l'art. 31.

C'est, du reste, une faveur que l'art. 32 accorde à cette catégorie de personnes, pour qui le droit romain n'admettait la validité du testament que s'ils décédaient

dans les camps. L'ordonnance leur accorde six mois pour refaire leur testament.

En temps de peste, les testaments, codicilles ou autres dispositions à cause de mort pourront être faits, en quelque pays que ce soit, en présence de deux notaires ou tabellions, ou de deux des officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale jusqu'aux greffiers inclusivement, ou pardevant un notaire ou tabellion avec deux témoins, ou pardevant un des officiers ci-dessus nommés aussi avec deux témoins, ou en présence du curé ou desservant ou vicaire ou autre prêtre chargé d'administrer les sacrements aux malades, quand même il serait Régulier, et de deux témoins (Art. 33).

La dernière disposition de cet article est conforme à la jurisprudence du Parlement de Toulouse qui, même avant l'ordonnance de 1735, autorisait les religieux à recevoir les testaments en temps de peste.

Quant à la signature de ces testaments, on se conforme à ce qui vient d'être dit sur l'art. 28 relatif à la signature du testateur et des témoins dans les testaments militaires.

Cette forme de tester n'est pas la seule autorisée en temps de peste. On peut encore faire un testament olographe. Mais, en dehors de ces deux formes, toute disposition testamentaire est nulle.

Pour qu'un tel testament soit valable, il n'est pas nécessaire que le testateur soit atteint; il suffit qu'il se trouve dans un lieu infecté par la maladie.

Le testament fait en temps de peste perd sa force six mois après que le commerce a été rétabli dans le

lieu où se trouve le testateur ou que celui-ci est passé dans un lieu avec lequel les communications ne sont pas interdites ; toujours à moins qu'on n'ait observé les formes de droit commun requises dans le lieu où le testament a été fait.

L'art. 78 exige que les testaments, codicilles, actes de partage entre enfants et descendants ou autres dispositions à cause de mort, en quelque pays et en quelque forme qu'ils soient faits, contiennent la date des jour, mois et an ; et ce encore qu'ils soient olographes. Dans le testament mystique, on exige la date, non-seulement dans la suscription, mais aussi dans la disposition.

Les témoins des testaments doivent être âgés de vingt ans accomplis ou de quatorze dans les pays de droit écrit, être mâles, regnicoles et capables des effets civils ; cette disposition exclut donc les femmes, les étrangers, et ceux qui sont morts civilement ; cependant les étrangers non notés d'infamie pourront servir de témoins dans les testaments militaires. On ne pourrait prendre pour témoins les clercs, serviteurs ou domestiques du notaire ou autre personne publique qui reçoit le testament, pas plus qu'on ne pourrait admettre le témoignage des héritiers institués ou substitués. Quant aux légataires, ils ne peuvent être témoins que dans l'acte de suscription du testament mystique (art. 39 à 45).

Dans les pays où deux témoins suffisent à la validité du testament, on ne doit appeler que des témoins sachant et pouvant signer, sauf, toutefois, ce qui a été dit du testament militaire et du testament fait en

temps de peste, lorsque le testateur signe (article 44).

Pour les pays où on exige plus de deux témoins à la confection du testament, l'art. 45 distingue, selon que l'on se trouve dans les villes ou bourgs fermés, ou dans les autres lieux. Dans le premier cas, tous les témoins doivent signer ; dans le second, il faut qu'il y en ait au moins deux qui signent. On doit mentionner en outre que les autres étaient présents et qu'ils ont déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer.

L'art. 47 prononce la nullité des actes de dernière volonté pour lesquels on ne se sera pas conformé aux dispositions de l'ordonnance de 1735, relatives à la date et la forme des testaments et à la qualité des témoins.

Certains parlements avaient déclaré valables des testaments faits en temps de peste et dans lesquels les témoins n'avaient fait qu'entendre le testateur sans le voir. L'art. 48 de notre ordonnance réagit énergiquement contre cette jurisprudence. Les témoins qui ont signé un testament sans avoir vu le testateur et lui avoir entendu prononcer ses dispositions ou qui n'ont pas vu présenter le testament mystique dont ils ont signé l'acte de suscription, doivent être condamnés à telles peines afflictives ou infamantes qu'il appartiendra. Quant au notaire ou autre personne publique qui a reçu le testament dans ces conditions, c'est la peine de mort qu'il encourt.

L'art. 77 abroge l'usage des testaments ou codicilles mutuels ou faits conjointement, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes.

Les prérogatives dont jouissait la cause pie sont supprimées. Les dispositions, soit en faveur des églises, soit en faveur des pauvres ne sont valables qu'autant que le testateur s'est conformé aux dispositions de l'ordonnance (art. 78).

Enfin, la prétérition des enfants annule l'institution d'héritier ; les enfants doivent être institués pour une part dans la succession, et si cette portion est inférieure à la légitime ou à la réserve fixée par la loi, ils ont le droit de former une demande en supplément de légitime.

§ 5. — *Droit intermédiaire.*

La législation intermédiaire n'a rien fait relativement aux formalités à observer dans les actes de dernière volonté. Si elle s'est occupée de ces actes, c'était uniquement pour détruire le testament lui-même. Les réformes momentanément introduites n'ayant porté que sur la capacité de tester, nous n'avons pas à en parler.

DEUXIÈME PARTIE

CODE CIVIL

Ainsi que nous l'avons expliqué, à Rome et dans les pays qui suivirent les principes du droit romain, la plus grande faveur était accordée aux successions testamentaires ; les coutumes, au contraire, donnaient la préférence aux successions *ab intestat*. L'ordonnance de 1735 maintint la grande division entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes, tout en établissant une uniformité de jurisprudence relative ; elle respecta les usages des uns et des autres. Ce n'est qu'après 1789 que le législateur a pu décréter des règles générales, applicables à tous les Français, sans distinction de la partie de la France où ils sont domiciliés.

Quel a été le système adopté par les rédacteurs du Code civil ? — Au premier abord, et si l'on attache quelque importance à l'ordre des matières, il semble que la succession testamentaire n'a été admise par eux que subsidiairement, car ils s'occupent d'abord de la succession *ab intestat* et la règlent d'une manière

complète. A l'appui de cette appréciation, on dit : une exception est de droit étroit ; elle n'existe qu'à la condition d'être correctement formulée ; les formalités prescrites à peine de nullité pour les testaments indiquent que la succession testamentaire n'est qu'une exception. Ce raisonnement n'est rien moins que concluant. L'ordre suivi par le législateur ne constitue point une preuve ; les formalités imposées pour la validité des dispositions testamentaires n'ont qu'un but : assurer, dans les testaments olographes, qu'ils sont l'œuvre du testateur seul ; dans les testaments par acte public, qu'ils ont été rédigés tels qu'ils ont été dictés par le testateur ; dans les testaments mystiques, qu'on n'a pas substitué un acte faux au véritable testament. Ne pourrait-on pas dire avec plus de raison que le législateur a donné la préférence à la succession testamentaire, car en réglant la succession *ab intestat* il s'est mis à la place du défunt, et a distribué ses biens, comme ce dernier l'aurait fait lui-même, en consultant ses affections présumées ; que le titre des successions *ab intestat* n'est que le testament de ceux qui sont morts sans avoir exprimé leurs dernières volontés ?

La vérité est que le code civil a consacré un système mixte. Ses rédacteurs, n'ayant ni adopté ni rejeté soit l'idée de copropriété qui avait fait prédominer les successions *ab intestat* dans les pays coutumiers, soit les idées du droit romain sur la puissance paternelle, idées d'après lesquelles la succession testamentaire avait été préférée, ils se sont trouvés en présence des modes de tester admis par le droit écrit et par les

coutumes, et, empruntant également à ces deux sources, ils ont déclaré que le testament devait être fait en la forme olographe, ou par acte public, ou en la forme mystique. Les testateurs ont été astreints à employer une de ces trois formes, à peine de nullité de leurs dispositions testamentaires, sauf toutefois ce que nous disons plus bas au sujet de certaines personnes à qui on a permis de tester suivant des règles particulières, à raison de la situation exceptionnelle dans laquelle elles se trouvaient.

Ces trois modes de tester sont soumis à des règles qui leur sont communes et à des règles particulières à chacun d'entr'eux.

Occupons-nous d'abord des règles générales ou communes aux diverses formes de testaments.

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES GÉNÉRALES

La forme des testaments, comme celle des autres actes, doit se régler par la loi du temps où ils sont faits : ce principe est aujourd'hui généralement admis par les auteurs et consacré par la jurisprudence.

L'art. 895 Code civil définit le testament : « un acte « par lequel le testateur dispose pour le temps où il

« n'existera plus de tout ou partie de ses biens et « qu'il peut révoquer. » Nous nous sommes occupés, dans notre introduction, du droit pour le propriétaire de disposer de ses biens pour le moment où il ne sera plus, et du caractère essentiellement révocable du testament. Nous n'avons pas à y revenir ici ; il nous suffira d'ajouter que cette faculté de révoquer est tellement de l'essence du testament, que le testateur ne pourrait pas y renoncer valablement.

L'article 895, dans sa définition, pose une règle nouvelle ou, pour parler plus exactement, abroge une ancienne règle du droit romain qui avait été suivie dans les pays de droit écrit. Il n'était pas permis à un testateur de disposer seulement d'une partie de ses biens par testament, à moins qu'il ne fût militaire. Sous l'empire du code, tout individu peut disposer à son gré de tout ou partie de sa fortune, voire même d'un seul des objets qui composeront sa succession.

Le titre sous lequel la disposition est faite importe peu. Il suffit que la volonté du testateur soit clairement manifestée, et on n'a pas à se préoccuper de savoir si la libéralité est faite sous le titre d'institution d'héritier ou sous le titre de legs. L'effet est le même dans les deux cas.

Peu importe aussi, la qualification donnée à l'acte. Que si le testateur l'a désigné sous le nom d'une institution abolie par le Code, comme, par exemple, s'il l'a appelé donation à cause de mort, cet acte n'en sera pas moins valable comme testament, si, du reste, on a observé toutes les formalités exigées pour cette espèce d'actes. A l'inverse, l'acte ne saurait valoir comme

testament, alors même que le testateur lui aurait donné ce nom, s'il n'a pas observé dans sa confection toutes les formalités prescrites par la loi pour les dispositions testamentaires.

Nous disons toutes les formalités, car, si l'une d'elles venait à manquer, le testament serait nul pour le tout, et tellement nul que, par un acte postérieur régulièrement fait, le testateur ne pourrait pas valider les dispositions contenues dans ce testament. Dans ce cas, il devrait le refaire, à moins que l'acte postérieur, étant revêtu de toutes les formalités testamentaires, ne rappelle les dispositions contenues dans le premier testament, car alors cet acte serait un titre nouveau, un véritable testament.

Le testateur ne peut pas, en effet, tester par relation à un acte antérieur non revêtu des formalités testamentaires. Les dispositions ne sont valables qu'autant qu'elles sont insérées à nouveau dans le testament postérieur. Toutefois, le testateur peut valablement s'en rapporter pour ses dispositions à un testament antérieur, régulier en la forme, mais qui avait perdu sa force, soit par le prédécès du légataire, soit par toute autre cause.

Il n'en serait pas de même des formalités superflues, si, du reste, sans elles, le testament est régulier en la forme ; et cela, bien que le testateur les ait supposées nécessaires.

La preuve que les formalités exigées ont été observées doit ressortir du testament lui-même. Le plus souvent, la loi exige qu'il en soit fait mention ; mais il n'est pas nécessaire que cette mention, que rien ne

saurait suppléer dans l'acte, soit faite en termes sacramentels et déterminés, comme nous l'avons vu exigé par quelques coutumes. Pas plus dans la disposition que dans les mentions, on n'exige l'emploi de formules consacrées. Il suffit que, d'un côté, il y ait de la part du testateur volonté de disposer à cause de mort, et, d'un autre côté, que les dispositions soient faites en termes clairs et précis. Sans doute, l'ambiguité des termes n'entraînerait pas fatalement la nullité du testament, mais elle pourrait résulter de ce manque de clarté. On admettra, en effet, la preuve testimoniale pour l'interprétation d'un passage obscur; mais si après l'enquête le doute subsiste, le testament sera nul. Il eût été dangereux d'appliquer le principe d'après lequel on est toujours censé avoir voulu faire un acte valable, car, en attribuant au hasard une signification à un passage obscur dans un testament, ou en n'en tenant aucun compte, on s'expose à dénaturer la volonté du testateur, et à faire la disposition au lieu de l'interpréter.

Bien que la loi n'exige aucun terme sacramentel dans les dispositions testamentaires, il faut néanmoins qu'il en résulte, au moins implicitement, une véritable disposition ; c'est ainsi qu'on n'attribuerait aucune valeur à un acte par lequel le testateur prononcerait l'exhérédation pure et simple contre ses héritiers, s'il n'en résultait implicitement ou explicitement une disposition au profit d'autres personnes. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans deux arrêts, l'un du 17 mai 1863, l'autre du 10 février 1869.

Le Code civil n'admet pas la validité des disposi-

tions testamentaires faites verbalement ou par signes. Pour être valable, le testament doit être écrit.

