

**Recueil Dalloz 2014 p.1747****La conversion par réduction du testament authentique défectueux****Nicolas Laurent-Bonne, Professeur à l'Ecole de droit, Université d'Auvergne**

1. En droit français, comme dans la plupart des législations civiles d'Europe continentale, le testament authentique doit respecter un lourd formalisme. Il suppose la présence du testateur, de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins : le disposant dicte, le notaire rédige, puis donne lecture (art. 972 c. civ.). La jurisprudence récente, « sourcilieuse à l'extrême », selon l'expression du doyen Beignier<sup>(1)</sup>, fait preuve d'une rigueur sans concession à l'égard de ce formalisme. Ce souci qu'ont les juges de se conformer aux dispositions de l'article 972 du code civil conduit parfois même à des situations ubuesques. Le notaire qui ne peut, à peine de nullité, recourir aux services d'un interprète lorsque le testateur n'est pas francophone<sup>(2)</sup>, peut néanmoins dresser le testament si, connaissant la langue du disposant, il est capable de traduire lui-même ses dernières volontés en mentionnant, en marge, l'opération à laquelle il s'est livré<sup>(3)</sup>. Deux arrêts, rendus le 29 juin 2011<sup>(4)</sup> et le 12 juin 2014<sup>(5)</sup> par la première chambre civile de la Cour de cassation, ont une nouvelle fois donné, dans la même affaire, une ambivalente expression de cette rigueur, écartelée entre une inflexibilité sibylline à l'égard du formalisme testamentaire et le souci d'assurer l'exécution des dernières volontés du disposant.

**I - La nullité du testament authentique**

2. Laisant une nièce pour unique héritière, une testatrice avait institué légataire universelle une fondation reconnue d'utilité publique (les Orphelins apprentis d'Auteuil). L'héritière, s'inscrivant en faux contre ce testament, en a demandé l'annulation au motif que les formalités de l'article 972 du code civil n'auraient pas été respectées. Le notaire, ayant préparé un projet dactylographié de l'acte, l'avait présenté au disposant pour qu'il le lût, en acceptât le contenu et le signât. Dans un arrêt du 25 février 2010, la cour d'appel d'Amiens a néanmoins rejeté les prétentions de la nièce évincée. Bien que le rédacteur eût recours à un modèle préétabli, les juges du fond ont relevé que la testatrice lui avait « fait part de vive voix de ses dernières volontés », lesquelles avaient par ailleurs déjà été exprimées dans plusieurs testaments antérieurs qu'elle avait révoqués. Dans un arrêt du 29 juin 2011, la première chambre civile, saisie par un pourvoi de l'héritière, a prononcé la cassation au visa des articles 971 et 972 du code civil : « sans constater que le notaire avait, en présence des témoins et sous la dictée de la testatrice, transcrit les volontés de celle-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés, par fausse application ».

3. La jurisprudence persiste à faire une application littérale des articles 971 et 972 du code civil, exigeant qu'une triple formalité soit remplie. La dictée par le testateur de ses dernières volontés que le notaire rédige et dont il donne ensuite lecture, le tout en présence des témoins ou du deuxième notaire. L'expression verbale des dispositions dernières exclut ainsi la possibilité pour le notaire de présenter un projet d'acte au testateur, dont il accepte le contenu et qu'il signe, même si celui-ci en a préalablement déterminé les principales dispositions. Seul le disposant peut s'aider d'un brouillon ou d'un projet qu'il a établi à l'avance, pourvu qu'il en dicte les termes au notaire en présence des témoins<sup>(6)</sup>. Ce mouvement jurisprudentiel dans lequel s'inscrit l'arrêt du 29 juin 2011 pose de sérieux problèmes pratiques au rédacteur<sup>(7)</sup>. Le « secrétaire intelligent » dont la figure a naguère été esquissée par la cour d'appel de Paris n'a pas seulement le rôle d'un simple scribe. Il doit transcrire fidèlement les propos qu'il recueille mais, remplissant son devoir de conseil, il lui faut également ajouter les précisions nécessaires à la validité du testament. Entre transcription servile et devoir de conseil, la mission du notaire est le produit d'un subtil équilibre, illusoire et inatteignable.