Les rédacteurs du Code ont fait de l'écriture une condition essentielle à la validité des testaments, s'écartant en cela des principes du droit romain et se ralliant au droit des ordonnances. Les dispositions verbales présentaient, en effet, de trop graves inconvénients pour que le législateur pût les consacrer. Dans les pays de droit écrit eux-mêmes, tout en acceptant le testament nuncupatif du droit romain, on avait pris l'habitude de faire rédiger les dernières volontés par écrit. Il eût été dangereux d'admettre la validité du testament purement nuncupatif, car il peut arriver que les témoins, par oubli ou autrement, altèrent la disposition, l'augmentent ou la diminuent ; avec des amis complaisants, on peut même supposer un testament; en dehors de ces cas, le testament ne pourra produire aucun effet, si, lors du décès du testateur, les témoins ne sont plus en nombre suffisant pour qu'on puisse admettre la preuve en justice.

D'un autre côté, le testament déroge à la succession légitime établie par la loi. Pour pouvoir admettre cette dérogation, il est nécessaire qu'elle soit certaine et à l'abri de toute influence illégitime. Ces garanties ne sauraient résulter de la présence des témoins, car cette présence laisserait la volonté si on incertaine, du moins contestable ; et on ne conçoit pas qu'une volonté douteuse puisse l'emporter sur celle de la loi.

Enfin, l'ordonnance de Moulins ayant rejeté la preuve testimoniale dans les contrats excédant cent livres, et le Code civil l'ayant prohibée au-dessus de cent cin-

quante francs, il n'eût pas été logique d'admettre cette preuve par témoins en matière testamentaire.

Aussi est-ce avec juste raison que le législateur a exigé, à peine de nullité, que le testament fût écrit; mais il peut l'être en n'importe quel idiome; la langue française n'est exigée que dans l'acte de suscription du testament mystique et dans les testaments publics. Le notaire peut même dans ces deux cas faire à mi-marge une traduction dans l'idiome du testateur. Mais cette traduction n'a pas la même authenticité que la rédaction française.

Toutes les fois que la signature du testateur et des témoins est nécessaire, il n'est plus permis d'y suppléer par une croix, comme cela s'est pratiqué vers le douzième siècle, au rapport du père Mabillon (Traité *de re diplomatica*). C'est son nom de famille qu'il faut inscrire; un sobriquet, un prénom ne suffiraient pas, sauf toutefois le cas où il serait prouvé que le signataire a adopté cette manière de signer.

L'art. 968 pose une autre règle générale, d'après laquelle tout testament doit être fait séparément. L'ordonnance de 1735 (art. 77) avait aboli les testaments mutuels ou faits conjointement, mais avait admis une exception à l'égard des partages faits par les ascendants en faveur de leurs descendants. Le Code civil reproduit la prohibition, mais non l'exception.

Par suite, le testament ne peut renfermer que les dernières volontés d'un seul individu. Cependant on ne devrait pas considérer comme faits conjointement deux testaments, écrits à la vérité sur une même feuille de papier, mais constituant deux actes juridi-

ques distincts; pas plus qu'on ne pourrait considérer comme mutuels des testaments faits par plusieurs personnes, par actes séparés, quoique rédigés en même temps et contenant des dispositions réciproques en faveur l'une de l'autre.

Cette prohibition de l'art. 968 n'est qu'une question de forme relative au mode d'expression de la volonté des testateurs. Il en résulte qu'un testament conjonctif, fait par des Français dans un pays où ce mode de tester est admis, doit recevoir son exécution en France, s'il est revêtu des formes requises par la loi étrangère. L'art. 999 autorise, en effet, le Français qui se trouve en pays étranger à tester, soit en la forme olographe, soit par acte authentique en les formes usitées dans le pays où il se trouve.

Cette solution, consacrée par la Cour de Toulouse le 11 mai 1850, est combattue par Marcadé sur l'article 999. Cet auteur n'admet pas la validité du testament conjonctif, même dans le cas où ce mode de disposer est autorisé par les lois du pays où un Français fait son testament par acte authentique. Il s'appuie sur ce que les articles 967 et 968 posent des règles générales s'appliquant à toutes les espèces de testaments, même aux testaments privilégiés. En outre, il voit dans l'art. 968 bien plus une défense personnelle faite au Français, qu'une question de forme. Pourtant la preuve que l'art. 968 n'est qu'une règle de forme, c'est que la disposition mutuelle ou collective, qui n'est pas permise quand elle réunit deux volontés dans un même acte, devient licite quand elle résulte de deux actes différents.

Nous venons de dire que l'art. 999 C. civ. autorise le Français qui se trouve en pays étranger à tester avec les formes usitées dans le lieu où le testament est fait. C'est là une application de la règle *locus regit actum ;* mais elle doit être restreinte au cas où le testament est fait par acte authentique. Demolombe soutient au contraire que toutes les formes usitées dans le pays où il se trouve sont accessibles au Français qui est à l'étranger. Cette opinion est en contradiction avec le texte de l'art. 999. Le Code civil ne pouvait pas, en effet, exiger l'observation des formes françaises de la part d'un officier public étranger ; mais, toutes les fois que le Français n'aura pas recours à la forme authentique du pays où il fait son testament, il devra employer nécessairement la forme olographe. Le texte de notre article est très-précis et ne peut laisser subsister aucun doute. Du reste, la présence d'un officier public étranger n'est nullement exigée, si les lois du pays permettent de tester en la forme solennelle et authentique hors de sa présence. Tout ce qu'il faut pour la validité d'un testament autre qu'un testament olographe, c'est qu'il soit fait en la forme authentique du pays ; mais l'art. 999 n'exige pas la présence d'un officier public. C'est ce que décident un grand nombre d'arrêts de la Cour de cassation.

A l'étranger, le Français peut employer la forme olographe, alors même qu'elle ne serait pas usitée dans le pays dans lequel il se trouve. La règle *locus regit actum* ne s'applique qu'aux actes publics et non aux actes privés ; d'un autre côté, l'art. 999 l'y autorise formellement.

Mais s'il ne sait pas écrire et qu'il ne veuille pas recourir à un officier public étranger, ne pourrait-il pas faire son testament devant les agents diplomatiques français, dans les formes prescrites par les lois françaises? Duranton n'admet pas que les ambassadeurs ou agents diplomatiques français puissent recevoir les testaments de leurs nationaux. Il s'appuie sur ce « qu'aucune disposition du Code ne leur confère à cet « égard les attributions des notaires, et qu'il exige que « les testaments par acte public, ainsi que les actes de « suscription des testaments mystiques, soient dressés par notaires (art. 972 et 976). »

On a aussi tiré argument de ce que l'art. 48 C. civ. avait formellement donné aux consuls le droit de recevoir les actes de l'état civil. Si, dit-on, les rédacteurs du Code avaient voulu permettre aux consuls de recevoir les testaments de leurs nationaux, ils l'auraient exprimé.

Nous croyons au contraire devoir admettre la compétence consulaire. Et d'abord l'argument tiré de l'art. 48 ne porte pas ; cet article était nécessaire, car, autrefois, c'était le clergé seul qui recevait les actes de l'état civil ; il a donc fallu un texte formel pour transporter ce droit aux agents diplomatiques. Au contraire, l'art. 24, liv. 1, tit. 9, de l'ordonnance de 1681 sur la marine, s'exprimait ainsi : « Les testa- « ments reçus par le chancelier dans l'étendue du « consulat, en présence du consul et de deux témoins, « sont réputés solennels. » Or, l'art. 999 autorise les Français à tester à l'étranger dans les formes usitées ; le testament devant le chancelier est un des modes

usités ; donc à l'étranger les Français peuvent valablement tester pardevant le chancelier en présence du consul et de deux témoins.

L'art. 994 C. civ. admet la compétence des agents diplomatiques ; prévoyant le cas où un navire aborde une terre où se trouve un officier public français, il déclare que le testament « ne sera valable qu'autant « qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites « en France, ou suivant celles usitées dans le pays où « il aura été fait. » Remarquons que cet article vise tous les modes de tester admis en France et non pas seulement la forme olographe.

Enfin, la compétence consulaire en matière de testament est consacrée par une circulaire ministérielle du 22 mars 1834.

D'après Marcadé, c'est du Code civil seul que les agents diplomatiques tirent le droit de recevoir les testaments. Ce qu'il nous importe de remarquer, c'est que cet auteur admet la compétence consulaire. Nous n'avons pas, en effet, à rechercher en vertu de quelle disposition législative ce droit est accordé aux consuls ; il nous suffit qu'il existe. Cependant, si nous ne devions pas sortir de notre sujet, nous n'hésiterions pas à admettre que l'ordonnance de 1681 sur la marine a aussi son influence en pareille matière. Sans doute le Code civil s'est occupé du testament maritime, mais il ne l'a pas réglé d'une manière tellement complète qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à l'ordonnance précitée.

Lorsqu'il existe un testament régulier en la forme, c'est dans ses dispositions seules que l'on doit recher-

cher les dernières volontés du *de cujus* et non dans un autre acte ; à moins que cet acte ne soit un autre testament revêtu également de toutes les formalités exigées par la loi pour sa validité.

Dans notre droit, le testament est l'acte qui contient les principales dispositions ; on appelle codicille celui qui ne renferme que les dispositions accessoires. On conçoit donc qu'après le décès du *de cujus* plusieurs testaments et plusieurs codicilles puissent coexister et être également valables, du moment où ils n'ont été révoqués ni expressément ni tacitement.

Il se peut qu'un testament régulier en la forme ne produise aucun effet. Supposons des dispositions testamentaires ne contenant qu'un seul legs dans lequel la chose léguée ou le légataire ne sont pas suffisamment désignés. Il est certain que, même dans le cas où toutes les formalités prescrites par le Code auraient été observées, ce testament ne peut produire aucun effet, à moins cependant que, d'après les énonciations de l'acte, il ne soit permis de compléter ou de rectifier la désignation incomplète ou même fausse faite par le testateur. C'est ainsi que serait valable la disposition ainsi conçue : Je lègue à mon neveu Paul le cheval Standard, que je lui ai prêté depuis quelque temps pour le monter. Or, il se trouve que le cheval prêté s'appelle Figaro. Cette fausse désignation n'empêchera pas le légataire de recueillir son legs, car, bien qu'il y ait erreur dans le nom, le cheval légué se trouve suffisamment désigné.

Il en serait de même s'il s'agissait de la désignation du légataire. La Cour de cassation dans un arrêt

du 23 décembre 1828 a consacré la validité d'une disposition dans laquelle le nom de la légataire faisait défaut, et a décidé que la Cour de Paris n'avait nullement créé une disposition testamentaire dans une institution ainsi conçue : « J'institue ma légataire universelle..... demeurant avec sa mère, rue des Trois-Frères, n° 15.

Ce sont là des questions de fait laissées à l'appréciation des tribunaux, mais pour lesquelles ils devront se montrer très circonspects ; leur rôle étant d'interpréter et non de créer les dispositions testamentaires.

Nous avons vu que les dispositions testamentaires faites verbalement ou par signes étaient nulles. Une dernière question nous reste à examiner avant d'entrer dans l'étude des règles spéciales à chaque forme de testament. L'art. 3 de l'ordonnance de 1735 avait déclaré nuls les testaments faits par lettres missives. En est-il de même sous l'empire du Code civil? La question ne saurait se poser que relativement au testament olographe : le testament par acte public et le testament mystique exigeant la présence d'un officier public. Dans son discours au Corps législatif, M. Bigot-Préameneu déclare qu'en déterminant les modes de tester le Code a entendu exclure les dispositions par lettres missives. Cette affirmation constitue la raison de douter, mais pas autre chose. Du moment, en effet, où les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit la prohibition de l'art. 3 de l'ordonnance de 1735 qu'ils avaient sous les yeux, c'est qu'ils ont permis de tester par lettres missives. C'est, du reste, dans ce sens que

se sont prononcées la Cour de Colmar (1) et la Cour de cassation (2). Sans doute ce dernier arrêt ne dit pas positivement que le testament par lettre missive est valable, mais il le dit indirectement puisque la Cour suprême rejette le pourvoi, alors que le demandeur insistait sur ce point, que, le testament ayant été fait par lettre missive, il devait être déclaré nul, en conformité des art. 969 et 1001 C. civil.

Du reste, dans les dispositions ainsi faites les juges devront rechercher avec soin s'il s'agit d'une simple promesse d'hérédité ou d'une véritable disposition. C'est ainsi que la Cour de Colmar dans son arrêt précité ne déclara le testament par lettre missive valable que parce qu'elle y trouva une intention sérieuse de disposer. Il contenait des dispositions pour le temps où la testatrice n'existerait plus, était adressé au légataire, qualifié acte de déclaration, écrit sur papier timbré, signé, daté et écrit en entier de la main de la testatrice.

(1) Colmar, 4 avril 1824.
(2) Cass., 24 juin 1828.

CHAPITRE II

DU TESTAMENT OLOGRAPHE

L'ordonnance de 1735, tout en réglant les formes du testament olographe, ne l'avait consacré que pour les pays où l'usage en était reçu. Cette distinction n'a pas été maintenue par le Code civil qui autorise l'emploi, dans toute la France, de ce mode de tester.

Cette forme de testament présente sans doute quelques inconvénients, mais elle offre aussi de grands avantages qui ont dû non-seulement la faire maintenir, mais encore en rendre l'usage général. Si le testateur se trouve dans l'impossibilité d'appeler un notaire, si les témoins instrumentaires lui manquent, s'il tient à garder pardevers lui ses dispositions, de façon à pouvoir les relire, les modifier ou les réformer, ainsi qu'il l'entendra et quand il le voudra, il aura recours au testament olographe. Il est vrai que cette forme de testament n'exigeant l'intervention ni de personnes publiques, ni de témoins, on peut craindre que le testateur n'ait été placé sous l'empire de la violence, de la suggestion ou de la captation ; mais, en revanche, supposez une personne, placée dans la dépendance de ses héritiers naturels, qui auraient intérêt à lui interdire

toute communication avec un notaire, elle aura la faculté, en employant la forme olographe, de faire connaître ses dernières volontés.

Tous ces avantages avaient été compris, lorsque l'ordonnance de 1629 avait voulu généraliser l'usage des testaments olographes.

Le Code civil exige seulement que le testament olographe soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; mais il prescrit ces formalités à peine de nullité (Art. 970 et 1001 C. civil.).

Cependant il ne faudrait pas considérer comme testament olographe tout écrit émanant du testateur, écrit en entier, daté et signé par lui, car, pour qu'il y ait testament, il faut que l'écrit contienne une libéralité et que cette libéralité soit faite pour l'époque de la mort.

Le Code civil n'a point astreint le testateur à l'emploi de termes sacramentels, mais au moins faut-il que ceux dont il s'est servi ne donnent point lieu à équivoque. C'est ainsi qu'on ne pourrait considérer comme testament un écrit ainsi conçu : *Je donne tel objet à un tel,* bien qu'il fût daté et signé. Ici, en effet, l'auteur de la libéralité ne pourrait être considéré comme ayant eu en vue l'époque de sa mort. Peut-être a-t-il rédigé ainsi à dessein sa disposition, qu'il savait être sans portée, afin de se soustraire aux obsessions dont il était assailli.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1863, a sans doute déclaré valable un testament ainsi conçu, mais c'est que l'écrit était renfermé dans une enveloppe sur laquelle étaient tracés ces mots : « *mes*

volontés ». Nous ne croyons pas cependant devoir admettre cette solution de la Cour suprême, car l'enveloppe ne fait pas partie intégrante du testament, elle ne fait pas corps avec lui, et ce n'est que dans le testament, et non dans un acte étranger, qu'on doit chercher les motifs de décider.

La formule la plus simple et en même temps la plus usitée est celle dans laquelle on emploie le verbe « léguer. » Ce verbe renferme non-seulement l'idée de libéralité, mais aussi celle de la mort.

Après ces considérations générales, occupons-nous en détail des trois formalités essentielles pour la validité du testament olographe : l'écriture, la date, la signature, le tout de la main du testateur.

§ 1. — *De l'écriture.*

Le testament olographe doit être écrit en entier par le testateur.

L'écriture doit être formée avec les caractères alphabétiques ordinaires, à l'exclusion de tous autres. Nous ne croyons pas, en effet, devoir accepter la restriction proposée par M. Demolombe, et tendant à admettre la sténographie ou la cryptographie, dans le cas où un danger pressant n'aurait pas donné au testateur le temps d'employer les caractères ordinaires.

Les raisons qu'il donne lui-même pour condamner d'une manière générale l'emploi de caractères sténographiques ou de chiffres, servent à faire également rejeter l'exception. Comment, en effet, procéder à la

vérification d'écriture, si elle est méconnue ; cette vérification ne sera pas plus possible, si le testateur était menacé d'un danger pressant, que s'il a fait son testament tout à loisir. Au contraire, car il est à craindre que les caractères soient moins bien formés dans ce cas et, par suite, donnent plus de prise à la contestation.

Cette exception mise de côté, doit-on admettre d'une manière générale la validité du testament non écrit en caractères ordinaires, en admettant, bien entendu, qu'il soit constant qu'il est l'œuvre du testateur ? En principe nous ne croyons pas ce testament valable ; en principe, disons-nous, car les tribunaux pourraient trouver dans la manière d'être, dans les habitudes du testateur, des raisons plausibles pour le valider. Quelle raison, en effet, de défendre aux sténographes ou aux diplomates de se servir des caractères qu'ils ont l'habitude d'employer ? Sans doute, les tribunaux devront être très circonspects dans les vérifications d'écriture, dans l'interprétation des passages obscurs, et devront le plus souvent annuler de tels testaments ; mais pourquoi empêcher un testament fort clairement rédigé, que tout le monde comprend et qui est incontestablement l'œuvre personnelle du testateur, de produire ses effets ?

De même que l'auteur d'un testament olographe peut employer n'importe quel idiome, de même il peut se servir de n'importe quels caractères, pourvu toutefois qu'il ait voulu sérieusement faire ses dispositions testamentaires et qu'il ne s'agisse pas seulement d'un

simple jeu de plume ; ce que les tribunaux apprécieront.

Si donc parfois, et dans des cas extrêmement rares, il est permis d'employer des caractères autres que ceux de l'aphabet, il n'en est pas moins vrai qu'en principe, et d'une manière générale, l'écriture ordinaire est la seule qui soit permise dans les testaments olographes.

Dans tous les cas, et de quelques caractères qu'elle se compose, l'écriture doit être l'œuvre personnelle du testateur, et on ne devrait pas admettre la validité du testament dans lequel celui-ci n'aurait formé les mots qu'à la condition qu'une main étrangère ait tenu la sienne ; ou bien encore le testament ne serait pas valable, si le testateur, ne sachant pas lire, avait tracé machinalement, et sur l'appel fait par un tiers, des caractères qu'il formait sans se rendre compte de leur valeur et de la signification produite par leur combinaison (1).

Le testament olographe serait également nul si une partie des dispositions était écrite par un autre que le testateur, et cela alors même que celui-ci, non-seulement y aurait consenti, mais encore aurait approuvé la partie qu'il n'avait pas écrite. Un seul mot émanant d'une main étrangère suffirait pour annuler le testament. Cependant on ne pourrait admettre cette conséquence rigoureuse, s'il était prouvé que c'est à l'insu du testateur ou après son décès, et dans le but de

(1) Cass., 20 févr. 1858.

rendre nul son testament, qu'on l'a ainsi apostillé. Le testament serait encore valable, si les mots non écrits par le testateur, quoique de son gré, ne faisaient pas partie du testament.

Mais si les mots écrits par une main étrangère constituaient une véritable disposition, non seulement celle-ci serait nulle, mais le testament tout entier cesserait d'être valable. Notre solution a été condamnée par la Cour de Montpellier (1). Dans l'espèce, on se trouvait en présence d'un testament olographe, écrit en entier, daté et signé par le testateur, qui y avait laissé un blanc avant la phrase finale : « telle est ma volonté..... » Plus tard, ce blanc fut, par l'ordre et avec l'assentiment du testateur, rempli par un étranger. Les mots écrits par ce tiers constituaient une disposition au profit des sœurs du testateur. La Cour de Montpellier commença par déclarer cette disposition nulle et de nul effet. Cela supprimé, il ne resta plus que des dispositions écrites en entier, datées et signées de la main du testateur, que la Cour déclara valables en se fondant sur l'art. 970, Code civil. Nous ne croyons pas que l'art. 970 puisse se prêter à une pareille subtilité. Ici, les mots écrits par une main étrangère faisaient partie intégrante du testament qui, par suite, n'était plus rédigé en la forme prescrite par notre article et devait être déclaré nul en vertu de l'art. 1001, comme l'avaient fait les premiers juges.

L'influence d'une volonté étrangère que le Code a

(1) Montpellier, 5 février 1873.

voulu éviter, est tout aussi à craindre dans les additions faites après coup que dans la rédaction première.

A l'appui de notre solution, nous pouvons encore invoquer l'opinion générale sur la question suivante : Un testament olographe, pour les dispositions duquel le testateur se référerait à un acte étranger non revêtu des formes testamentaires, écrit par un tiers, serait nul, bien que cet acte fût annexé au testament. Il est évident que la même nullité n'existerait pas si le testateur se référait à cet acte non pour les dispositions elles-mêmes, mais pour l'interprétation des déclarations de dernière volonté contenues dans le testament.

Quant à une clause inutile destinée à l'interprétation d'un passage obscur, et écrite par un tiers du consentement du testateur, elle nous paraît devoir annuler le testament. Sans doute, le testament est complet sans elle ; mais elle se lie trop intimement à lui pour qu'on puisse dire qu'elle n'en fait pas partie et que le testament a été écrit en entier par le testateur. Car il ne faut pas perdre de vue que l'art. 970 est relatif à la forme et non au fond du testament, et que les formalités prescrites par cet article le sont à peine de nullité.

Que décider, si le tiers n'est intervenu que pour ponctuer le testament déjà fait? Ici encore, il faut admettre la nullité, car le testament n'est plus écrit en entier par le testateur. Le testament olographe n'exige aucune des solennités qui, dans les autres testaments, servent à prouver que le testateur a agi de son

propre mouvement. En revanche, on le présume l'œuvre personnelle du testateur, du moment où rien ne vient prouver une intervention étrangère. Or, dès qu'un tiers est intervenu, ne serait-ce que pour mettre la ponctuation, rien ne garantit qu'il n'a pas influencé la volonté du testateur, et par suite le testament doit être déclaré nul. Du reste, personne n'ignore que, par la ponctuation seule, on peut dénaturer le sens des phrases. A combien de contestations et de systèmes n'a pas donné lieu une virgule mal placée dans certains textes du droit?

Il sera souvent fort difficile de savoir si le testateur a écrit seul son testament, ou s'il a dû faire guider sa main ; si les mots écrits d'une main étrangère l'ont été avec ou sans son consentement : ce sont là des questions de fait, fort délicates il est vrai, mais que les tribunaux devront apprécier.

Dans tous les cas, on ne saurait considérer comme nul le testament olographe dans lequel un tiers serait intervenu, mais uniquement pour aider le testateur dans la disposition matérielle de l'écriture sur le papier, comme par exemple pour maintenir ou redresser le papier (1).

De tout ce qui précède, il résulte que la forme olographe ne peut être employée par ceux qui ne savent pas écrire. Au contraire, tout individu sachant écrire, même le sourd-muet de naissance, peut faire un testament olographe.

(1) Cass,, 28 juin 1847.

Quant aux renvois, interlignes, surcharges et râtures, aucun texte n'en exige l'approbation expresse dans le testament olographe. Il est cependant bon de les approuver, mais cela n'est pas indispensable ; car, du moment où ils font corps avec l'acte, ils sont suffisamment approuvés par la signature qui se trouve à la fin. Que si le renvoi fait après coup constituait une véritable addition au testament, il devrait non-seulement être signé, mais encore être daté, car ce serait là une nouvelle disposition testamentaire qui devrait être faite dans les formes légales pour être valable. Cependant si elle venait à manquer de quelqu'une des formalités voulues, sa nullité n'entraînerait pas celle du testament tout entier ; si la surcharge rendait illisibles les mots sur lesquels elle porte, elle pourrait avoir pour effet de rendre nulle la disposition dans laquelle elle est contenue ; c'est ce qui arriverait, par exemple, si on ne pouvait discerner le nom du légataire, l'objet légué.

On n'a pas à se préoccuper pour la validité du testament olographe de la matière sur laquelle il a été écrit. En général, c'est le papier que l'on emploie et avec l'encre que l'on trace les caractères, mais rien n'empêcherait de faire usage d'un crayon (1) ou d'un charbon pour écrire ses dernières dispositions sur un mur, ou d'un burin pour les confier à une table de pierre, pourvu qu'il soit certain que le testateur a eu en vue non pas un jeu, mais une disposition sérieuse ; à plus

(1) Aix, 27 juillet 1846.

forte raison s'il n'a pu se procurer du papier et de l'encre, comme s'il s'agit d'un prisonnier, ou d'un naufragé dont les dernières volontés sont gravées sur une planche que la mer a rejetée sur la côte. Sans doute, alors le dépôt du testament olographe ne sera pas aussi facile ; mais, dans sa description de l'état matériel du testament, l'ordonnance du président du tribunal comprendra les dispositions elles-mêmes.

Le testament olographe peut même être écrit sur un registre domestique ou sur un livre de comptes du testateur (1).

Lorsque le testament est écrit sur plusieurs feuilles de papier, il faut qu'il y ait, sinon un lien matériel, au moins un lien intellectuel entre les diverses feuilles ; ce n'est qu'à ces conditions que la signature de la fin peut être considérée comme approuvant tout le testament (2). Aussi, dans ce cas, le testateur fera-t-il bien de dater et signer toutes les feuilles sur lesquelles sont écrites ses dernières volontés.

§ 2. — *De la Date.*

La date est l'indication du temps où une chose a été faite, où un évènement a eu lieu.

L'art. 970 exige pour la validité du testament olographe qu'il soit daté.

L'utilité de cette date est incontestable ; c'est par

(1) Nîmes, 20 janvier 1810.
(2) Cass., 17 juillet 1867.

elle, en effet, que l'on saura si le testateur était ou non capable au moment de la confection du testament; si le *de cujus* laisse plusieurs testaments contenant des dispositions contraires, la date indiquera quel est le dernier, et par suite quel est celui qui doit révoquer les autres et rester seul valable. Enfin elle peut aider à démasquer la fraude et les manœuvres dont le testateur a été assiégé et obsédé.