4. Cet arrêt invite une nouvelle fois l'interprète à s'interroger sur la pertinence de la jurisprudence en matière de testament authentique et le nécessaire assouplissement du formalisme de l'article 972 du code civil. D'aucuns relèvent une ambivalence entre cette extrême rigueur à l'égard du testament authentique et un libéralisme proche du laxisme en matière de testament olographe. Une partie de la doctrine estime, par ailleurs, que le législateur et le juge ne devraient s'occuper ni des moyens que les clients prendront pour communiquer avec leur notaire ni de ceux auxquels ils recourront pour déterminer, de concert, le contenu du testament<sup>(8)</sup>. Dans un tel débat auquel se livrent doctrine et praticiens, la critique historique - souvent délaissée - offre de nouvelles perspectives. Cette formalité de la dictée est en effet l'un des héritages mutilés de l'ancien droit. Exigée à peine de nullité dans le testament nuncupatif écrit des provinces méridionales et le testament public des pays de coutumes<sup>(9)</sup>, cette formalité est consacrée par l'ordonnance préparée par le chancelier d'Aguesseau et promulguée par Louis XV en



titre nouveau avec la volonté des parties -. Partant, l'acte atteint d'un vice rédhibitoire n'est pas purement et simplement anéanti, mais subsiste dans une certaine mesure. La conversion entraîne la nullité du premier acte, remplacé par un second, édifié avec les débris du premier. Théorisé par la doctrine, ce mécanisme connaît quelques applications. Contrairement à l'Allemagne (§ 140 BGB) et à l'Italie (art. 1424 c. civ. italien), le législateur français n'a consacré ce mécanisme que dans de rares hypothèses, parmi lesquelles figure notamment la conversion du testament mystique défectueux en testament olographe. Un testament mystique, nul comme tel à raison de l'inobservation des formalités prescrites par le code, peut valoir comme testament olographe, dès lors que, nonobstant le vice de forme, il réunit les conditions requises pour la validité d'un tel acte (art. 979, al. 2, c. civ.). Le mécanisme de conversion mis en oeuvre par la première chambre civile dans l'arrêt du 12 juin 2014 paraît analogue à celui qu'a consacré le législateur dans l'alinéa 2 de l'article 979 du code civil. Il est en vérité différent dans ses fondements, ainsi que le révèle une approche historique de cette solution.

**9.** La législation royale et la jurisprudence des cours souveraines d'Ancien Régime avaient déjà permis aux légataires et à l'héritier institué de se prévaloir d'un testament mystique défectueux lorsque celui-ci remplissait les conditions de validité du testament olographe : l'ordonnance préparée en 1629 par le chancelier Michel de Marillac l'avait prévu (art. 126) (15) ; deux arrêts rendus par le parlement de Metz, le 12 septembre 1730, et par le parlement de Dijon, le 1<sup>er</sup> août 1748 (16), ont mis en oeuvre un tel mécanisme de conversion, auquel adhéraient également l'un des plus fameux arrêstistes des Temps modernes, le magistrat forézien Claude Henrys († 1662) (17). Au lendemain de la promulgation du code civil, des auteurs, comme Toullier, ainsi que la jurisprudence ont maintenu la solution qu'avaient dégagée les juristes d'Ancien Régime (18). La conversion du testament mystique défectueux, finalement consacrée par le législateur en 1950 (19), repose sur la divisibilité de celui-ci. L'acte de suscription dressé par le notaire a toujours été regardé par la plupart des auteurs comme détachable du testament. Avant d'être insérées dans l'enveloppe cachetée remise au notaire et sur laquelle est dressé l'acte de suscription, les dernières volontés ont la forme d'un testament olographe (20). Il en va autrement du testament international qui, dans tous les cas, ne constitue jamais une forme primitive de testament authentique. La convertibilité du testament authentique défectueux en testament international repose en vérité sur des fondements différents. La conversion par réduction, telle qu'elle a été théorisée par la doctrine à la charnière du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, suppose, en effet, le passage d'un acte majeur à un acte mineur (21), la requalification entraînant une perte d'amplitude du nouvel acte juridique par rapport au premier. Eu égard aux règles de forme qui le gouvernent, le testament international constitue un genre de testament authentique simplifié (22).

**10.** Dans un arrêt rendu le même jour par la première chambre civile, les juges ont néanmoins posé une limite à cette conversion, décidant que le testament authentique dont la nullité a été prononcée pour insanité d'esprit du disposant ne saurait bénéficier d'un tel sauvetage (23). La conversion ne paraît ainsi pouvoir être ordonnée que lorsque la nullité sanctionne l'inobservation des règles de forme (art. 971-975 c. civ.), non des règles de fond, par ailleurs étrangères à la Convention de Washington.