Justinien, dans la Novelle 107, avait déjà prescrit de dater les partages que les pères et mères faisaient entre leurs enfants, mais en France la disposition de cette Novelle fut considérée bien moins comme une formalité nécessaire que comme un conseil. L'ordonnance de 1735 exigea que les testaments olographes fussent datés, et détermina les éléments dont la date devait se composer. Elle devait comprendre les jour, mois et an que les testaments auraient été faits.

Les rédacteurs du Code civil n'ont fait qu'indiquer la nécessité de la date sans en déterminer les éléments ; mais il faut admettre qu'ils sont les mêmes que ceux exigés par l'ordonnance de 1735. Ayant cette ordonnance sous les yeux, les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir s'en expliquer, alors surtout qu'aujourd'hui il n'est pas permis de prononcer le mot de date sans qu'immédiatement l'esprit ne se reporte à l'année, au mois et au quantième. Au reste, ce mode d'expression de la date n'est pas exigé à peine de nullité, et rien ne s'opposerait à ce qu'elle fût exprimée en termes équipollents. C'est ainsi qu'un testament serait régulièrement daté s'il portait : fait en 1877, le jour de Pâques, le jour de Noël, le jour anniversaire de telle

naissance, ou encore fait pendant la dernière guerre contre l'Allemagne, le 17 janvier.

Les jour, mois et an, telles sont les indications que doit contenir la date ; quant à l'heure, la loi n'en exige pas la mention. C'est évidemment qu'elle ne la juge pas nécessaire, comme lorsqu'il s'agit des actes de l'état civil (art. 34, C. civ.). Généralement, en effet, la mention de l'heure n'aurait aucune utilité, car il est rare de voir un testateur modifier ses dispositions dans la même journée ; si ce cas se présentait, le testateur ferait bien d'indiquer l'heure, afin que l'on pût reconnaître lequel des deux testaments révoque l'autre.

Cette mention serait encore utile si les héritiers, frustrés par le testament, prétendaient qu'au moment où il l'a fait, le testateur ne jouissait pas de la plénitude de ses facultés mentales. L'heure étant indiquée, les médecins ou garde-malades pourront déclarer si, à ce moment, le testateur avait ou non sa raison.

Le Code civil n'exige pas davantage l'indication du lieu où le testament a été fait (1). Il est bon, néanmoins, de l'indiquer, car la concordance du temps et du lieu peut corroborer la foi due à la date ; la mention du lieu peut confirmer ou repousser tout soupçon de captation. De ce qu'il n'est pas nécessaire de mentionner le lieu où le testament a été fait, il suit qu'on ne pourrait pas déclarer nul un testament olographe, par cela seul qu'il y a erreur dans la mention du lieu.

(1) Nîmes, 20 janv. 1810. — Cass., 6 janv. 1814.

Le testateur peut, à son choix, employer le calendrier grégorien ou le calendrier républicain (1).

La loi du 25 ventôse au XI, sur le notariat, exige, dans son article 13, que les dates soient écrites en toutes lettres ; rien de semblable n'est exigé lorsqu'il s'agit d'un testament olographe ; il suffit qu'il soit daté (2). Néanmoins, le testateur agira prudemment en s'abstenant de dater en chiffres, car la date ainsi écrite pourrait être altérée beaucoup plus facilement, tandis que la date en toutes lettres ne peut être modifiée que fort difficilement.

Le Code civil ne s'occupe pas davantage de la place à assigner à la date. Il en résulte qu'elle est valablement placée soit en tête, soit à la fin, soit même au milieu des dispositions testamentaires. Généralement, et c'est aussi cet ordre que l'art. 970 a eu en vue, elle est placée à la fin, et le testateur signe après. Cependant, si elle venait après la signature, elle devrait également être considérée comme valable. Que de fois, en effet, ne voit-on pas dans les écritures privées la date suivre la signature? Mais la meilleure disposition consiste à placer la date à la fin et à signer après. Ce n'est, en effet, que par la signature que les dispositions testamentaires, qui, jusque-là, n'étaient qu'un projet, deviennent définitives ; c'est à ce moment-là qu'il faut se demander si le testateur est capable. La date sera donc placée de préférence à la fin, surtout si le testateur a mis plusieurs jours à combiner et à tracer ses

(1) Nimes, 20 janv. 1810. — Cass., 6 janv. 1814.
(2) Nimes, 20 janv. 1810.

dernières volontés ; et même, dans ce cas, la validité du testament ne souffrira en rien de ce que le testateur aura indiqué dans la date tous les jours pendant lesquels il a travaillé à la confection de son testament. Comme s'il a dit : Fait les vingt-un et vingt-deux de tel mois.

Dans ce cas, en effet, il n'y a pas incertitude de la date pas plus que dans l'hypothèse où le testateur aurait écrit une date au commencement du testament et une date différente à la fin ; cela prouverait uniquement que le testateur a mis plusieurs jours à rédiger ses dernières volontés.

Les formalités exigées dans les déclarations de dernière volonté, l'étant à peine de nullité en vertu de l'art. 1001, un testament dans lequel la date serait omise serait nécessairement nul. Il semble qu'il devrait en être ainsi toutes les fois que la date est erronée ou incomplète. Cependant, dans ces cas, une distinction est nécessaire, suivant que l'on pourra ou non rectifier ou compléter la date d'une manière certaine et nécessaire d'après les énonciations ou les éléments matériels contenus dans le testament même ; c'est ainsi que la Cour de Paris a considéré comme régulièrement daté un testament dans lequel l'époque précise de sa confection résultait irrésistiblement des énonciations même de l'acte (1) ; et encore faut-il que le vice de la date soit le résultat d'une simple inadvertance de la part du testateur, car la date intentionnellement fausse ne peut être rectifiée.

(1) Paris, 5 avril 1851.

On devrait donc valider un testament daté de mil sept cent soixante-seize, alors qu'il est certain que c'est en mil huit cent soixante-seize qu'il a été écrit ; il en serait de même du testament daté de mil huit soixante-seize. L'omission du mot *cent* ne devrait pas faire considérer le testament comme contenant une date fausse.

L'inexactitude de la date doit être assimilée au défaut de date ; elle peut consister, soit en une antidate soit en une postdate. La preuve de la fausseté de la date peut résulter d'une foule de circonstances, notamment d'une allusion à un événement postérieur ou de la date de l'émission du papier timbré employé par le testateur.

Il résulte des arrêts rendus au sujet de dates contestées dans les testaments olographes que c'est le plus souvent au millésime inscrit dans le filigramme du papier timbré qu'on reconnaît la fausseté de la date. Par conséquent, le testateur qui recopie un testament fait antérieurement devra en changer la date pour éviter toute contestation. Toutefois, alors même que la date est antérieure à l'émission du papier timbré, nous n'admettons pas que l'on puisse prononcer la nullité d'un testament dans lequel le testateur déclare qu'il n'a fait que recopier les dispositions testamentaires qu'il avait faites précédemment ; par exemple, s'il a craint, en n'en laissant qu'un seul exemplaire, qu'elles ne fussent égarées ou détruites.

Il est évident qu'on ne saurait raisonner ainsi s'il était prouvé que le testateur n'avait jamais fait de dispositions testamentaires, et que sa déclaration n'a

qu'un but : ne pas se conformer aux prescriptions de la loi en antidatant.

Le défaut apparent de date n'est pas toujours une cause de nullité, si, du reste, cette date se trouve implicitement renfermée dans une des dispositions du testament, par exemple, si le testateur, qui a en apparence ou réellement oublié la date, a écrit : « Je lègue..... tel immeuble que j'ai acheté hier. » Au moyen de l'acte de vente, on peut connaître d'une façon certaine la date du testament.

La date fait partie intégrante du testament ; de ce que celui-ci doit être écrit en entier de la main du testateur, il s'ensuit que c'est le testateur lui-même qui doit tracer cette date.

Quant aux renvois, il n'est pas nécessaire de les dater ; ils font partie intégrante du testament. Ce serait cependant une bonne précaution à prendre, surtout si, au lieu d'être simplement un fragment de phrase, ils constituaient une véritable disposition.

§ 3. — *De la signature.*

Un écrit contenant des dispositions testamentaires et une date n'est qu'un simple projet ; pour devenir un acte définitif, pour être un testament, il faut qu'il soit signé par le testateur. La signature, telle est la troisième et la dernière formalité que l'art. 970 exige pour la validité du testament olographe.

Que doit-on entendre par signature ? C'est en général le nom de famille, le nom patronymique qui cons-

titue la signature d'une personne. Il faut néanmoins admettre la validité de la signature, si une femme mariée signait le nom de son mari, car, par le mariage, elle a perdu son nom de jeune fille pour prendre celui-là. Un prénom, un sobriquet ne sauraient suppléer le nom sous lequel le signataire est inscrit sur les registres de l'état civil.

Cette règle ne doit pas cependant être interprétée d'une manière trop absolue. Si, en effet, il était prouvé que le testateur exclusivement connu par un sobriquet avait l'habitude de signer de ce surnom tous les actes, soit privés, soit publics, on ne devrait pas déclarer son testament olographe nul par la seule raison qu'il y a apposé la signature sous laquelle il était connu et que depuis longtemps il avait adoptée, au lieu de son nom patronymique. C'est ce qu'a décidé la Cour de Bourges dans un arrêt du 19 août 1824. La même solution devrait être adoptée dans l'exemple que l'on cite généralement : si un évêque qui habituellement signe par l'apposition d'une croix après laquelle il inscrit les initiales de ses prénoms suivies elles-mêmes de l'indication de sa qualité. C'est ainsi que le testament de Massillon, signé † J. B., évêque de Clermont, fut déclaré valable. La Cour de Pau adopta la même solution au sujet du testament de M. Loyson qui était signé † J. J., évêque de Bayonne. La Cour de cassation confirma cet arrêt le 23 mars 1824.

Nous n'hésiterons pas à admettre la même manière de voir. Quel est en effet le but de la loi en exigeant que le testament soit signé ? La signature, comme du reste toutes les formalités du testament olographe,

n'est requise que pour affirmer que le testament est l'œuvre personnelle du testateur. Or, il est certain que cela ne peut être mis en doute du moment où on trouve dans le testament la signature habituelle du testateur ; il y a plus de certitude ici que dans le cas où la signature est tracée en caractères illisibles, et cependant, dans ce cas, le testament serait valable si ces caractères affectaient la même forme que ceux que l'on trouverait dans d'autres actes, que l'on saurait avoir été signés par le testateur.

Plusieurs personnes pouvant signer le même nom, le plus souvent la signature tire son originalité soit de l'écriture, soit du paraphe qui y est joint. Cependant il faut admettre que tel ou tel genre de caractères n'est nullement prescrit dans la signature, pas plus qu'il n'est nécessaire d'y joindre le paraphe. La signature existe sans cela (1). Mais pour éviter toutes contestations, le testateur fera bien de s'en tenir à sa signature habituelle et de la terminer par un paraphe, si ce paraphe se retrouve d'une façon générale dans sa manière de signer.

La loi n'a pas déterminé la place que la signature doit occuper dans le testament. Sa place est généralement à la fin ; le mieux est même de la placer après la date. Cependant on devrait considérer le testament comme régulièrement signé, alors même que la signature se trouverait placée dans l'acte et ferait corps avec la phrase finale, pourvu toutefois que les expres-

(1) Aix, 27 janvier 1846.

sions qui la suivent ne soient ni dispositives, ni essentielles à la validité du testament, suivant la distinction proposée par Merlin. Nous devons cependant citer un arrêt contraire à notre opinion, et dans lequel la Cour de Liége a jugé nul, pour défaut de signature, un testament ainsi terminé : « Fait et signé par moi Michel François Falla, de la commune de Loucin, canton de Hallogne, le 20 décembre 1809 (1). »

Telles sont les diverses formalités exigées dans le testament olographe, l'écriture en entier, la date et la signature de la main du testateur. Il n'est soumis à aucune autre formalité. Ainsi donc, pas n'est besoin de recourir à un officier public, de mentionner que le testament a été écrit en entier, daté et signé par le testateur, d'appeler des témoins. Certaines coutumes exigeaient pour la validité du testament olographe qu'il fût signé par deux témoins. Cela n'est plus nécessaire aujourd'hui. Quelques auteurs vont même jusqu'à déclarer cette intervention nuisible à la validité des dispositions, qui alors ne sont plus écrites en entier de la main du testateur. Cette conséquence nous paraît trop rigoureuse pour l'admettre. Ces signatures étrangères ne font pas partie du testament, et en nous occupant de la manière dont les dispositions olographes devaient être écrites, nous avons admis la validité, lorsque l'écriture émanant d'une main étrangère, même du consentement du testateur, ne faisait pas partie du testament.

La même solution ne saurait être admise si, au lieu

(1) Liége, 22 fév. 1812.

de porter la signature de témoins étrangers, le testament etait signé par le légataire ; car alors, cette intervention étrangère pourrait faire craindre que le testateur n'ait pas agi librement, et le testament devrait être annulé comme n'étant pas l'œuvre personnelle du testateur.

Pour en finir avec le testament olographe, il se peut que le testateur ait daté toutes ses dispositions et ait signé à la fin. Dans ce cas, toutes sont valables ; s'il en a daté et signé quelques-unes et qu'il en ait ensuite fait de nouvelles qu'il a simplement datées, toutes celles qui viennent après la signature sont nulles. Enfin, le testament serait nul en entier dans l'hypothèse suivante : Supposons qu'un testateur ayant signé chaque disposition en insère une nouvelle à la suite de laquelle il inscrit la date sans signer. Toute une disposition séparant la date de la signature, les premières dispositions ne peuvent pas être considérées comme régulièrement datées. Quant à la dernière, elle ne saurait valoir pour cause de défaut de signature.

Que le testament olographe soit ouvert ou cacheté, qu'il reste en la possession du testateur ou qu'il soit remis entre les mains d'un tiers, peu importe, il est valable du moment où il est régulièrement fait. Il en est de même qu'il soit écrit sur papier timbré ou sur papier libre, sauf l'amende encourue dans ce cas. Ce testament serait valable alors même qu'il porterait en tête le mot *copie* (1).

(1) Cass,, 4 nov. 1857.

CHAPITRE III

DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC

Le testament par acte public nous vient tout à la fois des pays de droit écrit et des pays de coutumes.

Les rédacteurs du Code civil, fondant ensemble les dispositions relatives au testament nuncupatif écrit et au testament solennel, en ont formé ce second mode de tester.

« Le testament par acte public est celui qui est « reçu par deux notaires en présence de deux témoins, « ou par un notaire en présence de quatre témoins » (art. 971, C. civil).

D'après cet article, trois catégories de personnes doivent collaborer à la confection de ce testament : le testateur, le notaire et les témoins. Nous nous occuperons tout d'abord des conditions qu'elles doivent réunir ; puis nous verrons le rôle qu'elles ont à jouer et, après avoir examiné les formalités exigées par le Code civil, nous terminerons par l'étude de celles que la loi de ventôse exige pour la validité des testaments, comme pour la validité de tous les actes reçus par les notaires.

Le testateur est celui qui dispose pour le temps où

il n'existera plus de tout ou partie de ses biens. Nous n'avons pas à nous en expliquer davantage ; il nous suffit qu'il soit capable de tester.

Le Code civil ne fait que décréter la nécessité de l'intervention d'un ou deux notaires dans les testaments par acte public, sans s'expliquer sur ces officiers publics ; mais si nous nous reportons à la loi du 25 ventôse an XI, nous lisons dans l'article 1er que : « Les « notaires sont des fonctionnaires publics établis pour « recevoir tous les actes et contrats auxquels les par- « ties doivent ou veulent faire donner le caractère « d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publi- « que et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, « en délivrer des grosses et expéditions. »

Sous la réserve des règles particulières sur la forme de certains testaments, les notaires sont les seuls fonctionnaires publics qui aient qualité pour recevoir les testaments ; et encore n'ont-ils qu'une compétence territoriale, comme nous le verrons en nous occupant de la mention, à insérer dans le testament, du lieu où il est fait.

C'est par sa prestation de serment, et en recevant l'investiture de ses fonctions, qu'un notaire devient réellement officier public, et sa compétence dure jusqu'à sa mort, à moins qu'il n'ait été destitué, suspendu ou remplacé ; mais il ne peut faire un testament valable que pendant qu'il est en exercice ; par suite, serait nul le testament fait par un notaire après sa destitution, sa suspension ou son remplacement ; de même s'il l'avait fait avant son installation ; et cela alors même que le testateur l'aurait cru en exercice.

On ne saurait admettre ici l'axiome : *Error communis facit jus*. Il en serait autrement s'il s'agissait d'une nomination irrégulière, comme si le titulaire nommé par le Gouvernement était mineur de vingt-cinq ans, n'avait pas le temps de stage voulu..., car ici le testateur aurait eu une juste cause d'erreur.

Parmi les personnes qui assistent à la confection d'un testament public, celles qui doivent surtout fixer notre attention sont les témoins.

Les témoins sont des hommes intelligents et capables, appelés avec le notaire à entendre et constater authentiquement les dernières volontés du testateur. Il faut donc qu'ils soient à même de comprendre les paroles du testateur, de s'assurer que les formalités voulues ont été accomplies, et enfin de rendre compte plus tard, le cas échéant, de ce qui s'est passé en leur présence. Les sourds, les aveugles, les idiots seraient donc incapables d'être témoins.

« Les témoins appelés pour être présents aux testa-
« ments devront être mâles, majeurs, sujets français
« jouissant des droits civils » (art. 980, C. civil).

« Ne pourront être pris pour témoins du testament
« par acte public, ni les légataires, à quelque titre
« qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au
« quatrième degré inclusivement, ni les clercs des
« notaires par lesquels les actes seront reçus » (art. 975, C. civil). A l'égard des légataires, il n'y a pas à se préoccuper de la modicité du legs.

C'est à l'époque de la confection du testament qu'il faut se reporter pour apprécier la capacité des témoins;

les changements survenus depuis n'auraient aucune influence sur la validité du testament.

L'art. 975 ne permet pas d'appeler un légataire comme témoin dans le testament par acte public. Il peut arriver cependant que ce légatataire figure dans l'acte soit comme témoin, soit pour accepter le legs qui lui est fait ; dans le premier cas, le testament sera nul en vertu de l'art. 975, à moins qu'indépendamment du légataire, il n'y ait un nombre suffisant de témoins ; dans le second cas, les formalités exigées ont été observées et le testament sera valable. La seule difficulté qui se présentera sera de savoir, si l'acceptation du legs par le légataire n'est pas contraire à l'essence du legs lui-même, et si elle n'entraîne pas la nullité de ce legs. La nullité ne pourrait exister que si cette acceptation avait pour résultat de rendre le testament irrévocable : or, il est certain qu'elle ne produirait pas cet effet.

Pour bien connaître les formalités à observer dans la confection des testaments par acte public, les dispositions du Code civil doivent être complétées par celles de la loi de ventôse an XI, sur les actes notariés. Mais on ne doit avoir recours à cette loi que pour les points sur lesquels le Code civil a gardé le silence. Aussi, du moment où les art. 975 et 980 règlent la capacité des témoins testamentaires, ne faut-il pas tenir compte des dispositions de la loi de ventôse sur la capacité des témoins instrumentaires en général. Ces deux articles du Code forment un système complet d'après lequel il faut se guider.

Quelques auteurs, parmi lesquels Duranton, ont

soutenu que les incapacités prononcées par l'art. 10 de la loi de ventôse devaient être étendues à la matière des testaments. Tel n'est pas notre avis; nous croyons, au contraire, avec la généralité des auteurs, que les incapacités prononcées contre les témoins instrumentaires ne doivent être étendues aux témoins testamentaires qu'autant que le Code civil les a reproduites. La capacité est la règle, l'icapacité l'exception ; or, les exceptions sont de droit étroit et ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre. Par suite, pourront être témoins dans un testament public tous ceux que les art. 975 et 980 n'en déclarent pas incapables.

Il eût été, en effet, dangereux de se montrer aussi rigoureux dans le choix des témoins testamentaires que dans celui des témoins instrumentaires en général. Ce n'est souvent qu'au moment où il sent la vie lui échapper, que le testateur songe à faire appeler le notaire, et il n'eût pas été rare, faute de témoins capables, de voir mourir *intestat* celui qui voulait tester.

On comprend aisément que le législateur se soit montré moins sévère dans le choix des témoins testamentaires que dans celui des témoins instrumentaires en général. D'abord, c'est le testateur, souvent peu versé dans l'étude des règles du droit, qui désigne les témoins de son testament. Le plus souvent, le notaire n'est pas consulté et trouve les témoins réunis. Dans les actes ordinaires, au contraire, le notaire appelle lui-même les témoins qui doivent l'assister. En second lieu, le testatateur désire souvent que ses dispositions ne deviennent pas l'objet des conversations de ses voi-

sins. Aussi les rédacteurs du Code civil n'ont-ils pas reproduit la disposition de la loi de ventôse, d'après laquelle le notaire ne peut instrumenter valablement qu'en présence de témoins domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé.

Nous n'avons pas admis que les incapacités prononcées par la loi de ventôse an XI puissent être étendues aux témoins testamentaires, à moins qu'elles n'aient été reproduites par le Code civil. Or, d'après l'article 10 de cette loi, les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, leurs clercs et leurs serviteurs, ne pourront être témoins. L'article 975 exclue les légataires, leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement et les clercs des notaires par lesquels les testaments sont reçus ; mais il ne reproduit pas l'incapacité relative aux domestiques. C'est qu'en effet, il y a une différence à établir entre le témoignage d'un domestique et celui d'un clerc. Sans doute, l'un et l'autre sont sous la main du notaire, et, d'une manière générale, il est bon de les déclarer incapables. Mais, en pareille matière, le témoignage d'un serviteur doit être plus facilement admis que celui d'un clerc ; celui-ci, en effet, est plus porté à trouver bien ce qu'a fait un patron dont il est habitué à suivre les exemples, et, à raison même de ses fonctions, il présente moins de garanties d'impartialité.

Qu'en général un notaire fasse bien de s'en tenir à la loi de ventôse pour éviter toute discussion, nous ne

le contestons pas ; mais il ne faut pas en conclure qu'il fera un testament nul, s'il se renferme dans les prescriptions édictées par les art. 975 et 980 du Code civil en ce qui concerne les témoins testamentaires.

Nous en dirons autant des parents ou alliés, soit du notaire, soit du testateur. Il est certain que, dans ce dernier cas, le témoignage n'en aura que plus de force, puisque ces parents du testateur ne devront être ni légataires ni parents ou alliés des légataires, en vertu de l'art. 975, Code civil. A plus forte raison, le notaire pourra-t-il dresser un testament valable en présence de témoins parents entr'eux ou alliés au degré prohibé.

La validité du testament n'aura à souffrir en rien de ce qu'un des témoins appelés était incapable, si du reste on en avait appelé un trop grand nombre et si les témoins capables étaient en nombre suffisant.

Le rôle des témoins consiste à entendre et à constater authentiquement avec le notaire les dernières volontés. Leur présence est exigée pour affirmer que le testament a été régulièrement fait, que l'acte qui en a été dressé est de tous points conforme à la volonté du testateur, et de plus leur signature ne permet pas que l'on remplace ce testament par un autre. Les témoins doivent par conséquent entendre l'idiome du testateur. Un arrêt de la Cour de Nancy, confirmé par la Cour de cassation (1), semble au premier abord contraire à cette opinion ; mais au fond il ne la contredit

(1) Cass., 14 juillet 1818.

en rien. S'il a déclaré valable un testament dans lequel on avait appelé deux témoins ne comprenant pas la langue française, idiome du testateur, c'est que la Cour a jugé que ces témoins avaient eu une connaissance suffisante de la substance des dispositions testamentaires. Mais il n'est pas absolument indispensable qu'ils comprennent la langue dans laquelle le testament est rédigé.

Parfois même, ils peuvent remplir un autre rôle, celui de témoins certificateurs. Nous verrons en effet, en étudiant les dispositions de la loi de ventôse qui doivent être observées, que le notaire ne peut dresser un acte s'il ne connaît les parties contractantes ou si leur identité ne lui est certifiée par deux témoins. Dans les testaments, les témoins instrumentaires peuvent, si le testateur est inconnu au notaire, jouer le rôle de témoins identitaires, sans qu'on ait à en appeler deux autres, pourvu toutefois que les témoins instrumentaires connaissent eux-mêmes le testatateur.

Quant au rôle du testateur et du notaire, nous devons nous en occuper en traitant des formalités exigées, soit par le Code civil, soit par la loi de ventôse. Il y a entre ces points une affinité trop grande pour pouvoir les séparer.

Remarquons toutefois qu'un parent ou allié du testateur au quatrième degré, qui ne peut en vertu de l'art. 975 être appelé comme témoin, pourra recevoir le testament comme notaire; car la loi de ventôse borne la prohibition au troisième degré.

Section première

Formalités exigées par le Code civil.

Les formalités que le Code civil exige pour la validité du testament par acte public sont : que le testament soit dicté par le testateur, écrit par le notaire, lu au testateur, qu'il soit fait mention que ces prescriptions ont été observées; enfin, il doit être signé.

C'est en présence des témoins que ces formalités doivent s'accomplir ; si l'un d'eux était obligé de s'absenter quelques instants, le notaire devrait suspendre son travail : à plus forte raison si c'est le testateur qui s'absente.

§ 1. — *De la dictée.*

Les dispositions testamentaires doivent, à peine de nullité, être dictées par le testateur en présence des témoins. C'est de l'art. 971 que ressort la nécessité de la présence des témoins; car l'art. 972 ne l'exige pas. Mais il est évident qu'il ne s'agit ici que des dispositions elles-mêmes et non pas de tout ce qui doit constituer l'acte. C'est ainsi qu'il n'est pas nécessaire que le protocole, la nomination et la qualification du testateur soient dictés au notaire, pas plus que les mentions exigées par l'art. 972, Code civil.