**11.** A bien des égards, l'arrêt du 12 juin 2014 ne peut être que salué : il fait prévaloir la volonté des effets économiques sur la volonté d'un état de droit - tester en la forme authentique, mystique, olographe ou internationale -, illusoire ou vaguement existante chez la plupart des testateurs ; il permet, de surcroît, le sauvetage de l'acte public défectueux, soumis à des règles de forme rigoureusement sanctionnées par la jurisprudence. Malgré l'opportunité d'une telle solution, cet arrêt appelle quelques remarques. La Cour de cassation se contente de relever que la conversion est possible si les conditions requises par la Convention de Washington sont remplies. En pareil cas, est-ce à dire que les juges du fond, maîtres de la conversion, pourront l'ordonner lorsque seules les exigences formelles seront satisfaites ? Une telle position conduirait manifestement à transformer l'opération en un acte d'autorité, non de volonté. Le travail des juges est strictement limité par un double cadre, l'un objectif - les bases matérielles de l'acte -, l'autre subjectif - la volonté du testateur. C'est toujours contraints de ne pas dépasser le cadre fourni par l'acte majeur invalidé et guidés par l'utilité économique de l'opération et la volonté du disposant que les juges du fond doivent ordonner la conversion du testament authentique défectueux.





**12.** Rendus dans la même affaire, ces deux arrêts de la Cour de cassation offrent enfin un édifiant témoignage de l'ambivalence de la jurisprudence en matière de testament authentique : d'un côté, la Cour conserve une lecture littérale et inflexible des formalités de l'article 972 du code civil ; de l'autre, elle permet le sauvetage de l'acte défectueux lorsque ces formalités n'ont pas été respectées. Ne pourrait-on pas, pour l'avenir, souhaiter un assouplissement de ce formalisme ? Un relâchement de la rigueur interprétative permettrait, en effet, de mettre fin à cette ambivalence de la jurisprudence et réduirait de surcroît la réticence qu'ont les notaires à recevoir cette forme de testament, alors que de telles affaires sont aujourd'hui une source constante de leur responsabilité civile professionnelle.






**Mots clés :**

**TESTAMENT** \* Testament authentique \* Nullité \* Validité du testament international \* Formalités prescrites par la Convention de Washington


(1) B. Beignier, Conditions de forme du testament authentique : la Cour de cassation impose la rigueur, Dr. fam. 7/2007. Comm. 152.

(2) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1956, JCP 1957. II. 9718, note C. Jacquillard.


(3) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, n° 03-19.075 , Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2006. 2066 , obs. M. Nicod  ; JCP 2006. IV. 1669 ; 12 déc. 2006, n° 04-17.823, AJ fam. 2007. 38, obs. F. Bicheron .

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2011, n° 10-17.168 , Bull. civ. I, n° 139 ; D. 2011. 1968 , et 2624, obs. M. Nicod  ; AJ fam. 2011. 501, obs. C. Vernières  ; RTD civ. 2011. 791, obs. M. Grimaldi .

(5) A paraître au *Bulletin*.

(6) Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 1973, n° 72-11.236 , Bull. civ. I, n° 175 ; 6 juin 1990, n° 88-19.440, Bull. civ. I, n° 149 ; Defrénois 1990, art. 34866, note X. Savatier.

(7) Paris, 2 mars 1959, D. 1959. 306.

(8) J.-F. Pillebout, J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, art. 971-998, n° 95 ; N. Laurent-Bonne, Le testament du sourd-muet. Perspectives historico-comparatives, RTD civ. 2013. 797 s. .


(9) Sur ces anciennes formes testamentaires, V. O. Descamps, Les formes testamentaires de l'époque médiévale jusqu'à la période présente en France, in *Europäische Testamentsformen*, dir. M. Schmoeckel et G. Otte, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 47-81.

(10) F.-A. Isambert, A.-H. Taillandier et Decrusy, Recueil général des anciennes lois françaises, Paris, t. XXI, 1822-1833, p. 389 et 392.

(11) M. Revillard, Une nouvelle forme de testament : le testament international, Defrénois 1995, art. 36021 ; C. Byk, La forme internationale du testament, JCP N 1994. I. 331-335.

(12) TGI Valence, 2<sup>e</sup> ch. civ., 26 mai 2010, n° 07/01196, F. Hébert, Le testament international à la rescousse du testament authentique défectueux, JCP N 2010. 1249.

(13) J.-G. Mahinga, D'un testament à l'autre (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012), LPA 2012, n° 245, p. 6.

(14) A. Boujeka, La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels, RTD com. 2002. 223 s.  ; P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Paris, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 101, 1969, n° 13, p. 12 ; F. Terré, L'influence des volontés individuelles sur les qualifications, LGDJ, 1957, n° 229, p. 213-214.