C'est au notaire que la dictée doit être faite. Cette dictée des déclarations de dernière volonté est absolument nécessaire dans le testament par acte public ; sans elle, le testament ne serait pas valable. Il suit de là que le testament serait nul, si le testateur se référait à un autre acte ou s'il se contentait de répondre aux questions que les notaires ou le notaire lui poseraient. Il en serait de même si le testament était rédigé d'après des notes remises au notaire en présence des témoins, alors même que le testateur déclarerait que le testament ainsi rédigé est parfaitement conforme à ses volontés. Ici, en effet, le testament n'aurait pas été dicté ; et afin d'éviter les méprises qui pourraient résulter de ce que le testateur, peu versé dans le langage juridique, ne comprendrait pas exactement la portée des expressions employées, la loi exige qu'il le soit : mais le vœu de la loi serait parfaitement rempli si le testateur dictait ses dernières volontés au notaire, d'après un projet sur lequel il les lirait, alors même que ce projet aurait été préparé par le notaire d'après des notes que le testateur lui aurait antérieurement remises. Dans les deux cas, en effet, il n'y a pas les mêmes raisons de décider : s'il y a eu un projet de testament, il est à présumer que, avant de convoquer les témoins, le testateur en a pris connaissance, en a pesé les expressions, s'est fait expliquer celles dont il ne saisissait pas le sens, et, dès lors, la dictée qu'il fait est en parfait accord avec ses intentions. Que si le testateur a négligé ces précautions, il est en faute, et on ne peut pas exiger de la loi qu'elle

sauvegarde entièrement les intérêts de ceux qui ne prennent aucun soin de leurs affaires.

Il faut, toutefois, accorder au notaire, le droit de poser au testateur certaines questions qui, sans gêner sa liberté, sont de nature à éclaircir ses véritables intentions (1).

§ 2. — *De l'écriture.*

Le testament dicté par le testateur doit être écrit par l'un des notaires tel qu'il est dicté. Ce sont les notaires et non leurs clercs qui doivent écrire le testament en présence du testateur et des témoins.

Le testament peut être écrit par l'un ou l'autre des deux notaires, ou même partie par l'un et partie par l'autre; seulement, dans ce cas, il faut mentionner cette particularité.

Ce sont les dispositions testamentaires elles-mêmes qui doivent être écrites en présence du testateur et des témoins; rien ne s'opposerait, en effet, à ce que le préambule de l'acte fût écrit par le notaire hors de leur présence. C'est en ce sens qu'est fixée la jurisprudence.

Il ne faut pas attacher un sens trop rigoureux à l'expression *tel qu'il est dicté* de l'art. 972. Cela ne veut pas dire que le notaire devra reproduire mot pour mot les paroles prononcées par le testateur; telle n'est

(1) Cass., 15 janvier 1866.

pas certainement la pensée des rédacteurs du Code. Aussi, a-t-on admis que le notaire peut mettre en bon français les phrases incorrectes ; il devra même écrire en français lesdispositions qui lui seraient dictées dans un autre idiome, en patois, par exemple ; l'essentiel est que le sens de la phrase rende exactement la pensée exprimée par le disposant.

C'est donc à tort que l'on a employé le mot *dicter ;* les rédacteurs du Code auraient dû dire simplement que le testateur exprimerait ses volontés et que le notaire en dresserait lui-même un acte conforme (1), d'autant que le plus souvent les testateurs ne sachant pas écrire sont les seuls à avoir recours à la forme du testament par acte public, et il est bien rare que celui qui ne sait pas écrire soit capable d'exprimer sa pensée d'une façon correcte, et par conséquent de dicter, dans le véritable sens du mot, ses déclarations de dernière volonté.

Le testament sera valable si, dicté par le testateur et écrit par le notaire sur une feuille de papier libre, il est ensuite transcrit par celui-ci en présence du testateur et des témoins sur une feuille de papier timbré qui, seule, représente le testament (2). Que si le testateur faisait un grand nombre de dispositions, le notaire,

(1) L'ordonnance de 1735 s'exprimait d'une façon plus exacte dans son article 5 : « ... Il (le testateur) prononcera intelligiblement toutes ses dispositions... lequel (notaire ou tabellion) écrira lesdites dispositions, à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur...

(2) Cass., 19 mars 1861.

afin d'éviter toute erreur, ferait bien d'écrire chacune d'elles au fur et à mesure de la dictée. Le testament pourrait ne pas être conforme à la volonté du testateur, si le notaire écoutait celui-ci énumérer toutes ses dispositions et les écrivait ensuite.

C'est en français que les actes notariés doivent être écrits : les testaments ne font pas exception à cette règle. Dans le cas où la langue française ne serait pas familière au testateur et aux témoins, le notaire peut mettre en marge une traduction dans l'idiome du testateur, mais la rédaction française a plus d'authenticité. Les dispositions testamentaires elles-mêmes peuvent être écrites dans l'idiome du testateur (1).

§ 3. — *De la lecture.*

Dans l'un et l'autre cas, nous dit l'art. 972, il doit en être donné lecture au testateur en présence des témoins. Ainsi donc, que le testament soit reçu par deux notaires assistés de deux témoins ou par un notaire en présence de quatre témoins, lecture doit en être donnée au testateur. De cette expression, il faut conclure que la lecture ne serait pas régulière si le testateur prenait lui-même connaissance de l'acte, ou même s'il le lisait à haute voix aux témoins, car c'est à lui que l'on doit donner lecture et non lui qui doit lire. Cependant si, après que la lecture a été faite, le testa-

(1) Cass., 12 août 1868.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

teur déclarait qu'affligé de surdité, il n'a pas très bien entendu et désirait prendre connaissance de l'acte par lui-même, cette manière de procéder serait parfaitement régulière.

La Cour de Paris ne considèrerait pas cette lecture comme valable, si le testateur était complètement sourd et entièrement incapable d'entendre (1). Il en résulte qu'un individu dans cette position ne peut tester par acte public.

On a soutenu que, du moment où le testateur pouvait lire lui-même ce testament à haute voix en présence des témoins, le testament devait être valable. Cette opinion a même été consacrée formellement par la Cour d'Aix (2) et semble étayée par un arrêt de la Cour de cassation (3) rejetant le pourvoi formé sur un arrêt de la Cour de Montpellier (4) par ce motif qu'il ne résultait pas suffisamment des termes du testament que la lecture par le testateur sourd avait été faite à haute voix.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'admettre la validité d'un testament fait dans ces conditions. Sans doute la loi n'a qu'un but en exigeant la lecture du testament : elle veut qu'il soit bien certain que le notaire a rédigé des dispositions conformes à la volonté que le testateur vient de lui exprimer, et cette

(1) Paris, 16 janv. 1874.
(2) Aix, 10 nov. 1869.
(3) Cass., 10 avril 1854.
(4) Montpellier, 1er déc. 1852.

certitude existera du moment où le testateur aura lui-même lu le testament à haute voix.

Si l'on ne devait considérer que l'esprit de la loi, nous n'hésiterions pas à admettre la validité du testament authentique dans l'hypothèse qui nous occupe ; mais il faut aussi tenir compte de la lettre, surtout dans notre matière, l'art. 1001 prononçant la nullité toutes les fois qu'on a négligé quelqu'une des formalités prescrites. Or l'article 972 ne dit pas que le testateur prendra lecture de l'acte, mais bien que lecture lui sera donnée. Il faut donc décider que le sourd ne peut tester en la forme authentique, puisque c'est en vain que le notaire lui lirait le testament, s'il ne peut l'entendre.

Nous reconnaissons qu'il est bien rigoureux de priver le sourd de la faculté de tester par acte public, mais c'est là une conséquence nécessaire des art. 972 et 1001.

C'est sur tout le testament que la lecture doit porter ; il faudra donc lire aussi au testateur les renvois et apostilles contenus dans l'acte.

Mais par qui cette lecture doit-elle être donnée au testateur ? Le notaire est-il tenu de relire lui-même, comme il est tenu de les écrire, les déclarations de dernière volonté ? Quelques auteurs, parmi lesquels Demolombe et Duranton, décident, sans discuter la question, que la lecture ne peut être valablement donnée au testateur que par le notaire. Cette décision ne nous paraît reposer sur aucune base solide. Ici, en effet, nous sommes sur un terrain d'exception, et ni le Code civil, ni l'art. 13 de la loi de ventôse an XI n'exigent que

le notaire donne lui-même lecture du testament qu'il vient d'écrire. Il faut donc admettre avec la généralité des auteurs et avec la cour de Bordeaux, et par les motifs fort nettement exposés dans son arrêt (1), que la lecture du testament peut être valablement donnée au testateur par toute personne.

§ 4. — *De la mention que les formalités ci-dessus ont été observées.*

L'art. 972 exige que le testament soit dicté par le testateur aux notaires, qu'il soit écrit par l'un d'eux tel qu'il est dicté, et qu'il en soit donné lecture au testateur en présence des témoins. Enfin le même article exige qu'il soit fait du tout mention expresse. — La preuve que ces diverses formalités ont été observées ne saurait donc résulter que du testament lui-même : il est indispensable à sa validité qu'une mention expresse constate qu'on s'est conformé aux prescriptions de la loi. C'est de l'officier public que cette mention doit émaner ; ce serait donc à tort que le notaire la placerait dans la bouche du testateur et l'écrirait comme lui étant dictée par celui-ci.

Duranton n'admet pas cette manière de voir. D'après lui, l'art. 14 de la loi de ventôse, qui exige que cette mention soit faite par le notaire, n'est pas applicable aux testaments. D'un autre côté, le Code civil n'exigeant pas, à peine de nullité, que ces mentions soient

(1) Bordeaux, 5 juill. 1855.

mises dans la bouche du notaire les juges ne sauraient en prononcer la nullité.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, l'art. 5 exigeait que ces mentions fussent placées dans la bouche du notaire ; et d'un autre coté, si le Code civil ne prononce pas la nullité dans le cas contraire, c'est qu'il s'en est rapporté, comme pour tous les points qu'il ne traite pas, à la loi du 25 ventôse an XI. Or, d'après les art. 14 et 68 de cette loi, ces mentions doivent, à peine de nullité, émaner du notaire.

La mention que le testament a été écrit par le notaire ne saurait être suppléée par ce fait qu'en réalité c'est cet officier ministériel qui l'a écrit.

Aucune place n'est assignée à ces mentions ; elles peuvent donc être placées soit au commencement, soit à la fin, soit même au milieu des dispositions. Elles peuvent même résulter de phrases distinctes.

Il n'est pas nécessaire non plus d'employer les expressions de l'art. 972. Sans doute le notaire sera certain en les employant de ne s'exposer à aucun cas de nullité, mais il n'y est pas tenu. Pourvu qu'ils rendent exactement la même idée, des termes équipollents suffisent pour la validité du testament.

Dans un testament reçu par un seul notaire, la mention qu'il a été *dicté par le testateur et écrit par le notaire* suffit quant à la formalité de la dictée, bien qu'on ne dise pas qu'il a été dicté à l'officier public (1). Elle suffit même pour indiquer qu'il a été écrit tel qu'il a été dicté.

(1) Paris, 23 août 1811.

La mention que la lecture a eu lieu en présence des témoins ne suffit pas pour indiquer qu'elle a été faite au testateur (1), pas plus que s'il était dit que *le testament a été lu dans l'appartement du testateur, à côté de son lit* (2). Il en serait autrement si on avait ajouté qu'*après lecture du testament, le testateur a déclaré y persister*. Ceci, en effet, équivaudrait à la mention que c'est au testateur lui-même que le testament a été lu (3).

Enfin, comme dernier exemple, la mention que le testament a été lu au testateur et aux témoins n'indiquerait pas suffisamment que lecture a été donnée au testateur en présence des témoins (4).

Après la mention que les formalités requises ont été observées, il n'est plus possible d'insérer une nouvelle disposition dans le testament. Cette disposition, serait-elle placée avant les signatures, non-seulement serait nulle, mais entraînerait la nullité du testament tout entier. Cependant on ne saurait admettre une pareille décision, et le testament resterait valable si l'addition ne constituait qu'une simple explication que le juge aurait pu suppléer.

Aucune mention n'est nécessaire relativement à la capacité des témoins, car leur incapacité ne se présume pas.

Si une mention est faite dans des termes tels qu'elle

(1) Turin, 15 frimaire an XIV.
(2) Aix, 11 mai 1807.
(3) Cass., 6 avril 1824.
(4) Jurisprudence constante de la Cour de cassation.

soit susceptible de deux interprétations, on doit s'en tenir à celle d'après laquelle la mention est régulièrement faite, conformément au principe posé dans l'art. 1157, Code civil.

§ 5. — *De la signature.*

Enfin, pour qu'un testament soit valable, le Code civil exige qu'il soit signé par le testateur et les témoins.

Nous ne voulons pas revenir ici sur ce que l'on doit entendre par signature, nous nous en sommes expliqué à propos du testament olographe.

Le testament par acte public n'est parfait que par l'apposition des signatures du testateur, des témoins et du notaire, à tel point que le testament serait nul si l'une de ces personnes venait à mourir avant d'avoir signé ou si le testateur rendait le dernier soupir avant la signature de quelqu'un des témoins ou du notaire, car le notaire doit lui aussi signer en présence du testateur (1). Par suite serait nul le testament dans lequel le testateur aurait commencé une signature que la mort ne lui aurait pas donné le temps de terminer.

Si le testateur déclare qu'il ne peut signer, l'art. 973 exige qu'il soit fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Ces deux mentions sont essentielles si le testa-

(1) Cass., 20 janv. 1840.

teur ne signe pas. Il ne suffirait pas que le notaire mentionnât simplement la déclaration du testateur ; de même le testament ne saurait valoir si le notaire se contentait d'énoncer la cause qui empêche le testateur de signer, et cela alors même qu'il mentionnerait avoir interpellé le testateur, car l'interpellation du notaire n'emporte pas nécessairement la preuve d'une réponse. Cette interpellation au surplus n'est pas nécessaire ; il faut, et cela suffit, une déclaration émanée du testateur.

Comme conséquence de la nécessité de cette déclaration par le testateur, il faudrait annuler le testament dans lequel on trouverait un commencement de signature, après quoi le notaire aurait constaté qu'une grande faiblesse survenue tout à coup avait empêché le testateur de terminer sa signature.

Lorsque la déclaration du testateur fait suffisamment connaître la cause qui l'empêche de signer, il suffit de mentionner cette déclaration, comme si le testateur déclare ne savoir signer. Il n'en serait pas de même si le testateur avait déclaré ne savoir écrire. Il n'y a pas, en effet, une parfaite équipollence entre ces deux expressions, car il est beaucoup de personnes qui, quoique incapables d'écrire quelques mots, ont cependant appris à former les lettres qui composent leur nom, et, par suite, savent signer. Mais les auteurs et la jurisprudence admettent que la déclaration de ne savoir écrire suffit lorsqu'il résulte du testament que le mot écrire a été employé comme synonyme de signer (1).

(1) Cass., 1er févr. 1859. — Bourges, 15 févr. 1860. Arrêt confirmé par Cass., 23 déc. 1861.

En général, et à moins que la déclaration n'ait été faite de bonne foi, on doit considérer comme nul le testament dans lequel le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, alors qu'il savait ou pouvait le faire. Une fausse déclaration de cette nature doit être considérée comme un refus déguisé de signer.

C'est à la fin du testament, après les dispositions testamentaires que doit se trouver la mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer.

Le testament serait-il nul si la mention ne se trouvait pas à la fin? Généralement on admet que cette circonstance ne saurait entraîner la nullité du testament. Mais tous les auteurs n'arrivent pas à cette conclusion par les mêmes motifs. D'après les uns, l'art. 68 de la loi de ventôse an XI, en visant l'article 14 de cette même loi, n'a voulu prononcer la nullité de l'acte que pour le cas où les signatures des parties, des témoins ou des notaires feraient défaut, et nullement pour le cas où la mention de ces signatures ou du défaut de ces signatures ne serait pas faite à la fin de l'acte. D'après les autres, la mention exigée par l'article 14 de la loi de ventôse doit, à peine de nullité prononcée par l'article 68, être mise à la fin de l'acte. Si, dans les testaments, on n'est pas tenu de se conformer à cette prescription de l'art. 14, c'est que le Code civil a posé pour les testaments par acte public des règles spéciales, par lesquelles il a dérogé aux dispositions de la loi de ventôse, et que l'art. 972 ne fixe aucune place aux mentions qu'il exige. Cette dernière opinion est admise par la Cour de cassation.

Quant à nous, nous croyons que la place des mentions n'a nullement préoccupé les rédacteurs du Code civil ; c'est la loi de ventôse qui la règle, et tout en admettant la même solution que la Cour de cassation, il nous paraît plus vrai de dire que l'art. 68, en visant l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, n'a eu en vue que le défaut de signatures.

On ne doit appeler pour les testaments que des témoins sachant signer, car ils doivent tous y apposer leur signature. « Néanmoins, ajoute l'art. 974, Code « civil, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux « témoins signe, si le testament est reçu par deux no- « taires, et que deux des quatre témoins signent, s'il « est reçu par un notaire. »

L'art. 14 de la loi de ventôse exige qu'il soit fait mention de la signature des témoins ; à plus forte raison, le notaire doit-il, lorsqu'un ou deux témoins ne signent pas, mentionner ce défaut de signature et la cause qui l'a motivé. Mais il n'en est pas ici comme lorsque c'est le testateur qui ne signe pas, il n'est pas nécessaire que la déclaration émane des témoins eux-mêmes. L'art. 14 de la loi de ventôse n'exige cette déclaration que de la part des parties qui ne signent pas ; aucun texte ne la prescrivant à l'égard des témoins, on ne doit pas leur étendre cette disposition.

L'ordonnance de 1735 considérait comme campagne tout ce qui n'était pas ville ou bourg fermé. Le Code civil ne s'étant pas expliqué sur ce point, les tribunaux devront apprécier si tel ou tel lieu doit être réputé campagne dans le sens de l'art. 974.

Section II

Formalités exigées par la loi du 25 ventôse an XI.

La loi du 25 ventôse an XI prescrit les règles à suivre dans les actes notariés en général. Nous venons de voir les dérogations qui y sont apportées par le Code civil, relativement à la forme dans laquelle doivent être faits les testaments par acte public. Mais il est des points dont les rédacteurs du Code ne se sont pas occupés, et pour lesquels, par conséquent, les testaments sont soumis aux mêmes formalités que les autres actes reçus par les notaires.

Ainsi il faut décider que les notaires ne peuvent pas recevoir les testaments de leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. Il en serait de même, si une disposition quelconque était faite en faveur de ces parents ou alliés, ou en faveur du notaire (Art. 8).

De même deux notaires parents ou alliés au degré prohibé, c'est-à-dire au troisième degré, ne peuvent recevoir ensemble un testament, car l'art. 10 leur interdit de concourir au même acte. Dans ces deux hypothèses, la nullité frapperait le testament tout entier.

Des articles 12 et 68 combinés, il résulte que le testament doit, à peine de nullité, être daté et contenir la mention du lieu où il a été fait. L'art. 12 nous ren-

voie à l'art. 68. Or, toutes les fois que cet article ne prononce pas la nullité d'un acte irrégulier, cet acte ne vaut que comme écrit sous signature privée ; mais un testament ne saurait valoir ainsi, car un testament sous signature privée n'est autre chose qu'un testament olographe, qui ne peut être valable qu'à la condition d'avoir été écrit en entier par le testateur ; et d'un autre côté, en nous occupant du rôle du notaire dans le testament qu'il reçoit, nous avons vu que les dispositions testamentaires doivent être écrites par le notaire, et non par le testateur.

La mention du lieu a bien son utilité, puisque la compétence territoriale des notaires étant déterminée, elle sert à constater que cet officier public avait qualité pour recevoir le testament.

Certains notaires désignent en outre, la maison, l'étage, l'exposition de la salle dans laquelle ils reçoivent le testament. Toutes ces indications sont inutiles, en ce sens que leur omission n'invaliderait en rien le testament ; mais elles serviront peut-être à éclairer le juge en cas de contestation.

Le testament devra contenir le nom, l'état et la demeure du testateur ainsi que les noms et demeure des témoins. Il devra être écrit en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune ni intervalle : il doit énoncer en toutes lettres les sommes et les dates. Mais l'inobservation de ces formalités ne rendrait pas le testament nul ; le notaire serait seulement passible d'une amende.

Les renvois et apostilles ne sont valables que s'ils sont signés ou paraphés par tous les signataires,

art. 15. Les mots surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls dans les testaments comme dans tous autres actes. Si ces mots constituaient quelqu'une des formalités exigées pour la validité du testament, leur nullité entraînerait celle du testament tout entier.

Enfin le notaire devra garder minute du testament qu'il recevra (Art. 20 et 68).

Pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur jouisse au moment où il le fait de la plénitude de ses facultés. Dans ses coutumes de Beauvoisis, (Ch. 12, n° 8), Beaumanoir nous dit : *Nus lais ne vaut, s'il n'est fès de persone qui soit en bon sens et en bone memore.*

Beaucoup de notaires ont conservé l'habitude de dire que le testateur leur a paru, à eux et aux témoins, sain d'esprit, mémoire et entendement. Cette constatation est complétement inutile. Le silence du notaire serait aussi éloquent; d'abord cet officier ministériel constate un fait qui n'est pas de sa compétence; et en second lieu, s'il a instrumenté, c'est qu'il a jugé le testateur dans la plénitude de ses facultés.

CHAPITRE IV

DU TESTAMENT MYSTIQUE

Cette manière de tester réunit tout à la fois les avantages du testament olographe et ceux du testament par acte public, en ce sens que, tout en restant secrètes, les dispositions empruntent une certaine authenticité à l'intervention du notaire. Elle n'est pas nouvelle pour nous ; nous l'avons déjà vue pratiquée dans le droit romain et dans les pays de droit écrit, et consacrée par les art. 9 et suiv. de l'ordonnance de 1735. C'est là, en effet, que les rédacteurs du Code ont puisé les dispositions des articles 976 à 979 qui règlementent la forme des testaments mystiques.

Le testament mystique se compose de deux parties distinctes, les dispositions testamentaires et l'acte de suscription.

Le testateur écrit lui-même ses dispositions ou les fait écrire par une tierce personne ; toute latitude lui est laissée à cet égard ; rien ne l'empêcherait de s'adresser au notaire même qui doit dresser l'acte de suscription, à une des personnes en faveur de qui il dispose. Il peut même écrire ses dispositions en partie, et les faire écrire en partie par un tiers. Tout ce

que veut la loi, c'est que, dans tous les cas, le testateur signe les dispositions, s'il en est capable.

La date n'est pas exigée dans les testaments mystiques ; l'acte de suscription doit être daté, et c'est cette date qui serait seule à considérer et non celle apposée par le testateur aux dispositions elles-mêmes.

Dans le cas où un testateur muet, ou ayant perdu l'usage de la parole, voudrait faire des dispositions en la forme mystique, il le peut malgré son infirmité. Mais alors il devra entièrement écrire, dater et signer le testament de sa main. Il doit donc nécessairement savoir écrire, tandis qu'en général il suffit de savoir lire pour tester en la forme mystique.

Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne pourront faire de dispositions en la forme du testament mystique (Art. 978 C. civ.).

Le papier qui contient les dispositions, ou le papier qui lui sert d'enveloppe, s'il y en a une, doit être clos et scellé, et c'est ainsi que le testateur le présentera au notaire et aux témoins, ou bien il le fera clore et sceller en leur présence. Dans ce dernier cas, aucun texte n'exige qu'il soit clos et scellé par le notaire, comme le dit Duranton.

Les témoins du testament mystique doivent être au nombre de six. Il est à remarquer que l'art. 976 ne réduit pas ce nombre, comme le fait l'art. 971 pour le testament par acte public, lorsque deux notaires instrumentent ensemble.

Les témoins de l'acte de suscription doivent être mâles, majeurs, sujets français, jouissant de leurs droits civils. Tout individu réunissant ces qualités

peut être appelé comme témoin. Aucune incapacité n'est prononcée. Cela résulte, en effet, de la place occupée par l'art. 980 ; en traitant du testament par acte public, nous avons vu que le Code civil contenait, à l'égard des témoins testamentaires, un système complet qui ne permettait pas de recourir à la loi du 25 ventôse an XI. Il en est de même en ce qui concerne le testament mystique. D'un autre côté, le législateur ayant prononcé pour les témoins du testament par acte public certaines incapacités qu'il n'a pas cru devoir reproduire dans les testaments mystiques, il a eu soin de placer l'art. 975 avant les règles de ce dernier mode de tester. Au contraire, l'art. 980 a été mis tout à fait à la fin de la section, comme étant général et devant s'appliquer à tous les témoins testamentaires. Il suit de là que les légataires, leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, et même les clercs des notaires, peuvent être témoins dans un testament mystique. Par conséquent, la présence du légataire au testament mystique ne l'invaliderait pas.

Outre la difficulté qu'il y aurait eu souvent à trouver des témoins capables, si on eût exigé d'eux les mêmes qualités que l'on exige des témoins instrumentaires en général, combien de testaments n'auraient pas été frappés de nullité, si on avait appliqué aux testaments mystiques les différentes incapacités relatives prononcées, soit par la loi de ventôse, soit par le Code civil? Ici, en effet, les dispositions sont secrètes ; le testateur seul les connaît. Dès lors, il n'est pas possible au notaire de savoir que telle personne appelée

comme témoin est légataire, ou parente ou alliée d'un légataire au degré prohibé. Ce n'eût été qu'un piége tendu à la bonne foi du testateur.

A raison même du secret qui enveloppe ces dispositions, un notaire peut valablement dresser l'acte de suscription d'un testament mystique contenant des dispositions en sa faveur, et cela alors même que le testateur aurait fait écrire ses dernières volontés par le notaire lui-même, car, légalement, il n'est pas censé les connaître. Il faudrait cependant faire exception pour le cas où le testament serait écrit par le notaire, clos et scellé, et où l'acte de suscription serait immédiatement dressé ; ici, en effet, on ne peut pas admettre que le notaire ne connaît pas les dispositions qu'il vient d'écrire.

Le testament doit être clos et scellé dans tous les cas, alors même que l'acte de suscription serait dressé sur le papier même sur lequel sont écrites les dispositions testamentaires.

Le testament doit être clos et scellé. Il y a là deux opérations différentes à exécuter : *clore,* c'est fermer l'écrit de telle sorte qu'on ne puisse en pénétrer le contenu sans altérer ou briser ce qui sert à le tenir fermé ; *sceller* , c'est apposer l'empreinte d'un sceau ou d'un cachet sur la substance employée pour clore le paquet.

D'après un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1856, le mot sceller ne serait pas pris dans son sens étymologique, et les mots clore et sceller n'exprimeraient pas deux idées différentes.

Bien que le plus souvent nous aimions à accepter

l'avis de la Cour suprême, nous ne croyons pas cependant devoir admettre sa solution sur la question qui nous occupe. Il faut que le cachet apposé sur le papier qui contient les dispositions testamentaires soit un véritable sceau qu'il faudra détruire, si on veut substituer un autre écrit à celui qui a été présenté par le testateur. Que ce soit le sceau du testateur ou celui d'une autre personne, peu importe ; il suffit qu'il présente une certaine empreinte que le plus souvent le notaire, pour plus de sûreté, décrira dans l'acte de suscription. Les rédacteurs du Code, en employant ces deux mots, n'ont pas voulu, en effet, prescrire une seule et même opération, mais les deux opérations distinctes de la clôture et du scellement.

Le testament, ainsi clos et scellé, est présenté au notaire et aux témoins par le testateur qui déclare que cet écrit contient ses dernières volontés. Dans le cas où le testateur ne peut parler, il écrit lui-même cette déclaration en tête de l'acte de suscription, en présence du notaire et des témoins.

La déclaration du testateur doit indiquer de quelle manière le testament est écrit : s'il a été écrit par le testateur ou par un tiers, ou partie par le testateur, partie par une autre personne, sans que cependant celui qui présente ainsi son testament soit tenu de faire connaître le tiers qui l'a écrit (1). Enfin, le testateur doit déclarer s'il a ou non signé ses dispositions testamentaires, car, dans ce dernier cas,

(1) Cass., 16 déc. 1834.

il faudrait appeler un septième témoin qui signerait l'acte de suscription avec les autres (art. 977, Code civ.).

Que si le testateur fait une déclaration mensongère, le testament devra être annulé : par exemple, si l'acte de suscription portant que le testateur a déclaré avoir écrit le testament, on constate, lors de l'ouverture, qu'il n'a pas été écrit par lui.

Après cela, le notaire dresse l'acte de suscription sans divertir à d'autres actes. Dès lors, en effet, l'unité de contexte est exigée, comme nous l'avons vu, en nous occupant du testament tripartit du droit romain.

L'acte de suscription devra être dressé sur le papier même qui contient les dispositions, ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe. Il devra être écrit par le notaire lui-même. Le sens du mot *dressera* de l'art. 976 est fixé par l'expression *il écrira* de l'art. 979.

L'acte de suscription devra être signé par le testateur, le notaire et les témoins. Le notaire et les témoins doivent signer dans tous les cas ; le législateur n'a pas fait d'exception pour les testaments mystiques faits à la campagne. Il n'a pas dispensé certains témoins de signer, comme l'art. 974 le fait relativement aux testaments par acte public.

Quant à la signature du testateur, elle est nécessaire toutes les fois qu'il sait signer ; s'il ne sait ou ne peut le faire, deux hypothèses sont à considérer : ou il n'a pas signé les dispositions testamentaires, ou il les a signées. Dans le premier cas, nous avons vu qu'il fallait appeler un septième témoin, et on fera

mention dans l'acte de suscription de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé. Dans le cas où le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne pourrait signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en fera, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. Ici, comme dans le testament par acte public, la déclaration de ne pouvoir signer doit être faite par le testateur, et non émaner du notaire. Mais il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription mentionne la cause qui a empêché le testateur de signer, comme c'est exigé dans le testament par acte public.

Indépendamment de ces mentions, qui ne sont requises que dans certains cas déterminés, il en est d'autres dont l'omission entraînerait la nullité, non-seulement de l'acte de suscription, mais encore du testament lui-même. C'est ainsi qu'il faut mentionner la clôture et le scellement opérés avant ou pendant la séance ; la présentation par le testateur au notaire et aux témoins de l'écrit qui renferme ses volontés ; la déclaration par le testateur que ses dispositions testamentaires sont contenues dans ce papier ; qu'il les a écrites ou fait écrire par un autre, en entier ou en partie, et qu'il les a ou ne les a pas signées. Enfin, si le testateur ne peut parler, l'acte de suscription devra en outre mentionner qu'il a écrit lui-même, en présence des témoins et au haut de l'acte, que le papier qu'il présentait était son testament.

La mention que le testament a été présenté scellé au notaire suffira ; mais il n'en serait pas de même de

la mention qu'il était clos ; l'idée de scellement renferme, en effet, l'idée de clôture, mais la réciproque n'est pas vraie.

Aucun terme sacramentel n'est exigé dans ces mentions ; mais elles doivent être expresses. C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, que si l'acte de suscription ne mentionne pas que, d'après la déclaration du testateur, les dispositions sont signées de lui, le testament ne sera pas valable, alors même qu'il serait signé par le disposant : les formalités prescrites par les art. 976 à 979 devant être observées à peine de nullité d'après l'art. 1001, C. civil.

Enfin, on doit, dans les actes de suscription de testaments mystiques, observer les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés en général.

Dans le cas où le testament a été écrit par un tiers, aucun texte n'exige que le testateur le relise ; il n'y aurait donc pas cause de nullité par cela seul qu'il serait prouvé que le testateur n'a pas relu ses dispositions testamentaires avant de les clore et de les sceller. Il suffit qu'il ait eu la possibilité de les relire.

Un testament mystique, nul par suite de l'inobservation de quelqu'une des formalités prescrites, ne pourrait-il pas valoir comme testament olographe, si, du reste, les dispositions testamentaires étaient entièrement écrites, datées et signées de la main du testateur? Bien que quelques auteurs et la Cour de Poitiers (28 mai 1825) se soient prononcés pour la négative, nous n'hésitons pas à admettre la validité de ce testament olographe. En effet, il est écrit en entier, daté

et signé de la main du testateur; l'écriture émanée d'une main étrangère ne fait pas partie intégrante du testament, et, par suite, ne saurait le vicier. D'un autre côté, le testateur peut garder pardevers lui son testament olographe, mais il peut aussi le confier à un tiers; par suite, rien ne l'empêche de le remettre ès mains d'un notaire.

Si le testateur a voulu le faire revêtir de la forme mystique, c'est afin d'en mieux assurer le secret et la conservation ; mais il n'a pas voulu en faire dépendre la validité de l'observation des formalités requises pour les testaments mystiques. S'il était évident que cette dernière intention était bien réellement celle du testateur, il est certain qu'on ne devrait pas faire valoir comme olographe le testament nul en la forme mystique. Mais c'est là une question de fait que les tribunaux apprécieront. En dehors de ce cas, le testament vaudrait comme olographe, alors même que le testateur aurait manifesté l'intention de le faire revêtir de la forme mystique, et qu'il n'aurait pas réalisé son projet.

Enfin, il nous reste une autre question à examiner : c'est celle de savoir si le notaire est tenu de garder minute du testament mystique? Le Code civil ne s'en étant pas expliqué, c'est dans la loi du 25 ventôse an XI que nous devons chercher la solution ; car le Code civil ne déroge à cette loi que pour les points qu'il a traités ; or, dit-on, l'art. 20 de la loi de ventôse ne prescrit pas aux notaires de garder minute des actes simples, et le testament est un de ces actes puisqu'il n'engendre pas d'obligation : à plus forte raison l'acte de sus-

cription du testament mystique est-il un acte simple, et peut-il être passé en brevet, car ce n'est qu'un procès-verbal des faits qui se sont passés lors de la présentation du testament au notaire.

Pour nous, le testament n'est pas un acte simple : s'il en eût été ainsi, la loi n'aurait pas exigé toutes les précautions et solennités qu'elle a prescrites. Toutes les prescriptions de la loi démontrent bien qu'elle a reconnu au testament toute l'importance qu'il a. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que le testament n'engendre aucune espèce d'obligations ; cela n'est vrai que pendant la vie du testateur : or, ce n'est pas à ce moment-là qu'il faut considérer l'acte pour le qualifier, car, en réalité, il n'est encore qu'un projet révocable à volonté.

Aussi, croyons-nous que le notaire doit garder minute, tant du testament par acte public, que de l'acte de suscription du testament mystique, et cela à peine de nullité, en vertu des art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI. C'est, du reste, ce qui se fait dans la pratique et en même temps ce que conseillent les auteurs mêmes qui enseignent que l'acte de suscription du testament mystique peut être passé en brevet.

Les testaments privilégiés sont ceux qui sont faits par les militaires, en temps de peste, ou pendant un voyage en mer, par les passagers ou par les gens de l'équipage. Le Code civil s'en est longuement expliqué ; il nous suffit de renvoyer aux articles 980 et suivants. Il faut remarquer cependant que ces testaments doivent être datés, afin qu'on puisse vérifier si,

à l'époque où il a fait son testament, le testateur avait le droit d'employer la forme privilégiée dans laquelle il a testé.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. L'*infantia* a toujours duré jusqu'à sept ans.

II. Il n'est pas exact de dire que ceux qui détiennent à titre de précaire, emphytéose, gage ou séquestre, aient *l'animus sibi habendi.*

III. Le mariage se contracte *solo consensu.*

IV. Jusqu'à l'an 293, le mineur de vingt-cinq ans pouvait contracter un engagement *jure civili* sans le consentement du curateur.

DROIT ANCIEN

I. Les Institutions contractuelles viennent du droit germanique.

II. Sous l'empire de la loi romaine des Wisigoths, la curie n'avait qu'une juridiction exceptionnelle destinée à assurer l'indépendance de ses membres.

III. Les communautés de mainmortables dérivaient du colonat.

IV. C'est dans l'intérêt de la famille, et non dans celui de la femme, que celle-ci a été soumise à la puissance maritale.

DROIT FRANÇAIS

I. L'action en réclamation d'état peut, dans certains cas, être exercée par les créanciers.

II. Dans un contrat de mariage on peut stipuler l'adoption du régime de communauté sous condition.

III. Les donations entre époux ont le caractère de donations à cause de mort.

IV. L'obligation de garantie est divisible.

V. La subrogation est une fiction.

PROCÉDURE CIVILE

I. Dans l'énumération qu'il fait des causes de reproches, l'art. 283 C. pr. n'est pas limitatif.

II. Les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'exécution des jugements, même au profit de débiteurs poursuivis, saisis dans leurs biens en vertu de titres revêtus de la formule exécutoire.

III. La tierce opposition n'est qu'un moyen facultatif ouvert à la partie qui n'a pas figuré au procès.

DROIT CRIMINEL

I. L'art. 463 du Code pénal est applicable au contumax.

II. La diffamation envers les morts est punissable.

III. Le crime de bigamie se prescrit par dix ans à partir du jour de la perpétration du crime, c'est-à-dire de la célébration du second mariage.

DROIT COMMERCIAL

I. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'autorisation maritale, nécessaire à la femme pour faire le commerce, peut être suppléée par l'autorisation de justice.

II. On ne peut pas créer une lettre de change à terme ou sous condition.

III. Un négociant, qui à la veille de cesser ses paiements se donnerait la mort, ne pourrait pas être déclaré en faillite.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Les ministres sont les juges de droit commun.

II. La taxe n'est pas une chose juste.

III. Les arrêtés pris par les maires et défendant aux revendeurs d'aller attendre les marchands de denrées sur les routes sont valables.

DROIT DES GENS

I. La marchandise ennemie ne peut pas être capturée lorsqu'elle est couverte par un pavillon neutre.

II. C'est au capteur à prouver la légitimité de la prise, et non au neutre à prouver que la capture n'est pas juste.

III. L'exemption de toute juridiction civile et criminelle est basée sur la nécessité d'assurer à l'agent diplomatique toute liberté d'action.

ECONOMIE POLITIQUE

I. La petite culture est préférable à la grande, mais elle ne doit pas se substituer entièrement à celle-ci.

II. Le mode de culture par maître-valets est le meilleur.

III. Il n'est pas exact de dire que le luxe des riches est le travail des pauvres.

Vu par le Président de la Thèse,

Louis ARNAULT.

Vu par le Doyen de la Faculté,

Le 14 juillet 1877.

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 17 juillet 1877.

Pour le Recteur empêché :

L'Inspecteur d'Académie,

BELIN

« Les visas exigés par les réglements sont une garantie des prin-
« cipes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux
« bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opi-
« nions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux
« candidats. — Le candidat répondra, en outre, aux questions qui
« lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

Cette Thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

DROIT ROMAIN

Chapitre premier. — Formes ordinaires 15
Section I. — Formes externes du testament . . . 15
§ 1. — Testament *calatis comitiis* 16
§ 2. — Testament *in procinctu* 25
§ 3. — Testament *per æs et libram* 27
§ 4. — Testament *per æs et libram* modifié. . 43
§ 5. — Testament prétorien 46
§ 6. — Testament tripartit. 53
§ 7. — Testament nuncupatif 61
Section II. — Formes internes. Institution d'héritier 66
§ 1. — Exhérédation des enfants 72
Chapitre II. — Testaments spéciaux. 77

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE : DROIT ANCIEN 102

§ 1. — Pays de droit écrit. 109
§ 2. — Pays de coutumes 116

§ 3. — Testaments spéciaux 127
§ 4. — Dispositions de l'ordonnance de 1735. 136
§ 5. — Droit intermédiaire 151

DEUXIÈME PARTIE : CODE CIVIL

Chapitre premier. — Règles générales 154
Chapitre II. — Du testament olographe 167
§ 1. — De l'écriture. 169
§ 2. — De la date 176
§ 3. — De la signature 182
Chapitre III. — Du testament par acte public 187
Section I. — Formalités exigées par le Code civil. 195
§ 1. — De la dictée 195
§ 2. — De l'écriture. 197
§ 3. — De la lecture. 199
§ 4. — De la mention que les formalités ci-dessus ont été observées 202
§ 5. — De la signature 205
Section II. — Formalités exigées par la loi du 25 ventôse an XI 209
Chapitre IV. — Du testament mystique 212

Toulouse, Imprimerie VIALELLE et Cie, rue du Lycée, 9.